

Universidad para la Cooperación Internacional

Trabajo Final de Graduación para optar por el Grado de  
Maestría Profesional en Criminología con Énfasis en Seguridad Humana

Tema de Investigación:

Derecho Penal Simbólico y la Ley de Penalización  
de la Violencia contra las Mujeres

Investigadora:

Olga Magaly Orúe Rivera.

San José, Octubre 2012

## INDICE

INTRODUCCIÓN.	1
TÍTULO I Antecedentes del Derecho Penal Simbólico	5
CAPÍTULO I Expansión del Derecho Penal.	5
SECCIÓN I: Expansión del Derecho Penal como respuesta del Estado a una mayor sensación inseguridad ciudadana.	5
CAPÍTULO II: Derecho Penal Moderno como manifestación de la expansión del Derecho penal.	11
SECCIÓN I. Concepto de Derecho Penal Moderno.	11
SECCIÓN II Características y principales manifestaciones del Derecho Penal Moderno	15
b. Inflacionismo Penal, endurecimiento de penas y reducción de garantías procesales.	15
c. Sociedad de Riesgo	
d. Adelantamiento de la punibilidad y reducción de garantías procesales	23
e. Pretensión de mayor eficacia en la persecución penal.	27
CAPÍTULO III Derecho Penal Simbólico.	30
SECCIÓN I. Generalidades.	30
SECCIÓN II Concepto	33
SECCIÓN III Características Principales	35
a. Carácter Simbólico de las normas.	35

b. Política Criminal orientada a las consecuencias.	37
c. Elemento de engaño: Falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad del derecho penal.	38
d. Algunos presupuestos para identificar el Derecho Penal Simbólico.	39
SECCIÓN IV. Populismo Punitivo como instrumento del Derecho Penal Simbólico	42
a. Concepto y rasgos de Populismo Punitivo.	42
b. Populismo Punitivo y Política Criminal.	46
c. El papel de los medios de comunicación	48
TÍTULO II: Simbolismo en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.	51
CAPÍTULO I: Aspectos Generales de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer.	51
SECCIÓN I. Antecedentes de la Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres.	51
a- Ámbito Internacional	51
b- Antecedentes en Costa Rica.	53
c- Aspectos relevantes de la Ley	55

CAPÍTULO II. Manifestaciones del Derecho Penal Simbólico en la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer.	57
SECCIÓN I .Necesidad de visibilización de la agresión.	57
a. Reclamo de una mayor intervención punitiva en materia de violencia doméstica.	59
b. Ineficiencia de la política criminal para atender el problema de la violencia doméstica y falta de legitimación del derecho penal.	66
SECCIÓN II. Análisis de algunos de los tipos penales de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres y de los tipos penales equivalentes en el Código Penal.	71
a. Algunos problemas de constitucionalidad.	71
b. Los nuevos delitos de la Ley de Penalización.	76
b.1 Delitos de Violencia física.	76
b.2 Delitos de Violencia Psicológica.	79
b.3 Delitos de Violencia Sexual	81
b.4 Delitos de Violencia Patrimonial	82
SECCIÓN III. Simbolismo manifiesto en la Ley de Penalización. Era necesaria esta Ley?	84
a. Existencia previa de normas en el Código Penal protegiendo idénticos bienes jurídicos.	84
CONCLUSIONES.	89
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

## RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo tiene como antecedente de referencia, el proceso que la doctrina conoce como la “expansión” del Derecho Penal y que se relaciona con el incremento de conductas tipificadas como delito en las diferentes legislaciones penales. Esta expansión, es la respuesta estatal ante el aumento de la sensación subjetiva de inseguridad en la colectividad, que demanda una mayor intervención penal del Estado en la realidad social, a fin de garantizar la seguridad frente al delito.

Debido a este proceso surge el denominado Derecho Penal Moderno que se caracteriza por ser fundamentalmente un medio de control social, además de que se produce un cambio de paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención. El derecho penal moderno tiene como objetivo alcanzar resultados externos, afirmándose que el Derecho Penal no será más la *última ratio* sino en medida creciente *prima ratio*.

La meta del derecho penal material pasa a ser la persecución pronta y eficaz de una serie de fenómenos que la prensa considera peligrosos y que corresponden a diversos campos como la economía, la política ambiental, política fiscal, derecho del consumidor, consumo de drogas. Esto trae como consecuencia un inflacionismo penal, pues se da una proliferación de leyes especiales, que al producirse fuera de la codificación rompen a menudo la unidad del sistema, incurren en contradicciones y reiteraciones, utilizan tipos penales abiertos y en general se aumenta el grado de inseguridad respecto a cuáles conductas están reprimidas y cuáles no.

El Derecho Penal Simbólico es utilizado entonces como un mecanismo de respuesta ante la inseguridad, siendo la principal crítica que no es en realidad una reacción del Estado frente a los problemas de seguridad o de delincuencia, lo simbólico es representativo, es figurativo y por ende no es verdadero.

El populismo punitivo por otra parte juega un papel fundamental en la creación de nuevas normas y se define como una forma de acción política basada en la toma de decisiones o generación de propuestas populares, mediante la manipulación de sus emociones. El papel de los medios de comunicación resulta esencial en el análisis del tema de la expansión del Derecho penal, pues ha contribuido a la creencia de que la inseguridad ha aumentado, que la criminalidad es violenta e incontenible, sentimiento que no corresponde necesariamente con la realidad.

La Ley de Penalización de la Violencia contra la mujer, surge dentro del contexto de la expansión del Derecho Penal y fue la culminación de una serie de procesos internacionales y nacionales que buscaron darle una pronta solución al problema de la violencia de género. La problemática descrita ha impulsado la presente investigación y el objetivo general de este trabajo es descubrir si la ley mencionada es una manifestación más del derecho penal simbólico. Interesa por ende, clarificar si los tipos penales creados por la Ley, tienen un marcado fin

simbólico basado en el engaño y con ellos se busca solamente devolver la calma a la ciudadanía en lugar de solventar el problema de fondo.

Como objetivos específicos, se pretende establecer si las normas contenidas en la citada ley regulan conductas que ya se encontraban previstas en el Código Penal y en tal caso si la normativa especial ha resultado más beneficiosa para la mujer. En segundo lugar, se procurará descubrir si el Derecho Penal se encuentra legitimado para intervenir en las situaciones de violencia doméstica y que tan beneficioso resulta este instrumento para lidiar con un problema de esta naturaleza.

La metodología utilizada es la investigación documental, por lo que se realizó una revisión bibliográfica de los principales autores que han desarrollado el tema, se estableció el significado de los distintos conceptos que se utilizan en el trabajo y su evolución histórica para luego determinar si hay rasgos del Derecho Penal Simbólico en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

De igual forma, se analizaron algunas noticias de la prensa nacional en las cuales puede vislumbrarse la presión social ejercida para la promulgación de la Ley y los datos comparativos en cuanto a la eficacia de ésta una vez puesta en ejecución.

También se valoraron datos estadísticos de la sección de Planificación del Poder Judicial sobre los resultados de la puesta en ejecución de la citada normativa. En este trabajo ha resultado fundamental el análisis comparativo entre algunos numerales del Código Penal y el articulado de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres para poder alcanzar los objetivos propuestos.

Como resultado de esta investigación, se logró determinar que La Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, es un fiel reflejo del Derecho Penal Simbólico y que el engaño surge a partir de que la mayoría de los delitos que contempla ya se encontraban reprimidos en la ley común. Pese a ello, los ilícitos fueron sacados de ese marco, agrupándolos en una ley especial con el único fin de visibilizar un problema social, intención que no es propia del Derecho Penal ni puede ser su finalidad.

Dentro del contexto del Derecho Penal Moderno y búsqueda de un Estado eficiente, se ha optado por criminalizar doblemente las mismas conductas de manera innecesaria, creando un abultamiento o inflación del Derecho Penal. Se concluye así que el papel del derecho penal en la solución de los problemas como la violencia de género es muy dudoso y frecuentemente se convierte en una penalidad para la mujer y en una fuente de nuevas marginaciones. La respuesta penal sólo puede tener un limitado papel de denuncia y rechazo de la violencia contra las mujeres, porque la violencia de género es un problema estructural en nuestras sociedades.

## INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se ha producido un notable incremento de la normativa penal. Aunado a esto, está presente la crítica -cada vez más aguda- que hacen los medios de prensa a la reacción Estatal frente a los problemas delictivos. Cada vez, escuchamos con más familiaridad, que determinada opinión es propia del populismo punitivo o que cierta ley es reflejo del derecho penal del enemigo, sin conocer exactamente qué es lo que esto implica. Por otra parte, las leyes que se van promulgando contienen tipos penales mal contruidos o innecesarios por cuanto la ley penal común tenía previstos los mismos delitos. Lo anterior, va unido al hecho de que las nuevas regulaciones aparentemente van restringiendo cada vez más los derechos de los individuos y anticipando la punibilidad, resultando leyes más estrictas y direccionadas a la eficiencia del sistema penal. Finalmente, las nuevas normas intentan proteger novedosos bienes jurídicos con una intención eminentemente preventiva.

En esta sostenida producción legislativa, llama la atención la promulgación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, la cual entró a regir en el año 2007, con posterioridad a que varias mujeres fueron asesinadas por sus parejas o esposos y por la presión que grupos de feministas y la prensa ejercieron sobre la Asamblea Legislativa, pues el proyecto llevaba muchos años en el plenario sin avance alguno. En pocos días se logró la aprobación de la Ley y entró a regir con urgencia, sin embargo pocos meses después ya se encontraba en discusión la constitucionalidad de dos de sus artículos los cuales finalmente fueron derogados.

No existe duda alguna, de que el problema de la violencia doméstica es de grandes proporciones y que merece una atención particular del Estado. No obstante, lo que interesa establecer es si todos los problemas sociales que se deben ser resueltos por el Derecho Penal o si éste puede más bien ser nocivo o insuficiente, en especial, cuando las normas no son construidas con la participación de los expertos, por el apuro de legislar. En este contexto, resulta válido cuestionar, cuáles son los verdaderos antecedentes de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres y su posible conexión con la intervención cada vez más sensible del Derecho Penal en diferentes ámbitos

de la vida del ciudadano.

El objetivo general de este trabajo, es establecer si la referida Ley es una manifestación de lo que se conoce como Derecho Penal Moderno y específicamente del Derecho Penal Simbólico. Interesa clarificar si los tipos penales creados por la Ley, tienen un marcado fin simbólico basado en el engaño y con ellos lo que se busca únicamente, es devolver la calma a la ciudadanía en lugar de resolver el problema de fondo.

Como objetivos específicos, se pretende establecer en primer término, si la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres es una muestra o manifestación del Derecho Penal Simbólico. En segundo lugar, si las normas contenidas en la citada Ley regulan conductas que ya se encontraban previstas en el Código Penal y en tal caso si la ley especial ha resultado más beneficiosa para la situación de la mujer. En tercer lugar, se intentará descubrir si el Derecho Penal se encuentra legitimado para intervenir en las situaciones de violencia doméstica y si resulta beneficioso para lidiar con un problema de esta naturaleza.

La expansión del derecho penal, viene a ser una respuesta de las demandas de los ciudadanos frente a la inseguridad, quienes exigen cada vez más que el Estado actúe de manera eficiente sin importar que para ello deban renunciar a parte de su libertad. El ánimo de una tutela preventiva ha llevado a proteger bienes jurídicos de una manera anticipada a partir de una sociedad de riesgo. El resultado es un derecho penal moderno que se ha alejado de una regulación mínima y se perfila como la prima ratio.

El papel de los medios de comunicación como se verá, resulta ser fundamental para exacerbar los ánimos y aumentar la sensación de peligro de la ciudadanía, lo cual genera una opinión desfavorable hacia los actores policiales y judiciales. Este clima de tensión y las demandas populistas de justicia pronta, es aprovechado por los políticos, quienes en su afán de conseguir votos y dosificar tranquilidad, construyen o aprueban textos legales defectuosos cuyo objetivo aparente es la disminución de la criminalidad.

Estas leyes se caracterizan por brindar una aparente solución al problema y es lo que se conoce como el Derecho Penal Simbólico, en el cual las funciones latentes de la norma penal predominan sobre las manifiestas. Veremos entonces, que en estos casos, lo que se dice en las normas o se aparenta es



muy distinto a lo que realmente se quiere decir.

Para llevar a cabo la presente investigación se utilizará el método deductivo por lo que se ha acudido a la recopilación de información de diversos autores a fin de sustentar un marco teórico a partir del cual se puedan analizar las características de la Ley y determinar si presenta rasgos del Derecho Penal Simbólico. De esta forma se irá de lo general a lo particular, obteniendo los elementos necesarios para solucionar las interrogantes que se han planteado. Adicionalmente, se han estudiado algunas noticias de la prensa nacional en las cuales puede vislumbrarse la presión social ejercida para la promulgación de la Ley y los datos comparativos en cuanto a la eficacia de la misma una vez puesta en ejecución. También se ha valorado el último informe de la sección de Planificación del Poder Judicial, en el cual se revelan datos estadísticos en cuanto al trámite de los asuntos derivados de la puesta en ejecución de la citada normativa. Además de esto, ha resultado fundamental el análisis comparativo entre algunos numerales del Código Penal y el articulado de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres para poder alcanzar los objetivos propuestos en esta investigación.

El presente trabajo se ha estructurado en tres distintos títulos, cada uno de ellos dividido en capítulos y secciones. El primer título se dedicará a los antecedentes del Derecho Penal Simbólico. En un primer capítulo se tocará el tema de la Expansión del Derecho Penal como un antecedente necesario para comprender la reciente producción legislativa. Este capítulo tiene una única sección en la cual se desarrolla el tema de la expansión del Derecho Penal como respuesta del Estado a una mayor sensación de inseguridad.

En el segundo capítulo se analizará el Derecho Penal Moderno como una manifestación de la expansión del Derecho Penal. La primera sección comprende el concepto de Derecho Penal Moderno desde la óptica de diferentes autores, mientras que en la segunda sección conoceremos las principales características y manifestaciones del Derecho Penal Moderno, entre ellos el inflacionismo penal, la sociedad de riesgo, adelantamiento de la punibilidad y delitos de peligro abstracto.

En el tercer capítulo se desarrolla el tema del Derecho Penal Simbólico. La primera sección se referirá a las generalidades de este tema y la segunda recogerá distintos conceptos que han elaborado sobre el derecho penal

simbólico. En la tercera sección conoceremos las principales características, tales como el carácter simbólico de las normas, el elemento del engaño y la política criminal orientada a las consecuencias. La cuarta sección de este capítulo establecerá algunos presupuestos para identificar el Derecho Penal Simbólico y en la quinta sección el tema que se trata es el del Populismo Punitivo, para lo cual se destacarán sus principales rasgos, su relación con la política criminal y el papel que desarrollan los medios de comunicación.

El título segundo de este trabajo se enfocará en el Derecho Penal Simbólico y la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. El primer capítulo estudiará los aspectos generales que rodearon la promulgación de la ley. Para ello en la sección primera se expondrán los antecedentes desde el plano internacional, en la segunda sección se recogen brevemente los antecedentes nacionales y en la tercera sección se comentarán algunos aspectos relevantes de la citada ley.

El segundo capítulo se dedicará al análisis de las manifestaciones del derecho penal simbólico en la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres. Por ello en la primera sección se resaltarán la necesidad de visibilizar la agresión, para lo que tocaremos el tema de un mayor reclamo de intervención punitiva en materia de violencia doméstica y la ineficiencia de la política criminal para atender el problema.

La segunda sección está dirigida a analizar algunos problemas de constitucionalidad que se han presentado en torno a la Ley, así como se analizarán algunos de los tipos penales más relevantes de ésta en comparación con las figuras que ya existen en el Código Penal. La tercera sección corresponde al simbolismo que se manifiesta en la Ley de Penalización, por lo que se analizará la conveniencia de la utilización del Derecho Penal en la solución de los problemas de violencia doméstica.

## TÍTULO I

### ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

#### Capítulo I. EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL.

##### **Sección I: Expansión de Derecho Penal como respuesta del Estado a una mayor sensación de inseguridad ciudadana.**

Antes de entrar a considerar el tema de la expansión del derecho penal, debemos tener claras las características del Derecho Penal Clásico, el cual en su construcción ideológica fue asumido como un mecanismo de defensa contra las intervenciones coactivas del Estado. Bajo este panorama, el derecho penal servía exclusivamente para la retribución por el hecho, la expiación y la compensación de culpas, la pena se justificaba para sancionar los ataques contra el Derecho en tanto garante del aseguramiento de todos los ciudadanos, Albrecht (2000). El Derecho Penal Clásico, si bien era un instrumento de control social, tenía un ámbito de intervención restringido, permitiendo a los individuos defenderse de las arbitrariedades estatales, mediante una estructura de intervención penal autolimitada, por lo que se ha llamado a sí mismo “derecho penal mínimo”.

Resulta de interés mencionar algunos principios básicos sobre los cuales gira el Derecho Penal Clásico. En primer término, señala Díez (2007), que se atribuye una eficacia limitada a los instrumentos de intervención del derecho penal - la norma y la sanción- de manera tal, que solo en la medida que el subsistema de control coincidiera con los objetivos pretendidos por otras formas de control social tales como religión, escuela, opinión pública etc., así como de su relación con éstos, podría garantizarse que la intervención penal condicione los comportamientos sociales.

Por otra parte el Derecho Penal Clásico reduce su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia, pues se trata de un derecho penal garantista y por ende su intervención debe ser la mínima imprescindible. De allí que el derecho penal sólo debería actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes y sólo cuando no existan medios sociales más eficaces. Otra característica viene a ser la

desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos.

El Derecho Penal Clásico se declara heredero del liberalismo político, por lo que tiene como norte la defensa del ciudadano -sea delincuente o no- de los posibles abusos y arbitrariedades del Estado punitivo, considerando que ambos individuos se encuentran en el mismo plano de tutela. Precisamente ésta característica se diluye con el Derecho Penal Moderno como veremos más adelante, pues ciudadano y delincuente no reciben igual tutela, además de que el individuo acepta ceder algunos de sus derechos en aras de recibir protección frente al delito.

Finalmente, se menciona como otra característica del Derecho Penal Clásico, el límite en el empleo de sanciones penales: éstas deben caracterizarse por su humanidad y su forma de ejecución no puede ir en contra de la dignidad humana. Debe respetarse además, el límite de la proporcionalidad de la sanción, la que debe ir en directa relación a la gravedad del hecho delictivo, por último la pena debe fomentar al menos la reintegración del delincuente a la sociedad.

Las variaciones al modelo de intervención del derecho penal reflejan un cambio en las creencias y formas de vida de la sociedad moderna y a la vez, va transformando la política criminal. Afirma Albrecht (2000) que las demandas de control dirigidas al Derecho penal son una manifestación de la sociedad moderna. En efecto, aparecen nuevas formas de criminalidad y de tecnología, así como un aumento desmedido del sentimiento de inseguridad ciudadana, frente a lo que se demanda una rápida y eficaz intervención del Estado. Conforme a los nuevos requerimientos sociales, la intervención del derecho penal ha ido en aumento, mientras los derechos de los ciudadanos frente al Estado han ido reduciéndose cada vez más en aras de la ansiada seguridad.

Aniyar (2010) considera, que el incremento de la inseguridad subjetiva representa hoy en las democracias de opinión, la principal demanda ciudadana, siendo tan agudas que impulsan a los políticos a generar las reglas de organización social que la gente supone son las más seguras. Esta sociedad del miedo como ella le llama, es producto no solo de una sociedad de riesgo,

sino también de la abundante información que se transmite por los medios de comunicación masivos, sean internacionales o nacionales, incluyendo Internet.

Gómez (2007 p. 76) por su parte, opina que la expresión “expansión del Derecho Penal” acuñada por Silvia Sánchez, “...hace referencia al proceso de progresivo crecimiento que experimenta en la actualidad el Derecho Penal, como consecuencia principalmente del incremento de conductas tipificadas como delito en las diferentes legislaciones penales.” Agrega asimismo, que éste fenómeno “...se presentaría como la respuesta a la existencia de una creciente sensación subjetiva de inseguridad en la colectividad que demandaría un aumento de la intervención penal del Estado en la realidad social, a fin de garantizar la seguridad de la sociedad frente al delito.”

En este mismo orden de ideas, para Winfried Hassemer la actitud de la sociedad frente a la violencia cambia e incluso la idea de prevención se consolida como un instrumento efectivo de la política frente a la violencia y el delito: “...La sociedad amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como “Carta Magna del delincuente”, lo necesita como “Carta Magna del ciudadano”, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia.” (2003, p 48). De esta forma vemos como los ciudadanos están dispuestos a sacrificar parte importante de sus derechos a fin de ganar terreno en el ámbito de la seguridad, lo que se va a ver reflejado en las nuevas normas que surgen bajo esta perspectiva.

Siguiendo la misma línea de pensamiento Gracia (2003, p. 58) afirma:

“(...) el Derecho penal moderno tiene ante todo una dimensión clara y manifiestamente cuantitativa que se traduce en una importante ampliación de la intervención penal y, por ello, en un relevante incremento de su extensión actual en comparación con la que tenía en el momento histórico precedente. Se observa además, que esta ampliación tiene el aspecto de una tendencia que parece no encontrar límites. Por ello, son muchos los autores que, al evaluar la trascendencia del Derecho penal moderno para el conjunto del sistema

consideran que, en el momento histórico actual, cabría hablar de la existencia de un movimiento de expansión del Derecho penal”.

Sobre el tema, Karolina Víquez (2007), menciona que esta expansión en la legislación penal surge de la voluntad política de dar respuesta a los requerimientos de las “sociedades modernas”, caracterizadas por nuevas formas de criminalidad organizada y de naturaleza económica. Manifiesta que le corresponde al legislador en aras de hacer frente a las nuevas necesidades de protección optar por la criminalización de nuevas conductas, así como por el adelantamiento de la punibilidad. Y es este abordaje de las reformas penales lo que puede situar al delito como un “recurso teóricamente inagotable y al servicio del poder político”.

Cabe indicar, que al incremento de la pretensión de control por parte del Estado se asocian dos procesos que han modificado la función del Derecho penal. Para Beste & Vob (2000) estos procesos son la erosión del Derecho penal del Estado de Derecho y la privatización de la violencia penal estatal. El primer proceso está relacionado con el deseo de un Estado eficiente y ante ello, se desformaliza el derecho penal y procesal, buscando nuevas formas para la solución del conflicto penal, observándose como las garantías del Estado de Derecho se sacrifican por una dudosa orientación instrumental hacia el fin, lo cual se traduce en una protección simbólica de bienes jurídicos.

En cuanto al segundo proceso, la privatización del poder punitivo del Estado, éste se manifiesta a través de difusión de la diversión, es decir, las distintas formas de terminar el proceso penal sin acudir a juicio, como lo serían en nuestro país la reparación integral del daño, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba. Este tipo de solución constituye para los autores citados, un ejercicio privado del poder, en el cual la víctima y el acusado resultan ser compañeros de actuación y niegan el poder punitivo estatal.

