

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
AMÉRICAS**

**MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO
PENAL**

**“LA CESURA EN EL PROCESO PENAL: APLICACIÓN EN LA
ESTRATEGIA DE DEFENSA PARA EL REBAJO DE LA PENA A
MUJERES POR CONDICIONES DE VULNERABILIDAD A
PARTIR DE LOS ARTÍCULOS 71 INCISO G) Y 72 DEL CÓDIGO
PENAL.”**

ANA LAURA SÁNCHEZ BERTARIONI

TUTOR: MSc. MARIO SERRANO ZAMORA

SEDE DE ARANJUEZ

SAN JOSÉ

Octubre, 2024

CONTENIDO

CONTENIDO	2
DEDICATORIA	5
AGRADECIMIENTOS	5
RESUMEN EJECUTIVO	6
CAPÍTULO I: PROBLEMA.....	7
Planteamiento del problema	7
Objetivos	8
Objetivo general	8
Objetivos Específicos	8
Justificación.....	9
Antecedentes	10
Proyecciones.....	12
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	14
Conceptualización de vulnerabilidad, género y mujer	14
Concepto de vulnerabilidad.....	14
Concepto de género	15
La mujer y los factores de vulnerabilidad asociados al género	16
Desarrollo internacional y nacional de los vectores de vulnerabilidad por género	17
Principales instrumentos internacionales sobre género	17
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.....	17
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer	18
Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes	18

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing	19
Regulación nacional en materia de género	20
Ley 7142: Ley de promoción de la igualdad social de la mujer	20
Ley 8589: Ley de penalización de la violencia contra las mujeres	20
Ley 8688: Ley de creación del Sistema nacional para la atención y prevención de la violencia contra las mujeres y la violencia intrafamiliar	21
Ley 9161: Reforma al delito de Introducción de Drogas a un Centro Penitenciario	22
Ley 9628: Reforma a los artículos 71 y 72 del Código Penal	25
Elementos de la reforma de los artículos 71 y 72 del Código Penal	27
Antecedentes de la reforma	27
Vulnerabilidad por pobreza	28
Vulnerabilidad por violencia de género	29
Vulnerabilidad por cuidado de menores de personas dependientes	30
Vulnerabilidad por discapacidad	32
Estrategia de defensa dentro de la teoría del caso	33
Concepto	33
Características	34
Elementos	36
Relevancia	37
Derecho de defensa como pilar del debido proceso	38
Debido proceso penal	38
Garantías del derecho de defensa del acusado	40
Derecho de defensa y su constitucionalidad	43
Estrategia del caso como elemento del derecho de defensa	44
El juicio de cesura según el proceso penal costarricense	45

Concepto de cesura	45
Finalidad	46
Momento procesal de la cesura	47
La cesura y su utilidad para la individualización de la pena	48
Elementos básicos para la individualización de la pena	48
Principios que rigen la individualización de la penal	49
Utilidad práctica de la cesura para la individualización de la pena	50
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	52
Tipo de investigación	52
Selección de técnicas	53
Fuentes de información	53
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS	55
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	84
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92
APÉNDICE A. DECLARACIÓN JURADA Y COPIA DE LA CÉDULA POR AMBOS LADOS	98
APÉNDICE B. CARTA DEL TUTOR	100
APÉNDICE C. CARTA DEL LECTOR	110
APÉNDICE D. CARTA DE REVISIÓN FILOLÓGICA	111
APÉNDICE E. CONSENTIMIENTOS INFORMADOS	112
APÉNDICE F. TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTAS REALIZADAS	120

DEDICATORIA

A mi madre, por enseñarme el valor del estudio continuo.

A mi abuelita, que siempre ha estado orgullosa de la nieta que formó.

Y a mis hermanas, las cuales son un pilar esencial de mi vida.

A ti, que me acompañaste y apoyaste a lo largo de este proceso.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por su apoyo incondicional en todos mis proyectos.

A mis compañeros defensores públicos que con su experiencia y mística contribuyeron a la investigación.

A los jueces que me brindaron espacios en sus agendas y valiosa información.

A mi tutor Mario, que ha sido una gran guía a lo largo de este proyecto.

Y a todas aquellas personas que ayudaron a materializar los resultados de este trabajo y que coadyuvan a una justicia con un rostro más humano.

RESUMEN EJECUTIVO

En este trabajo de investigación, se desarrolla el tema de la cesura como estrategia para la defensa de mujeres en condiciones de vulnerabilidad, así como su utilidad en la solicitud de rebajo de pena por estas condiciones, de conformidad con lo estipulado en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal. Se plasma como objetivo general, precisamente, la determinación de la incidencia de esta figura en los supuestos señalados.

Aunado a ello, se pretende profundizar en la naturaleza de la acción afirmativa que significó la introducción de elementos con perspectiva de género para la determinación de la pena y el cambio de paradigma que representó en la realidad de las mujeres sujetas a procesos penales.

A partir de lo anterior, la investigación se desarrolló mediante la observación de la doctrina, estudio de legislación nacional e internacional, análisis de jurisprudencia, así como la entrevista a trabajadoras sociales y profesionales en derecho que cuentan con amplia experiencia en el tema en estudio. Finalmente, se utilizó el método de investigación cualitativo, con el objeto de lograr resultados precisos para determinar si efectivamente la cesura podría ser una herramienta valiosa en la estrategia de defensa con miras al otorgamiento del rebajo de pena a mujeres por condiciones de vulnerabilidad.

CAPÍTULO 1: PROBLEMA

Planteamiento del problema.

La elaboración de la estrategia de defensa dentro de un caso penal debe versar sobre todos aquellos aspectos que sean relevantes y discutibles, incluidos aquellos que refieren a la pena y la posibilidad de que esta sea atenuada por el Tribunal en el caso de una sentencia condenatoria.

Con la reforma operada mediante la ley 9628 del 19 de noviembre de 2018, este aspecto cobró especial relevancia en la defensa de mujeres, casos en los cuales será indispensable el abordaje de estas, a fin de determinar la existencia de condiciones de vulnerabilidad que influyan en la comisión del hecho punible.

Estos vectores de vulnerabilidad son tan relevantes que la misma CEPAL (2001) ha recalcado que:

Los términos “vulnerabilidad” y “grupos vulnerables” se vienen utilizando con mucha frecuencia en círculos intelectuales y gubernamentales de América Latina. Los fuertes impactos sociales provocados por los programas de ajuste tienen responsabilidad en la incorporación de esta nueva terminología. Sin embargo, no se observa gran precisión conceptual cuando se hace referencia a la vulnerabilidad social y la mayoría de las veces se la confunde con pobreza. El concepto de vulnerabilidad social tiene dos componentes explicativos. Por una parte, la inseguridad e indefensión que experimentan las comunidades, familias e individuos en sus condiciones de vida a consecuencia del impacto provocado por algún tipo de evento económico- social de carácter traumático. Por otra parte, el manejo de recursos y las estrategias que utilizan las comunidades, familias y personas para enfrentar los efectos de ese evento. (p.11)

Al respecto, es relevante indicar que el concepto de vulnerabilidad va más allá que un simple significado para describir a un grupo de personas y constituye una realidad social materializada con el cual muchos individuos deben lidiar día tras día, razón por la cual coloca a quien la padece en una situación de desventaja en el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. Por lo tanto, dicha situación, anula el conjunto de derechos y libertades fundamentales, de tal suerte que, las personas, grupos y comunidades en situación de vulnerabilidad tienen estos derechos únicamente a nivel formal, ya que no se dan las condiciones para su ejercicio material en determinados casos. (Pérez, s.f, párr.17)

Ahora bien, es relevante determinar que sucede en aquellos casos en los cuales se deben discutir aspectos de culpabilidad pero también preverse la posibilidad de plantear la atenuación por vulnerabilidad en caso de sentencia condenatoria, por lo que se abordarán estos supuestos en relación con el instituto de la cesura contemplado en el numeral 323 del Código Procesal, a fin de determinar si la utilización de esta figura en esos casos tiene alguna incidencia dentro de los supuestos de la teoría del caso y si es así, si la misma es relevante de cara a la defensa de este tipo de casos. La cuestión es, si es posible mantener la credibilidad con una doble estrategia como la que estos casos conllevan, puesto que por un lado se le instará al tribunal la absolutoria, pero por el otro se solicitará la atenuación si hay condena; y aquí es donde puede perder fortaleza esta estrategia dual y también donde entra en juego la figura de la cesura que se pretende estudiar a fin de separar estas posibilidades y en el caso negativo de una condenatoria lograr discutir de mejor manera la pena y su posible rebajo.

Así las cosas, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es la incidencia en la construcción de la teoría del caso de la defensa de mujeres, la aplicación del juicio de cesura para la solicitud de rebajo de pena prevista en los numerales 71 y 72 del Código Penal?

Objetivos

Objetivo general

- Analizar la incidencia en la construcción de la teoría del caso de la defensa de mujeres de la aplicación del juicio de cesura para la solicitud de rebajo de pena prevista en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal.

Objetivos específicos

- Identificar mediante entrevistas a profesionales de la defensa pública de Costa Rica la relevancia dentro de la elaboración de la teoría del caso de la solicitud de cesura.
- Establecer mediante jurisprudencia y entrevistas a voces expertas los elementos probatorios esenciales para la determinación de los supuestos de vulnerabilidad contemplados en los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal que sean de utilidad para fundamentar la solicitud de cesura.
- Determinar por medio de entrevistas a expertos, la incidencia de la aplicación de la cesura para la solicitud de rebajo de pena en los casos de los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal.

Justificación

Como se desarrollará en la investigación, la estrategia para abordar un caso penal y ejercer la defensa técnica es un compromiso profesional con la persona acusada que implica la utilización de todos los insumos jurídicos a la mano, y que la misma no se agota en la culpabilidad, sino que debe abarcar aspectos de pena.

Mediante la reforma que introdujo al numeral 71 del Código Penal un inciso g) y un segundo párrafo al artículo 72, se hizo evidente la necesidad de aportar insumos durante el proceso de cara a buscar que en caso de una sentencia condenatoria se pueda solicitar un rebajo de pena al juzgador aún por debajo de los mínimos establecidos.

De esta manera, en la búsqueda de este rebajo de pena surgen especiales consecuencias cuando en la defensa de una mujer se pueden discutir temas de fondo en cuanto a la prueba y la culpabilidad, pero también temas relacionados con la posible pena a imponer, y así se debe desarrollarse una doble estrategia, pero cuidando que estas no lleguen a desacreditarse entre sí, momento en que se considera surge como un elemento por considerar en la estrategia el uso de la solicitud del juicio en dos fases o cesura.

En el siguiente texto se menciona que el derecho de defensa y la garantía que debe proporcionar el Estado tiene origen constitucional, de la siguiente manera:

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores. (Constitución Política de Costa Rica, 1949, art 39).

De allí, que el deber de ejercer esta defensa incluye, tal y como se indicó, todos los medios legales posibles, donde en estos casos de mujeres en condición de vulnerabilidad, debe trazarse una estrategia que abarque todas las posibilidades de defensa a estas mujeres.

La solicitud de realización del juicio en dos fases establece que inicialmente se desarrollará una primera etapa concentrada en el análisis de los elementos del delitos y probatorios, a fin determinar la culpabilidad o no de la persona y solamente en casos en que efectivamente esta sea demostrada se procederá con una etapa de fijación de pena para la cual se deben haber ofrecido

elementos de prueba por parte del solicitante, lo que permitiría discutir ambos puntos sin desacreditar la defensa en la solicitud de pena.

De esta forma, esta investigación pretende establecer si la solicitud de cesura tiene alguna incidencia en la elaboración de la estrategia de defensa de mujeres acorde con los supuestos de los numerales 71 y 72 del Código Penal, elemento que ha sido poco analizado y explotado a nivel nacional, pero que desde la experiencia en la defensa de casos penales se considera de antemano que podría ser una herramienta valiosa que debería ser usada en más casos, principalmente ante la entrada en vigencia de la reforma en estudio.

Dado que ha sido un tema poco abordado, se considera de relevancia por la innovación y la actualidad de este, puesto que deberán abarcarse los supuestos establecidos en los artículos 71 y 72 del Código Penal, incluida la definición del concepto mujer y su ámbito de aplicación, punto que es medular dada la discusión que ha existido, incluso en el ámbito convencional, sobre la aplicación de este tipo de normas a mujeres transgénero, de la misma manera se abordará a que se refiere la norma con condiciones de vulnerabilidad y como estas se relacionan con el tema de género. Asimismo, entrelazando estos conceptos se analizará si dentro de la estrategia de defensa se pueden lograr mejores resultados mediante un juicio en dos fases y con la constitución de elementos probatorios distintos para cada una.

Antecedentes

Es importante hacer ver que esta investigación cuenta con antecedentes importantes sobre el estudio de los temas de género, entre estos:

A nivel costarricense debe mencionarse el artículo de Jaén et al (2008), titulado *La feminización de la pobreza en Costa Rica ¿un problema para las mujeres y los niños?*, en el cual se analiza ampliamente como la pobreza ha acentuado la condición de la vulnerabilidad de especial manera en mujeres y niños, revelando como en Costa Rica el nivel de desigualdad si tiene una incidencia que provoca situar a las mujeres en una especial condición de vulnerabilidad.

Gracia et al (2014), estudian el fenómeno de la vulnerabilidad desde la óptica de los derechos fundamentales, en el libro *Vulnerabilidad y protección de Derechos Humanos* y brindan una óptica de la esencialidad del análisis «interseccional» de estas situaciones, realizando un estudio sobre como resulta necesario el análisis de estas condiciones de vulnerabilidad ante su necesaria incidencia en los derechos fundamentales.

De la mano con esto, León (1998), en su artículo *Mujer, Género y Desarrollo*, aborda como se interrelacionan estos temas y el proceso de conquista de los derechos de las mujeres, como derechos humanos; estudia como a partir de la forma como el desarrollo ha mirado a las mujeres, así como la manera como estas lo han apreciado, también muestra análisis adelantados acerca de las relaciones Estado – mujer, e indaga sobre la supuesta neutralidad de las políticas socioeconómicas en las últimas dos décadas en Latinoamérica.

Asimismo, enfocando la vulnerabilidad en temas de género actuales se tiene el texto de Fuentes et al (2024), titulado *Retos de igualdad y lucha contra la violencia de género desde una perspectiva multidisciplinar*, en el cual se estudian las peculiaridades de la vulnerabilidad por temas de género en distintas áreas, este estudio analiza como la desigualdad histórica de la mujer aun actualmente debe abarcarse como un fenómeno desde diferentes ópticas y como incide en todas las áreas de la vida de las mujeres, incluida la jurídica.

En cuanto a la relevancia de la estrategia de defensa también se tiene la obra de Narez (2019), titulada *Formalidades del debido proceso penal: La teoría del caso*, la cual establece la relevancia de un adecuado planteamiento de la teoría de defensa como pilar del debido proceso, este texto es esencial dado que plasma desde a práctica y la experiencia del autor como el adecuado ejercicio de la defensa técnica constituye un elemento no solamente del proceso, sino de su desarrollo adecuado.

En cuanto a la materia de la cesura no se han realizado mayores investigaciones sobre el tema, no obstante, se cuenta con los siguientes antecedentes de relevancia:

A nivel nacional únicamente se resalta la tesis de licenciatura de Deybi Gutiérrez Atencio (2006), titulada *La Cesura del Debate como Reflejo de un Proceso Penal más Acusatorio: Propuestas de una política criminal de corte garantista*, la cual realiza un amplio análisis sobre la aplicación del juicio de cesura y la garantía de defensa que supone, y si bien es un trabajo final de grado, el licenciado Gutiérrez realiza un amplio abordaje de la génesis procesal de la cesura y de su relevancia para juicio más acorde a los principios del sistema acusatorio y permite acoplarlo a un derecho más garantista.

Siempre en el ámbito costarricense, debe mencionar a Mario Houed (2021), que en su artículo *El Proceso Penal en Costa Rica*, analiza brevemente la cesura dentro del proceso penal y su aplicación; realiza una recopilación histórica del avance del proceso penal y como con el código

procesal penal actual se vino a incorporar la novedosa figura de la cesura, así como las implicaciones de su utilización.

Debe mencionarse también a la jurista Estefanía Saulí (2020), la cual en su artículo *Juicio de Cesura: Aspectos prácticos y dogmáticos para la determinación de la pena*, estudia la importancia de este instituto en la fijación de pena y su utilidad práctica; es uno de los pocos estudios sobre el tema y donde la autora no solamente analiza esta figura desde el plano meramente teórico, sino como tiene una incidencia real en la práctica para efectos de la fundamentación de la posible pena a imponer, situación que en parte se pretende estudiar con esta investigación.

Asimismo, Miguel Cardella (2021), en *El juicio de cesura: La fundamentación de la pena desde las teorías del caso de la acusación y la defensa*, analiza la utilización del juicio en dos fases desde la óptica de la intervención de ambas partes procesales y explica cómo no es un elemento solamente útil desde la defensa de la persona acusada, sino como el ente acusador también puede hacer uso de esta para efectos de discutir separadamente la solicitud de pena, punto que es relevante abarcar de cara a una investigación objetiva.

A su vez, Fanny Pereyra (2023), en su tesis de la Universidad César Vallejo en Perú, *Derechos Fundamentales Cuya Observancia Justifica la Incorporación de la Cesura del Juicio Oral. Chota. 2021*, recalca la relevancia de la realización del juicio en dos fases de cara a los derechos fundamentales, esto dentro del sistema peruano, con el cual se puede analizar las similitudes, ventajas y desventajas de la figura, y que mediante su estudio amplio representa una visión interesante de lo que implica la cesura en los procesos penales.

Proyecciones

Partiendo de la problemática que se ha venido exponiendo, en el este trabajo de investigación, se establecen como proyecciones las siguientes:

- Se busca establecer si hay una necesidad de utilizar la cesura como mecanismo necesario para la aplicación del rebajo de pena por vulnerabilidad.
- Se pretender identificar y analizar la relevancia de la herramienta de la cesura en la formulación de la teoría del caso.
- Se procura establecer, desde la doctrina y la opinión de expertos, si, mediante la cesura, se puede lograr mayor éxito en la obtención del rebajo de pena por vulnerabilidad en casos de defensa de mujeres.

- Se pretende hacer una propuesta para establecer el necesario decreto de cesura para la aplicación del rebajo de pena por vulnerabilidad previsto en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

Conceptualización de vulnerabilidad, género y mujer.

Concepto de vulnerabilidad.