Por otra parte, se critica que la “expansión” del Derecho penal está vinculada a un Derecho penal simbólico, definido como un fenómeno que delata la crisis de la política criminal actual orientada a las “consecuencias”. Este Derecho penal concuerda con las imágenes de la “inseguridad global” y de una “sociedad de riesgo”. El derecho penal simbólico identifica un determinado

hecho y un determinado autor, quién es definido no como igual sino como otro, lo que dará pie a un punitivismo agravado que se ha denominado Derecho Penal del Enemigo.

Vemos entonces como el derecho penal se utiliza para conseguir cierta calma en la población, mediante el endurecimiento de las normas y una ampliación de la intervención del Estado en el ámbito privado. Se produce de esta forma, una reducción al mínimo de los presupuestos de la punibilidad por medio de la amplia utilización de los delitos de peligro abstracto, tal y como lo ha indicado Hassemer (2007).

La consecuencia de este proceso de acuerdo al autor, no es que el sistema penal así equipado se encuentre en condiciones de cumplir sus nuevas funciones, todo lo contrario éstos ámbitos de derecho penal “eficiente” están permanentemente acompañados de un “déficit de ejecución”. Como consecuencia, lo inevitable: ante la inoperancia del derecho penal no queda más que pedir más de lo mismo, más leyes, más severas, más efectivas, pues lo cierto es que no es mediante la producción inflada de normas que se consigue disminuir la criminalidad.

Es importante considerar el cuestionamiento planteado por Gómez (2007) con respecto a si resulta imprescindible un Derecho Penal modernizado que flexibilice las garantías político- criminales y los criterios de imputación. Este autor menciona que existen en esencia cuatro posturas defendidas por la doctrina. La primera, afirma que el Derecho Penal debe mantenerse fiel, a toda costa a las garantías individuales del Derecho Penal liberal, lo que resulta incompatible la prevención de nuevos riesgos.

Contrastando este enfoque, otro sector de la doctrina postula al Derecho penal como un instrumento necesario para la prevención de los riesgos de la sociedad moderna, a pesar de que esto implique que se flexibilicen los criterios de imputación y las garantías político-criminales del individuo. La tercera perspectiva defiende la idea de que el Derecho Penal Moderno debe estar abierto a la protección de los nuevos riesgos de la sociedad postindustrial sin que necesariamente se menoscaben las garantías. Finalmente, Silva Sánchez añade una cuarta postura pues reconoce que la expansión del Derecho Penal

es un fenómeno imparable por lo que debe distinguirse entre dos niveles de rigor “garantístico-dogmático” y “garantístico-político-criminal”, un primer nivel , el del Derecho Penal nuclear, donde las garantías deberían ser observadas de forma rigurosa y un segundo nivel, el que correspondería al Derecho Penal accesorio, en el que cabría flexibilizar los criterios de imputación y los principios político-criminales tradicionales.

De todo lo anterior queda claro que la disminución de las garantías es un problema tangible sobre el cual hay que reflexionar. Ante todo, resulta innegable que debemos mantenernos críticos y alertas a la expansión del Derecho Penal, especialmente a la reducción de las garantías procesales y a que los criterios de imputación se vuelvan flexibles, pues ello implica poner en peligro no solo los derechos de los procesados frente al poder punitivo del Estado, sino también los derechos de todos los individuos, ya que no puede perderse de vista que –eventualmente- cualquiera de nosotros podría enfrentar un proceso penal.

Se plantea entonces un serio cuestionamiento sobre el papel que debe desarrollar el Derecho penal y si debe ser utilizado como el principal instrumento de control social, pues conforme al Derecho Penal Clásico acudir a él siempre debe ser la última ratio. Las políticas de mano dura y las leyes de emergencia, así como el derecho penal del enemigo, no traen consigo la reducción de la criminalidad, así lo han demostrado las distintas experiencias internacionales, por ejemplo en el Salvador.

La expansión del Derecho Penal es un fenómeno indiscutible que tiene que ver con la evolución tecnológica, la globalización, las nuevas formas de criminalidad, el aumento de la sensación de inseguridad ciudadana y por tanto es ineludible. Sin embargo, debemos reflexionar si resulta conveniente despojarnos de nuestros derechos y garantías sin reclamo, propiciando una mayor intervención del Derecho penal, así como si con ello, se produce un beneficio real y tangible para los ciudadanos. Hasta ahora, lo único que puede constatarse, es que la delincuencia se mantiene o va en aumento, evidenciando la falta de una política criminal adecuada y una reacción ineficiente del Estado para solucionar los conflictos sociales.



## CAPÍTULO II

### **Derecho Penal Moderno como manifestación de la Expansión del Derecho Penal.**

#### **Sección I: Concepto de Derecho Penal Moderno.**

El concepto de Derecho penal “clásico” se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollando en el curso de los siglos XIII y XIX que se apoyó en la filosofía de la Ilustración y del idealismo alemán según afirma Raúl Pariona Arana (2006). Por el contrario el Derecho penal moderno se desarrollaría de acuerdo a este autor como un medio de manejo social y como un instrumento de pedagogía social, además de considerar que se produjo un cambio de paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención. El derecho penal moderno tiene como objetivo alcanzar resultados externos, afirmándose que el Derecho Penal no será más la última ratio sino en medida creciente prima ratio.

Como se ha señalado en este trabajo, el derecho penal ha sufrido transformaciones importantes en virtud de los requerimientos de los ciudadanos ante las nuevas formas de criminalidad. Para algunos como Chirino (2003), a raíz de la transformación que ha sufrido el derecho penal podría decirse que éste ha perdido su centro de garantías y de límites del *ius puniendi* pues para poder complacer los nuevos requerimientos se ha expandido la posibilidad de actuación del derecho penal a ámbitos en los cuales antes no intervenía.

En este orden de ideas, el autor lleva razón al afirmar que el Derecho Penal de hoy tiene que ver más con fenómenos de mundialización de actividades criminales que no tienen fronteras y que funcionan bajo las reglas de una verdadera actividad económica o laboral, de forma tal que la complejidad de las formas de delincuencia ha redundado en la complejidad del derecho penal preparado para su persecución.

Conforme nuestra sociedad avanza y se transforma, surgen nuevas oportunidades para cometer hechos delictivos, sea utilizando tecnología novedosa, promoviendo la corrupción de los funcionarios o mediante

organizaciones criminales que otrora fueran impensables. Lo anterior refleja una terrible realidad y es que el Estado y el sistema penal no pueden responder con la eficiencia requerida, poniendo en jaque a las autoridades policiales y de gobierno, a los políticos, a los jueces y a los fiscales.

El Derecho Penal Moderno se va a caracterizar primordialmente por ser un instrumento de control social al servicio del poder político, además de la notable relevancia que se le dará al tema de la eficiencia del sistema jurídico.

“...El uso político del Derecho penal se presenta como instrumento de comunicación. El derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Ese empleo político del derecho penal no requiere necesariamente la sanción o la separación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del derecho Penal como medio de comunicación política. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal”. (Hassemer 2000, p. 474)

Rivero, J (2004) afirma que de hecho, en el discurso del derecho penal moderno el tema que ocupa la atención de los políticos, juristas, medios de comunicación y público en general es el de la eficiencia del sistema jurídico, pero ésta eficiencia no es cuestionada desde la óptica de la legitimidad. Precisamente señala este autor que es esta desvinculación del derecho del problema de la legitimidad, lo que hace es que se invierta el papel del bien jurídico, pues pasa de ser el instrumento para controlar y reducir la represión para convertirse en un medio de legitimación de la represión.

En efecto, el derecho penal moderno es un derecho preocupado por la eficiencia, de forma tal que al Estado no le interesa la legitimidad de su intervención. La eficiencia es reclamada por los medios de comunicación quienes transmiten de manera selectiva a los ciudadanos cuáles conductas se consideran peligrosas y requieren una actuación inmediata de los legisladores, pero también de los órganos policiales y judiciales. Por ello tal y como indica

Rivero, la meta del derecho penal material pasa a ser la persecución pronta y eficaz de una serie de fenómenos que la prensa considera peligrosos y que corresponden a diversos campos como la economía, la política ambiental, política fiscal, derecho del consumidor, consumo de drogas. Esto trae como consecuencia un inflacionismo penal, pues se da una proliferación de leyes especiales, que al producirse fuera de la codificación rompen a menudo la unidad del sistema, incurren en contradicciones y reiteraciones, se utilizan tipos penales abiertos y en general se aumenta el grado de inseguridad respecto a cuáles conductas están reprimidas y cuáles no.

Además, se recurre a la creación de delitos de peligro abstracto, se reducen los presupuestos de la imputación de delitos, se sancionan las formas de tentativa en lugar, se aumenta la represión de las formas de participación criminal entre otros. De igual manera se endurecen las penas, se disminuyen las garantías del encausado y se le tiene como el “enemigo” contra el cual se desata la guerra. Ante esta severa intromisión del derecho penal en las diversas esferas del ordenamiento no hablamos ya entonces de una intervención mínima o última ratio, sino todo lo contrario, el derecho penal es el instrumento necesario, idóneo, eficaz para reprimir cualquier conducta o al menos eso se nos hace creer.

Considera, Díez (2007, p.91) que "...en las sociedades democráticas basadas en un elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito, lo cual este autor considera una “alarmante novedad.”

No obstante, pese a esta idealización de la eficiencia estatal en la represión del delito existe una realidad inevitable: el derecho penal no puede dar respuesta a la demanda de control impuesta por lo que se produce un déficit de ejecución. Tal y cómo veremos más adelante, a pesar del surgimiento de nuevas normas penales, algunas de ellas no pueden ejecutarse por razones distintas, tales como la falta de presupuesto o una mala técnica legislativa. Sin

embargo lamentablemente, este déficit de ejecución se intenta solucionar políticamente con nuevas normas represivas.

Winfried Hassemer (1998) critica el hecho de que la política criminal moderna no opera como antes, es decir en función de la desincriminación y la atenuación de penas, sino que se concentra más bien en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal, dejando de lado la protección de los bienes jurídicos clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad) para proteger bienes jurídicos de la generalidad justificándose cualquier amenaza penal, además instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos a través de delitos de peligro.

En este orden de ideas, es pertinente rescatar la opinión de Antonio García Pablos (2001, 41):

"(...) el moderno Derecho Penal es consciente de su función instrumental, dirigido únicamente a la exclusiva tutela de los bienes jurídicos más valiosos de la sociedad, de no ser un fin en sí mismo, sino un medio o instrumento al servicio de la convivencia humana por lo que parece forzoso rechazar los cometidos "simbólicos" y "promocionales" que determinados sectores de la doctrina científica le asignan, sin embargo reconoce que de facto, el Derecho Penal en concretos momentos y frente a determinadas manifestaciones criminales satisface exigencias de clase –simbólicas o promocionales-, pero éstas no justifican por sí solas la intervención del Derecho Penal, por lo que lo pervierten quienes lo utilizan como motor del cambio social y lo degradan a la condición de gestor ordinario de los problemas sociales. Por otra parte los criterios a los que debe someterse la intervención penal y los límites de ésta, tienen que ver con la efectividad real del concreto medio empleado y su coste social, porque la huida hacia el Derecho Penal es una pésima estrategia, existiendo evidencia empírica de que la inflación penal y los excesos de rigor punitivo en lugar de reforzar los mecanismos inhibitorios y de prevenir el delito producen efectos criminógenos."

Puede concluirse entonces, que el derecho penal moderno es utilizado como instrumento político para dar una imagen de un Estado eficiente, preocupado y

ocupado por la represión de la violencia. Se expande ámbito de intervención del derecho penal con la creación de tipos penales que tutelan bienes jurídicos novedosos, proliferan los delitos de peligro abstracto en los cuales basta con realizar una acción que el legislador ha establecido como peligrosa, acorde con las exigencias de la sociedad para ser merecedor de una pena.

Los ciudadanos además están dispuestos a renunciar a sus derechos y libertades fundamentales, perdiendo la preocupación por las posibles arbitrariedades que en ejercicio de un poder abusivo puedan cometerse. Finalmente, se corrobora que la eficiencia pretendida se refleja en un déficit de ejecución que tiende a superarse con más de lo mismo.

Como bien lo sintetiza Feller (2005 p. 47)

"... se aboga por un "derecho penal eficiente", caracterizado éste por la confianza, a veces genuina y a veces aparentada frente a los electores, en la idoneidad del Derecho Penal para solucionar el incremento de la delincuencia tradicional y sus nuevas formas de aparición, así como para proteger intereses nuevos. Inspirado en esa confianza y crítico de las barreras tradicionales elevadas por el Derecho penal liberal, este "derecho penal eficiente" procura la creación de nuevos tipos penales, conmina penas cada vez más severas y percibe los principios de ese modelo liberal garantista como obstáculos a superar en vistas a la eficiencia del sistema penal en la lucha contra el delito. El infractor es visto como el enemigo del sistema al que se debe derrotar: constituye esta visión un retroceso hacia un derecho penal autoritario."

## **Sección II. Características y principales manifestaciones del Derecho Penal Moderno.**

- a. Inflacionismo Penal: Endurecimiento de Penas y reducción de garantías procesales.

Se ha venido señalando que, como consecuencia de las exigencias sociales y la utilización de derecho penal con fines políticos, se han creado nuevos tipos penales, produciendo lo que se denomina como inflacionismo penal. Para Tocora F. (1997, p. 6) lo anterior "...es un reflejo de la incapacidad y la falta de voluntad política de clases dominantes para solucionar los problemas sociales, por lo que en su lugar se acude a políticas represivas que aumentan el espacio definido como criminal."

Nuestro país no ha sido la excepción a este proceso legislativo, que para algunos tiene más de una década en ejecución. Algunas de las leyes que han surgido dentro de éste contexto son las siguientes: Ley para crear el delito de Secuestro contra Menores de Edad y Discapacitados, N. 8389 del 9 de octubre del 2003, Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas N. 8204 del 17 de diciembre del 2001, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres Ley 8589 del 12 de abril del 2007 , la Ley de Protección de Víctimas y Testigos y demás intervinientes en el proceso penal N. 8720 y Ley contra la Delincuencia Organizada N. 8754 , entre algunas de las más recientes.

No obstante, es importante recalcar, que cuando la legislación obedece a una crisis que debe solucionarse, lo más probable es que se legisle con prisa y esta situación traiga consigo errores importantes en las nuevas normas. Señala precisamente Rosaura Chinchilla Calderón (2010, p.138) que: "...esa prisa por legislar generalmente sobre la base de pretensiones de solventar lo que subjetiva y arbitrariamente (por carecer de fundamentación racional y científica), se cree o intuye como "lo mejor" para el país o para un sector, sin diálogo, eludiendo el debate de ideas, cayendo en ataque y desautorizaciones personales sobre la base de estribillos vacíos (de tipo garantista",

“abolicionista” etc.) sin estudios estadísticos de campo, etc. ha terminado en que se legisle en forma desordenada y apresurada sin proyecto de conjunto pues unos expertos desconocen lo que hacen otros...”

En verdad enfrentamos una crisis legislativa sin pocas las veces en que los expertos intervienen en la formación de estas leyes, pues la premura de obtener el rédito político impide discutir y debatir las ideas con profundidad y además de esto, existen errores formales en los textos, normas que más adelante serán declaradas inconstitucionales produciendo la ruptura de la estructura sistemática del ordenamiento jurídico.

Para Chinchilla (2010), los nuevos textos que han surgido en los últimos años en nuestro país y que no responden a una política criminal seria van en contra de la seguridad jurídica, pues los errores cometidos afectan la libertad de las personas y la vigencia del derecho generando en algunos casos hasta la impunidad. Algunas de estas leyes así estructuradas, no persiguen tanto actos de ofensa a bienes jurídicos específicos como a tipos de personas clasificadas como enemigos reales o potenciales por lo que se vislumbre un derecho penal de autor en contraposición a un derecho penal de acto, según señala Tocora (1997, p. 8), -quien añade que- esta tendencia político criminal atenta contra la intervención legítima del derecho penal que es la que se produce cuando no existe alternativa jurídica y se pueda establecer la pena como una necesidad.

A los graves defectos que apunta Rosaura Chinchilla, Tocora agrega la posibilidad de que se perviertan ciertas formulaciones legales, por ejemplo cita la utilización de tipos penales en blanco que al ser incompletos remiten a otras normas del ordenamiento y por otra parte los tipos penales abiertos que dependen de la valoración judicial en detrimento de la seguridad jurídica.

Otra característica importante de resaltar es el endurecimiento de las normas penales a través del aumento de las penas, se han promulgado leyes de emergencia e impuesto políticas de mano dura. Al respecto Prittwitz (2007 p. 103), señala que " (...) la política criminal se rearma, el derecho penal y las penas se expanden, la regulación y la práctica del proceso penal se han adaptado a las elevadas exigencias que resultan de esto". Así, se producen reformas legislativas para aumentar las escalas penales (extremos mínimos y

máximos) tanto en el derecho penal de adultos como en el derecho penal juvenil, además se limitan los derechos penitenciarios y se disminuye la edad de imputabilidad de los menores.

Con respecto al tema del derecho penal juvenil, debe agregarse que de la misma forma que ocurre en la materia penal de adultos, existe una falsa percepción de la ciudadanía de que la criminalidad de los jóvenes ha ido en aumento, no obstante, los estudios revelan que eso no es necesariamente cierto y que el problema ha sido que la criminalidad juvenil se ha venido modificando, convirtiéndose en más violenta y elaborada, confundiendo con un aumento de la delincuencia.

Lo anterior, ha llevado a que se presenten en la Asamblea Legislativa proyectos de ley para disminuir la edad de imputabilidad para un menor de edad conforme al Derecho Penal Juvenil, adicionalmente también existen proyectos de ley que promueven aumentar los extremos máximos de las penas para los menores de edad, lo cual resulta alarmante considerando que Costa Rica es el país con las penas más altas de Centroamérica en esta materia.

Como un claro ejemplo, el proyecto de Ley que se encuentra en el Plenario número 17.615, pretende que se juzgue a los menores de 15 años como si fueran adultos. De aprobarse dicha ley se estarían vulnerando los tratados existentes en materia de menores de edad, tales como la Convención de los Derechos del Niño que impone la obligación de contar con una justicia especializada y cuya premisa principal es que el internamiento o prisión debe ser el último recurso para estas personas en proceso de formación. No debemos olvidar tampoco, el impacto que implica para un joven de quince años enfrentar el sistema penal y las serias repercusiones que esta situación puede tener en una persona que se encuentra aún en un proceso de desarrollo físico y emocional. Pareciera ser entonces que un proyecto de ley como éste atenta seriamente contra los derechos humanos del niño y lo expone a un futuro incierto.

La justificación que se le da a tales decisiones es la pretensión de disuadir al delincuente para que no incurra en hechos delictivos, no obstante la realidad nos revela que el aumento de las penas no ha brindado los resultados



esperados ya que no se ha producido un impacto en la disminución de hechos delictivos. Como veremos adelante, no solo se trata de un endurecimiento en los tipos penales sino también en las condiciones que se enfrentarán dentro del proceso penal, lo que revela una disminución de las garantías del individuo frente a la autoridad estatal.

Debemos reflexionar sin duda, sobre la creación desmedida de tipos penales defectuosos que dan margen a arbitrariedades, así como a una posible criminalización de la pobreza, sustentada en este derecho penal de autor. Cuando se trata de satisfacer el tema de seguridad, el Estado en lugar de solventar el problema desde sus raíces, creando oportunidades de trabajo y de superación para los habitantes, elige una solución aparente a través de la creación de tipos penales utilizando la legislatura para brindar una respuesta inmediata, mediante la aprobación de leyes drásticas que garanticen un castigo ejemplar para el delincuente y así desmotivarlo para que desista de su actividad criminal. Con ello el Estado no brinda una solución real al problema de la delincuencia, que es precisamente la exclusión social. En realidad lo que se observa es la falta de políticas adecuadas y la incapacidad del Estado para atender al sector más vulnerable de la sociedad.

#### b. Sociedad de Riesgo y delitos de peligro abstracto.

En contraposición a un sector de la doctrina que defiende un derecho penal mínimo en el cual solo deben protegerse los bienes jurídicos de naturaleza estrictamente personal, pues de lo contrario estaríamos frente a una intervención ilegítima del Estado en la esfera individual (Escuela de Frankfurt), otro sector de la doctrina considera que la libertad del individuo sólo puede ser asegurada mediante la prevención penal de nuevos riesgos. Así, la expansión del Derecho Penal viene a ser consecuencia de la nueva "sociedad de riesgo" en que vivimos, pues recordemos que como efecto de la globalización y de las nuevas tecnologías la colectividad podría tener la sensación de que enfrenta peligros nuevos.

Gómez V. (2007, p 103) considera que "(...) este nuevo modelo social viene caracterizado principalmente por la aparición de "nuevos riesgos sociales" para el medio ambiente, la flora y la fauna, la ordenación racional del territorio,

derivados del alto grado de desarrollo tecnológico –informático, nuclear, genético- de la nueva sociedad, así como por su creciente complejidad, la multiplicación de relaciones o interconexiones causales, la sustitución de contextos de acción individuales por colectivos, por su carácter transnacional o “global” y por el incremento de la sensación subjetiva de inseguridad de los ciudadanos." Señala este autor que el Derecho Penal Clásico no fue diseñado para defender a la sociedad de los nuevos riesgos que caracterizan la sociedad actual, siendo esta la razón por la cual han aparecido los bienes jurídicos universales o supraindividuales y con ello aparecen también riesgos novedosos para bienes jurídicos tradicionales así como la proliferación de delitos de peligro abstracto.

Al respecto, Feller (2005, p. 47) pone en evidencia una contradicción existente a lo interno de los países desarrollados y subdesarrollados, que en lugar de buscar las verdaderas causas de la criminalidad, acuden a la reacción punitiva de una manera fácil: "(...) no deja de llamar la atención que una sociedad cuyo modelo de desarrollo supone inevitablemente la creación de riesgos que se asumen como el costo de un determinado modo de vida, vea en el Derecho penal la solución para proteger los intereses o bienes jurídicos afectados por actividades funcionales a ese modelo de desarrollo. Se desea y fomenta, por ejemplo, una sociedad altamente industrializada que se sustenta en medios energéticos que afectan o que son potencial y seriamente peligrosos para el medio ambiente, y al mismo tiempo existe la tendencia a proteger el medio ambiente mediante el Derecho penal."

De esta forma, resulta contradictorio que los países realicen acciones riesgosas para procurar su desarrollo y al mismo tiempo se sancione penalmente esta forma de crecimiento. Afirma Gómez (2007) , que la creación de delitos de peligro abstracto que ésta ha producido un doble efecto: por una parte la flexibilización de los criterios dogmáticos de imputación (relación de causalidad , imputación objetiva de la conducta y al resultado, a la imputación subjetiva etc.) y por otra, la flexibilización de las garantías político criminales materiales y procesales (principio de legalidad penal y procesal, el principio de taxatividad , principio de irretroactividad etc.), aspectos que han sido valorados de forma negativa por autores como Hassemer, Prittwitz o Kargl. Si

consideramos que de cara a la expansión del Derecho Penal y frente a la necesidad de protección de un riesgo se justifica la disminución de las garantías de los encausados y de la sociedad en general, el Derecho Penal está renunciando a sus principios fundamentales por lo que concordamos con el hecho de que la valoración debe ser negativa pues no se puede renunciar a la legitimidad de la intervención del Derecho en aras de su mayor eficiencia.

"(...) los mecanismos formales y materiales del derecho penal están más orientados hacia la víctima, además la finalidad de la limitación preventiva del riesgo justifica todos los medios de intervención estatal desde los medios de investigación encubiertos hasta las escuchas en viviendas. Existe una confianza de los miembros de la sociedad en el sistema, se debe proteger contra las perturbaciones consistentes en la violación de la Ley, la pena tiene asignada la función de evitar las consecuencias negativas de la violación de la Ley para la estabilidad del sistema y para la confianza en la vigencia del Derecho." (Albrecht 2000, p.474)

Cabe analizar entonces, si con la creación de las normas penales o derecho material se satisfacen los preceptos constitucionales, considerando que la delimitación del bien jurídico tutelado o interés jurídicamente relevante protegido, sirve para limitar el poder punitivo del Estado. Los bienes jurídicos tutelados tienen que encontrarse en directa relación con la Constitución Política, pues de lo contrario se estarían produciendo normas vacías que no ponen en peligro o que no lesionan ningún bien jurídicamente relevante, ante lo cual no se justificaría la existencia de una sanción.

Recordemos al menos que en nuestro país, la Constitución Política claramente establece en el artículo 28 lo siguiente:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...”

El artículo 29 antes citado, lo que pone de manifiesto es el principio de ofensividad o lesividad que no es un mandato para el legislador, sino más bien sirve para delimitar la creación de los tipos penales, de manera que no cualquier acción puede ser delito, sino solamente aquella que pone en peligro o lesiona un interés jurídicamente relevante para el ordenamiento jurídico. A partir de este precepto constitucional se debe construir el derecho penal material.

Hassemer (1995) es del criterio de que la función preventiva del Derecho se realiza a través de la protección de los bienes jurídicos que tiene como misión proteger, por ello el legislador solo debe castigar aquellos comportamientos que amenazan un bien jurídico; los actos que sólo atentan contra la moral, valores sociales o contra el soberano. Ello ocurría así en el Derecho Penal Clásico, sin embargo, en el Derecho Penal Moderno se ha perdido de vista esta particular función que debe cumplir el derecho. La política criminal ha invadido este campo orientando el derecho penal a solucionar problemas políticos que no le corresponden. Más allá de limitarse a la protección de los bienes jurídicos indispensables para la convivencia, la política criminal moderna dirige su atención a la protección de bienes o intereses colectivos en los cuales no existe una víctima directa, con el único fin de evitar o reducir riesgos, función que no le compete al Derecho Penal.

Por su parte, Winfried Hassemer (1999), considera que el concepto de bien jurídico debe tener la mayor precisión posible pues cuanto más vago es y cuantos más objetos abarca más tenue se vuelve la posibilidad de contestar la pregunta de si el Derecho penal cumple su función preventiva. De acuerdo al autor, la creación de bienes jurídicos poco precisos aparece como un rasgo de una sociedad de riesgo moderna que no puede aceptar sus peligros o riesgos de modernización, sino que necesita un vínculo causal y una responsabilidad jurídica y social. Estas responsabilidades creadas, afirma Hassemer, así como los intereses de minimizar la inseguridad de una sociedad de riesgo han afectado no sólo a la política criminal sino también a la teoría penal y a la doctrina del bien jurídico.

Chirino (2007) nos indica, que la experiencia ha enseñado que “crear” un bien jurídico tutelado es muy sencillo y que se ha observado que el legislador ya no encuentra ningún límite en esta operación logrando crear bienes jurídicos hechos a la medida de la incriminación, lo cual desbarata la función límite del bien jurídico y lo degrada a una mera herramienta operativa en los fines represivos que se ocultan detrás de estas operaciones. Los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del Derecho penal, pues tal y como afirma Urquiza (2001) al prescindirse del prejuicio se prescinde también de demostrar la causalidad, pues basta solo con probar la realización de la conducta cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, facilitándole a éste su labor extraordinariamente. Así, de acuerdo al autor, un tipo penal abstracto se convierte en un medio idóneo de incriminación ampliada por cuanto las posibilidades de defensa del sujeto frente a la norma se reducen a la realización de la acción. No existe necesidad de interpretar, ni de valorar, solo de comprobar la acción, lo cual menoscaba la función de garantía de la ley penal. Además para Urquiza (2001), siguiendo a Hassemer, “el tipo de peligro abstracto no queda comprendido como una ley indeterminada sino como una ley determinada pero desmedida.” (p.71)

b. Adelantamiento de la punibilidad y reducción de garantías procesales.

Hans Joachim Hirsch (2000) es del criterio de que en los últimos tiempos el concepto de bien jurídico ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales. Refiere que se ha venido produciendo una desmaterialización del concepto de bien jurídico, perdiendo éste la precisión de sus límites o contornos y como consecuencia lentamente se debilita la diferencia entre los delitos de lesión y actos preparatorios punibles.

Lo que el autor señala no es otra cosa que el “adelantamiento de la punibilidad” que viene a ser otra característica o manifestación de la expansión del Derecho Penal y que además se encuentra fuertemente relacionada con el Derecho Penal del Enemigo. Para algunos, los acontecimientos del 11 de setiembre del 2001 y los atentados ocurridos en los trenes subterráneos de

Madrid, tuvieron un impacto definitivo en el surgimiento de leyes especiales para combatir el crimen.

“Estas leyes se caracterizan por una anticipación de la punibilidad y por una disminución de las garantías procesales de los encausados. Puede decirse que la “anticipación de la punibilidad” o “adelantamiento de la punibilidad” se da cuando el Estado, en ejercicio del ius puniendi, consagra la sanción de conductas que no representan una puesta en peligro o una lesión efectiva de un bien jurídico, sino más bien, conductas que se encuentran en estadios previos. En otras palabras, el Estado reprocha o sanciona conductas que, en principio, pertenecen al ámbito de libertades del sujeto (serían meros actos preparatorios), o bien, tiene por consumadas conductas que sólo podrían haberse encuadrado en el ámbito de la tentativa.” (Quintero, 1p)

El derecho de emergencia caracterizado por una anticipación de la protección penal y la punibilidad incluso de los algunos actos preparatorios, se ve asimismo plasmado en lo que Silva Sánchez llama Derecho Penal de Tercera Velocidad o Derecho penal del enemigo, un derecho en el que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada renuncia a sus garantías personales. El derecho penal del enemigo, conforme a Gracia Martín (2005) es una clara manifestación de los rasgos característicos del Derecho penal moderno, es decir de la tendencia expansiva del Derecho Penal que, en general, da lugar a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél y materialmente, a un desconocimiento o clara flexibilización que trae consigo un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico- penales liberales del Estado de Derecho. Así, el derecho penal del enemigo, presupone la negación y privación de la condición de personas a aquellos individuos que de manera profesional y habitual se han dedicado a la actividad delictiva.

Sin embargo, este tipo especial de derecho caracterizado por la práctica inexistencia de garantías procesales para los individuos no parece poder coexistir con un Estado de Derecho Democrático, en el cual se debe respetar la dignidad del ser humano, pues tal y como afirma Gracia Martín (2005), el Derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo

hombre como persona responsable y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso. Sin embargo parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal de enemigos en el Derecho penal y procesal penal de la actualidad, que es objeto de crítica y rechazo por la doctrina mayoritaria.

Las principales características que la doctrina señala para el Derecho penal del enemigo son las siguientes:

- 1- Tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. El contenido de estos tipos penales ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del Derecho. Así se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo o de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia.
- 2- Desproporcionalidad de las consecuencias penales, que se manifiesta en la punibilidad de los actos preparatorios que no conlleva ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los actos consumados o tentados en relación a los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio. La pertenencia del autor a una organización se toma en cuenta para agravaciones considerables y desproporcionadas de las penas en relación a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su habitual o profesional servicio de la organización.
- 3- Existencia de leyes que se autodenominan de lucha o combate, que representan un paso de la legislación penal a una legislación de combate.

- 4- Una característica significativa y profundamente sensible es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados, cuestionándose hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento. Se reducen además las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias en la intervención de comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, se amplían plazos de detención policial, de prisión preventiva y en el plano teórico se reivindica la licitud de la tortura.
- 5- Por otra parte en cuanto a las regulaciones del derecho penitenciario, se endurecen las condiciones de clasificación de los internos, la limitación de los beneficios penitenciarios o las que amplían los requisitos de la libertad condicional.

Chirino (2003 p. 22) puntualiza a que "los cambios procesales experimentados en los últimos años para ampliar las posibilidades de investigación de la policía y del Ministerio Público, demuestran el descrédito que sufren los derechos de los ciudadanos cuando son sopesados con los intereses colectivos reforzados por la aspiración de seguridad de las sociedades modernas. " No podemos además olvidar, que las reformas procesales van dirigidas normalmente hacia el sector menos favorecido de la sociedad, aquellos que han sido víctimas de la exclusión por diversas razones, especialmente la carencia de recursos económicos y oportunidades.

Con respecto a nuestro país, se han producido últimamente algunas reformas legales, que tienen características propias del derecho penal del enemigo. Puede señalarse en primer término la Ley de Protección de Víctimas y Testigos y el Procedimiento Expedito para los delitos de flagrancia introducido por esta misma ley como reforma al Código Penal. En la ley de Protección de Víctimas y Testigos, podemos ver que se le da una preponderancia a los derechos de las víctimas por encima de los derechos de los imputados. Por otra parte se asignan nuevamente facultades de interrogatorio a los oficiales del Organismo de Investigación que se habían eliminado a fin de evitar abusos de autoridad y especialmente la tortura, ampliándose en el artículo 98 de la ley las facultades



policiales de interrogatorio, aunque con la presencia del defensor. Pero más significativo es el hecho de que la ley permite en el artículo 204 la protección extraprocesal de los testigos al punto que se pueda reservar la identidad del mismo durante la fase preliminar e intermedia del proceso, lo cual supone que una prisión preventiva pueda sustentarse en un testigo que el mismo imputado desconoce, lo cual vendría a vulnerar su derecho de defensa.

En cuanto a la aplicación de la prisión preventiva también ocurre una reforma, pues la solicitud de audiencia para la medida deberá hacerse dentro de las veinticuatro horas contadas desde que el imputado se puso a la orden del juez y la audiencia podrá celebrarse dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores y la resolución dictada dentro de ese plazo. Aunque en la práctica este artículo no se aplica tal cual, pues se pretende que la situación jurídica del imputado se resuelva dentro de las primeras 24 horas de su detención, lo cierto es que esta reforma amplía el plazo durante el cual una persona puede estar detenida sin que se le haya resuelto su situación jurídica.

En cuanto a la reforma relacionada con el Procedimiento Expedito para los delitos en Flagrancia, pareciera tratarse también de derecho penal del enemigo, ante todo por la celeridad del proceso propuesto en la ley que impide que el imputado pueda elaborar una adecuada defensa a sus intereses. El procedimiento de Flagrancias responde a una reforma legislativa de “emergencia” para atender casos de delincuencia común pero de gran impacto en la ciudadanía, por ende la celeridad y la búsqueda de una sentencia condenatoria, parecieran estar por encima de las garantías procesales. En la mayoría de los casos, dados los presupuestos legales establecidos, la prisión preventiva es inevitable al producirse la detención en flagrancia o cuando se trata de delincuentes habituales o reincidentes.

Como conclusión, el problema que surge con esta intervención desmedida del derecho penal es que éste no está siendo fiel a sus principios cuando se le atribuyen funciones de represión y conducción eficiente de la violencia como bien destaca Hassemer, alejándose de sus objetivos iniciales que son la protección jurídica y la garantía de las libertades para todos y, su utilización subsidiaria como última ratio para las lesiones más graves. El derecho penal de

un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos, además que no puede hacer distinciones entre categorías de individuos y sus derechos procesales, pues ello atenta contra la concepción de un derecho penal democrático.

c. Pretensión de mayor eficiencia en la persecución penal.

Como antes se señaló, los cambios en la legislación en aras de atender eficientemente la criminalidad, afectan tanto el derecho de fondo como el derecho procesal penal. “En el Derecho Procesal se observa la tendencia a otorgar cada vez más importancia a los intereses de eficiencia económica de la justicia y a las competencias de intervención en favor de la persecución penal, lo cual se traduce en una desformalización del proceso. (Albrecht 2000, p. 484) Por su parte, Díez Ripollés enumera las características de la política criminal resultante de una sociedad de riesgo y resalta "que la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado". (2001, p. 137)

Lo anterior se puede esperar ante la criminalización de nuevas conductas que saturan el sistema penal; el sistema requiere desahogarse y para ello deben idearse nuevas prácticas que a la larga podrían generar críticas por parte de la sociedad y traer consigo una nueva crisis del Derecho Penal. Es el caso de la justicia restaurativa o las soluciones alternas al conflicto penal tales como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la reparación integral del daño y de las formas de terminar el proceso de manera anticipada sin llegar a juicio: el proceso abreviado. También podría señalarse el criterio de oportunidad reglado mediante el cual el Ministerio Público decide no ejercer la acción penal bajo ciertas condiciones contempladas en la ley.

Para Albrecht (2000), los conceptos de reforma creados recientemente para la descongestión del sistema penal por un lado parecen un programa destinado a erosionar los principios fundamentales del Estado de Derecho y por otro lado son la expresión de los límites a las posibilidades de control del sistema, límites

que surgen según el autor, que se encuentra ante circunstancias sociales cada vez más complejas. De igual forma, considera que el empleo unilateral y ejecutivo del Derecho procesal, así como un pensamiento centrado exclusivamente en la eficacia de la persecución penal quiebra cualquier barrera constitucional frente a la intervención estatal en la esfera de libertad del ciudadano. Al respecto, pareciera ser que la consideración gira en torno a una “privatización” del derecho penal, son las partes las que intervienen y le ponen fin al proceso, convirtiéndolo en algo disponible.

Ante esto, Tocora (1997) asume que el principio clásico de que el derecho penal por ser un derecho público es intransigente e innegociable ha sido puesto en entredicho en los últimos años, siendo una de las razones “... el embotellamiento judicial que ha revelado el trabajo deficitario de esos sistemas ante el desbordamiento de casos por resolver; la necesidad de favorecer más la restauración del derecho, hacer efectiva la indemnización de la víctima; la posibilidad de influir en la pacificación social, resolviendo de fondo ciertos conflictos y realizando una propedéutica de la reconciliación.” (p. 39).

Podemos entonces concluir que como consecuencia de un crecimiento desmedido de las conductas tipificadas como delito el sistema penal tiende a colapsar, por lo que también se producen reformas penales cuyo fin es lograr desahogar el sistema para mantener la apariencia de eficiencia tan valorado por la opinión pública. Sin embargo, pese a lo virtuosa que resulte ser la solución del conflicto penal, sin necesidad de imponer una pena de prisión, la sociedad no deja de poner en entredicho y cuestionar este tipo de salidas equiparándolas a la impunidad del delincuente, lo cual nuevamente viene a cuestionar el papel del Derecho Penal y su eficiencia. Así pese a que se logra adoptar una decisión más rápida que pone fin al proceso penal, se considera que dichos institutos vienen a generar impunidad, ya que la sociedad reclama que se apliquen sanciones de cárcel para todos, motivados además por el enfoque de los medios de comunicación.

## CAPÍTULO III

### DERECHO PENAL SIMBÓLICO

#### Sección I: Generalidades.

El Derecho Penal como tal, conlleva una función simbólica, pues la creación de normas penales de prohibiciones o mandatos de determinadas conductas consideradas como delictivas y que son sancionadas con penas, produce un fuerte efecto simbólico en la conciencia de los ciudadanos, dicha función es intensa, según señala Luzón (2000) porque establece cuáles son los ilícitos criminales, los más graves y socialmente intolerables. Señala este autor, que algunos vinculan esta función simbólica a la concepción tradicional de la función ético-social de las normas penales en la cual el Derecho Penal despliega una fuerza configuradora de costumbres, asignando una misión educativa a las normas penales.

No obstante, para otros debe prescindirse de las connotaciones moralistas o educativas del Derecho, concibiendo la función simbólica de las normas de una forma más neutra, partiendo de que la creación de normas y la previsión de sanciones, independientemente de su efectiva y eficaz aplicación tiene un efecto psicológico importante, pues la calificación de una conducta como delictiva simboliza ya la más grave reprobación, lo cual según Luzón (2000) tiene que ver con la función comunicativa o expresiva de las normas, por lo que otros autores como Díez Ripollés sostienen que en este aspecto es legítimo e imprescindible el efecto simbólico de las normas y además se extiende a la prevención general positiva:

“Es frecuente en la literatura jurídico-penal contraponer a los efectos instrumentales los efectos simbólicos de la pena. De este modo, los efectos instrumentales vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos por su parte, estarían conectados al fin o la función e transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las

conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más representaciones mentales”. (Díez, 2001, pág. 110)

Frente a esta valoración positiva de la función simbólica del Derecho Penal, surge una corriente crítica mayoritaria representada entre otros por Hassemer, Baratta, Melossi y Silva, quienes destacan como problema fundamental que se viene produciendo últimamente un predominio de los efectos simbólicos en las leyes, por lo que no cumplen su función instrumental de protección de bienes jurídicos a través de la prevención, pues se limita a una función retórica o simbólica que en la mente de los políticos equivale a haber hecho algo y en los ciudadanos la sensación de tener bajo control el problema. De esta forma de acuerdo, la legislación simbólica se manifiesta en la creación de tipos nuevos o aumento de penas existentes, cuando los anteriores eran suficientes o cuando los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora o se traslada al Código Penal una norma ya existente en la legislación especial –o viceversa diríamos nosotros- solo por el mayor efecto retórico que tiene. (Luzón 2000)

El carácter simbólico de las normas viene a ser un rasgo característico del Derecho Penal Moderno, pues como se señaló anteriormente se promulgan legislaciones de coyuntura para enfrentar hechos que trastornan a la sociedad. Para Tocora (1997) esto refleja una falta de política entendida como planificación de programas, de diseño estructurado de respuestas frente al fenómeno de la criminalidad. Esta política de apaciguamiento como él la llama está destinada a calmar el espíritu, es un derecho penal efectista que busca dar la impresión de que se combaten los atentados por medio de normas expedidas al día siguiente de su ocurrencia, exhibiendo el mayor rigor.

Winfried Hassemer considera que el derecho penal simbólico es una oposición entre “realidad” y “apariencia” entre “manifiesto” y “latente” entre lo “verdaderamente querido” y lo otroramente aplicado”; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales... simbólico se asocia a un engaño”. Señala Hassemer que se trata de “un engaño”, en el sentido de que aquellas leyes no cumplen ni pueden cumplir sus funciones instrumentales manifiestas de protección porque han sido promulgadas únicamente para la producción – función latente- de efectos meramente simbólicos, cuando las mismas “leyes

penales tienen únicamente como fin real calculado «la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido».(1995, p. 5)

Por su parte, sobre los efectos simbólicos de las leyes en la sociedad, José Luis Díez Ripollés opina:

“El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal. Su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no sólo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios.” (Díez, 2001, p. 107)

Gunther Jakobs (2003) es del criterio de que cuando se usa en sentido crítico el concepto de Derecho Penal Simbólico, se quiere hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. Para el autor, " en realidad el término derecho penal simbólico no hace referencia a un número bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación por la falta de incidencia real en la solución en términos instrumentales, sino que identifica la especial importancia política otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas "(2003 p.77).

Tocora (1997) en la crítica que hace al tema, prefiere utilizar el término de ilusionismo penal o derecho penal reactivo, entendido como un derecho transitorio, un derecho mágico, efectista que busca crear la ilusión de que se resuelven las demandas de seguridad y justicia. Le llama derecho penal reactivo pues viene a ser una reacción calculada del Estado que busca réditos políticos, es un movimiento más que todo en el mundo de la imagen o de la apariencia para contener la ira y la indignación social y que como veremos está profundamente enlazado con los medios de comunicación que se encargan no

solo de alarmar a la ciudadanía sino también de lograr una reacción política a corto plazo para calmar los ánimos y restablecer la confianza en el sistema.

## Sección II: Concepto de Derecho Penal Simbólico

Definir qué se entiende por Derecho Penal Simbólico no es sencillo, sin embargo un común denominador de todas las concepciones es el predominio de los efectos simbólicos sobre los instrumentales. Sin embargo, pueden darse sobre esta posición dos enfoques distintos, que de acuerdo a Díez Ripollés (2000) podrían entrecruzarse. Así, señala que mientras para algunos lo decisivo es el mantenimiento de la intervención penal pese a que ya no son alcanzables los efectos instrumentales, no obstante se simula y se parte de que sí lo son para poder conseguir los efectos simbólicos. Es aquí donde el engaño juega un papel fundamental, pues se aparenta perseguir fines distintos (los manifiestos) de los que realmente se persiguen. Para otros por el contrario, lo decisivo resulta ser la desnaturalización de la intervención penal que conlleva, dada la falta de legitimación de todos o la mayor parte de los efectos simbólicos. Precisamente Díez Ripollés considera que el fenómeno del derecho penal simbólico es un problema de deslegitimación de la intervención penal en razón de los efectos producidos como veremos más adelante.

Por su parte, Hassemer (1995) asume que en el Derecho Penal Simbólico el engaño se convierte en una cualidad objetiva de la norma. Para él no es suficiente señalar que se trata efectivamente de una discrepancia entre funciones latentes y manifiestas o entre efectividad y prestigio, sino que el objeto debe ser determinado adicionalmente a través de alguna cualidad crítica para que el Derecho penal simbólico sea visto como un fenómeno negativo o peligroso. Así esta cualidad crítica se basa en la oposición entre apariencia y realidad, apunta al elemento de engaño y a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad del derecho penal.

Hassemer (1995) define el Derecho Penal Simbólico de la siguiente forma:

“Simbólico” en sentido estricto es por consiguiente un Derecho Penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual

puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación a otros objetivos descritos en la norma. Con ello se entiende (...) por funciones manifiestas (...) las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las funciones latentes a diferencia, son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras...desde la satisfacción de una necesidad de actuar a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte (...) Los fines descritos en la regulación de la norma son comparativamente distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como ésta se presenta..." Podemos entonces establecer que existe una relación entre un Estado eficiente -en el tanto que logra satisfacer la demanda de seguridad de la población- y el derecho penal simbólico, que viene a ser el instrumento a través del cual el Estado cumple este objetivo. (Hassemer 1995, p.7)

Díez Ripollés (2010) es del criterio de que los efectos instrumentales vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos tendrían la capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos por su parte, estarían conectados al fin o la capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias en las que se producirían emociones o representaciones mentales. (Díez p. 110) Afirma además este autor, que el aprecio que se tiene por los efectos simbólicos es muy limitado, en la medida en que no atienden primariamente a la protección de bienes jurídicos ni producen modificaciones comportamentales en la realidad social.