Pese a ser una palabra frecuentemente utilizada, el término vulnerabilidad encierra una complejidad según el punto de vista desde el cual se le aborde, por ejemplo, para Feito, (2007):

Vulnerabilidad es, en primer lugar, un concepto con múltiples significados, aplicables a ámbitos muy diversos: desde la posibilidad de un humano de ser herido hasta la posible intromisión en un sistema informático. En segundo lugar, la vulnerabilidad es una característica de lo humano que parece evidente desde una perspectiva antropológica, pero que la tradición cultural más cercana a la defensa del individualismo, la autonomía y la independencia, se ha encargado de dejar en un segundo plano o, incluso, de relegar por considerarla de rango inferior. En tercer lugar, la vulnerabilidad, en tanto que posibilidad del daño, es considerada la misma raíz de los comportamientos morales, al menos de aquellos en que el énfasis se sitúa en la protección y en el cuidado, más que en la reclamación de derechos. Y, además, en cuarto lugar, la vulnerabilidad se ha ido asociando no sólo con las condiciones del individuo sino, cada vez más, con las condiciones del medio (ambientales, sociales o de otro tipo) en que su vida se desarrolla, dando lugar a la necesidad de incorporar los aspectos socioculturales en la comprensión de este concepto. De ahí que se hable, frecuentemente, de poblaciones vulnerables, para referirse a aquellos grupos de personas que, a consecuencia de las condiciones del medio en que viven, están en una situación de mayor susceptibilidad al daño. (párr.1-2)

Por ende, atendiendo al derecho como ciencia social, se debe tomar el concepto de vulnerabilidad no de manera individual sino desde las condiciones sociales de la persona, lo que hace imperioso que para ello deban incorporarse factores sociales, económicos y culturales para su estudio.

Es importante, para efectos de esta investigación, conocer las aristas particulares que expresa la vulnerabilidad que enfrentan las mujeres por su condición de género. En ese sentido:

Se entiende en situación de vulnerabilidad a las mujeres que entran en contacto con el sistema penal, quienes, en razón de los condicionamientos culturales y sociales, tienen bajo su responsabilidad directa a personas con enfermedades, menores de edad, adultas

mayores, entre otras, de manera que su detención genera un impacto personal hacia ellas, sus dependientes y, por ende, hacia la sociedad. (Poder Judicial, 2018)

Concepto de género.

Aunque existen divergencias en su conceptualización, en general la categoría de género de acuerdo con Gamba (2010) es “una definición de carácter histórico y social acerca de los roles, identidades y valores que son atribuidos a varones y mujeres e internalizados mediante los procesos de socialización” (p.2).

Desde sus inicios, es un término que ha estado vinculado al sexo, y que con frecuencia existe confusión entre ambos, así se determinó concebir un constructo social que permitiera la distinción “sexo-género”, ubicando el “sexo” en el ámbito biológico anatómico y al “género” en el ámbito de la construcción cultural simbólica. De esta forma, este discurso, se sostiene también, en la premisa de que cada sociedad construye los significados de “lo masculino” y “lo femenino”, en función de aquellos aspectos culturales, religiosos y políticos, que los caracterizan, haciendo que estas identidades que se construyen se basen en los aspectos biológicos. (Melero, 2010, p.75).

De igual manera, Melero (2010) indica que el concepto de género es:

Una construcción sociocultural que analiza los comportamientos, actitudes, valores, símbolos y expectativas elaborados a partir de las diferencias biológicas que cada sociedad atribuye a mujeres y hombres, en función de sus características propias. Se trata de abrir un espacio de reflexión en torno a las funciones que la sociedad ha atribuido a mujeres y hombres en función del sexo, reivindicando la igualdad de género como aquella que entiende la participación y el empoderamiento de mujeres y hombres en el ámbito público y privado, accediendo en igualdad de oportunidades a la toma de decisiones. (p.76).

Algunas de sus principales características y dimensiones asociadas al género son:

- 1) es una construcción social e histórica (por lo que puede variar de una sociedad a otra y de una época a otra);
- 2) es una relación social (porque descubre las normas que determinan las relaciones entre mujeres y varones);
- 3) es una relación de poder (porque nos remite al carácter cualitativo de esas relaciones);
- 4) es una relación asimétrica; si bien las relaciones entre mujeres y varones admiten distintas posibilidades (dominación masculina, dominación femenina o relaciones

igualitarias), en general estas se configuran como relaciones de dominación masculina y subordinación femenina;

5) es transversal (porque no están aisladas, sino que atraviesan todo el entramado social, articulándose con otros factores como la edad, estado civil, educación, etnia, clase social y otros);

6) es una propuesta de inclusión (porque las problemáticas que se derivan de las relaciones de género solo podrán encontrar resolución en tanto incluyan cambios en las mujeres y también en los varones);

7) es una búsqueda de una equidad que solo será posible si las mujeres conquistan el ejercicio del poder en su sentido más amplio. (Melero, 2010).

La mujer y los factores de vulnerabilidad asociados al género.

Debe verse que los factores de vulnerabilidad van ligados a desventajas, en estos casos sociales, asociadas a grupos, en el caso de la mujer puede plantearse el género como una forma adicional de vulnerabilidad, referida a las desventajas sociales que de manera particular se desprenden del rezago social de la mujer en relación con la educación, salud, ingresos, empleo, y participación social y liderazgo, incluso debe establecerse que la vulnerabilidad por género tiene dimensiones sociales y económicas.

En la mayoría de las sociedades, las mujeres sufren desventajas sociales y económicas como consecuencia de una mayor valoración de lo masculino. Los diferenciales en el acceso, participación y control por parte de hombres y mujeres sobre los recursos, los servicios, las oportunidades y los beneficios del desarrollo, conceptualizados como brechas de género, se manifiestan en todos los ámbitos institucionales y a través de ellos se refuerzan las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres o entre diferentes grupos de mujeres o de hombres.

Debido a estas brechas, se manifiesta la discriminación y consiguiente vulnerabilidad de género por cuestiones tales como la división por género del trabajo con una asignación casi exclusiva de la reproducción y del trabajo doméstico a las mujeres; un acceso desigual de hombres y mujeres a los recursos productivos y a sus beneficios; una persistente limitación a la participación pública y/o exclusión de las mujeres de las instancias de toma de decisiones y del ejercicio de poder. La articulación social dentro del sistema capitalista está asentada en un reparto diferenciado de tareas entre hombres y mujeres, convirtiendo ambos mundos en dos esferas distintas. Esta división sexual del trabajo genera opresión y subordinación para las mujeres. Hombres y mujeres

reciben roles diferentes que apuntan hacia la supremacía o la subordinación. De esta manera se crea, una oposición entre dos mundos, el masculino, imperio de la producción material y actividades remuneradas y, el femenino referido a la reproducción humana y actividades domésticas no remuneradas.

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas, señala que:

La mayoría de las personas más pobres del mundo son mujeres, que se ven más afectadas por la discriminación si pertenecen a grupos minoritarios. Las mujeres sufren de manera desproporcionada las prácticas laborales discriminatorias y con frecuencia se ven obligadas a ingresar en sectores subterráneos o no estructurados. Los miembros de grupos discriminados por motivos raciales no gozan de igualdad de acceso a la salud, la educación o la justicia, y ese acceso es aún más limitado para las mujeres. Las mujeres, que son víctimas de la trata, a menudo también sufren discriminación racial, están doblemente subyugadas y son vulnerables, y las mujeres de ciertos grupos raciales o étnicos pueden ser especialmente vulnerables a la trata o ser blanco de ella. Las mujeres refugiadas y migrantes también son más vulnerables a la violencia, la falta de representación y las limitaciones de su libertad de circulación. (ONU, 2024).

Desarrollo internacional y nacional de los vectores de vulnerabilidad por género.

Principales instrumentos internacionales sobre género

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

Este instrumento, aprobado en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas fue el primero que reconoció la necesidad de implementar acciones afirmativas ante la violencia contra la mujer y las desigualdades sociales que afronta, así como las condiciones de vulnerabilidad que podría enfrentar, señala que: Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades. (ONU, 1979).

Así, se impone al Estado el tomar medidas en todos los ámbitos para asegurar el pleno disfrute de los derechos de las mujeres y a hacerlo sin discriminación, lo anterior está consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) que asevera:

Los Estados parte tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para

asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. (p.11).

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

Aprobada por la Organización de Estados Americanos en 1993, esta declaración es un compendio de artículos emitidos en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, que busca implementar acciones dirigidas a erradicar la violencia contra la mujer. Brinda, desde su preámbulo, un especial interés por diferenciar los fenómenos de la violencia contra la mujer y que pueden colocarla en especial situación de vulnerabilidad, así señala:

Afirmando: que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

Preocupados: porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

Recordando: la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases. (OEA, 1993).

Además de esto, busca reconocer los derechos de las mujeres, entre ellos, el de igualdad, libertad, salud, y promueve la creación de políticas que prevengan este tipo de violencia, mediante la reunión, capacitación y generación de espacios públicos de apoyo y concienciación, igualmente, incentiva la investigación, con el fin de conocer más de dicho tema y generar un impacto positivo no únicamente en los centros penitenciarios, sino en la sociedad civil. La promulgación y ratificación de esta convención ha sido esencial en la lucha por la igualdad de la mujer y la protección de sus derechos.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)

Las Reglas de Bangkok nacen de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2010. Representan uno de los ejes principales que deben tomarse en cuenta en los procesos

judiciales seguidos contra las mujeres, a fin de ser la base de un sistema penitenciario democrático y garante de los derechos humanos, en especial atención a aquellas mujeres en condiciones de vulnerabilidad.