Por su parte, intentando construir un concepto de Derecho Penal Simbólico, José Ignacio Núñez Leiva (2009) lo define como "aquella criminalización desproporcionada y oportunista, en muchos abiertamente pensada para no tener aplicación práctica, que se aparta de los fines tradicionales de la pena empleando a la sanción penal como un medio para transmitir a la población señales que den cuenta de la existencia de una autoridad estatal fuerte y



decidida a reaccionar con firmeza en contra de aquellos actos reprobados por la mayoría. En este sentido, el adjetivo “simbólico” asociado a este tipo de normas penales se identifica con la intencionalidad comunicativa insertada en la norma por el propio legislador interesado en demostrar firmeza mediante la criminalización como única política criminal. (2009, pág. 1-23)

Aniyar afirma que a pesar de la probada incapacidad del Derecho Penal para sus fines manifiestos, éste ha sido seleccionado prioritariamente para solucionar problemas sociales y políticos, como ya hemos señalado. Recalca este autor, el grave perjuicio que ello significa para los derechos humanos del individuo quien resulta ser el afectado con toda esta legislación de emergencia y falsas soluciones:

“Ese juego de utilizar la legalidad (el sistema penal como legitimidad para justificar simbólicamente un estado de cosas que no interesa, o no se sabe, o no se puede enfrentar de otra manera); ese oscilar entre los bordes de la legalidad y la ilegalidad, hace de la criminalización el gran problema actual de la democracia y de los derechos humanos”(2010, pág. 124) Así, Aniyar expone la posición de quienes abogan por un derecho penal mínimo y que éste se considere además un derecho humano del individuo, lo cual sería según él, ideal para una Criminología Crítica que enfrenta al Estado policial-penal máximo y su lenguaje de guerra.

### Sección III: Características del Derecho Penal Simbólico.

#### a. Carácter simbólico de las normas

En cuanto al carácter simbólico de las normas, de acuerdo a Baratta (1994) es la contradicción existente entre lo que el legislador declara perseguir y lo que realmente busca o lo que el sistema efectivamente realiza, lo cual podemos constatar al leer los prólogos de los proyectos de ley. Así, lamentablemente podemos llegar a la conclusión de que la intervención del Derecho Penal se convierte cada vez más en un mero instrumento político, que la reacción del Estado produce leyes inútiles pues no son respuestas reales y apropiadas para

el problema. Para Baratta (pág. 91) “(...) el uso alternativo del Derecho Penal, significará usar el Derecho como instrumento por una rigurosa limitación política y técnica de lo que una vez parecía una útil función pero hoy aparece cada vez más como la violencia inútil de las penas.

Con respecto a la función simbólica del Derecho Penal, como vimos, algunos consideran que dicha función es inherente al Derecho penal y debe valorarse positivamente. Para Luzón (2001), Silva es uno de los autores más críticos de la función simbólica de la pena y señala que aunque todas las leyes y especialmente en las penales se produce una función simbólica aparte de la instrumental, de operar efectivamente sobre la realidad, el problema es el fenómeno cada vez más frecuente de que prevalezcan los elementos o aspectos simbólicos en muchas manifestaciones de la legislación penal:

“Se trata de que muchas leyes penales no van a cumplir en la realidad su función instrumental de protección de bienes jurídicos (a través de la prevención) porque no se aplican, sino que se limitan a una función meramente simbólica o retórica (...) que solo opera en la mente de los políticos y de los electores: en los políticos la creación de la norma produce la satisfacción de haber hecho algo y en los ciudadanos la sensación de tener bajo control el problema. Así se cita entre otros casos, como ejemplos de legislación básicamente simbólica los de creación de nuevos tipos, o los de aumento de las penas existentes, cuando los anteriores ya son suficientes, o cuando los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora; o también el hecho de trasladar al Código Penal una norma ya existente en la legislación especial, solo por el mayor efecto retórico que ello tiene” (Luzón 2001, Pág. 133)

Según Melossi (1991), las funciones instrumentales del derecho penal verdaderamente importantes —verificado el fracaso de la prevención o la incapacitación—son las educativas, o sea las teatrales: la representación moral del bien y del mal. La función simbólica hipotéticamente provechosa es una

“dosificación” de la tolerancia de las numerosísimas transgresiones: muchas más que las definidas en tipos penales.

La principal crítica que puede hacerse al derecho penal simbólico, es que no implica en realidad una reacción del Estado frente a los problemas de seguridad o de delincuencia, sino solamente una apariencia de reacción, así, el Estado simula un compromiso político que no existe. Como señala Baratta (1994), la comunicación entre políticos y su público viene a sustituir a la democracia, de manera que la política se convierte en la forma del espectáculo, cuya finalidad no es tanto modificar la realidad como la imagen de la realidad en los espectadores, es decir la opinión pública.

b. Política criminal orientada a las consecuencias.

El contraste aparente entre las funciones manifiestas y latentes, que de acuerdo a Hassemer (1995) constituye el núcleo del Derecho penal simbólico, se basa en un presupuesto histórico que es la orientación a las consecuencias del Derecho penal en la teoría y en la práctica. En el derecho penal simbólico existe más bien, un desequilibrio entre ambas funciones o predominio de las funciones latentes sobre las manifiestas, pues como se ha señalado anteriormente, la política criminal bajo este modelo no se orienta realmente a la solución del problema de fondo existente en la sociedad que podría estar incidiendo en el aumento de la delincuencia, como la mala distribución de la riqueza, la falta de oportunidades, la exclusión social, sino que lo que se pretende con la norma es muy distinto a lo que se dice querer. Hassemer (1998) señala que la política criminal moderna opera bajo la nueva criminalización y agravación de penas, concentrándose en los tipos y amenazas y no en las consecuencias del derecho penal, partiendo de que el derecho penal es un instrumento normativamente aceptable y realmente efectivo. Lo anterior se opone a los objetivos reales que debería tener el derecho penal, proporcionando protección jurídica y garantizando libertades también para quien viola el derecho.

En la actualidad, el derecho penal orientado a las consecuencias enfrenta una verdadera crisis de cara a la existencia del derecho penal simbólico, lo cual de

acuerdo a Hassemer (1995) viene a acentuar el problema de la legitimación del Derecho penal. Esto se deriva de los nuevos tipos penales que se van creando en los cuales no se tutelan los bienes jurídicos tradicionales, sino en los cuales lo que priva es la protección de riesgos. A corto plazo puede ocurrir como afirma Luzón (2000), que el uso simbólico del derecho penal pueda desplegar efectos educativos, ético sociales y de integración social en la conciencia ciudadana, pero estas no son por sí solas funciones legitimadoras del Derecho penal, siendo que a largo plazo bloquearía la legítima función instrumental del mismo, de proteger bienes jurídicos mediante una prevención eficaz de delitos. De esta forma, si bien el Derecho Penal se ha utilizado como un instrumento para el legislador brindando una aparente respuesta oportuna ante la incipiente criminalidad lo cual ha devuelto la confianza en la ciudadanía, con el transcurso del tiempo la misma ciudadanía perderá fiabilidad en el sistema, por la imposibilidad de aplicar la norma o ante la ineficacia de la misma, sea porque el crimen que se pretendió reprimir aumentó o la sanción no pudo imponerse por una defectuosa legislación.

Conforme al pensamiento de Luzón (2000) si el Derecho Penal debe tener como fin primordial proteger los elementos esenciales para la convivencia (bienes jurídicos) a través de la prevención de los comportamientos que los lesionan o los ponen en peligro, debe quedar fuera cualquier pretensión de utilizar el derecho penal para reforzar la conciencia social en general, resultando especialmente sospechosas las intervenciones penales que crean o incrementan una imagen positiva del legislador o del resto de los operadores penales, o las que sean consecuencia de campañas mediáticas o de grupos de presión.

c. Elemento del engaño: falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad del derecho penal.

Como elemento fundamental de las normas provenientes de un derecho penal simbólico tenemos el engaño. Este elemento es el que Hassemer (1995) considera que hace que el Derecho penal simbólico sea visto como un fenómeno negativo o peligroso. Señala que esta cualidad en la oposición entre

apariencia y realidad apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad. Recordemos que Tocora (1997) había argumentado precisamente que el derecho penal simbólico es un derecho mágico, ilusionista, efectista, pues busca dar la impresión de que se combaten los delitos de manera inmediata, buscando superar una situación al borde del colapso o crisis efectiva. Este pareciera ser el rasgo más negativo que contiene el Derecho penal simbólico y que tiene una directa injerencia en la credibilidad que se le otorgue al sistema de justicia. Esta falsa apariencia de efectividad trae consigo la inevitable decepción de la ciudadanía y la pérdida de credibilidad del sistema, de las leyes, del derecho penal, en fin continúa deslegitimándose la intervención del Derecho penal al ponerse al servicio de los intereses de los políticos y de los grupos de presión.

Lo anterior no es otra cosa que una distorsión de la realidad para la ciudadanía, la justicia se convierte en un espectáculo como indica Tocora (1997), pues las decisiones son determinadas de una manera coyuntural y de cara a una audiencia mediatizada. Evidentemente ante soluciones rápidas y oportunistas, no se reflexiona sobre la conveniencia o no de una determinada norma, construyéndose tipos penales inútiles y a veces vergonzosos. Al respecto, Luzón (2000) considera que resulta preferible ante la previsión de una norma inaplicable o ineficaz, la regulación extrapenal de la misma, estableciendo con claridad lo prohibido y lo permitido y previendo la sanción correspondiente con posibilidades reales de aplicación.

d. Algunos presupuestos para identificar el Derecho penal simbólico.

Considera Díez (2001) que el derecho penal simbólico constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza según este autor, porque se producen a través de la pena efectos socio-personales expresivo-integradores que carecen de legitimidad, no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena. Lo anterior ocurrirá cuando los efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, si centran su incidencia sobre objetos

personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, o si su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal. Para la identificación de una intervención penal simbólica, deberá verificarse el sustancial incumplimiento de las decisiones político-criminales fundamentadoras de los fines de la pena. Así, este autor propone identificar el Derecho Penal Simbólico a partir de los siguientes presupuestos (Díez, p.123).

-En función del objetivo satisfecho: El efecto fundamental suscitado por la reacción penal no atiende a la prevención de comportamientos delictivos o a evitar riesgos graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, ignorando el objetivo fundamentador de la intervención penal. En el ámbito de la conminación de la pena se pueden citar:

-Las leyes reactivas: predomina el objetivo de demostrar la rapidez de reflejos de acción del legislador ante la aparición de problemas nuevos.

-Leyes identificativas: el legislador se identifica con determinadas preocupaciones de los ciudadanos.

-Leyes declarativas: se aclaran contundentemente cuáles son los valores correctos respecto a una determinada realidad social.

-Leyes principalistas: manifiestan la validez de ciertos principios de convivencia.

-Leyes de compromiso: su papel más significativo es el de mostrar a las fuerzas políticas que las han impulsado el respeto de los acuerdos alcanzados.

-En función de las personas primordialmente afectadas: De acuerdo a Díez Ripollés, la intervención penal no incide primordialmente en los delincuentes reales o potenciales próximos, desplazando su influencia hacia los objetos personales más alejados de su posible responsabilidad por la afección a los

bienes jurídicos, es decir, los delincuentes potenciales alejados y los ciudadanos susceptibles de ser delincuentes. Se puede hablar así de:

-Leyes aparentes: cuya formación técnicamente defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal que es el medio ineludible para llegar eventualmente a la imposición de la pena.

-Leyes gratuitas: aprobadas sin los recursos personales o materiales precisos para su efectiva aplicación en caso de infracción.

-Leyes imperfectas: que no prevén sanciones o su aplicación es técnicamente imposible.

-En función del contenido de los efectos sociales producidos: Se trata de intervenciones penales, cuyos efectos superan las necesidades de control social a satisfacer por la reacción penal, lo que sucede cuando se va más allá del efecto de confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva, ignorándose las exigencias del principio de subsidiariedad. Como ejemplos de la fase de conminación penal, Díez Ripollés señala las siguientes:

Leyes activistas: con las que se suscita en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo diferente con problemas irresueltos.

Leyes apaciguadoras: que producen el efecto de calmar las reacciones emocionales que ciertos sucesos han producido entre la ciudadanía.

Leyes promotoras, cuyo efecto es la modificación de determinadas actitudes sociales ante ciertos problemas sociales.

Leyes autoritarias: producen el efecto de demostrar la capacidad coactiva en general de los poderes públicos.

Por su parte, Winfried Hassemer (1995, pág. 3) establece que en la literatura se puede encontrar una clasificación plausible de diversas formas simbólicas de Derecho:

-Leyes de declaración de valores (Ejemplo: Aborto, entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición de matar por otro lado);

-Leyes con carácter de apelación (moral) (Ejemplo: Derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes);

-Respuestas sustitutorias del legislador: Leyes que sirven de coartada, leyes de crisis (Ejemplo: Leyes en contra del terrorismo con el objeto de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas);

-Leyes de compromiso (Ejemplo: cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias siempre tiene un núcleo central para satisfacer la «necesidad de actuar»).

#### Sección IV: Populismo Punitivo como instrumento del Derecho Penal Simbólico

##### a. Concepto y rasgos del Populismo Punitivo.

Hemos visto que en la actualidad las leyes penales obedecen a la presión de ciertos grupos de interés, quienes se ven respaldados por los medios de comunicación en sus demandas o bien, es la prensa la que exagera los ánimos del pueblo para que éste exija cambios legislativos. En definitiva, la expansión del Derecho Penal Moderno, el aumento del sentimiento de inseguridad, la utilización del derecho penal simbólico, el derecho penal del enemigo y el populismo punitivo como precursor de cambios legislativos, son temas que se encuentran fuertemente vinculados y forman parte de un mismo proceso. Adicionalmente, el factor mediático juega un papel preponderante en la transmisión de ideas sobre cuál es el estado de la criminalidad, infundiendo



miedo al ciudadano quien solo conoce a veces la realidad manipulada que le muestran los medios de comunicación.

El populismo punitivo podría definirse como “(...) una forma de acción política basada en la toma de decisiones o generación de propuestas populares, es decir, de agrado de la población mediante la manipulación de sus emociones, con el fin de obtener apoyos y réditos electorales, aún y cuando dichas decisiones o propuestas atenten contra el mismo Estado Democrático de Derecho que auspicia su participación política , le permite difundir sus opiniones, por irresponsables que sean (Cobar, 2006 citado por Chinchilla 2010) Por otra parte, para Salas (2010) el populismo penal punitivo doctrinariamente se cataloga como una variante del Derecho Penal máximo.

Sánchez y Rodríguez (2010, p. 112), mencionan que “(...) se trata de un “populismo punitivo” que promueve una devoción por la seguridad y aprovecha con voracidad manifiesta, la exacerbación de los sentimiento de inseguridad y la cultura del temor, promovidos desde las más altas instancias (...) una ciudadanía tan amenazada como señala a diario la prensa, necesita de fuertes intervenciones en el tema de seguridad. Primero prepara el terreno, infundiendo alarma social y luego vendrán los salvadores aportando soluciones represivas que serán sin duda aceptadas por los previamente atemorizados.”

Afirma Albrecht (2000) que la criminalidad y la persecución penal no sólo tienen valor político sino que también son el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan en los medios de comunicación. Opina Díez Ripollés (2007), que la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata y los conflictos sociales, pasan a ser un factor de primer orden para configurar leyes penales. Lo novedoso en esta situación de acuerdo al autor, es que se exija que las demandas sean atendidas sin intermediarios, sin la participación de expertos que valoren las consecuencias que toda penal conlleva. Ahora los portadores de los nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, víctimas o grupos de víctimas y el pueblo. Por otra parte los agentes institucionales directamente vinculados con la creación del derecho otorgan a las demandas

populares un acceso privilegiado eludiendo así los controles burocráticos en la producción de las leyes.

De esta forma, se justifica la eliminación del debate parlamentario previo a la aprobación de una ley, recordemos que se enfrenta una situación de riesgo, de emergencia social que debe ser atendida inmediatamente, por lo que la ley debe ser promulgada a la mayor brevedad posible. Evidentemente, esto implica ausencia de estudio, de consulta a los expertos y reflexión profunda, lo que redundará en la producción de leyes mal construidas, plagadas de vacíos y contradicciones. Los políticos aprovechan además el momento para aumentar su popularidad por la rápida atención al problema.

Según Llobet (2009), el populismo punitivo parte de que la problemática de la criminalidad debe resolverse conforme a criterios de “sentido común”, que no requieren de conocimientos especializados, pues son propios de todos los habitantes de la República. Bastan los conocimientos sobre la delincuencia y su combate que tiene un ciudadano común, menospreciando de esta forma los conocimientos de los “expertos”, tales como criminólogos, trabajadores sociales, psicólogos, defensores de los derechos humanos, etc., que se hayan ocupado de la problemática de la criminalidad y han realizado investigaciones empíricas y jurídicas sobre ella. Lo anterior por cuanto la ciudadanía considera que esos “expertos” son culpables de los problemas de inseguridad ciudadana y se les llega a atribuir una “complicidad” con los delincuentes, imputándoseles la condición de “defensores de los delincuentes”.

Para Llobet (2009), algunos de los eslóganes que apelan al sentido común señalan que “se protegen los derechos humanos de los delincuentes, pero no los de las víctimas”, “los delincuentes entran por una puerta y salen por otra”, “los delincuentes están libres y la gente honrada vive bajo rejas”, etc. Finalmente, según este autor, las soluciones propuestas por el populismo punitivo también son simples: tolerancia cero, mano dura, penas mayores, mayor prisión preventiva, relativizar o eliminar los derechos procesales del imputado y con ello la presunción de inocencia.

De esta dinámica populista se pueden extraer dos rasgos básicos: El primero de ellos viene a ser el descrédito de los expertos, existe un distanciamiento o incomprensión de sus propuestas o modo de proceder, privándoles del margen de discrecionalidad del que gozaban en su correspondiente ámbito decisonal. El segundo rasgo sería el manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate político-criminal que ha conducido a un empobrecimiento de sus contenidos. (Díez 2007)

Podemos ver entonces, que partiendo del populismo punitivo no son los especialistas en la materia los que dirigen el debate parlamentario sobre la aprobación de determinada ley, sino más bien los políticos y el pueblo, quienes consideran ser los indicados para señalar cuáles conductas y a quienes se debe criminalizar. Evidentemente el resultado no puede ser otro que una política criminal dirigida a excluir al enemigo de la sociedad, a reprimir cuanto antes todos aquellos hechos que escandalizan y que ponen en entredicho el buen funcionamiento del sistema judicial. De acuerdo a Sánchez et al (2010) los populistas han transmitido la idea de que la culpa del aumento de la criminalidad es el garantismo penal y que además la realidad social puede ser modificada a través de reformas legales, negando de esta forma los factores sociales que inciden en la criminalidad.

El populismo punitivo pone en entredicho el funcionamiento del sistema de justicia, pues constantemente se critica la solución jurídica que se le otorga a un determinado caso. Jueces, fiscales e investigadores, constantemente están en la mira de la prensa, cuestionados una y otra vez en su quehacer diario si no se satisface las demandas de mano dura o cero tolerancia de la sociedad.

La política criminal del Estado irremediamente se va a ver influenciada por el oportunismo político. Las decisiones de qué conductas criminalizar están en manos del pueblo, de manera tal que el ambiente es favorable para que se promulguen leyes del derecho penal del enemigo, lo que va en contra de un derecho penal democrático. Resulta impropio para un Estado de derecho, que el Derecho penal que debe ser la última ratio sea manipulado por los políticos para satisfacer sus propios intereses y que las leyes no obedezcan a un estudio a conciencia sobre su necesidad y oportunidad, porque la

consecuencia inmediata son más delitos y penas más altas. De igual forma, no pueden admitirse leyes que desmejoren la condición de algunos ciudadanos al enfrentar el proceso penal, pues todos los individuos tienen los mismos derechos, los legisladores deben asumir una posición seria y crítica por encima de presiones populares al momento de construir las leyes.

Señala Sánchez et al (2010) que el uso simbólico e instrumental de la figura del delincuente ha creado condiciones justificantes para recrudecer la intervención del derecho Penal y del control social ejercido por su medio, proceso que genera una seria limitación de derechos y libertades ciudadanas, mientras las agencias de control social incrementan sus potestades prácticas más allá de los límites establecidos por el Estado Social y Democrático de Derecho, siendo la alarma social creada por los medios la que ha generado esa legitimación.

El Derecho penal en ese afán de responder a la exigencia de la sociedad, ha recurrido al derecho penal simbólico y a la legislación de emergencia, circunstancia que a corto plazo puede ser gratificante, pero a largo plazo puede ser destructiva, pues pone en entredicho su eficacia en la función preventiva y no cumple en realidad la tarea de una política criminal, minando la confianza de la población en la Administración de Justicia. Se une a lo anterior, la utilización del derecho penal del enemigo para tratar problemas de delincuencia organizada o habitual, creando una legislación de excepción en las que el acusado no tiene condición de persona y por ello su dignidad humana se ve comprometida seriamente.

#### b. Populismo Punitivo y Política Criminal.

Analizados los principales rasgos del populismo punitivo, debemos preguntarnos qué tipo de política criminal se desarrolla bajo la presión de los medios de comunicación, sectores populares, grupos de interés, partidos políticos etc. Si establecemos la relación básica entre populismo punitivo y derecho penal simbólico, podremos concluir que estamos frente a una política criminal del engaño. Las normas penales han ido surgiendo bajo el contexto del populismo penal, sin orientación ni estudio alguno, únicamente con el fin de

calmar la alarma social existente y bajo la disfrazada consigna de reducir la criminalidad.

Sabemos ahora que estas nuevas normas que han producido un inflacionismo penal y en las que se refleja el derecho penal simbólico, pretenden dar una imagen de que se está haciendo algo para atacar y disminuir la delincuencia. Chinchilla (2010) opina que si se acepta el concepto de política criminal como toda acción u omisión de los poderes públicos tendiente a reprimir o prevenir el delito, el recurrir constantemente al derecho penal para penalizar diversas conductas es una política criminal errática por cuanto no llega a ninguna parte. La razón de que la política criminal responda a las presiones populares según Chinchilla, podría ser el costo político-electoral que no se quiere enfrentar al evadir las presiones de los medios de prensa y determinados sectores de la ciudadanía. Se trata de demagogia pura pues se dice lo que se quiere oír aunque de antemano se sepa lo falaz del discurso.

La política criminal como se indicó, se orienta hacia la mano dura, incrementando el control sobre el conglomerado social y expandiendo el ámbito de persecución punitiva a áreas no reguladas o intensificándolo en áreas ya normadas (Salas 2010), sin embargo, no logra producir ningún efecto positivo en cuanto a la reducción de la delincuencia, lo cual trae consigo un descrédito a la intervención del Derecho Penal. A consecuencia de esto, el discurso populista propone más leyes y penas más severas, cayendo según nuestro criterio en un círculo vicioso que no acaba.

Respecto de las agravaciones en el derecho penal material y procesal penal, Hassemmer (1998) considera que son producto de una política criminal con el telón de fondo de una violencia dramatizada y deberían enfrentar con efectividad la amenaza individual y organizada. Sin embargo aclara, se carece de los instrumentos necesarios para actuar como un derecho penal eficiente, por ende no logra cumplir su función y para reducir este déficit de ejecución se opta por más agravaciones (more of the same) y un ámbito creciente de los efectos meramente simbólicos del derecho penal, pues ya que no se lograron los efectos reales el legislador obtiene reconocimiento por la repuesta

inmediata a las perturbaciones sociales con los severos medios del derecho penal.