Estas vienen a representar un compendio detallado que busca proteger, específicamente, a la mujer privada de libertad, mediante la búsqueda de no discriminación, la protección de las madres con hijos e hijas, salud orientada específicamente para la mujer, la promoción de investigaciones que genere sensibilización y permita conocer de mejor manera el contexto de las mujeres que delinquen. En estas se detalla como preámbulo y es relevante para los efectos de la investigación que se justifican “teniendo en cuenta las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal y la necesidad consiguiente de dar prioridad a la aplicación de medidas no privativas de la libertad a esas mujeres.” (ONU, 2010).

En la misma línea, y relevante para esta investigación, el apartado III de este cuerpo internacional se dedica a las medidas no privativas de libertad y establece como principio general:

Las disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas. (ONU, 2010, regla 57).

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

La Declaración y la Plataforma de Beijing de 1995 es una agenda con visión de futuro para el empoderamiento de las mujeres, constituyó el resultado de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, China, en septiembre de 1995. La Plataforma de acción abarca 12 esferas de especial preocupación que continúan siendo tan relevantes hoy como hace 20 años: la pobreza; la educación y la capacitación; la salud; la violencia contra la mujer; los conflictos armados; la economía; el ejercicio del poder y la adopción de decisiones; los mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer; los derechos humanos; los medios de difusión; el medio ambiente; y la niña. Para cada esfera de especial preocupación se identificaron objetivos estratégicos, además de una serie detallada de medidas relacionadas que los gobiernos y otras partes interesadas deben llevar a cabo a nivel nacional, regional e internacional. (ONU 1995).

Esta plataforma de acción al cumplir sus 20 años en el 2015 comprende que ningún país ha alcanzado la igualdad para las mujeres y las niñas y persisten significativos niveles de desigualdad entre mujeres y hombres, por lo que plantea una agenda con acciones tendientes a alcanzar esta igualdad; constituye un documento esencial es la lucha por la equidad y el acceso a las mismas oportunidades.

Principal regulación nacional que comprende materia de género.

Ley 7142: Ley de promoción de la igualdad social de la mujer.

Emitida en marzo 1990, establece que será obligación del Estado promover y garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en los campos político, económico, social y cultural. Para ello, y aborda el tema de género el artículo 2 de la Ley 7142 (1990) señala:

Los poderes e instituciones del Estado están obligados a velar porque la mujer no sufra discriminación alguna por razón de su género y que goce de iguales derechos que los hombres, cualquiera que sea su estado civil, en toda esfera política, económica, social y cultural, conforme con la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", de las Naciones Unidas, ratificada por Costa Rica en la ley No. 6968 del 2 de octubre de 1984. (párr.2)

Esta ley, de conformidad con lo indicado es parte de la materialización de los compromisos adquiridos con la ratificación por parte de Costa Rica de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y constituye un valioso instrumento que refleja la necesidad de acciones afirmativas en materia de género, a fin de procurar alcanzar la igualdad para las mujeres respecto a los hombres y reconociendo la existencia de una brecha de género a nivel social.

Ley 8589: Ley de penalización de la violencia contra las mujeres.

Promulgada su versión original en el 2007, ha constituido el mayor esfuerzo en materia penal respecto a la represión de delitos en perjuicio de las mujeres, evidenciando como la desigualdad y las condiciones de vulnerabilidad hacen que sea necesario el estudio de esta violencia desde una óptica diferenciada, reconociendo la importancia del abordaje de la violencia de género en sus distintas manifestaciones.

Este cuerpo normativo establece, actualmente, dentro de sus fines la tutela de la violencia contra la mujer en torno en sus relaciones en múltiples contextos que indica:

La presente ley tiene como fin proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial perpetrada en su contra, por ser una práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación o vínculo de pareja, sea matrimonial, unión de hecho, noviazgo, convivencia, de no convivencia, casual u otra análoga, aun cuando medie divorcio, separación o ruptura, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley 6968, de 2 de octubre de 1984, así como en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Ley 7499, de 2 de mayo de 1995. (Ley 8589, 2007, art 1).

Asimismo, establece un amplio catálogo de delincuencias sancionables desde las diversas aristas de violencia hacia las mujeres, procurando brindar una protección dentro de los contextos donde podrían encontrarse violentadas, lo cual a su vez reconoce la necesidad de una normativa especial distinta al Código Penal que abarque todas las manifestaciones de este fenómeno.

Ley 8688: Ley de creación del sistema nacional para la atención y prevención de la violencia contra las mujeres y la violencia intrafamiliar.

Como materialización de diversos esfuerzos, en el año 2008 se emite este cuerpo normativo, que reconoce la necesidad de un abordaje diferenciado en la violencia contra las mujeres, así busca:

Promover políticas públicas que garanticen el cumplimiento de los mandatos establecidos en la Ley N.º 7499, Aprobación de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belem Do Para", de 2 de mayo de 1995; la Ley contra la violencia doméstica, N.º 7586, de 10 de abril de 1996; el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.º 7739, de 6 de enero de 1998; la Ley integral para la persona adulta mayor, N.º 7935, de 25 de octubre de 1999; la Ley general de la persona joven, N.º 8261, de 2 de mayo de 2002; la Ley N.º 8589, Penalización de la violencia contra las mujeres, de 25 de abril de 2007; la Ley N.º 7600, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de 2 de mayo de 1996 y la Ley N.º 8590, Fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, Ley N.º 4573 y reforma de varios artículos del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, de 18 de julio de 2007. (Ley 8688, 2008, art 2).

De este modo, visibiliza las consecuencias que sufren las mujeres víctimas de violencia de género y buscan alternativas para el fortalecimiento de los servicios del Estado en esta materia, aunado a la creación de una red de instituciones de apoyo para las mujeres.

Ley 9161: Reforma al delito de Introducción de Drogas a un Centro Penitenciario.

Esta reforma emitida en el año 2013 y llamada reforma a la Ley N° 8204 "Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación capitales y financiamiento terrorismo", para introducir la proporcionalidad y especificidad de género, representó el primer esfuerzo en reconocer las diferencias por temas de género en la sanción penal.

Previo a ella, el delito de introducción de drogas a centros penitenciarios no hacía diferencia en cuanto a su pena si el autor era hombre o mujer, el mínimo posible para imponer en caso de una condena es de 8 años de prisión. Esta pena de conformidad con el ordenamiento penal no permitía el otorgamiento de beneficio alguno a la persona condenada.

Desde su proyecto de ley, que fue tramitado desde el expediente legislativo N°17.980, la Asamblea Legislativa (2012) reconocen la existencia de una serie de factores determinantes para promover un cambio para este delito en específico que señala en su exposición de motivos como consideraciones importantes que:

- 1.- La mayoría de las mujeres que guarda prisión en las cárceles de nuestro país, lo hace por la comisión de un solo delito: la introducción de drogas a un centro penal.
- 2.- La gran mayoría de esas reclusas son personas que guardan prisión por primera vez; es decir, son delincuentes primarias, no reincidentes.
- 3.- Una gran mayoría de esas mujeres son personas jefas de hogar, con varios hijos menores, que se ven compelidas a cometer ese ilícito, en razón de las circunstancias adversas en las que se encuentran dentro de nuestra sociedad.
- 4.- El problema social que se produce al Estado manteniendo esas mujeres en prisión, es mucho mayor que el costo o condición adversa que asumiría este si se implementaran políticas socioeconómicas que, conservando a esas mujeres fuera del presidio, les diera las herramientas necesarias para salir adelante sin necesidad de caer en este tipo de ilícitos.
- 5.- La condición adversa de la pena de prisión en este tipo de delitos no solo la sufre la mujer infractora, sin que se traslada a toda su familia, con especial énfasis a sus hijos e hijas menores de edad, y otras personas que de ella dependen.

6.- La perspectiva de vida de los menores de edad cuyas madres son sometidas a penas de prisión por este delito, cambia radicalmente en su contra mientras sus progenitoras cumplen la pena; marginando estas personas en vía de formación de la necesaria figura de autoridad que la madre representa en sus vidas; empujándolas a abandonar sus estudios; obligándolas, sin estar aún preparadas a asumir roles que están designados a personas mayores; y, exponiéndolas a ser víctimas de la delincuencia, ya sea en su forma activa o pasiva.

7.- La pena de prisión por el delito de introducción de drogas a un centro penal, se muestra desproporcionada en comparación con la sanción que tienen delincuencias específicas relacionadas con la misma ley; por ejemplo, el mínimo de 8 años de prisión, es el mismo que se puede imponer a una mujer que en sus partes íntimas introduce o trata de introducir una ínfima cantidad de marihuana a un centro penal, que aquel que se puede imponer a una persona que, habiendo creado una compleja estructura de industria, comercialización y traslado de droga, introduce quinientos kilos de cocaína al país.

8.- Por la forma en que está estructurada la mecánica de sanción del delito de introducción de drogas a un centro penal, impide a las mujeres que, aun por primera y única vez se ven compelidas por razones socioeconómicas a cometer esa delincuencia, puedan acceder a formas alternativas de reparación del daño o de cumplimiento de la pena, previstas para otros delitos que, inclusive se consideran más graves dentro del entorno social. (pp.2-3).

Lo anterior permitió que luego de muchos años se materializara este proyecto de ley que buscaba reconocer las diferentes situaciones que pueden tener incidencia en la conducta delictiva relacionadas con la situación de vulnerabilidad por género. Así se agregó el numeral 77 bis a la reforma de la Ley N°8204, que en lo siguiente diría:

La pena prevista en el artículo anterior será de tres a ocho años de prisión, cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cumpla una o varias de las siguientes condiciones:

- a) Se encuentre en condición de pobreza.
- b) Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad.
- c) Tenga a su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo.
- d) Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

En caso de que se determine alguna de las condiciones anteriores, el juez competente o el juez de ejecución de la pena podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta, en modalidad de detención domiciliaria, libertad asistida, centros de confianza, libertad restringida con dispositivos electrónicos no estigmatizantes o cualquier tipo de medida alternativa a la prisión.

Esta reforma en materia penal, vino a visibilizar las consecuencias para la mujer de la desigualdad social y como estas pueden tener incidencia en la comisión del hecho delictivo relacionado con estupefacientes, reconociendo la necesidad de que sean aspectos valorables al momento de determinar una sanción, y estableciendo penas muy por debajo de las anteriormente existentes, asimismo otorgando al juzgador la posibilidad de la sustitución de la pena o bien del cumplimiento mediante medidas alternativas.

Cabe mencionar, que como todo cambio este no fue pacífico e incluso hubo instituciones que consideraron que se estaba promoviendo la impunidad hacia las mujeres que cometían delitos, no obstante, otras como la Defensa Pública y el Instituto Nacional de las Mujeres fueron enfáticas en que debían tomarse en consideración estas condiciones y que la reforma venía a reflejar en una norma la realidad de muchas mujeres insertas en el sistema penal. La Asamblea Legislativa (2012) al discutir el asunto señaló:

En décadas anteriores, la intervención de la mujer en delitos era mínima frente a la participación masculina, sin embargo, es evidente el incremento de la colaboración de la mujer en el tráfico de drogas, a partir de la década de los ochenta. La perspectiva de género que se traduce en un obligado análisis de la criminalidad femenina, pretende visualizar a las mujeres dentro de las prácticas, valores, normas, representaciones, roles y patrones de comportamiento dentro de la sociedad costarricense y el sistema penitenciario costarricense. La experiencia institucional del Ministerio de Justicia, Defensa Pública, INAMU, ICD, Defensoría de los Habitantes, PANI, Universidades y los mismos tribunales de justicia que intervienen de una u otra manera en estos casos, con conocimiento de causa pueden afirmar que las mujeres encarceladas por intentar introducir droga a los centros penitenciarios tienen baja escolaridad, tienen hijos e hijas, forman familias monoparentales, son las encargadas de la economía familiar, y en la mayoría de los casos son ellas las únicas responsables en medio de la pobreza de mantener económicamente a sus familias. Diariamente se puede observar el impacto social que estas altas penas

tienen en la vida de ellas y de sus familias, lo que permite afirmar que el daño social es desproporcional al bien jurídico que se pretende proteger, si diferenciamos que este tráfico es a pequeña escala, impulsado por razones asociadas a la vulnerabilidad y no obedecen a estructuras criminales organizadas de tráfico internacional de drogas. El concepto de vulnerabilidad en el caso de las mujeres refiere a que por las condiciones de discriminación que viven están en mayor riesgo de ser lastimadas, de sufrir daño físico o emocional, de verse involucradas en hechos delictivos de esta naturaleza. (p.6)

Ley 9628: Reforma a los artículos 71 y 72 del Código Penal.

Esta reforma, que deviene en el origen del objeto de estudio de esta investigación, fue promulgada en el año 2018, y tiene como antecedente la anteriormente expuesta, buscó visibilizar en todo tipo de delito las condiciones de vulnerabilidad asociadas al género que pueden tener incidencia en su comisión por parte de mujeres.

A diferencia de la anterior, ya no establece mínimo y máximo de penas para los delitos, sino que otorga al juzgador la posibilidad en todos los delitos, de que cuando la autora sea mujer y se detecten ciertos factores de vulnerabilidad que hayan tenido incidencia en la comisión del delito, puede rebajar la pena discrecionalmente. Así, en el artículo 71 y 72 de la Ley N° 9628 (2018) señala:

Artículo 71- Modo de fijación

g) Que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y la manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible

Artículo 72- Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior.

Cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la mujer sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal.

Estas condiciones, se consideró por parte del legislador implicaban que la mujer que las ostente se encontraría en una situación de vulnerabilidad, pero también dicha situación debía tener

influencia en la comisión del delito que se esté juzgando y permita la imposición de penas más bajas y que a su vez le otorguen penas sustitutivas a la prisión.

Cabe señalar que dentro de las consideraciones cuando fue discutido en el plenario legislativo, este proyecto visibilizó la necesidad de acciones afirmativas en materia de género y la diferenciación que debe hacerse al analizar el fenómeno del delito en las mujeres, así la Asamblea Legislativa (2018) señaló:

Las respuestas a las consultas efectuadas demostraron la pertinencia y la conveniencia de aprobar el presente proyecto de ley, al considerarlo un avance importante en materia de acciones afirmativas a favor de las mujeres en condiciones de vulnerabilidad. Esta modificación encuentra apoyo y sustento en convenciones internacionales que obligan a los estados a aprobar medidas como la que este proyecto contiene (véase las Reglas de Bangkok).

Es importante considerar que existen diferencias sistémicas entre las acciones delictivas de las mujeres y los hombres, pues tal y como lo establece Marcela Lagarde: “[...] las causas de los delitos cometidos por las mujeres se encuentran en la articulación de determinaciones de su condición genérica, con su situación específica de clase, de edad, con sus condiciones de vida, de acceso al bienestar, con su relación con los hombres, etc.” Ante lo cual, el Estado debe entender estas diferenciaciones y deben establecer formas distintas para atender este fenómeno; las mismas medidas para hombres y mujeres lo que genera es la agravación de las diferencias sistémicas entre ambos. Asimismo, este proyecto establece una perspectiva de derechos humanos con visión del siglo XXI, donde entiende que la prisionalización no debe ser la respuesta a todas las acciones delictivas, pues no necesariamente va a impulsar la resocialización de la persona infractora, sino que puede generar los efectos criminógenos del encierro. (p.4).

Esta reforma, se ha indicado que visibiliza algunos de los factores más importantes que reflejan la desigualdad que viven las mujeres y que implican que puedan ser colocadas en condiciones de vulnerabilidad que las acerquen a la autoría de hechos delictivos. Dentro de este cambio, se ha considerado esencial el concepto de legislar con perspectiva de género que implica que, a la hora de hacer y aplicar justicia, el sistema judicial, considere las razones por las cuales las mujeres delinquen y las vulnerabilidades que enfrentan como pobreza, maternidad, violencia, discapacidad, entre otras.

Elementos de la reforma de los artículos 71 y 72 del Código Penal.

Antecedentes de la reforma.

Habiendo sido explicada la reforma como tal en el acápite anterior, es importante exponer cuáles fueron los antecedentes de esta y por qué promovieron que fueran incorporados en nuestra legislación estos artículos.

Esta reforma, visibiliza que muchas de las mujeres que delinquen lo hacen por delitos de narcomenudeo (Palma, 2011) que se explican en la pobreza, pero esto también lleva a debatir sobre la irracionalidad que significa «prisionarizar» a personas que, por lo general, tienen un perfil criminológico de baja peligrosidad para las cuales el encierro implica un trastorno mayor no solo para la propia condenada, sino también para sus familias que es, en un buen número, un entorno a cargo de la mujer sentenciada (Coyle, 2009).

Durante la elaboración de esta ley es importante destacar cuál fue su objetivo, así acorde a lo señalado por los legisladores era:

[...] paliar los embates de exclusión social en contra de las mujeres en conflicto con la ley penal. Se trata de ampliar las posibilidades disponibles para los jueces a la hora de juzgar a mujeres en situación de vulnerabilidad, tales como pobreza, dependencia o violencia de género.” Se considera que debe haber una respuesta diferenciada para aquellos casos en que tal vulnerabilidad determine la comisión del hecho delictivo. (Asamblea Legislativa, 2018, p.2).

La reforma permite que, en un juicio, en el momento de sancionar, los jueces puedan recortar la pena, esto es, rebajarla en aquellos casos en los que la procesada no tenga antecedentes penales, es decir, que sea la primera vez que delinca, y logre probar que se encontraba en una condición de vulnerabilidad cuando cometió el delito. Para Feoli (2019):

Con la reforma (...) los jueces cuando analicen un proceso criminal tendrán la posibilidad de rebajar la pena a aquellas mujeres, sin antecedentes, que, en condición de vulnerabilidad, como pobreza, dependencia o violencia de género, cometieron un delito. (...) Tanta irracionalidad se corregirá a partir de ahora, corresponderá a los jueces, mediante la prueba que aporten las partes, determinar cuándo una condición de vulnerabilidad influyó en la comisión del delito y qué tanto el grado de reproche debe adecuarse a las circunstancias. (párr.1-8)

En efecto, no se trata de una reducción automática de penas, deberá demostrarse que la condición de vulnerabilidad de las mujeres fue un elemento que las empujó a cometer el delito. Esta no es la primera reforma que se aprueba. En el año 2013, como se expuso líneas atrás, se modificó la Ley de Estupefacientes de Costa Rica, que castiga la venta y el tráfico de drogas. Sin embargo, este cambio legal fue bastante más modesto, pues solo se aplicó al delito de introducción de drogas en los centros penales. Se trata, en toda regla, de la aprobación de una acción afirmativa o de discriminación positiva. Conviene recordar que para Begné, (2012):

...la acción afirmativa es una norma legal, o una política pública que pretende lograr la igualdad de oportunidades para las mujeres. En breve consiste en escoger en una situación de paridad, a la persona que pertenezca a un sector discriminado, cualquiera que éste sea. Por tanto, requiere de un cambio de mentalidad de la sociedad en su conjunto. (p.16)

Hay dos elementos que merece la pena destacar de la reforma: por un lado, que lograra articularse la convicción sobre la necesidad de ver con otros ojos a las mujeres que delinquen e introducir fórmulas de discriminación positiva; por el otro, en un plano más ideológico y filosófico, la adopción de las ideas propias del Nuevo Humanismo (Barahona & Mata, 2015). Se reconoce el valor el ser humano y se superan las viejas categorías formales de igualdad que pueblan los textos legales. En su lugar, se atienden las diferencias que existen entre las personas, todas ellas estructurales, para impulsar cambios sociales anclados en valores como la justicia, la solidaridad y la dignidad.