Finalmente Tocora (1997) señala que la política criminal debe recuperar el tiempo perdido en aquella política “espectáculo” y “simbólica” “ilusionista” y convertirse en una política que primero se defina ella misma, debe rehuir del papel de servir de cortina de humo frente a la endémica crisis social y a las crisis políticas, para convertirse en una política criminal real, preventiva de la criminalidad. La política criminal de acuerdo a este autor, no es solamente la que se circunscribe a las conductas definidas como delitos, sino que implica otras respuestas extrapenales o extrapunitivas como los programas de educación, de empleo de socialización solidaria etc. En otras palabras, la política criminal implica planificación en todos los sectores, desarrollo de programas y atención de los sectores más vulnerables, porque solo así se podrán eventualmente reducir las condiciones sociales que hacen que el individuo opte por el crimen como medio de subsistencia.

c. El papel de los medios de comunicación.

El papel de los medios de comunicación resulta fundamental en el análisis del tema de la expansión del Derecho penal. La influencia mediática ha contribuido a la creencia de que la inseguridad ha aumentado, que la criminalidad es violenta e incontenible, sentimiento que no corresponde necesariamente con la realidad. Hassemmer (1998) opina que una sociedad que dispone de medios de comunicación eficientes y que además está interesada en los fenómenos de violencia, ya no necesita experimentar la violencia en su propio seno para percibirla. Los medios atribuyen al ejercicio de la violencia un alto valor como noticia e informa sobre ella en forma altamente selectiva: “La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titulares, tiene que ver sin duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población (Díez, Pág. 75).”

Esto que bien podemos denominar, manipulación de la realidad, produce un fuerte impacto en la ciudadanía, pues muchas personas solo conocen la verdad que les muestran los medios de comunicación, la cual está cargada de mensajes ocultos y subjetividades que el televidente no puede descubrir. Así, por ejemplo, se logra hacer creer que ha aumentado la incidencia de determinado delito, si durante varios días se publican noticias relacionadas con el tema, sin que globalmente se estuviera produciendo dicho fenómeno, buscando la reacción inmediata de la sociedad exigiendo un cambio legislativo.

Al respecto Fernando Tocora (1997, pág.19) dice:

“(...) los medios masivos de comunicación suelen insertarse en la producción de esa apariencia de realidad, sirviendo no solamente de registro y caja de resonancia de los hechos y de las instantáneas medidas penales o policivas, sino también de constructores de esa realidad, mediante su poder de configuración, con el que manejan opinión, tratan selectivamente los hechos criminales y la reacción social que desencadena, enfatizan el estigma sobre unos sectores sociales y lo desvanecen en otros, y en muchos caos, distorsionan intencionalmente la verdad”.

Además de lo anterior, los medios tienen la capacidad de establecer la agenda pública, es decir, las noticias y los temas que se discutirán a nivel nacional, dándole así énfasis a determinadas noticias en detrimento de otras que no son de su interés. D´Adamo y García (2007) consideran que la consecuencia del proceso selectivo que tiene lugar en los medios cuando eligen sus temarios es que la opinión pública considera dichos problemas como los más relevantes, mucho más que otros que han sido menos tratados. Las noticias en los periódicos, la televisión e Internet hacen más que señalar la existencia de eventos y problemas, pues mediante la selección diaria y el despliegue noticioso influyen nuestras percepciones respecto de cuáles son las cuestiones más importantes del día. Como consecuencia, señalan estos autores, dada la investigación que realizaron sobre el tema, cuando los individuos construyen su modo de representar la realidad social más que nada a través de los medios y

en ausencia de otros estándares de control o comparación, es muy probable que la imagen resultante sea una distorsionada y estereotipada.

De esta forma, la prensa logra instalar en las mentes de los ciudadanos, cuáles son los problemas más relevantes para discutir, distorsionando la realidad y produciendo según el caso una falsa creencia de que han aumentado ciertos delitos, que se deben realizar tales acciones de cambio, que determinado grupo de personas es el causante del aumento de la delincuencia (xenofobia), que se deben agravar las penas o crear nuevas leyes. Adicionalmente, los medios noticiosos logran cuestionar el funcionamiento del sistema judicial y crean en la ciudadanía una disconformidad y el sentimiento de que éste es ineficiente, permisivo y que está a favor del delincuente y no de las víctimas. Los funcionarios judiciales son sometidos continuamente a la opinión pública, sus decisiones deben ser cuidadosas y calculadas para no causar alarma social, muchas veces apartándose de lo que en justicia corresponde para no verse sometidos posteriormente a un proceso disciplinario injustificado.

Como puede verse, el papel de los medios es determinante en la sensación de inseguridad de la ciudadanía y en la definición de los temas de debate público. De esta forma sin duda, se logra impulsar una ley innecesaria a través de los sectores políticos que buscan un reconocimiento con fines electorales. Al tratarse de una visión inexacta de la realidad, la ley producida no se ajusta a lo requerido, además de que no pasa por el examen de los expertos y su única finalidad es calmar los ánimos de la ciudadanía. De allí su nexo indisoluble con el Derecho penal simbólico, ya que lo que se pretende con la norma es apaciguar los ánimos y dar la apariencia de solución definitiva del conflicto, no obstante, sabemos que la imagen proyectada en ésta dista mucho de la realidad, por lo que el problema persiste reflejando a mediano o largo plazo, la ineficacia de la intervención del Derecho penal en la solución de los problemas de la ciudadanía.



## TITULO II

### SIMBOLISMO EN LEY DE PENALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES.

#### CAPÍTULO I: Aspectos Generales de la Ley

Sección I: Antecedentes de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

##### a- Ámbito Internacional

La Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, fue la culminación de una serie de procesos internacionales y nacionales que buscaron darle una pronta solución al problema de la violencia de género. En las últimas décadas se ha observado una incipiente actividad internacional que a través del mecanismo de los tratados trata de poner freno a la lamentable situación de violencia a la que se ven sometidas muchas mujeres. En el año 1979, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La norma jurídica básica de la Convención, según señala Magariños (2007, p. 279) “*impone la prohibición de todas las formas de discriminación contra la mujer.*” Posteriormente, de acuerdo a este autor, en los años noventa, se desarrollan cinco importantes declaraciones y plataformas de acción internacional que abordan específicamente el tema de la violencia contra la mujer.

Así, en el año 1993 se celebró la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos (Declaración y Plataforma de Acción de Viena) que enfatiza en la labor dirigida a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres, eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia, erradicar los conflictos entre los derechos de la mujer y ciertas prácticas culturales, prejuicios etc. Posteriormente, también en el año 1993 se lleva a cabo la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en la cual la

Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre, que las oportunidades de que dispone la mujer para lograr su igualdad jurídica, social, política y económica en la sociedad se ven limitadas, entre otras cosas, por una violencia continua y endémica.(Magariños 2007, p. 282)

Un año después se celebra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en la cual los países de América acordaron que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional y fundamentalmente que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para el desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida. En resumen, se plantea en esta Convención, que el ejercicio de la violencia sobre la mujer le impide el disfrute pleno de sus derechos humanos. En esta convención los gobiernos se comprometieron entre otras cosas a:

- a- Adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar, y erradicar dicha violencia.
- b- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer
- c- Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la Mujer que haya sido sometida a la violencia
- d- Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de la violencia (Magariños, 2007, pág. 283)

Otro instrumento internacional relevante en el tratamiento de la violencia de género es la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Declaración y

Plataforma de Acción de Beijing) en el año 1995, en la cual se afirmó que la violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia contra la Mujer, viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades. Entre los principales objetivos estratégicos de este instrumento, está eliminar la trata de mujeres y prestar la asistencia a las víctimas de la violencia derivada de la prostitución y la trata de mujeres, así como promover y proteger los derechos humanos de la mujer, mediante la plena aplicación de todos los instrumentos de derechos humanos. (Magariños, 2007, p. 283)

Todos estos instrumentos crearon el antecedente necesario para que en nuestro país, se fueran gestando también reformas legales orientadas a modificar no solo el papel de la mujer en la sociedad, reclamando una igualdad real, sino también, el papel de la mujer en el hogar. Se procura poco a poco introducir cambios sociales a través de distintas normas como se verá, culminando con la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, la cual tuvo que enfrentar un largo proceso de espera antes de su promulgación.

#### b-: Antecedentes en Costa Rica

A partir de la Constitución Política y los derechos consagrados en los artículos 20, 21, 33, 40 y 51 se recogen los principios que resultan aplicables a la prevención de la violencia contra la mujer, tales como que toda persona es libre en la República, que la vida humana es inviolable, que nadie puede ser sometido a tratos crueles y degradantes, así como la protección de la familia, especialmente las personas más vulnerables como la madre, los niños, ancianos y enfermos.

En Costa Rica se produjo un desarrollo normativo en el tema de la igualdad de género y de la violencia contra la mujer a partir de la ratificación de la CEDAW o Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Mujeres ocurrida en el año 1986, así como de la ratificación en el año 1995 de la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer. Así, en el año 1986 se creó el Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia. Posteriormente se promulgó la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer o Ley 7142 en el año 1990, en la cual se menciona

por primera vez en un texto legal costarricense y con clara perspectiva de género la violencia contra la mujer y se establecen derechos a favor de las víctimas en el caso de agresión doméstica. Algunos consideran que consideran que la ley conocida popularmente como “Ley de Igualdad Real” es pionera en América Latina en la promoción de los derechos de las mujeres; motivó y sigue motivando una profunda reflexión sobre la validez de dogmas jurídicos, profundamente arraigados en nuestra tradición legal, pero su efectividad se ha visto matizada por concepciones que perpetúan esquemas nocivos.” (Jiménez, pág. 2007 Pág. 63)

Señala Jiménez (2007) que entre los años 1995-2000 por la influencia producida por la Convención Belém do Pará se promulgaron leyes y medidas administrativas que refuerzan la intervención estatal en el ámbito de la violencia doméstica. Estas leyes constituyen un marco que revela el interés de la sociedad costarricense de abordar la problemática que se viene a reforzar posteriormente con la promulgación del Decreto Ejecutivo 26664 que crea en Costa Rica el Sistema Nacional de Atención y Prevención contra la Violencia Intrafamiliar y el Abuso Sexual Extra-familiar.

Las leyes promulgadas, reflejaron el interés de la sociedad costarricense en el problema de la violencia:

1. Ley de Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, No.7476 en 1995, que reconoció el hostigamiento sexual como una manifestación de la discriminación y de la violencia contra las mujeres, siendo la primera de esta naturaleza en Centroamérica.
2. Ley contra la Violencia Doméstica, N. 7586 que no tipifica delitos *per se* establece una serie de medidas de protección para garantizar la vida, la integridad y la dignidad de las víctimas
3. Ley de Paternidad Responsable, N. 81-01, representa un importante avance pues permite facilitar la filiación de los hijos e hijas respecto a su padre cuando no hay vínculo matrimonial, evitando procesos judiciales largos.

Además de la promulgación de Leyes específicas, de acuerdo a Jiménez (2007) se crearon las siguientes instituciones:

1. En 1974 se creó la Oficina de Programas para la Mujer y la Familia, encargada de coordinar las acciones estatales referidas a la celebración en 1975 del Año Internacional de la Mujer.
2. El 11 de noviembre del 1976 se creó la Oficina de Programas para la Mujer y la Familia que en 1986 cambió su nombre al Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, convirtiéndose ya en 1998 mediante la Ley 7801 en el Instituto Nacional de la Mujer.
3. Se creó la Defensoría de la Mujer a través de la Ley de Igualdad Real, formando parte en la actualidad de la Defensoría de los Habitantes, pronunciándose sobre las prácticas institucionales que implican una discriminación por género.
4. El 10 de abril de 1990 se emite el Decreto Ejecutivo No. 19574 G-SP, mediante el cual se crea la “Delegación de la Mujer”, asegurando a las mujeres la atención, recepción de denuncias e investigación de todo acto de agresión que se cometa en su contra.
5. A partir de 1994 se crean oficinas sectoriales y ministeriales de la mujer, encargadas de promover los derechos de las mujeres, la equidad de género y la violencia doméstica.
6. Se desarrolló también el Plan Nacional de la Violencia Intrafamiliar por parte del Poder Ejecutivo, mediante el cual se coordinaron acciones en el sector público con sustento teórico y logístico

#### C-Algunos aspectos relevantes de la Ley

La Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, Ley 8589, entró a regir en el año 2007 y viene a ser la culminación de las obligaciones contraídas por nuestro país en la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para

prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). El fin de la ley es proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. Esta ley es una acción afirmativa pues a través de ella se pretende eliminar desigualdades de hecho producidas por relaciones de poder patriarcales, estamos entonces ante una discriminación positiva. (Voto 1800-2005 Sala Constitucional)

Las fuentes de interpretación de esta Ley son todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, que tengan un valor similar a la Constitución Política, teniendo un rango superior a la Constitución en la medida que otorguen mayores derechos y garantías a las personas. En particular las fuentes de interpretación de la ley son la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, Ley 6968 del 2 de octubre de 1984 y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Ley N. 7499 del 2 de mayo de 1995.

El ámbito de aplicación de la Ley se redujo a los delitos ocurridos en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, pese a que la Convención Belém do Pará tenía un marco mucho más amplio, que incluye no solo relaciones matrimoniales o de convivencia, sino cualquier otra relación interpersonal, pudiendo pensarse incluso en relaciones lésbicas. Los delitos de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, son delitos de acción pública, manifestándose allí el compromiso estatal de investigar todo hecho que exponga una situación de violencia doméstica, incluso en contra de la voluntad de la mujer.

## **CAPITULO II**

### **Manifestaciones del Derecho Penal Simbólico en la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres**

Sección I: Necesidad de visibilizar la agresión.

- a. Influencia de la Expansión del Derecho Penal en la promulgación de la Ley.

Analizado los temas generales que tienen relación con los conceptos de Derecho Penal Simbólico, así como de manera breve los antecedentes internacionales y nacionales de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, corresponde ahora analizar si esta ley podría considerarse una manifestación del Derecho Penal Simbólico. Al respecto, no podemos olvidar, que previamente a la promulgación de la ley ocurrió un aumento alarmante en el número de homicidios de mujeres a manos de sus parejas, produciéndose un fenómeno de presión social, motivado por la alarma generada por los medios de comunicación. Las autoridades políticas llegaron a la conclusión de que la violencia doméstica no es un problema de la vida privada, sino que ha trascendido a la vida pública y que ésta resulta ser intolerable para todos los miembros de la sociedad, requiriéndose que el Estado asuma posturas concretas para dar respuesta oportuna.

Es claro que la política criminal del Estado costarricense tuvo un singular vuelco para sancionar las conductas violentas de los hombres en perjuicio de sus mujeres, lo cual produjo un fuerte debate legislativo en el cual participaron grupos feministas. De acuerdo con Corcoy (2007) la violencia doméstica es un problema global y la única diferencia entre unos países y otros surge cuando una determinada sociedad pasa a considerar intolerable la violencia doméstica. En nuestro caso, la sociedad costarricense logra comprender que se trata de una situación de orden público y no es más un problema exclusivamente privado.

Señala Patricia Coppola (2006) que un capítulo relevante de la política criminal desde la perspectiva de género, lo constituye, sin duda, el tratamiento que el Estado le otorga a los delitos violentos cometidos en contra de las mujeres (delitos sexuales, lesiones y servidumbre). La consideración de la violencia contra la mujer al interior del hogar como fenómeno criminal es una conquista reciente, indica esta autora, sin embargo a pesar de este reconocimiento a nivel internacional como nacional, las alarmantes cifras de delitos cometidos en contra de la mujer ponen evidencian que las medidas que se han tomado son insuficientes. Considera esta autora, que es a partir del reconocimiento de los derechos de las mujeres y del reclamo al Estado para que intervenga frente al ejercicio de la violencia doméstica, que le compete al legislador y a las autoridades nacionales realizar tareas tales como diferenciar las figuras penales y distinguir los mecanismos y sanciones desplegando todos las estrategias dirigidas a la prevención y sanción de este tipo de delitos.

Por su parte Birgin (2007) sostiene que las feministas que solicitan la extensión del ámbito de intervención del poder punitivo al ámbito de la violencia doméstica, argumentan que las agencias penales no dan el tratamiento que corresponde a los conflictos que tienen como víctimas a las mujeres porque los subestima en razón de la discriminación de género inherente al derecho androcéntrico que nos rige. Este argumento, de acuerdo a Birgin, pasa por alto la circunstancia de que el derecho penal no tiene la función de proveer a la víctima las soluciones que busca, el diseño de los sistemas penales no prevé canales de realización de los derechos de las víctimas, su blanco es el comportamiento desviado. Por otra parte, por medio del reclamo de una mayor intervención punitiva, es decir, del uso simbólico del derecho penal, el discurso feminista aboga por la legitimación del sistema penal y se contamina entonces, de los discursos altamente discriminatorios en los que éste se funda.

“El sistema penal es un instrumento de control social discriminatorio por definición. La ampliación de su esfera de extensión repercute directamente sobre el modelo de sociedad que se desea construir. Valerse de la intervención estatal coactiva en conflictos como éstos, no solo implica la paradoja de recurrir a métodos discriminatorios para combatir la



discriminación, sino que también trae aparejada una innecesaria contribución a la legitimación de un sistema cuya existencia carece ya de justificación posible.” (Birgin, 2000, Pág. 14)

Una de las principales justificaciones para la promulgación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres y sensibilización en materia de género, fue la necesidad de visibilizar el problema de la agresión hacia la mujer, siendo el gran impulsor del proyecto el sector de salud. Precisamente esa necesidad se tradujo en una ley especial con un mensaje directo al agresor y a la sociedad de que las conductas descritas en las normas son reprochables. Si pensamos entonces, en esta posible motivación del legislador de “visibilizar” un grave problema de salud pública, la ley viene a ser una manifestación del Derecho Penal Simbólico en el cual el Estado quiere mostrarse reaccionario a las demandas sociales de prevención de una epidemia de muertes de mujeres a manos de sus parejas.

La exposición del problema a la sociedad, la promulgación de la Ley y algunas campañas publicitarias lograron que muchas mujeres se dieran cuenta de que se encontraban inmersas en un ciclo de violencia, llevándolas a interponer denuncias en contra de sus parejas, lo cual se ha ido incrementando con el paso de los años. Por esto, pareciera ser difícil establecer que la violencia doméstica ha disminuido a razón de la ley especial, pues todo lo contrario los casos ingresados van en aumento.

a. Reclamo de una mayor intervención punitiva en materia de violencia doméstica.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, la Ley de Violencia Doméstica era el único instrumento legal mediante el cual la mujer podía obtener algún tipo de protección en contra del agresor, fuera éste su compañero, esposo, novio etc. Esta protección se limitaba al otorgamiento de medidas de protección por parte del Juez de Violencia Doméstica, las cuales con normalidad prohíben al agresor el acceso al domicilio de la pareja, pretendiendo garantizar con ello la neutralización de la violencia al excluir del hogar a la persona problemática. No obstante, la realidad fue demostrando que dichas medidas resultan ser muchas veces

inútiles, pues ante la falta de un sistema de vigilancia o control del agresor, no hay nada que evite que éste se acerque a su víctima y la agrede en su domicilio o incluso le quite la vida.

Ante tales evidencias, se fue perfilando la necesidad de gestar una ley que diera una respuesta más severa y contundente al problema de la violencia doméstica, acudiéndose entonces a la regulación penal como medio para provocar una amenaza mayor para el agresor doméstico. Podría decirse que la promulgación de la ley vino a dotar de una herramienta represiva a las mujeres para imponer el respeto de sus derechos humanos o en su defecto la sanción oportuna del agresor.

El camino de la ley fue largo pues el proyecto se presentó a la Asamblea Legislativa en el año 1999, siendo aprobada hasta en el año 2007 debido a la presión realizada por grupos feministas y a la alarma provocada por el aumento inusitado de muertes de mujeres. Señala al respecto Sánchez (2010) que de acuerdo al compendio de Indicadores Judiciales realizado en el mes de enero del 2006, la tasa de personas fallecidas por violencia doméstica tuvo un repunte en el año 2005, mostrando así que el homicidio, bajo la modalidad de violencia doméstica, se presenta en relación de una víctima por cada 100.000 habitantes, lo cual pese a no ser significativo en cuanto a la tasa de homicidios, si lo es desde el punto de vista de la causa de muerte pues mueren más mujeres que hombres por violencia doméstica.

García (2012, p. 555) señala respecto al trámite de aprobación de la ley lo siguiente: “Sin duda alguna podríamos afirmar que esta Ley ha sido una de las que más controversia y dificultad ha tenido desde las fases previas a su aprobación, tomando en cuenta la cantidad de consultas de constitucionalidad que la Sala Constitucional tuvo que conocer y provocaron resoluciones de esa Cámara en las que se advertía un roce constitucional”.

Si bien la ley estuvo muchos años en el Congreso, esto no quiere decir que durante ese tiempo se estuvo estudiando y analizando su conveniencia, sino todo lo contrario, el proyecto estuvo archivado hasta que fue sacado a discusión bajo la coyuntura antes mencionada. La presión que se ejerció en su momento para obtener la aprobación del proyecto de ley, incluyó marchas,

vigilias y mensajes dirigidos a los diputados en los cuales se les endilgaba la responsabilidad por las muertes ocurridas mientras el proyecto estuvo en el plenario.

Así por ejemplo el INAMU publicó en su página Web en el año 2007 con motivo de la aprobación de la Ley en primer debate lo siguiente:

“En el país mueren en promedio dos mujeres al mes en manos de sus esposos, compañeros, padres, novios u otras personas que tienen con ellas relaciones de poder o de confianza, lo cual muestra la magnitud del problema, tanto desde el punto de vista de la seguridad de las ciudadanas, como de la salud pública. Solo en el primer mes del presente año murieron 7 mujeres (...) Por otra parte, el INAMU organizó una vigilia por la vida de las mujeres en la que participaron funcionarias/os de instituciones, organizaciones y público en general. La actividad tuvo lugar el viernes 6 de febrero de 5:00 p.m. a 8:00 p.m. en el Parque Central, San José, en memoria de las 111 mujeres que han fallecido desde el 25 de noviembre de 1999, fecha en que se presentó el proyecto por primera vez en la Asamblea Legislativa.” ([www.inamu.go.cr](http://www.inamu.go.cr))

De la misma forma el Fondo de Población de las Naciones Unidas publicó en su página Web el 30 de mayo del 2007 lo siguiente: “Desde que la propuesta de ley entró a la corriente legislativa en el año 2.000 hasta el 12 de abril pasado (fecha en la que se le dio segundo debate en el Congreso) murieron un total de 194 mujeres en manos de sus compañeros.” (UNFPA.OR.CR, 30 de mayo del 2007)

La siguiente publicación en la página web [agendadelasmujeres.com](http://agendadelasmujeres.com) destaca también la labor que realizaron los grupos de presión y la relevancia que se le dio a un aumento inusual de la muerte de mujeres a manos de sus compañeros o esposos para lograr la aprobación de la ley, según lo narra Ana Caicedo – impulsadora de la ley-, en la entrevista que se le realizara:

“Lamentablemente hemos comprobado una vez más que conquistar derechos en materia de violencia contra las mujeres cuesta vidas”

advierde Carcedo refiriéndose a la coyuntura que permitió que un proyecto detenido por varios años, fuera aprobado en tres días. “Diez días antes de Semana Santa”, nos cuenta, “cinco mujeres fueron asesinadas en cinco días consecutivos. Nunca había pasado que en Costa Rica se produjeran tantos femicidios sucesivos. Fue un shock nacional”. En esos días, la Asamblea Legislativa estaba en sesión extraordinaria a raíz de la discusión del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. A las activistas esta circunstancia no las detuvo para iniciar un fuerte movimiento de presión sobre la Casa Presidencial a fin de conseguir diera pase al proyecto que estaba listo para ser votado. A las acciones de presión de las mujeres se unieron la propia Asamblea Legislativa, la Defensoría de los Habitantes y hasta de la prensa. “Finalmente Arias”, continúa contando Ana, “envió el proyecto a la Asamblea, y en tres sesiones se dieron los dos debates. Exactamente, tres semanas después de que empezó la ola de femicidios, el proyecto había sido aprobado casi por unanimidad. Sólo tuvo tres votos en contra. Eso sí, hasta el último momento, tuvimos que seguir presionando, contrargumentando entre pasillos para que los opositores no ganaran adeptos y con las barras repletas de mujeres que no paraban de cantar no nos moverán` `penalización ya, votación ya`”.