Vulnerabilidad por pobreza.

Actualmente la pobreza se puede definir como una situación social y económica caracterizada por una carencia marcada en la satisfacción de las necesidades básicas (Pérez y Gardey, 2009). Esta condición se distingue por deficiencias en la alimentación, por la falta de acceso a la asistencia sanitaria y a la educación, y por no poseer una vivienda que reúna los requisitos básicos para desarrollarse correctamente.

La pobreza constituye un síndrome situacional en el que se asocian según Bueno (2005) “el infraconsumo, la desnutrición, las precarias condiciones habitacionales, bajos niveles educativos, una inserción laboral inestable, actitudes de desaliento y apatía, y poca participación en los dispositivos de integración social disponibles” (p.47).

No debe dejarse de lado que la pobreza tiene un correlato con la situación de aquellos hogares que no logran reunir, en forma relativamente estable, los recursos necesarios para

satisfacer las necesidades básicas de sus miembros, los que por esa razón se ven expuestos a un déficit en su desarrollo físico y psicológico, y a insuficiencias en el aprendizaje de habilidades socioculturales, que pueden incidir en una reducción progresiva de sus capacidades de obtención de recursos, activándose de este modo los mecanismos reproductores de la pobreza.

Así, puede hablarse de la feminización de la pobreza, que conduce a las mujeres a experimentar situaciones de exclusión social. Una parte significativa de mujeres solas con cargas familiares, mujeres que están en prisión o han salido de ella, mujeres que ejercen la prostitución, mujeres con drogodependencias graves, pueden encontrarse experimentando este tipo de situaciones. Habitualmente acumulan varios factores de desventaja social, que contribuyen no solo a una mayor vulnerabilidad a sufrir violencia de género, sino a aumentar las dificultades para salir de ella.

En los casos de las mujeres privadas de libertad costarricenses la pobreza es un factor común que se encuentra dentro de los procesos de criminalización (Fundación Arias para la Paz y el progreso humano, 2015), así la UNICEF ha señalado un crecimiento de este factor e indica que los hogares en pobreza con jefatura femenina pasaron de 48,6% a 50,3% entre el 2021 y el 2022 (Semanao Universidad, 2023), por lo cual estas consideraciones económicas en torno a la mujer se consideraron como factores que deben ser analizados en la imposición de penas.

Vulnerabilidad por violencia de género.

La violencia es una característica inherente al ser humano que presentan tanto hombres como mujeres y cuya utilización dependerá de una gran variedad de factores distintos (control de la ira, cómo se ve el uso de la violencia en el entorno de la persona, otros); pero “la violencia de género no se basa en el género del agresor a la hora de articularse, sino en el género de la víctima”. (Ruiz Córdoba, 2023, p. 51).

Siguiendo la definición de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres, adoptada por la Asamblea General de la ONU (1993), que proporciona un marco amplio y útil para definir la violencia contra la mujer, se entiende esta como:

Cualquier acto de violencia basada en el género que produzca o pueda producir daños o sufrimientos físicos, sexuales o mentales en la mujer, incluidas las amenazas de tales actos, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como en la privada.

No existe un consenso claro sobre qué es violencia de género y qué conducta debe excluirse de la tipología penal de violencia de género. No obstante, cada forma de violencia contribuye a establecer el patrón de configuración que mantiene la relación de poder y dominio del hombre sobre la mujer. Los diferentes tipos de maltrato son: Violencia física (la más explícita), manipulación de los hijos, intimidación (miradas, gestos, acciones), aislamiento, abuso emocional, entre otros. (Expósito, 2011, p.25)

A nivel costarricense la Comisión Técnica Interinstitucional sobre Estadísticas de Convivencia y Seguridad Ciudadana, (2023) en el estudio sobre violencia contra las mujeres del 2020 al 2022 se indica:

Se estima que al menos 4.576 mujeres fueron víctimas de femicidios durante el año 2021 en América Latina y el Caribe, según el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (OIG) de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), lo que significa 12 muertes violentas por razón de género cada día. De acuerdo con la Comisión las encuestas nacionales de la región revelan que entre el 60% y el 76% de las mujeres -alrededor de 2 de cada 3- han sido víctimas de violencia por razones de género en distintos ámbitos de su vida. En nuestro país, según los datos el Observatorio de Violencia de Género contra las mujeres y acceso a la Justicia del Poder Judicial, actualizada al 16 de agosto de 2023, desde la promulgación de la Ley de Penalización de Violencia con las Mujeres se registran 439 femicidios y en el 2023, 132 mujeres fueron asesinadas por su condición de ser mujeres (p.7).

Según lo estipulado en la Convención Belém do Pará la violencia afecta a mujeres de todas las edades, a lo largo de todo su ciclo de vida y se traduce en diferentes manifestaciones: física, sexual, psicológica, económica o patrimonial, y se visualiza en los ámbitos público, privado o perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que esta ocurra, siendo que su erradicación es uno de los mayores desafíos para alcanzar la igualdad de género, el desarrollo sostenible, y la construcción de ciudades pacíficas y seguras para todas las personas, particularmente las mujeres.

Vulnerabilidad por cuidado de menores de personas dependientes.

Este aspecto es sumamente importante, pues pretende reconocer el trabajo de la mujer como cuidadora de sus miembros familiares; se ha desarrollado una tendencia creciente a las familias con jefatura femenina, que deben salir adelante solas.

Esta condición de vulnerabilidad, necesariamente va ligada al tema pobreza, puesto que deviene en la limitación para lograr la satisfacción de las necesidades básicas de la mujer y sus personas dependientes, que puede abarcar niños, adultos mayores o personas con discapacidad, todos a su vez colocados en condiciones de vulnerabilidad por la misma situación en la que están viviendo.

La vulnerabilidad socioeconómica que pretende abordarse es una función inversa a la capacidad de los individuos y las familias para prever, resistir, enfrentar y recuperarse del impacto de eventos que implican una pérdida de activos materiales e inmateriales. La vulnerabilidad socioeconómica de las familias incide directamente sobre sus capacidades para cumplir con las funciones de protección y de cuidado de sus integrantes y se constituye en una de las principales razones por las cuales la familia entra en contacto con las instituciones del Estado cuando esta es significativa.

Cabe señalar, que este punto en particular ha sufrido un agravamiento después de la pandemia por Covid-19, desde la cual se considera que las mujeres fueron desplazadas a retomar temas de cuidado y su reinserción laboral ha sido limitada, aumentando a su vez la vulnerabilidad socioeconómica de estas mujeres, así se indica:

Según datos de la CEPAL, en 2020 las mujeres sufrieron un retroceso de 18 años en las tasas de participación económica, al pasar de 51,8% en 2019 a 47,6%, mientras aumentaban drásticamente sus tareas domésticas, que ya ocupaban entre 22 y 42 horas semanales antes de la pandemia. A medida que las economías se recuperaron, según datos de la OIT, las mujeres no se reincorporaron al mercado laboral al mismo ritmo que los hombres: más de 4 millones de puestos de trabajo ocupados por mujeres desaparecieron en el contexto de la pandemia. Las sanciones de género de la pandemia también se extendieron a diferentes tipos de hogares. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2022).

Estas situaciones son tomadas en consideración, dado que se supone que el cuidado de personas dependientes va asociado a la toma de decisiones, y que se ha visibilizado como la mujer puede terminar inserta dentro de un delito debido a la necesidad de satisfacer necesidades económicas de su grupo, como hijos o padres mayores, lo que debe influir en la determinación de la pena.

Vulnerabilidad por discapacidad.

Se estima que una de cada cinco mujeres vive con alguna discapacidad (OMS, 2011). Las mujeres con discapacidad experimentan diversos tipos de limitaciones - incluidas condiciones físicas, psicosociales, intelectuales y sensoriales - que pueden o no incluir limitaciones funcionales.

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas (2015) señala que:

Además, las mujeres con discapacidad, en toda su diversidad, incluyen a aquellas con identidades múltiples e interseccionales en todos los contextos, lo que incluye aspectos étnicos, religiosos y raciales; la condición de mujeres refugiadas, migrantes, solicitantes de asilo y desplazadas internas; la identidad LGBTIQ+; la edad; el estado civil y el hecho de vivir con VIH o estar afectadas por este virus. Estos factores ocasionan experiencias de vida radicalmente diferentes y a menudo conllevan a que las mujeres y niñas con discapacidad vivan situaciones extremas y de profunda discriminación. En consecuencia, pueden generarse condiciones económicas y sociales inferiores; un mayor riesgo de violencia y abuso (lo que incluye violencia sexual); prácticas discriminatorias basadas en el género y acceso limitado a la educación, la atención sanitaria (incluida la salud sexual y reproductiva), la información, los servicios y la justicia, así como a la participación cívica y política.

La discapacidad debe analizarse desde la óptica de la «interseccionalidad», así estas mujeres suman a sus condiciones de género, las limitaciones que conlleva la discapacidad, colocándolas en especial vulnerabilidad. Las mujeres con discapacidad se enfrentan a dificultades mucho más graves tanto en la esfera pública como en la privada, por ejemplo, a obstáculos en el acceso a una vivienda adecuada, así como a los servicios de salud, educación, formación profesional y empleo.

Las mujeres con discapacidad también sufren desigualdades en la contratación, las tasas de ascensos, la remuneración por igual trabajo, el acceso a actividades de capacitación y reciclaje profesional, el crédito y otros recursos productivos, y rara vez participan en los procesos de toma de decisiones económicas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) propugna un modelo de la discapacidad, basado en la inclusión y en la adaptación del entorno. En su preámbulo, reconoce que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor de exposición a la violencia, mientras que en su articulado incorpora una perspectiva

transversal de género y establece garantías en materia de prevención y protección contra la explotación, el abuso y la violencia.

A su vez, de acuerdo con el primer Manifiesto de las Mujeres con Discapacidad de Europa (1997), el concepto de mujeres y niñas con discapacidad abarca:

A mujeres con cualquier clase de discapacidad (...) sean éstas visibles o no; incluidas mujeres con enfermedades mentales o problemas de salud mental, dificultades de aprendizaje o enfermedades crónicas tales como la diabetes, enfermedades renales y cardíacas, epilepsia, VIH/Sida o enfermedades que afectan sobre todo a la mujer como el cáncer de mama, la artritis, el lupus, la fibromialgia y la osteoporosis. El término también incluye a las niñas y mujeres con discapacidad de cualquier edad, residentes en áreas rurales o urbanas, sin importar la gravedad de su discapacidad, ni sus preferencias sexuales o su entorno cultural, y ya vivan integradas en la comunidad o en instituciones (p.8).

Así, debe observarse que, dentro de la vulnerabilidad por discapacidad se encierran otros grupos de mujeres, y que dicha condición no se limita a cuestiones físicas, con lo que al momento de ser abordadas deben tomarse en consideración toda aquella condición que implique algún grado de discapacidad.

Estrategia de defensa y teoría del caso.

Concepto

La teoría del caso es una metodología que utilizan las partes en el procedimiento penal para construir los argumentos jurídicos que habrá de presentar ante el juzgador, con la finalidad de convencerlo sobre su versión de los hechos. (Narez, 2019, p.1). Los hechos en un proceso jurídico implican el planteamiento de problemas prácticos, en cuya solución las partes desarrollan una labor argumentativa para construir las premisas fácticas y normativas que sustenten lógicamente su pretensión.

De importancia el concepto que brindan Baytelman & Duce (2009) en su Manual de Teoría del Caso, donde se define, como “el razonamiento sustentado en disposiciones legales y procedimientos técnicos, que sirve para encuadrar los hechos en una norma penal, en virtud de los elementos de convicción recabados durante la investigación” (p.97). Así, este concepto parte de un ejercicio de una construcción de un razonamiento, que obedece a elementos obtenidos mediante la investigación.

De la misma manera la defensa técnica de una persona elabora su teoría del caso, sobre la base de los elementos probatorios que existen en el proceso y de las posibles argumentaciones que puedan construirse en la defensa de su cliente. Partiendo de estos supuestos, debe abarcar todos los elementos que puedan contribuir a un ejercicio responsable y amplio de la defensa, que incluye no solamente una estrategia dirigida a un buen resultado sino la contemplación de aspectos en cuanto a una posible pena.

Dentro del modelo oral del contradictorio costarricense, la estrategia de las partes se define a partir del conocimiento del caso y no sobre el conocimiento del expediente, es decir con la información concreta sobre el alcance de la prueba posible y las consecuencias de su presentación ante el tribunal. Por estrategia entendemos la decisión sobre por cuales de las opciones posibles se inclinará la parte, desde el archivo del caso, una solución alternativa al juicio, un acuerdo de juicio abreviado o la discusión plena en el juicio; decisión que se afirmará o no según la admisibilidad de las pruebas en que pretenda fundamentarse.

Desde esa premisa, de acuerdo con Cevalco (2017), la litigación se presenta entonces como una

Nueva metodología de abordaje del sistema de enjuiciamiento penal, donde el concepto de juicio debe ser aprehendido como una cuestión estratégica de las partes, a partir de la cual tomarán diferentes roles – funciones diversas e interacción entre ellos, que, en su mayoría, desarrollan en audiencias orales (p.8).

Características

Moreno (2015), recopila una lista de las características que debe tener una teoría del caso, así señala:

- a) Debe ser planteada respecto de todo caso que se pretenda litigar. La visión estratégica acerca de cómo llevar la preparación de un caso para litigar es un imperativo que debe hacerse extensivo a todos los casos en que se deba intervenir.
- b) Debe ser orientada a un hipotético o efectivo juicio oral. Su diseño y elaboración debe estar dirigido para afrontar un juicio oral, que en muchos casos jamás llegará a realizarse.
- c) Debe ser pasible de permanente revisión. La versión inicial de los hechos debe ser revisada y chequeada a medida que se van incorporando las nuevas evidencias en la etapa de la investigación penal preparatoria.

- d) Debe ser única. Como regla general el relato de los hechos que se pretende presentar ante el Tribunal debe ser uno, sin embargo, cuando los elementos centrales del relato factico, permiten formular distintos planteamientos jurídicos, podrán formularse sin resultar contradictorios o incoherentes.
- e) Debe ser autosuficiente. La teoría del caso asumida debe ser capaz de abarcar y explicar al Tribunal la mayor de los hechos comprendidos en el caso.
- f) Debe ser coherente. El relato sostenido por el litigante debe estar sustentado en la evidencia que lo justifica y ella analizada en su conjunto debe llevar inequívocamente al Tribunal a la conclusión de que los hechos ocurrieron de la manera esbozada por el litigante.
- g) Debe ser simple y clara. La versión construida por el litigante debe ser fácil de aceptar y de creer, con la información relevante del caso, lo que hará que el tribunal pueda aceptar y comprender la versión de uno de los litigantes sin tener que realizar complejos o difíciles razonamientos jurídicos.
- h) Debe ser verosímil: Debe desarrollarse ante el tribunal una historia creíble que pueda convencerlo. Es verosímil cuando los hechos son probables.
- I) Debe ser breve. La presentación del caso debe elaborarse teniendo en cuenta las limitaciones y restricciones de un juicio como la capacidad de atención de sus receptores. Se debe tratar de incluir las cuestiones que sean jurídicamente relevantes.
- j) Debe ser flexible. Una buena teoría del caso debe ser suficientemente flexible para adaptarse a los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque su cambio radical le quita credibilidad.
- k) Debe permitir adoptar decisiones antes del juicio oral y justificarlas. La teoría del caso planteada debe permitirle al litigante tomar decisiones tempranas en relación a su caso, debe darle certeza respecto al hipotético éxito del juicio oral.
- l) Debe permitir el análisis estratégico de todas las evidencias. La elaboración prolija de la teoría del caso, siguiendo cada uno de los pasos propuestos le debe permitir al litigante saber que decisiones tomar y como poder justificarlas respecto de la selección de la evidencia colectada, y su posterior utilización y presentación mediante el desarrollo del juicio oral.

m) Debe tener suficiencia jurídica. En este punto corresponde hacer una diferencia entre el rol acusador y la defensa del imputado. El primero debe respetar el principio de legalidad respecto de su pretensión mientras que la defensa deberá determinar la falta de un elemento de la conducta o de su responsabilidad (pp.31-39).

Elementos

Resulta relevante establecer cuáles son los elementos o niveles que contener una teoría del caso, para que la misma permita una adecuada defensa, estos se pueden resumir en tres grandes elementos:

1. Elemento fáctico: son los hechos, las experiencias que han tenido las personas involucradas en el delito, siendo especialmente relevante el testimonio del presunto autor y los testigos que se puedan encontrar al respecto, así las afirmaciones de hecho contienen: las acciones, lugares o escenarios, sujetos, entre otros elementos fácticos dirigidos a probar la responsabilidad penal o no del acusado y la existencia del hecho.

Es posible identificar las afirmaciones de hecho relevantes para nuestro caso por medio de la formulación de las siguientes preguntas: ¿cuándo? (elemento temporal) ¿dónde? (elemento de ubicación), ¿quién realizó la acción u omisión punible? (sujeto activo del delito), ¿qué hizo? (acción imputada o atribuida), ¿a quién se lo hizo? (sujeto pasivo del delito) ¿cómo? (circunstancia de modo) ¿con que? (Instrumento) ¿cuál fue el resultado? (resultado de la acción u omisión) ¿por qué? (móvil de la acción), entre otras preguntas.

2. Elemento jurídico: en el derecho penal rige el principio de legalidad, de modo que únicamente será considerado delito aquello que sea establecido de esta forma por un cuerpo normativo, siendo el principal el Código Penal, pero también existe una numerosa cantidad de leyes especiales que contienen delitos y sanciones dentro de su articulado. La identificación del componente jurídico es el punto de partida en la construcción de la teoría del caso, es decir, una vez culmina da la etapa de investigación, debemos identificar cuáles son los elementos legales que utilizaremos en el caso concreto.

En el caso de la fiscalía, existe la obligación de demostrar la concurrencia de todos los elementos del tipo penal. En el caso de la defensa, es distinto, esto por cuanto al tenor del principio de inocencia, la persona acusada no está obligada a probar su inocencia, de modo que debe decidirse si la defensa se limita a la negación de los hechos o bien si es una defensa activa, como en los casos de acreditación de una causal de justificación o bien de exculpación.