Una vez promulgada la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, no se observaron cambios radicales en el comportamiento de los femicidios, es decir, se esperaba que éstos disminuyeran notablemente, sin embargo la realidad reflejó lo contrario. Véase al respecto la publicación en el sitio web de Radio la Primerísima del 8 de enero del 2009:

“Los asesinatos de mujeres en Costa Rica crecieron a más del doble en el 2008, pues mientras en el 2007 un total de 16 mujeres perdieron la vida en manos de sus parejas, el año pasado la cifra llegó a 37 de acuerdo con cifras oficiales. El Instituto Nacional de las Mujeres (Inamu) informó este jueves que de estas 37 féminas, 17 fueron asesinadas por sus esposos y el resto por novios, compañeros o ex parejas. Las estadísticas muestran que el 2008 volvió al promedio de homicidios de mujeres que se han registrado en Costa Rica en los últimos años, pues

en el 2005 murieron 39 y 35 en el 2006. La excepción fue el 2007, año en que entró a regir una nueva y severa ley de penalización de la violencia doméstica. Para la presidenta del Inamu, Jeannette Carrillo, el aumento de 130 por ciento en los asesinatos de mujeres entre el 2007 y 2008 obedeció a algunas dificultades para aplicar la nueva ley. (rlp.com.ni San José. Acan-efe. | 8 enero de 2009 Radio la Primerísima)

Como se logra observar, se utilizó la presión de los grupos y de los medios de comunicación para aprobar la ley, pero también se recurre a argumentos falaces para justificar la falta de impacto de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. En la cita anterior, es claro que nada tienen que ver las dificultades para aplicar la ley (dificultades que no se explican) con el aumento de los femicidios en el país, dado que la ley en cuestión se aplica una vez cometido el delito no antes, por lo que en realidad lo que ha faltado es prevención. Evidentemente se esperaba de manera equivocada que al entrar en vigencia la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres cayeran las cifras de femicidios razonablemente, sin embargo ocurrió que aumentaron un poco más del doble.

Esta situación refleja que una ley no puede por sí sola cambiar el comportamiento de los individuos, mucho menos en un problema tan complejo como lo es la violencia familiar, sino que se requieren políticas estatales encaminadas a la educación de la familia, la ciudadanía en general y a la contención de los agresores. García al respecto, señala: “La experiencia ha demostrado que, desde que existe la Ley de Penalización, los delitos de homicidios o femicidios no han disminuido. Por el contrario, todos los meses nos enfrentamos a la triste realidad de que se nos informe de otra mujer muerta a manos de su esposo o compañero sentimental” (2012, p. 558).

Véase como ejemplo, lo destacado en el Informe 155-EST-2012 de la Sección de Estadística del Poder Judicial en cuanto al movimiento producido en el trabajo de las Fiscalías:

*“Las denuncias interpuestas en las fiscalías penales relacionadas con la Ley de Penalización de la Violencia Contra la Mujer, durante el 2011 alcanzan*

*los 17.535 casos, que al compararlo con la cantidad registrada el año anterior aumenta en 1.692 unidades, para un incremento del 10,7%. Como se observa en la siguiente gráfica, la entrada a estas dependencias exteriorizan su segundo ascenso anual continuo, exhibiendo en esta oportunidad, la cifra más alta del periodo en estudio. Es importante recordar, que la importante baja registrada en el 2009, tiene su origen en el voto de octubre del 2008 de la Sala Constitucional, cuando declara derogado el artículo 22 y 25 de esta Ley, que se refleja sobre todo en los delitos de “maltrato” y “violencia emocional”.*

Con anterioridad se analizó que muchas de las leyes de carácter simbólico obedecen a la presión de los grupos y de la prensa, resultando a consecuencia una normativa que muchas veces va a carecer de armonía con el ordenamiento vigente por la falta de análisis de los expertos. Esta situación la podemos ver reflejada en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, pues durante el trámite de su aprobación se presentaron consultas de constitucionalidad en las cuales se concluyó que los tipos penales formulados no cumplían con los requisitos básicos conforme al principio de legalidad, por su carácter abstracto e indeterminado, impidiendo al ciudadano tener certeza de cuál es la conducta prohibida.

Posteriormente a la entrada en vigencia de la citada ley dos de los delitos más denunciados por las mujeres, el Maltrato y Violencia Emocional fueron declarados inconstitucionales, mediante el Voto 2008-15447 de las 14:53 horas del 15 de octubre del 2008, situación que nuevamente enardeció a los grupos feministas y a la prensa. Señala Sánchez et al (2010, p. 118) precisamente, que “... la búsqueda del “eficientismo” en la persecución penal, así como la pretendida tutela de los derechos de las mujeres, a costa de la degradación del estado democrático y la prostitución de los derechos humanos, son los elementos que parecen tener más aliados en la opinión pública que maquilla sus discursos para obviar las causas de la criminalidad.” Como ejemplo claro de lo anterior, la presidenta ejecutiva del INAMU en publicación del Diario Extra del 17 de octubre del 2008 envía un mensaje a la ciudadanía en el que responsabiliza a los Magistrados por su complicidad con los delincuentes, discurso propio del populismo punitivo:

“El fallo de la Sala constituye un grave retroceso en la protección de los derechos humanos de las mujeres en Costa Rica y un incumplimiento de los compromisos del Estado costarricense de garantizar a su población el pleno ejercicio de los derechos humanos”, destacó Jeannette Carrillo Madrigal, presidenta ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU).(...) La incoherencia superada mediante la aprobación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres regresa: es más importante proteger los derechos al delincuente doméstico que los de la víctima”, puntualizó Carrillo. Se está transmitiendo un mensaje a los agresores, se les está diciendo que hay un nivel de violencia que es tolerable y que sus víctimas no cuentan con recursos legales para enfrentarlos; en este momento están saliendo de prisión docenas de agresores, quienes ahora pueden sentirse envalentonados, ya que el mecanismo legal que penalizaba sus agresiones dejará de aplicarse”, explicó la funcionaria”

<http://www.diarioextra.com/2008/octubre/2017/nacionales14.php>)

El discurso que antecede resulta es cuestionable, toda vez que es propio del populismo punitivo y aboga por un derecho penal del enemigo, en el cual los derechos de los imputados están por debajo de los derechos de los demás ciudadanos, en este caso las víctimas. Además provoca una alarma social y el miedo generalizado en las mujeres víctimas de violencia doméstica, al hacerles creer que docenas de agresores estaban saliendo de prisión, situación que no se encuentra documentada ni acreditada en lo más mínimo. Todo lo contrario, por la baja penalidad de esos tipos penales, no era común que los jueces ordenaran prisión preventiva en contra de los infractores de esta Ley.

En todo caso, cabe señalar, que la declaratoria de inconstitucionalidad era previsible desde las etapas de aprobación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres en el plenario. Pese a la controversia surgida, es claro que tal y como Gómez et al (2012) manifiesta, no es posible ignorar que el acudir al derecho penal implica una responsabilidad y un riesgo por cuanto deben respetarse los límites que éste tiene, respetando el principio de lex certa que exige que los tipos penales deben redactarse de la forma más exacta posible para evitar decisiones subjetivas o arbitrarias.

Como puede verse, se consideró que el Derecho Penal era la solución adecuada para resolver un problema socialmente inmanejable. Se reclamó eficiencia al Estado en la persecución de los delitos, pero se le dotó de una ley imperfecta, pues contenía formulaciones inexactas en los tipos penales. Además se pretendió un resultado mágico e inmediato, la disminución de los femicidios y de la violencia impactando en la psiquis del agresor, no obstante no se diseñó ningún plan para atender el fenómeno de la violencia, reeducar al agresor, brindarle contención. Tampoco se preparó a las mujeres para enfrentar un proceso penal en el cual ellas van a ser cuestionadas por su familia y sus propios hijos lo cual va a repercutir seriamente en el buen término del proceso penal como se verá.

b.- Ineficiencia de la política criminal para atender el problema de la violencia doméstica y falta de legitimación del derecho penal.

Uno de los principales cuestionamientos que se le puede hacer a promulgación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, es si realmente el Derecho Penal puede dar una respuesta oportuna al fenómeno de la violencia doméstica. El Derecho Penal es la forma más violenta de intervención estatal en los conflictos sociales, por ende cabe preguntarnos si resulta apropiado este instrumento de control social para un aspecto tan complejo de convivencia familiar.

Se ha observado que existe una renuencia generalizada de las mujeres a interponer denuncias en contra de sus parejas, cuando ello significa la posibilidad de que éstos sean privados de su libertad. Esto es producto no solo de la dependencia económica que existe tanto de la mujer como de los hijos, sino también se debe al reclamo culpabilidad que recae en la mujer por denunciar o llevar a prisión al padre de sus hijos. Debe así la mujer enfrentar la presión y amenazas de suegros, cuñados y amigos, así como el cuestionamiento de los hijos comunes. Esto trae consigo un difícil y tortuoso camino del expediente penal, en el cual es común que la mujer se presente a cambiar su versión o manifestar su desinterés en continuar con el proceso para obtener a cambio la libertad de la pareja. Adicionalmente los testimonios de piezas que remiten los Juzgados de Violencia Doméstica al Ministerio Público,



no llegan a buen término, la ofendida nunca pone la denuncia, por lo que la causa es desestimada finalmente.

Cabe preguntarnos entonces si se resuelve así el problema de la violencia y si la intervención del Derecho Penal ha sido la más indicada. Cuando hablamos de la muerte de una mujer evidentemente no podemos pensar en otro remedio que el derecho penal, pero no todas las situaciones se circunscriben a este contexto, podría decirse más bien, que estas son las raras excepciones. Lo común son las agresiones físicas y los insultos, en ocasiones también la privación de libertad y así se refleja en las estadísticas, pues estos son los delitos más tramitados. (Informe N. 155-EST-2012, Sección de Estadística del Poder Judicial)

Señala Bodelón que el papel que el derecho penal puede tener en la resolución de los problemas como la violencia de género es muy dudoso y frecuentemente se convierte en una nueva penalidad para la mujer y en una fuente de nuevas marginaciones. La respuesta penal sólo puede tener un limitado papel de denuncia y rechazo de la violencia contra las mujeres, es un problema estructural en nuestras sociedades. Por este motivo es necesario que las medidas que se adopten partan de la idea de que la violencia contra las mujeres no es únicamente un problema de agresiones interpersonales, sino que se producen como consecuencia de las desigualdades de género. Esta autora considera además que las estructuras jurídicas del procedimiento penal se caracterizan por la individualización del infractor, de manera que un problema o conflicto social se convierte en un problema de violencia interpersonal, cuando en realidad se trata de un asunto más complejo.

Larrauri (2008) manifiesta que las partidarias de que haya una mayor intervención del Derecho Penal no dudan de su ineficacia, pero consideran más negativa la ausencia del derecho penal en el ámbito privado, porque entonces rige el derecho del más fuerte, en este caso el hombre. De manera que aunque resulte obvio que el derecho penal no es la solución, pues no cumple su función instrumental de evitar delitos, lo mínimo que puede exigirse es que cumpla con la función simbólica: que envíe el mensaje a la sociedad de que dichos conductas son delitos y no son tolerados. Considera esta autora que al

acudir al derecho penal el mensaje simbólico es equívoco: el problema real parece solucionarse con la promulgación de una ley, pero también cada vez que un imputado es absuelto se refuerza la imagen de mujer mentirosa frente al pobre hombre acusado. Adicionalmente se amplía el ámbito de intromisión del Estado, una extensión del derecho penal, una aplicación selectiva de las penas que normalmente recaen en los sectores más vulnerables de la población y una alianza extraña con el Estado que por un lado sanciona la violencia contra la mujer y por el otro mantiene intactas las estructuras que permiten el surgimiento de esos delitos.

Lo que expone la autora es la justificación que se brinda a la promulgación de normas como las contenidas en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, pues la misma lejos de poder solucionar el problema se perfila como un medio para lanzar el mensaje a la sociedad de que los abusos que se cometen en perjuicio de las mujeres son delitos y que no deben permitirse. Sin embargo, se parte de la premisa de que el Estado no está brindando una real solución al problema, sino únicamente aparentando una gestión oportuna pero sin futuro, dado que se mantiene la violencia estructural que perpetúa los abusos.

Adicionalmente, Larrauri (2005) plantea el complejo problema que se vive día a día en los Tribunales y es si se debe proteger a la mujer en contra de su voluntad. Considera la autora que la mujer que acude a los Tribunales no solo no encuentra la solución a sus problemas, sino que se enfrenta a un sistema penal que apenas entiende sus necesidades y pretensiones, pues la conducta de las ofendidas resulta a veces incomprensible e irracional para un operador. El operador no encuentra justificación a la conducta de la víctima y hasta se vuelve frustrante que ésta acuda constantemente a quitar la denuncia y a manifestar que va a volver con el agresor. Es claro que ante tales situaciones la posibilidad del éxito del derecho penal es mínima, frente al descrédito de la mujer que es revictimizada por la sociedad.

De esta forma, nos hace ver la autora, que el sistema penal solo tiene acogida para las mujeres que desean separarse de manera definitiva de su pareja y que optan por el castigo, lo cual es la excepción, pues la mayoría de ellas

perdonan durante el proceso o no denuncian del todo por temor a exponer su vida privada y publicitar su fracaso. Como se señaló anteriormente, si bien ante un femicidio no existe otra probabilidad que la sanción penal, no puede decirse lo mismo para otro tipo de acciones que carecen de relevancia para la sociedad y que solo pueden ser entendidas bajo el contexto de la violencia doméstica.

Resulta de importancia retomar el Informe 155-EST-2012 de la Sección de Estadística del Poder Judicial, en el cual se refleja la forma en que finalizan en las distintas fiscalías las denuncias con motivo de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica: “La principal razón por la que fenecen estas demandas en el 2011 obedece a la solicitud de desestimación, la cual llega a 12.218 casos, acaparando el 68,6% del total concluido. Al comparar la cantidad de desestimaciones registradas respecto al año anterior, aumentan en 2.416 expedientes, para un incremento del 24,6%. El segundo motivo por el que fenecen las figuras delictivas, pero en una cantidad mucho menor, es la acumulación con 1.662 asuntos, seguidos de la acusación fiscal con 1.648 y 1.448 solicitudes de sobreseimiento definitivo, manteniendo cantidades muy similares al compararlas con el año anterior, tal y como se observa en la siguiente tabla.” (1.2. Casos terminados, p.4)

Debemos entonces cuestionar, si la función de la Ley es solo lograr mayor conciencia y producir en las mujeres la denuncia de los delitos cometidos en su perjuicio o si la finalidad es que el proceso llegue a buen término logrando la condena de los infractores o mejor aún que no exista violencia que denunciar. Desde el punto de vista de la mujer, pareciera ser que lo que busca es ayuda, sin embargo esta ayuda no se la puede brindar el sistema penal, razón por la cual desisten comúnmente de la denuncia, tanto así que de los números arriba indicados se evidencio que solo se logra un porcentaje mínimo de acusaciones.

En el mismo sentido, el siguiente cuadro refleja los motivos de término en los Tribunales Penales, donde puede constatarse que las condenatorias no alcanzan los porcentajes más altos, lo cual no se debe a la ineficacia del sistema en sí mismo, sino al derecho de abstención al cual recurren las

ofendidas en pleno debate, dejando el proceso ayuno de prueba en la mayoría de los casos. Según señala el informe mencionado, los casos con sentencia condenatoria y absolutoria, presentan un comportamiento continuo creciente durante el período en estudio, consignado los valores más altos durante este año, como se observa en la tabla a continuación:

Cuadro 1. Motivos de término de las causas en los Tribunales Penales.

Motivos de término	Año			
	2008	2009	2010	2011
<b>Total</b>	<b>81</b>	<b>229</b>	<b>439</b>	<b>589</b>
Fallados con sentencia Condenatoria	26	70	128	169
Fallados con sentencia Absolutoria	37	94	188	207
Fallados con sentencia Absolutoria y Condenatoria	2	7	21	22
Sobreseimiento Definitivo	7	18	25	76
Procesos abreviado	0	17	29	27
Anulada	1	0	0	0
Incompetencia	4	3	10	40
Acumulado	1	13	23	22
Otros motivos	3	7	15	26

Finalmente, debemos retomar las implicaciones de una política criminal en esta materia. No basta la promulgación de una ley para que cambie la actitud de la ciudadanía respecto a la violencia doméstica, lo cual incluye no solo al agresor, sino a los familiares y vecinos complacientes. Deben diseñarse campañas educativas que lleguen a los niños y jóvenes desde etapas tempranas para abordar el problema familiar de manera conjunta, se debe procurar la atención psicológica del agresor como una política de salud pública y no solo como una posible medida alterna dentro del proceso. De la misma forma las mujeres deben obtener contención psicológica para reconocer que se encuentran dentro de un ciclo de violencia doméstica y que son portadoras del síndrome de invalidez aprendida y debe brindarse tratamiento al agresor. De lo contrario

los femicidios seguirán presentándose, pero no solo esto que es lo excepcional, sino también el diario ataque a la integridad física y moral de mujeres y niños que tanto daño causa a nuestra sociedad.

## Sección II. Análisis de algunos delitos de la Ley de Penalización y de los tipos penales equivalentes en el Código Penal

### a. Algunos problemas de constitucionalidad.

La Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres de previo a su aprobación pasó por un lento trámite de consultas de constitucionalidad en la cual se cuestionaron algunos de sus artículos. Una vez que entró a regir se planteó la primera Acción de Inconstitucionalidad contra los artículos 22, 25 y 27 de la ley, siendo que la Sala Constitucional mediante el voto número 08-15447 declaró con lugar la impugnación de los artículos 22 y 25, rechazándose en cuanto al artículo 27.

Los artículos que se declararon inconstitucionales, textualmente señalaban lo siguiente:

"Artículo 22 .- **Maltrato:** A quien de manera grave o reiterada agreda o lesione físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, se le impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años, siempre que la agresión o lesión infringida no constituya un delito de lesiones graves o gravísimas."

"Artículo 25.- **Violencia emocional:** Será sancionada con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, reiteradamente y de manera pública o privada, insulte, desvalorice, ridiculice, avergüence o atemorice a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no."

Las normas se impugnaron por cuanto se consideró que eran contrarias a los principios de legalidad y tipicidad penal, que constituyen una garantía para todas las personas de, cualquier conducta que se repunte como delictiva debe estar claramente descrita en una figura penal. La Sala Cuarta en el voto antes

referido consideró, que las conductas descritas en las normas estaban definidas de manera muy general, constituyendo tipos abiertos que vulneraban las garantías constitucionales.

Al respecto, sobre el delito de Maltrato la Sala Constitucional indicó en el voto 08-15447, entre otras cosas lo siguiente:

“...En la norma que se analiza, se utilizan tres parámetros de valoración en relación con la acción delictiva de la agresión o lesión; a saber: 1) de manera grave, 2) de manera reiterada y 3) que no constituya un delito de lesiones graves o gravísimas. Ninguno de esos aspectos resulta suficientemente preciso, claro y determinado. Si se analizan los tipos penales del Código Penal, se observa cómo la agresión está tipificada en dos figuras delictivas; a saber, la agresión con arma (artículo 140) y la agresión calificada (artículo 41) y las lesiones dolosas se encuentran tipificadas en los numerales 123 (lesiones gravísimas), 124 (lesiones graves) y 125 (lesiones leves). Tanto en el caso de la agresión como en el de las lesiones, las descripciones de la conducta que contiene el Código Penal establecen elementos, modos, circunstancias, resultados, etc. que delimitan las conductas punibles, de forma tal que se puede establecer objetivamente cuándo se está frente a hechos constitutivos de cada una de éstas. Esto no ocurre en la norma que se impugna, donde los criterios son realmente insuficientes para que el tipo cumpla con su función de límite y garantía. El legislador está llamado a realizar un esfuerzo para que las conductas que pretende prohibir estén adecuadamente descritas, a fin de impedir la arbitrariedad, lo que no ocurre en el tipo en estudio, en que diversas acciones, pueden resultar subsumibles en su descripción, con lo que se cae en lo que en doctrina se conoce como un tipo abierto, que por su gran capacidad de absorción de conductas no resulta ser suficiente forma de garantizar el principio de tipicidad. En un sistema democrático de Derecho, cuando se acude a la utilización del Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos, se ha de ser sumamente exigente en el resguardo de las garantías esenciales de las personas, pues, una diferencia básica entre un sistema democrático y uno autoritario, es que en este último, sólo importan los

finés, mientras que en la democracia, los fines son importantes, pero sólo pueden ser alcanzados mediante medios lícitos y respetuosos de los derechos fundamentales de las personas. Si bien resultan lamentables los hechos de violencia contra las mujeres y contra los demás seres humanos y grupos vulnerables; lo cierto es que la violencia no puede erradicarse, convirtiendo al Estado a su vez en un violador de los derechos fundamentales...”

En cuanto al delito de Violencia Emocional la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

“...Es cierto que todas las palabras tienen su significado en el diccionario, ya se ha dicho en esta sentencia. Pero ello no significa que su utilización sea “per se” legítima en un tipo penal, para hacer de éste un tipo cerrado. Y ello confirma que la labor legislativa de crear tipos penales a través de una ley ordinaria, no es tarea fácil y que no es suficiente con incluir palabras cuyo sentido luego el intérprete se limite a buscar en el diccionario, para aplicarlos, para que esa labor sea conforme al principio de legalidad penal. Todas las normas jurídicas, tanto las de naturaleza penal, como las de cualquier otra, utilizan términos generales, porque es una característica de la ley ordinaria el ser general y abstracta. Y por ello la Ley de Penalización, en los tipos penales cuestionados, usa términos de la misma generalidad y abstracción que los que se contemplan en otros tipos penales. Porque no es sino cuando la norma se aplica que los términos se individualizan. Pero en cada tipo penal debe asegurarse que la conducta esté descrita en todos sus elementos, de manera que quien la lea pueda saber con certeza, qué conducta se prevé y así sepa a qué atenerse, elemento subjetivo del principio de Seguridad Jurídica, que es la certeza jurídica)... En el artículo 25 de las de la Violencia contra la Mujeres, se sanciona como violencia emocional al que reiteradamente y de manera pública o privada, insulte, desvalorice, ridiculice, avergüence o atemorice a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. En este tipo penal sí se requiere que la conducta, siempre, sea reiterada. La Sala repite para este artículo lo

dicho respecto al uso del término “reiteradamente”, en el artículo 22. Es decir, si se entiende “reiteradamente” como que bastan dos conductas (duplicar), o si se requieren más de dos (varias veces, insistentemente), para que se de este delito, para que sea uno o un concurso material. Y ello es importante, porque supone una variación en la imposición de la pena, porque si se trata de un solo delito, se aplica la pena prevista en la norma, de 6 meses a dos años; pero si se trata de un concurso material, según las reglas legales que lo rigen, se deben sumar las penas de cada delito, sin que se exceda del triple de la mayor, y, por ello, la pena sería superior. Otra cuestión es que tal y como está redactada la norma, sería delito de violencia emocional realizar alguna o todas las conductas del tipo penal al menos dos veces, pero también si se ha hecho muchas más veces, dándole el mismo tratamiento a las dos situaciones, cuando es innegable que en caso de que se realicen contra la mujer todas las conductas que se citan o en multiplicidad de ocasiones, la afectación que debe producirse en ella es mucho mayor....El tipo penal se titula “violencia emocional”, no “insultos” u “ofensas”; por tanto, el bien jurídico que se pretende proteger es la estabilidad y normal desarrollo emocional de la mujer. Así, por ejemplo, no cualquier expresión puede calificarse de insulto y constituir el delito de violencia emocional. Porque la sanción penal, y dentro de ella, la prisión, es la forma más grave de intervención del Estado en los derechos de las personas, por lo que solamente aquellas conductas de relevancia constitucional, deben ser consideradas como delictivas. Es el Derecho Penal como “última ratio”, el cual, conforme al principio de subsidiariedad, se aplica únicamente cuando otros sectores del ordenamiento jurídico no resultan eficientes para la defensa y protección de los derechos de los ciudadanos. Sólo porque la víctima así lo considera, o el juez lo aprecia, no puede aceptarse que una conducta ridiculiza, atemoriza, desvaloriza o insulta, y, por tanto, es delito de violencia emocional, porque para que lo sea, debe causar una afectación emocional, perjudicar o perturbar el sano desarrollo de la víctima. Así se previene que en cada caso quede al arbitrio de la víctima, del ofensor y de las autoridades judiciales (fiscal, juez), establecer cuándo hay violencia emocional, porque lo que para una mujer puede



serlo, el juez puede valorar que no es así, que se trata de una visión exagerada de la mujer, mientras que al exigirse la causación del daño o afectación emocional, se cuenta con un elemento objetivo, indubitable, de que la conducta desplegada por el ofensor, es efectivamente delito de violencia emocional. De manera que no basta citar los términos que reflejen conductas que puedan constituir violencia emocional, para que sean delito, pues, en todo caso, estos son los modos a través de los cuales se ejerce la conducta; debe incluirse y así indicarse de forma expresa en la misma norma, que esas conductas deben causar una afectación emocional a la víctima. Por ello es que en el tipo penal del artículo 25, se exige que la conducta, para que sea violencia emocional, debe ser reiterada (con las observaciones que se han hecho al uso de este término). Y esa exigencia de causación de un daño emocional se contempla en las normas más elevadas de protección a la mujer, como se lee en el artículo 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en el que se declara que la violencia emocional debe dar tener como resultado un daño psicológico en la mujer.”

A raíz de la derogación de ambos artículos, posteriormente mediante Ley 8929 del 15 de octubre del 2008, se introdujeron los artículos 22 y 25 con una nueva redacción leyéndose en la actualidad como sigue:

**"Artículo 22: Maltrato.** A quien por cualquier medio golpee o maltrate físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, sin que incapacite para sus ocupaciones habituales, se le impondrá pena de prisión de tres meses a un año. Si de la acción resulta una incapacidad para sus labores habituales menor a cinco días, se le impondrá pena de seis meses a un año de prisión.

A quien cause daño en el físico o a la salud de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, que le produzca una incapacidad para sus ocupaciones habituales por un tiempo mayor a cinco

días y hasta por un mes, se le impondrá pena de prisión de ocho meses a dos años."

### "Artículo 25: Ofensas a la dignidad

Será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años, al que ofenda de palabra en su dignidad o decoro, a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio o en unión de hecho declarada o no."

La acción de inconstitucionalidad referida y todas las consultas de constitucionalidad que fueron planteadas previo a la aprobación de la publicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, nos ponía en evidencia una mala construcción de las normas, propio del escaso análisis que se hizo de los artículos por la premura de aprobar la citada ley. Pero además de lo anterior, podemos identificar claramente que la mayoría de los tipos penales creados son un reflejo de normas que como indiqué ya existían en el Código Penal. A continuación haré una breve comparación de normas de ambos cuerpos legales.

b. Los nuevos delitos de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

b.1 Delitos de Violencia Física.

b.1.1 Femicidio:

En el Capítulo I de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres referido a la Violencia Física, encontramos el delito de **Femicidio** en el artículo 21, en el cual se establece una pena de 20 a 35 años de prisión a quien de muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio o en unión de hecho declarada o no. Mientras tanto, dispone el Código Penal para el Homicidio Calificado en el artículo 112 inciso a, una pena de 20 a 35 años para quien de muerte a su cónyuge o a su concubina con hijos en común y una vida en común durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho con .

De lo anterior se concluye que en principio no existe ninguna diferencia entre ambos artículos. La única ventaja que ofrece el tipo penal de Femicidio, es el

hecho de que no se exige un número determinado de años de vida en común para poder aplicar el numeral, no obstante para algunos Tribunales se requiere que la unión de hecho cumpla con ciertos requisitos para poder aplicar la Ley de Penalización, contrario a lo que estipulan las mismas normas. Recordemos que la finalidad de la Ley es librar a la mujer de la violencia, por lo que no resultaría lógico establecer barreras y distinciones en cuanto a qué mujeres puede o debe proteger, siendo esta interpretación contraria a los Convenios adoptados por el país.

Rivero (2004), haciendo un análisis del Proyecto de la Ley, consideró que este es uno de los tipos penales más interesantes llamándole la atención que los agravantes estipulados para el femicidio no tienen nada que ver con el género de la víctima, pues son propios de la ley penal común por lo que no se justifica la redacción de un tipo penal nuevo cuando ya se regulaba la conducta. En este sentido, si bien no se hace una distinción de género para agravar la pena, debe aclararse que sí se resalta la vulnerabilidad de la víctima. De tal forma, el artículo 8 de la LPVCM permite agravar hasta en un tercio la pena de cualquier delito cuando la víctima tenga alguna discapacidad, sea una adulta mayor, se encuentre embarazada o en el periodo posterior a los tres meses del parto, se realice en presencia de los hijos menores de edad entre otros agravante. Esta situación es un aspecto importante de la Ley, pues no siempre es el género lo que se aprovecha para ejercer poder, sino la vulnerabilidad de la víctima que no cuenta con todas sus capacidades para defenderse o teme represalias en contra de los hijos por lo que opta por someterse.

Rivero (2004) además de lo anterior, considera que la condición de género debe ser valorada por el juez al momento de dictar la sentencia conforme a la legislación penal común, tal y como lo señala el artículo 71 del Código Penal. Critica además el hecho de que no se contemple la agravante correspondiente a la muerte por precio o recompensa remuneratoria, lo que implicaría que el autor del delito cometiera un femicidio simple, resultando ser paradójicamente menos severa que el Código Penal. No obstante esta afirmación no es precisa, por cuanto si observamos el artículo 8 de la LPVCM, se regulan los agravantes generales para todos los delitos, incluyéndose allí la promesa remuneratoria y

el concurso de otras personas, de manera que este aspecto sí se encuentra previsto.

Al igual que Rivero, Sánchez et al (2010) critica el hecho de que se pretenda sancionar solo la violencia contra la mujer, cuando en realidad lo reprochable es la violencia en cualquier tipo de relación independientemente del género de la víctima. Para ella en realidad este tipo penal no representa ninguna innovación respecto del tipo penal de homicidio calificado, excepto por la tutela que se da a la muerte de la mujer ocurrida dentro de una relación de hecho no declarada, tratándose más bien de una manifestación del derecho penal simbólico .

#### b.1.2. Maltrato

El delito de **Maltrato**, previsto en el artículo 22 de la Ley, integra en un solo artículo el delito de lesiones leves y la contravención de lesiones levísimas. Al respecto, el primer párrafo nos refiere técnicamente la contravención de lesiones levísimas, no obstante de manera desproporcionada se establece una pena de tres meses a un año si el hecho no incapacita a la mujer, mientras que en el artículo 380 que regula la contravención de lesiones levísimas impone una sanción quince a sesenta días multa.

Por otra parte, el artículo 22 de la LPVCM dispone que si la agresión produce una incapacidad menor a 5 días se sancionará con una pena de seis meses a un año de prisión, mientras que en el artículo 380 del Código Penal la pena sería de quince a sesenta días multa. Finalmente en el caso de que conforme a la Ley de Penalización la incapacidad sea mayor de cinco días y hasta un mes, la pena será de ocho meses a dos años de prisión, mientras que el artículo 125 del Código Penal que contempla el delito de Lesiones Leves prevé para estos casos una pena de tres meses a un año.

Vemos como en el delito de Maltrato se encierran figuras ya existentes en el Código Penal, no obstante, se aumentan los extremos de la sanción, tanto los mínimos como los máximos, excepto para el caso de Lesiones Leves, en el cual se aumenta el mínimo pero el extremo mayor de la pena se deja intacto. Si nos preguntamos porqué esta severidad comparativa del delito de Maltrato

respecto de la contravención de lesiones levísimas, la respuesta la encontramos perfectamente en el Derecho Penal Simbólico.

No puede dudarse de que la conducta más frecuente en la violencia doméstica es la agresión pequeña y constante tanto física como emocional. Me refiero aquí a pequeños golpes y empujones diarios que van lesionando la autoestima de la mujer y que muchas veces no dejan rastro en su cuerpo, pero sí en su mente, situación que quiere evidenciarse ante la sociedad. Por otra parte, la pena aquí tendría una función eminentemente disuasiva para el agresor, quien se supone que tendría que hacer un alto en razón de la desproporción existente entre la agresión y la pena (para el caso de las lesiones levísimas contempladas en el delito de Maltrato). No obstante como referimos con anterioridad, no se observa una disminución de los casos que se tramitan anualmente, sino que hay una tendencia al aumento.

#### b.1.3 Restricción de la libertad de tránsito.

Continuando con el artículo 23 de la Ley de Penalización que es la **Restricción de la libertad de tránsito**, se sanciona con una pena de prisión de 2 a 10 años, mientras que con que figura espejo del Código Penal vendría a ser la Privación de Libertad Agravada del artículo 192 del Código Procesal Penal, perpetrada contra el cónyuge o con violencia, delito que se sanciona con una pena de 2 a 10 años de prisión. En este caso, ambas normas coinciden en cuanto al extremo menor y mayor de la pena, además de que con la figura nueva legislación se contempla el supuesto del conviviente que no contemplaba el Código Penal en la figura agravada. Así si se hubiera tenido que aplicar la ley penal para la privación de libertad de la compañera sentimental esa delincuencia sería sancionada en la figura de Privación de Libertad sin ánimo de lucro y con prisión de seis meses a tres años, lo cual ha variado sustancialmente con la Ley de Penalización.

Considera Sánchez (2010) que la exclusión de la punibilidad cuando la restricción se imponga por el jefe o jefa de la familia para salvaguardar o resguardar la integridad y seguridad de ella y otros miembros de la familia, es permitir que otro, un tercero, disponga sobre la autodeterminación de la mujer. Adicionalmente señala que este delito establece un tipo especial de autor, pues

solo puede cometerlo aquél que tenga una relación de matrimonio o unión de hecho declarada o no. Al respecto, evidentemente se nos llama a reflexionar sobre si la Ley es una muestra del Derecho Penal del Enemigo pues esta condición especial que debe tener el autor se mantiene en la mayoría de los tipos penales creados.

## b.2 Violencia Psicológica.

### b.2.1. Ofensas a la dignidad.

El delito de **Ofensas a la dignidad** de una mujer, previsto en el artículo 25 de la Ley de Penalización, sanciona con una pena de seis meses a dos años de prisión a quien ofenda de palabra en su dignidad o decoro a una mujer. Este delito reprime en realidad conductas contravencionales, contempladas en el artículo 383 inciso 3 y 4 del Código Penal denominada: Palabras y Actos obscenos o Propositiones Irrespetuosas, sancionadas con cinco a treinta días multa. De nuevo aquí lo que se pretende con la ley es modificar una conducta social en la cual el hombre insulta y menosprecia la dignidad y decoro de su compañera lesionando su autoestima diariamente.

No obstante, no puede dejar de decirse que al igual que en el delito de Maltrato respecto de las lesiones levísimas, resulta desproporcionada la pena y que se pretende también producir un efecto meramente simbólico. Este delito vino a sustituir el delito de Violencia Emocional que fue declarado inconstitucional tal y como antes se indicó, en virtud de una redacción cuestionable. No obstante, aún con la nueva redacción pareciera tratarse de un tipo penal cuyo contenido debe obtenerse de otras fuentes, es decir, qué debe entenderse por dignidad o decoro, lo cual pareciera no haber solucionado el problema de indeterminación de la Ley.

### b.2.3 Restricción a la autodeterminación

El delito de **Restricción a la autodeterminación**, previsto en el artículo 26 de la LPVCM corresponde al delito de coacción previsto en el artículo 193 del Código Penal, ya que se sanciona a quien por medio de amenazas, violencia, intimidación, chantaje, persecución o acoso, obligue a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no a

hacer, dejar de hacer o tolerar algo a lo que no está obligada. La Ley duplica los extremos de la pena del delito de Coacción, pues se sanciona con prisión de dos a cuatro años, mientras que en el Código Penal, se establece en el artículo 193 una pena de 1 a 2 años de prisión. Puede considerarse que la agravación de la pena es más reprochable por cuanto coaccionar a la compañera o esposa que a un tercero por la afectación psicológica que se produce y la posibilidad de reiteración del hecho en la vida de la pareja.

#### b.2.4 Amenazas contra una Mujer

En cuanto al delito de **Amenazas contra una Mujer**, artículo 27 de la referida ley, se prevé una pena de seis meses a dos años de prisión que viene aumentar sensiblemente los extremos mayor y menor de la figura contravencional de Amenazas Personales que vendría a ser la figura espejo y que tiene una pena de tres a treinta días multa, según el artículo 384 del Código Penal. De nuevo en esta figura existe una desproporción respecto a la legislación común. Debemos además resaltar, que este es uno de los delitos más comunes y denunciados por la mujer, toda vez que precisamente la intimidación es el medio perfecto que se utiliza para ejercer la violencia doméstica.

#### b.3. Violencia Sexual.

##### b.3.1 Violación contra una Mujer

En el caso del artículo 29 de la Ley de Penalización, el delito de **Violación contra una mujer** mantiene la misma pena del delito de Violación Calificada previsto en el artículo 157 del Código Penal, es decir de 12 a 18 años de prisión, sin embargo, la creación de este tipo penal deja al descubierto para la sociedad de una manera clara y enfática, que la violación puede ocurrir en el seno del matrimonio o convivencia, así como que la mujer puede negarse a tener relaciones sexuales con su pareja, sin que esto autorice al hombre a mantener relaciones sexuales por la fuerza. Sabemos que como parte de las relaciones desiguales de poder, la mujer es "cosificada", el hombre considera que ella le pertenece y por lo tanto ésta tiene la obligación de satisfacer todos sus requerimientos aún en contra de su voluntad. Estas son las conductas que

se pretenden ir eliminando y a la vez dotar de conciencia a la mujer en cuanto a que ella no es objeto sexual, teniendo derecho a decidir.

#### b.3.2 Conductas sexuales abusivas.

También la LPVCM prevé en el artículo 30 el delito de Conductas sexuales abusivas, sancionando con una pena de tres a seis años de prisión a quien obligue a una mujer a soportar durante la relación sexual actos que le causen dolor o humillación. Esta figura podría equipararse al delito de Abusos sexuales contra personas mayores de edad, artículo 162 inciso a, en el cual se estipula una pena de tres a seis años de prisión, en otras palabras se mantiene los extremos menor y mayor de la pena de manera idéntica.

#### b.3.3 Explotación Sexual de la Mujer

Otras figura introducida en la LPVCM es la Explotación Sexual de la Mujer, que dispone en el artículo 31 una pena de dos a cinco años de prisión para quien obligue a una mujer (dentro de una relación de matrimonio o de convivencia) a mantener relaciones sexuales con terceras personas sin fines de lucro . Llama la atención especialmente, el hecho de que se hable de que la acción no tiene fines de lucro, lo cual vendría a ser una contradicción con la explotación misma. En muchas relaciones de pareja el hombre obliga a la mujer a tener relaciones sexuales con terceros, disponiendo de la libertad de autodeterminación de la mujer, lo cual resulta ser sumamente reprochable pues de nuevo se pone en evidencia que el hombre puede ejercer tal poder dentro de una relación de pareja al punto de anular y menospreciar la voluntad de su pareja.

#### b.4. Violencia Patrimonial.

##### b.4.1 Sustracción Patrimonial.

Respecto del delito de **Sustracción patrimonial**, previsto en el artículo 34 de la Ley de Penalización, la pena prevista es de 6 meses a 3 años de prisión, mientras que la figura espejo de Hurto Simple del Código Penal contempla una pena de 1 mes a 3 años de prisión, elevándose entonces en la ley especial únicamente el extremo menor de la pena. Muchas veces la mujer además de



ser sometida a violencia física y emocional, es despojada de sus bienes, los cuales son utilizados por el agresor para el consumo de licor o drogas, unido a la falta de suministro de alimentos al hogar, colocando a la mujer en y a los hijos en un estado de vulnerabilidad constante. Por ello, pareciera ser que se pretende garantizar a la mujer un mayor poder sobre sus pertenencias para que no se utilicen tampoco en contra de su voluntad.

#### b.4.2 Daño Patrimonial.

En cuanto al delito de ***Daño Patrimonial*** previsto en el artículo 35 de la Ley de Penalización, sanciona con una pena de tres meses a dos años de prisión a quien sustraiga del patrimonio o de la posesión de la mujer un bien o valor, siempre que no configura otro delito castigado más severamente. Al momento de promulgarse la LPVCM la figura mencionada se equiparaba a la contravención de Daños Menores conforme al artículo 387 vigente en ese momento y sancionado con cinco a treinta días multa. Se producía entonces un aumento desproporcionado de la sanción penal, incluso respecto al delito de Daños en el que se contempla una pena de 15 días a un año de prisión, artículo 228 del Código Penal.

Posteriormente en el año 2009 mediante la Ley 8720 se reformó el artículo 228 ya que no se establece una cuantía mínima para configurar el delito, eliminándose consecuentemente la contravención de daños menores. No obstante, se mantiene la diferencia entre ambas penalidades, resaltando la reprochabilidad social de disponer de manera unilateral de los bienes del hogar (pues pueden ser de la mujer o en posesión de ella), lo cual deja ver que lo que se pretende es nivelar el poder entre la mujer y el hombre en la relación de pareja. Finalmente, en caso de que los daños que se produzcan al patrimonio sean agravados debe aplicarse necesariamente el artículo 229 del Código Penal que establece una pena de 6 meses a tres años.

#### b.4.3 Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales.

Con respecto al delito de ***Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales***, artículo 37 de la Ley de Penalización, se sanciona con una pena de 8 meses a tres años de prisión, mientras que el delito de Fraude

de Simulación artículo 218 del Código Penal establece una pena según la cuantía 2 meses a 3 años o 6 meses a 10 años de prisión. En particular, podría decirse que el fraude previsto en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres es un fraude de menor cuantía, pues la Ley estipula que si el delito configura un delito más grave puede acudirse al Código Penal. No obstante, la jurisprudencia ha venido a aclarar este aspecto indicando que la ley general es desplazada por la especial de forma tal que no importa la cuantía se aplica la pena establecida en la Ley de Penalización.

Lo anterior plantea la situación que describe Sánchez (2012) en el sentido de que la pena es más grave si quien comete el fraude de simulación es un tercero, mientras que si es la pareja la pena es mucho menor. Por otra parte, esta autora critica con razón el hecho de que la figura penal en estudio no requiera de una “expectativa de derecho” para su configuración. En el Fraude de Simulación ocurre lo contrario, se castiga a quien mediante contratos simulados obtenga un beneficio indebido en perjuicio de otro. En el caso del matrimonio se requiere que se vislumbre el divorcio para generar esta expectativa, no obstante con la Ley de Penalización lo único que se requiere es que el bien se encuentre dentro del patrimonio de la pareja, independientemente de que se vislumbre o no la separación o aún cuando ésta no se vaya a producir, afectando la libre disposición del patrimonio del hombre.

Debe mencionarse, que también la LPVCM incluyó figuras que resultan novedosas como los delitos de Limitación al Ejercicio de la Propiedad, la Distracción de las utilidades económicas familiares y la Explotación Económica de la Mujer. Por su misma novedad estos delitos no son de común aplicación, no obstante también vienen a brindarle a la mujer una cuota de poder dentro del patrimonio común, lo cual se le ha negado históricamente y viene a ser un aspecto positivo.

Finalmente, dentro del articulado de la LPVCM se observan algunos numerales que no tienen mayor aplicación, por ejemplo los artículos 28, 33 y 40 en los cuales se regula la inhabilitación para el autor de los delitos correspondientes (violencia psicológica, sexual y patrimonial), lo cual no tiene ninguna razón de ser y a la fecha no han sido utilizados en virtud de que no se trata de delitos

funcionales. Más bien estos artículos dejan ver la posibilidad de que la Ley original haya sido recortada, dejando algunas normas sin aplicación práctica.

Sección III Simbolismo manifiesto en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. ¿Era necesaria esta ley?

a- Existencia previa de normas en el Código Penal protegiendo idénticos bienes jurídicos.

El análisis que se ha hecho de algunos de los delitos contemplados en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, deja en evidencia el carácter simbólico de la misma. Nadie discute que el problema de la violencia doméstica requiere una respuesta por parte del Estado, no obstante, la solución no siempre debe provenir del Derecho Penal, el cual a la postre sufre una nueva deslegitimación al no producir el cambio esperado en la realidad social.

Además de esto, se ha establecido que la mayoría de las conductas incluidas en la Ley ya se encontraban reguladas en el Código Penal, por lo que tomar dichos artículos y colocarlos en una ley especial solo tiene como objetivo dar apariencia de que se está otorgando una solución al problema y a la vez se le envía un mensaje a la ciudadanía en cuanto a que la violencia doméstica es un asunto de todos y que por ello debe trascender al ámbito público. Finalmente, se pretende que el agresor se sienta intimidado ante las “nuevas” regulaciones. Como era de esperar, el efecto que se obtiene no es el deseado, las denuncias de las mujeres van en aumento lo que implica que no se ha producido la disuasión del agresor. Las noticias exponen la realidad de la policía que no puede dar abasto con la atención de las situaciones propias de la violencia doméstica, lo cual pone de manifiesto la ineficacia de la Ley.

Puede verse que las acciones más comunes de la violencia doméstica, que vienen a ser los maltratos, las amenazas, golpes, lesiones e insultos, fueron acogidas en la Ley de Penalización imponiendo penas altas en relación a las figuras existentes en el Código Penal, que en su mayoría son contravenciones. En otros delitos como la violación, las conductas sexuales abusivas y la

restricción de libertad de tránsito, los montos de las penas resultan ser idénticos a los que se establecen en el Código Penal, mientras que en el caso del Fraude de Simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales se contempla solamente un fraude de menor cuantía. Son solo algunas figuras las que realmente resultan novedosas, como por ejemplo la limitación al ejercicio del derecho de propiedad, la distracción de utilidades de las actividades económicas familiares y la explotación económica de la mujer, que por su particularidad no son de común tramitación.

Como crítica a la creación de tipos penales especiales, Corcoy (2007) señala que resulta más ventajoso utilizar los delitos tradicionales, para atender el problema de violencia doméstica por dos razones básicas: porque sólo de esta forma se está tomando en consideración la verdadera gravedad jurídico-penal de esta modalidad de violencia y por otra parte proponer la calificación de estos hechos como lesiones, amenazas, etc. tiene un fundamento político-criminal, pues resulta más fácil para los operadores jurídicos aplicar delitos cuyo contenido, interpretación y significado conocen por existir además jurisprudencia y doctrina al respecto.

En este sentido, lleva razón la autora y lo podemos ver en la difícil tarea que han tenido las autoridades judiciales de nuestro país a la hora de aplicar algunas normas de la referida ley, especialmente cuando la misma contiene descripciones de conductas poco claras o vacías. Significa una tarea ardua que implica no solo familiarizarse con un tipo penal que nunca antes se ha aplicado (en su nueva construcción), así como ir creando poco a poco la jurisprudencia que le venga a dar solidez a determinado criterio jurídico, resultando mucho más práctica la utilización de la legislación común.

Ante esta realidad, la pregunta es si la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres era una ley indispensable para sancionar conductas que supuestamente no estaban teniendo castigo, siendo en apariencia la respuesta negativa, pues ya la mayoría de las conductas ya se encontraban tipificadas en el Código Penal. Sin embargo es rescatable el hecho de agravar las penas atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad de la víctima. No obstante, es claro que con la Ley se logra exponer ante los ojos de la sociedad una realidad

oculta en el seno de cada familia y muy especialmente lograr que la mujer se percate de que lo que está sufriendo puede traer consigo una sanción que además llame la atención del agresor produciendo un efecto disuasivo. Sin embargo, pudo haberse logrado el efecto reactivo frente a la violencia doméstica, con una campaña publicitaria que le hiciera saber a las Mujeres que el Código Penal las protegía frente a los agresores domésticos o incluso agravando algunas figuras en virtud del género de la víctima.

La Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, es un fiel reflejo del Derecho Penal Simbólico, con el cual el legislador resalta en una Ley especial tipos de delincuencia común. Corcoy (2007), considera que debe llamarse la atención en cuanto a los delitos que reciben un tratamiento más benevolente en cuanto a la pena de la que resultaría si se utilizaran los delitos previstos en el Derecho Penal nuclear, pues el legislador aparentando una voluntad de mayor protección de este ámbito, en base a la presunta existencia de lagunas de punibilidad, crea unas construcciones legales nuevas de difícil aplicación práctica, cuando existen delitos clásicos para perseguir las mismas conductas.

Añade que es cierto que pretender evitar la violencia ejercida dentro del entorno familiar a través de su represión por la intervención del Derecho Penal plantea grandes dificultades y dentro de éstas un problema de difícil solución como es la prueba de los hechos. Señala asimismo que si partimos de que el Derecho Penal sólo legitima en cuanto cumple finalidades preventivas y ostenta una función de exclusiva protección de bienes jurídicos, la intervención penal no estaría legitimada y en todo caso, no es eficaz cuando no cumple su finalidad preventiva y la función se le atribuye, tal y como sucede cuando la condena penal no va acompañada de actuaciones paralelas en el ámbito de la llamada violencia familiar:

“En consecuencia, se puede afirmar que la intervención del Derecho Penal en el ámbito de los “malos tratos familiares” como en cualquier otro caso, no se justifica por la mera realización de la justicia, sino que requiere legitimarse a través de su eficacia utilidad y requiere, así mismo, cumplir con las garantías constitucionales, en especial la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Existe una peligrosa tendencia del actual Derecho

Penal a crear ámbitos a los cuales, por la presión de la opinión pública o por otras razones, se les considera libres de garantías en base a un peligro real, pero exacerbado por diversas razones en aras de una pretendida eficacia. (Corcoy, 2007, p. 290).

Considerando lo anterior, debe medirse la eficacia de la ley, en la medida que como ya indiqué, los medios probatorios dentro del proceso penal son limitados y muchas veces cuestionada por la defensa. Casi siempre la prueba se reduce a la palabra de la víctima frente a la del agresor, ya que los familiares, incluyendo los hijos, no quieren intervenir en el conflicto, lo que reduce las posibilidades de éxito en el caso de que la mujer se acoja a su derecho de abstención.

Pese a que la Ley de Penalización estableció que los delitos contemplados son de acción pública, reforzando la idea de que el Estado está interviniendo en la solución de este grave problema, lo cierto es con ello no se logra nada, dado que sin la participación de la víctima la posibilidad de una victoria es casi nula. Adicionalmente, esta Ley propone penas alternativas a la prisión sin que el Estado haya diseñado la estructura necesaria para su aplicación, siendo una realidad que la pena que se impone en la mayoría de los casos es solamente la privación de libertad.

El número creciente de muertes de mujeres a manos de sus parejas y ex parejas, constituye un fenómeno que genera una alarma social justificada. Sin embargo, no es a través de severas leyes o leyes simbólicas que se atiende el problema, sino a través de políticas estatales orientadas a la educación y al rescate de valores. La intervención del derecho penal en ésta área con un efecto exclusivamente simbólico, es deslegitimante, ante todo porque no logra producir los resultados esperados y entonces la crítica vuelve hacia él, olvidándose que ésta opción debe ser la última ratio.

Como bien señala Peter Alexis Albrecht (2000, p. 487), si no se quiere quebrar el Derecho Penal del Estado de Derecho, éste debe únicamente mantenerse replegado al margen de la función de control preventivo general que se le está atribuyendo. Lo anterior no significa la renuncia al control jurídico, sino la vuelta hacia las formas y los medios de control jurídicos adecuados y

razonables de que disponen el Derecho Civil, el Derecho Administrativo y el Derecho de la Seguridad social.

La Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, no es Derecho Penal Simbólico porque integre bienes jurídicos que en realidad no lo son, pues es claro que se tutela la vida humana, la dignidad de la mujer, su libertad de autodeterminación sexual, su libertad de tránsito, su patrimonio entre otras cosas, todos ellos bienes jurídicos muy preciados.

El simbolismo presente en esta Ley surge a partir del hecho de que los delitos contemplados ya se encontraban reprimidos en la ley común y fueron sacados de ese marco reuniéndolos en una ley especial con el único fin de visibilizar un problema social, intención que no es propia del Derecho Penal ni puede ser su finalidad. Así dentro del contexto del Derecho Penal Moderno y a la búsqueda de un Estado eficiente, se ha optado por criminalizar doblemente las mismas conductas de manera innecesaria, creando un abultamiento o inflación del Derecho Penal.

## **CONCLUSIONES**

Las sociedades se han ido transformando en virtud de la globalización y la aparición de nuevos riesgos producto de los avances tecnológicos. Estos nuevos riesgos han generado en el individuo el deseo de una mayor y mejor protección estatal frente al peligro. La sensación de inseguridad que impera, no siempre es producto de la realidad, sino más bien de la intervención desmedida de los medios de comunicación, que persiguiendo algún interés particular, resaltan los sucesos de su preferencia creando una especie de paranoia en la sociedad. Las noticias son manipuladas y los espectadores que no conocen otra realidad que la que reporta la pantalla del televisor, no cuestionan el papel de los medios y asumen como cierto lo que se les muestra, acrecentando la sensación de inseguridad y a partir de allí, comienzan las exigencias y demandas de mayor control Estatal.

Estas exigencias de control y de represión son reproducidas también por los medios de comunicación, que se encargan de juzgar las actuaciones policiales y judiciales, exacerbando los ánimos de la ciudadanía, exigiendo leyes más severas y cero tolerancia para los delincuentes. Frente a este populismo punitivo, reaccionan los políticos que en su afán de ganar adeptos y lograr la aprobación de sociedad, impulsan leyes sin la contemplar o consultar la opinión de los expertos, teniendo como producto normativas que rompen la unidad del ordenamiento, que son contradictorias e innecesarias. De igual forma se producen normas penales con sanciones desproporcionadas y poco a poco el sistema se va inflando de regulaciones.

El inflacionismo penal repercute de manera negativa en el sistema de justicia, de tal forma que las diferentes instancias que intervienen en el proceso se saturan debiéndose buscar nuevas opciones legales para desahogarlos. Es así como se opta por modificar también la ley procesal, con el fin de reducir los trámites del proceso y evitar llegar hasta el juicio, utilizándose entonces las salidas alternas, el proceso abreviado y el criterio de oportunidad. Ante esto nuevamente reaccionan los medios de prensa y la ciudadanía, porque lo que en definitiva se pretende es más cárcel y penas más altas o más de lo mismo.



Todo este anterior proceso produce la expansión del derecho penal, avanzando hacia un Derecho Penal Moderno que se caracteriza por la severidad de sus normas, su utilización como *prima ratio* y por la percepción del delincuente como un enemigo que no merece un trato digno. Las regulaciones penales adelantan la punibilidad con la creación de delitos de peligro abstracto, también se reducen las garantías procesales y se endurecen las penas, aunado a políticas estatales basadas en la cero tolerancia. Se utiliza también como remedio para calmar los ánimos de la ciudadanía el derecho penal con un carácter eminentemente simbólico.

Si bien las normas penales llevan implícito un carácter simbólico para poder realizar su papel como instrumento de control social, el problema surge cuando los efectos simbólicos de las normas privan sobre los instrumentales, de manera tal, que lo que dice la norma no es realmente lo que se quiso decir. El Derecho Penal innegablemente es un instrumento de la política y en la actualidad, debe responder a las crecientes demandas de la sociedad que reclaman respuestas oportunas y eficientes frente al incremento de la delincuencia. Ante las demandas de un derecho penal eficiente, los legisladores tratan de llenar las aparentes lagunas del derecho, crean tipos penales que no protegen ya bienes jurídicos, crean leyes especiales cuyos delitos ya estaban contemplados en la ley común, buscando un efecto simbólico en la sociedad, particularmente la modificación de conductas indeseables, pero sin lograr solucionar el problema de fondo..

La gran crítica que se hace al Derecho Penal Simbólico, es precisamente que las normas llevan implícito un engaño, pues se da la apariencia de estar solucionando un conflicto social pero en realidad esto está muy lejos de ocurrir. Este es el caso de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, que surge con el fin de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Estado para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer y que fue promulgada en un momento de crisis ante el aumento histórico de las muertes a manos de esposos o compañeros. Esta particular coyuntura impulsó la aprobación de la ley con carácter de emergencia, con la lamentable consecuencia de que no fue estructurada para obtener un cambio social, sino

solo para visibilizar una situación que se mantenía bajo secreto en los hogares.

Como se aprecia en el proceso de surgimiento de la Ley 8589, existió de previo un enfoque periodístico hacia las muertes recientes de mujeres, creando una alarma social, que justificada o no, llevó a impulsar una ley sin que de previo se estableciera una política criminal para atender el fenómeno. La Ley que se ha estudiado es una manifestación más del Derecho Penal Moderno, pues para poder cumplir con la demanda de severidad que se exigió y para hacer creer que el Estado daba una atención eficiente a la violencia doméstica, se reprodujeron normas que ya existían en el ordenamiento y a algunas de ellas se les asignó penas desproporcionadas. El mensaje es para la sociedad y en particular para el agresor, pretendiendo con ello que un conflicto social de profundas raíces se elimine por completo. Lo anterior no es otra cosa que derecho penal simbólico e inflacionismo puro.

Hay quienes consideran que la intervención del Derecho Penal en materia de violencia doméstica no se encuentra legitimada, sino que debería dejarse a otras áreas del derecho. En lo personal, creo que la violencia desmedida que se reproduce en los hogares, requiere de una atención especial del Estado, algunas conductas inevitablemente deberán tipificarse como delitos, eso sí, aquellas que son las más graves, pues el Derecho Penal debe ser la última instancia y siempre con un carácter subsidiario.

Por otra parte al estipularse en la Ley que los delitos contemplados en ésta son de acción pública, se legitimó la intervención estatal aún en contra de la voluntad de la agraviada, lesionando nuevamente su derecho de autodeterminarse. La intervención coactiva en materia de violencia doméstica no ha producido los resultados esperados, todo lo contrario, las estadísticas muestran que los procesos son abandonados por las denunciadas ante la falta de apoyo de los familiares y la presión social, adicionándose la incomprensión de los operadores del conflicto que se vive, por lo que es revictimizada y juzgada en cada decisión procesal que toma.

No puede dejarse de lado que la construcción de nuevos tipos penales requiere de un estudio por parte de los operadores del sistema lo cual no siempre

ocurre, además de que ante la falta de doctrina y jurisprudencia puede llegarse a conclusiones contrarias al espíritu de la misma Ley y de los Convenios que sirven como principal fuente de interpretación. Por ello algunos autores recomiendan la utilización de la ley común para atender el fenómeno de la violencia doméstica, por cuanto los tipos penales tienen muchos años de estar vigentes y no existe mayor discusión en cuanto a qué conductas o acciones comprende.

El uso inflacionario del Derecho Penal para contener los problemas sociales es incorrecto y como consecuencia, no se producen los efectos esperados sino más bien se incrementa la apreciación de que éste no está legitimado para intervenir. Ante la falta de operatividad del sistema se pone en entredicho cada vez más su papel y se cae en un círculo vicioso, pues para remediar su ineficacia se proponen nuevas leyes con las mismas deficiencias. No debe por tanto, deslegitimarse la intervención del Derecho Penal utilizándolo para resolver problemas de la sociedad que no le competen.

Si bien la Ley 8589 ha tenido la virtud de concientizar a la sociedad sobre una lamentable realidad, así como también la mujer se ha enterado de sus derechos, esto no ha ido aparejado con una política estatal encaminada a erradicar de raíz el problema de la violencia familiar. La citada ley no contempla planes de atención y de seguimiento para los ofensores que vengan a garantizar un posible cambio en esta población problemática, por lo que difícilmente se logrará a futuro un cambio en la realidad social del país. El efecto simbólico de la Ley por un momento le hizo creer a la ciudadanía que se remediaría el conflicto, que los agresores asustados detendrían sus acciones, sin embargo en la actualidad se percibe que la respuesta del Estado ha sido ineficiente, pues las muertes continúan y las denuncias van en aumento, lo que sin duda deslegitima la intervención del Derecho Penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adamo, O. & García, B. (2007) Medios de Comunicación de masa y Percepción Social de la Inseguridad. [Versión Electrónica] *Boletín de Psicología*, Universidad Belgrano, Argentina

Albrecht, P. (2000) El Derecho en la intervención de la Política Populista en Romeo, C. (Comp.) *La insostenible situación del Derecho penal*, p.471-487, España, Editorial Comares.

Armijo, G. (2007). Del Control Político al Control Constitucional: El Principio de Legalidad Penal en Llobet, J. (Comp.) *Justicia Penal y Estado de Derecho, Homenaje a Francisco Castillo González*, p. 37-57 Costa Rica, Editorial Jurídica Continental

Baratta, A. (1994) Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal, Lineamientos para una Teoría del Bien Jurídico en *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales v Justicia Penal y Sociedad*, p. 75 – 92.

Bodelón, E. Género y Sistema Penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal en Bergalli, R. (Comp.) *Sistema Penal y problemas Sociales* p. 451-486. España: Tirant lo Blanch.

Binder, A. (2011) *Análisis Político Criminal*, Buenos Aires: Astrea.

Birgin, H. (2000) Prólogo en Birgin, H (Comp.) *Las Trampas del Poder Punitivo*, p. 10-17, Argentina, Editorial Biblos.

Chirino, A. (2003) Prólogo en Borja, E. (autor) *Problemas Político –Criminales Actuales de las Sociedades Occidentales*, p. 9-52. San José Costa Rica: Editorial Jurídica Continental

Coppola, P. (2006., Política Criminal y discriminación hacia las Mujeres. *Revista internacional de Seguridad Sostenible [Versión Electrónica]*, [www.11dh.ed.cr/biblioteca Web](http://www.11dh.ed.cr/bibliotecaWeb)

Corcoy, M. y otro, (2007) Tendencias de la Política Criminal en Materia de Violencia Doméstica y Género en Gómez, V. (Coord.) *Política Criminal y reforma penal*, p. 274-313, España, Edisofer.

Chirino, A. (2007) El Retorno a los Delitos de Peligro ¿Un camino posible hacia el Derecho Penal del Enemigo? En Llobet, J. (Comp) *Justicia Penal y Estado de Derecho, Homenaje a Francisco Castillo González*, p. 145-160, San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Chinchilla Calderón, Rosaura. (2010). Política Criminal y Demagogia Penal: Los efectos del Neopunitivismo Criollo en la Seguridad Jurídica. En Llobet, J. &

Durán, D. (Comp.) *Política Criminal en el Estado Social de Derecho: Homenaje a Enrique Castillo Barrantes*, p. 137-153. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Díez, J. (2001) *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena*, en Cerezo, Mir & Serrano. A (Comp.) *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, p. 107-129 España, Lerko Print S.A.

Díez, J. (2007) *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires: Euros Editores.

García, P. (2000) *Tendencias del Actual Derecho Penal* en Cerezo, Mir & Serrano. A (Comp.) *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, p. 39-59 España, Lerko Print S.A.

Gracia, L. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Extraído el 18 de octubre 2012: [www.criminet.urg.es](http://www.criminet.urg.es)

Gracia, L. (2003) *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Hassemer, W. (1995) *Derecho Penal simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*, en Varios Autores, *Pena y Estado*, p. 23-36 Santiago: Conosur.

Hassemer, W. (1998), *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Bogotá, Colombia: CARGRAPHICS S.A.

Hassemer, W. (1999) *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Hirsh, H. (2000) *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico* en Cerezo, Mir & Serrano. A (Comp.) *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, p. 371-387. España: Lerko Print S.A.

Jakobs, G & Cancio, M (2003) *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones.

Jiménez, R. (2007) *Respuesta de la Justicia a la Violencia Doméstica*, San José: Impresora Gossetra S.A.

Kessler, G. (2009), *El sentimiento de inseguridad: sociología del temor al delito*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Llobet, Javier, (2009, 13 de agosto) *Auge del Populismo Punitivo en Costa Rica*, La Nación [Versión Electrónica].

Larrauri, E. (2008) *Mujeres y Sistema penal*, Buenos Aires: Euro Editores

S.R.L.

Luzón, D. (2001) *Función Simbólica del Derecho Penal y Delitos Relativos a la Manipulación Genética*, en Cerezo, Mir & Serrano. A (Comp.) *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, España, Lerko Print S.A.

Magariños, J. (2008) El Derecho contra la Violencia de Género en Gómez, M & Amoretti, H. (Comp.) 281-293 *Antología: La Penalización de la Violencia contra las Mujeres*, Costa Rica, Ediciones Cinco.

Melossi, D. (1991) Ideología y Derecho penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? En *Revista Pena y Estado*, pp. 57-66 Barcelona: Ediciones P.P.U.

Muñoz, F. (2007) Delito Político y Derecho Penal del Enemigo, en Llobet, J. (Comp) *Justicia Penal y Estado de Derecho, Homenaje a Francisco Castillo González*, p. 97-101. San José Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Núñez, J. (2009) Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. En *Revista de Política Criminal [Versión Electrónica]* p. 1 – 23. [[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_3\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_3_8.pdf)]

Pariona, R. (2006) *El Derecho Penal Moderno, sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales*. Extraído el 20 de setiembre 2012: [Foros.vexternado.edu.co](http://Foros.vexternado.edu.co)

Prittwitz, C. (2007), ¿Los enemigos nos rodean? Acerca de la Limitada Compatibilidad entre seguridad y Libertad en Llobet, J. (Comp) *Justicia Penal y Estado de Derecho, Homenaje a Francisco Castillo González*, p. 103-119, San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Puig, S. & Alcácer, R. (2007) Cambio de Orientación en la Política Criminal Española: Últimas reformas del Código Penal. En Gómez, M. (Comp.) *Política Criminal y reforma penal*, p. 107-120, Edisofer: España.

Rivero, J. (2004). *Episteme y Derecho: Una exploración jurídico-penal*, Granada: Editorial Comares.

Rodríguez, C. Actuales tendencias del Derecho Penal: del Garantismo al Moderno Derecho Penal. *Revista de Criminología en Ciencias Penitenciarias [Versión Electrónica]* extraído el 8 de octubre 2012: [derecho penal online.com](http://derecho-penal-online.com)

Salas, R. (2010) En busca del Paraíso Perdido (Apuntes sobre el Populismo Penal) En Llobet, J. & Durán, D. (Comp.) *Política Criminal en el Estado Social de Derecho: Homenaje a Enrique Castillo Barrantes*, p. 155-171. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Sánchez, C. & Murillo, R. (2010) Inseguridad, Miedo, Enemigos y Víctimas. En Llobet, J. & Durán, D. (Comp.) *Política Criminal en el Estado Social de Derecho: Homenaje a Enrique Castillo Barrantes*, p. 101-120. San José, Costa

Rica: Editorial Jurídica Continental.

Tocora, F. (1997) *Política Penal Criminal Contemporánea*, Bogotá: Editorial Temis S.A.

Urquiza, J. (2001) Principio de Legalidad: Nuevos Desafíos Cerezo, Mir & Serrano. A (Comp.) *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, 71-74 España, Lerko Print S.A.

Viquez, K. Derecho penal del enemigo (2007) ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?. *Revista de Política Criminal [Versión Electrónica]* nº 3, p. 1-18: <http://www.politicacriminal.cl19>

Zaffaroni, E. y otros, (1998) La creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia en Camadro, J. (Comp.) *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, p. 613-619, España: Editorial Ad-Hoc S.R.L.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, (2007) *El Enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar

Zaffaroni, E., (2010) Masacres: Larvas y Semillas Lineamientos para un Replanteo Criminológico, en *Política Criminal en el Estado Social de Derecho: Homenaje a Enrique Castillo Barrantes*, p. 53-86. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Costa Rica, Poder Judicial (2012), Informe 155-EST-2012 de la Sección de Estadística del Poder Judicial.

Informe Nacional de Desarrollo Humano. 2005, San José Costa Rica.

## REFERENCIAS NORMATIVAS

Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, Ley 8589, Asamblea Legislativa, publicada 2007, San José Costa Rica.

Ley de Violencia Doméstica

Ley N° 6968 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 2 de octubre de 1984

Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995. así como en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Código Penal, Costa Rica.