3. Elemento probatorio: finalmente, el nivel probatorio pretenderá acreditar las afirmaciones de hechos que tienen correlato jurídico, lo cual se logrará por medio de la existencia de diversos medios de prueba idóneos. A cada afirmación de hecho le puede corresponder diversos medios de prueba que la demuestren o que la nieguen. Entre los principales medios probatorios tenemos: la prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, etc.

Así, constituye la evidencia que va a respaldar nuestra teoría del caso y debe ser coherente con los hechos del primer plano. Así, permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para establecer la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado, como supuestos de una sentencia condenatoria para la Fiscalía, o la ausencia o deficiencia de estos requisitos en el caso de la defensa, fallas procedimentales esenciales o la ruptura de la cadena de custodia que hace perder la autenticidad de la prueba. El aspecto probatorio de la teoría es el modo de comprobar ante el juez los planteamientos formulados.

Relevancia

La teoría del caso, como se ha indicado tiene una función esencial dentro de la labor del abogado, y es orientar su caso, aunado a ello permite:

Solicitar la aplicación de medidas alternativas: si se ha estudiado adecuadamente el caso, es posible que la estrategia pueda ser la aplicación de una solución alterna, un procedimiento abreviado, un criterio de oportunidad, entre otros; lo cual solamente puede decidirse si ha realizado un estudio en los tres niveles indicados.

Realizar solicitudes en la audiencia preliminar: contar con una estrategia previamente definida, permite direccionar la audiencia preliminar, así debe estar decidido si se va a solicitar un sobreseimiento definitivo o bien si se va a ofrecer prueba para un debate, también debe adelantarse a una posible pena y ofrecer elementos para la imposición de la misma, e incluso la misma cesura, que se analizará más adelante.

Planear y organizar un alegato de apertura: la presentación de la teoría del caso se realiza en el alegato de apertura si se considera pertinente. Se puede presentar como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador, misma que contiene no solo hechos, sino cuestiones jurídicas y por supuesto probatorias, la teoría es la esencia de la declaración inicial que permite organizarlo lógicamente y persuasivamente en sus aspectos fácticos, probatorios y jurídicos.

Organizar la prueba que se presentará. La teoría del caso permite organizar la prueba de la forma que mejor convenga para vivificar la teoría del caso. En el proceso costarricense, si bien se establece que primero se recibirá la prueba de cargo, esto no impide que se solicite una modificación del orden o bien se decida en qué orden se solicitará se reciban los elementos de prueba de descargo. La organización de la prueba permite eliminar las pruebas innecesarias y direccionar las que se presentarán hacia el hecho o hechos que se quieran probar, relacionarlos con los supuestos jurídicos y anticipar su contradicción por los demás sujetos procesales. Permite establecer el orden en que se presentará a los testigos y peritos y privilegiar los testimonios fuertes al comienzo y al final para causar impacto sobre el juzgador, con el principio psicológico de que lo que se retiene es lo primero y lo último. También accede a organizar los interrogatorios, orientando éticamente al testigo sobre su declaración y la secuencia de la examinación, así como orientarlo frente al contrainterrogatorio que vendrá después.

Preparar alegatos conclusivos: La culminación del debate oral son las conclusiones, si bien gran parte de ellas se construyen con lo recabado en debate, existen elementos que fácticos y jurídicos fijados desde un inicio y que deben ser expuestos a los jueces.

Derecho de Defensa como pilar del debido proceso

Debido proceso penal

Con la fórmula “debido proceso legal” se hace referencia a ese conjunto no solo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate aspecto subjetivo. (Linares, 1989, p.11).

A nivel nacional, su construcción ha girado en torno a las definiciones que estableció la sentencia de la Sala Constitucional 1739-1992, mejor conocido como voto del debido proceso, en ella los magistrados consagraron los pilares para que los procesos sean acordes a una serie de garantías mínimas que a su vez dan solidez a los procesos.

Así, la Sala Constitucional voto 1739 (1992) señala que:

El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las

necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia.

Así, se ha establecido que comprende:

1. Derecho al juez natural: consagrado por el numeral 35 de la Constitución Política, asegura que nadie será juzgado por un juez especialmente designado para su caso, sino que se garantizará que sea un juez ordinario, que no conozca del proceso y por ende legitima su imparcialidad.
2. Derechos de audiencia y defensa: este se compone a su vez de varios estratos, el derecho a la intimación, saber de qué se le acusa y ser instruido de esos cargos, el principio de imputación que es el derecho a una acusación formal; el derecho de audiencia que constituye el derecho del acusado y su defensor a intervenir en el proceso y constituir prueba y finalmente el derecho de defensa en sí, que constituye el aseguramiento de todas las garantías para que la persona pueda ejercer completamente sus derechos, sobre este punto se ahondará más adelante.
3. Principio de inocencia: derivado del artículo 39 de la Constitución Política, conlleva que nadie será considerado culpable a menos que exista una sentencia condenatoria en firme en su contra dictada mediante un proceso que cumpla las garantías de la ley.
4. El *in dubio pro reo*: este principio, ligado al juicio oral y público, implica que, si existe duda sobre la culpabilidad de la persona acusada, esa duda opera a su favor, de modo que para emitir una condena debe existir certeza de esa culpabilidad.
5. Derechos del procedimiento: implica varios «subprincipios», el de amplitud probatoria que consagra el fin del proceso como la averiguación de la verdad real de los hechos y que implica que todo se puede probar mediante cualquier medio legítimamente traído al debate, este deriva en el principio de legitimidad de la prueba que conlleva que la prueba admitida para el contradictorio debe ser traída conforme todas las formalidades que establece la ley, seguidamente el principio de inmediación de la prueba que señala que es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea. El principio de identidad física del juzgador que indica que la sentencia debe ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate desde su inicio hasta el final, el principio de publicidad, que tal y como su nombre lo señala indica que el proceso no solo debe ser oral sino en la medida de lo posible público, el impulso procesal de oficio

establece que el juzgador tiene poderes que le sirven para impulsar el proceso para proteger los derechos del acusado y para velar por la preservación de la Constitución, el principio de comunidad de la prueba señala que todos los elementos probatorios una vez introducidos al proceso son comunes a todos los sujetos procesales y finalmente el principio de valoración razonable de la prueba que excluye la libre convicción del juzgador, el cual tiene, por el contrario, la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional.

6. Derecho a una sentencia justa: se compone del principio pro sentencia que establece que todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla y el derecho a la congruencia de la sentencia que conlleva la correlación entre acusación, prueba y sentencia.
7. La doble instancia: este principio derivado del derecho convencional, propiamente del numeral 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece el derecho de la persona acusada a recurrir la sentencia.
8. La cosa juzgada: implica que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, de modo que existe un derecho a la firmeza de la sentencia, y que una vez que se dé, no es posible reabrir la misma, procesalmente se encuentra reflejado en el artículo 11 del Código Procesal Penal.
9. Derecho a la eficacia material de la sentencia: la sentencia tendrá sus efectos en la realidad, esto es reflejo del derecho a la justicia, y que esta tenga consecuencias plausibles acorde con el sistema.

Garantías del derecho de defensa del acusado

Tal y como se señaló dentro del debido proceso, ocupa un lugar esencial el derecho de defensa, que abarca a su vez todas las posibilidades de ejercer una adecuada defensa por parte de la persona acusada. Dentro del proceso penal, lo encontramos en el Código Procesal Penal (1998) en el artículo 12, al indicar:

Inviolabilidad de la defensa Es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento. Con las excepciones previstas en este Código, el imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario, cuando se perjudique el curso normal de los

procedimientos. Cuando el imputado esté privado de libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor. Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley. Asimismo, el derecho a la defensa técnica se establece seguidamente en el numeral 13 del Código Procesal Penal (1998) que indica:

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.

Sumado a estas dos reglas generales, más adelante se enumeran los derechos esenciales de la persona acusada consagrados en el artículo 82 del Código Procesal Penal (1998):

Derechos del imputado La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos:

- a) Conocer la causa o el motivo de su privación de libertad y el funcionario que la ordenó, exhibiéndole, según corresponda, la orden emitida en su contra.
- b) Tener una comunicación inmediata y efectiva con la persona, asociación, agrupación o entidad a la que desee comunicar su captura.
- c) Ser asistido, desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que designe él, sus parientes o la agrupación a la que se comunicó su captura y, en defecto de éste, por un defensor público.
- d) Presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan.
- e) Abstenerse de declarar y si acepta hacerlo, de que su defensor esté presente en el momento de rendir su declaración y en otras diligencias en las cuales se requiera su presencia.

f) No ser sometido a técnicas ni métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad.

g) No se utilicen, en su contra, medios que impidan su libre movimiento en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que, en casos especiales, estime ordenar el tribunal o el Ministerio Público.

Este artículo recoge los elementos que enumeró el voto del debido proceso desde el año 1992 y establece como normativa obligatoria, que busca garantizar que la persona acusada, pueda a través de todos los medios legalmente establecidos y con todas las garantías ejercer su defensa de los hechos que imputa el Ministerio Público.

Debe indicarse que, en aras de materializar estos derechos, el artículo 93 del Código Procesal Penal (1998) establece el nombramiento de la defensa técnica y contiene la garantía de la defensa pública gratuita para las personas imputadas, que señala:

Antes de que el imputado declare sobre los hechos, se le requerirá el nombramiento de un abogado, si no lo tiene, para que lo asista y se le informará que puede exigir su presencia y consultar con él todo lo relacionado con su defensa. En ese caso, si no está presente el defensor, se le dará aviso inmediato, por cualquier medio, para que comparezca. De no ser hallado, se fijará una nueva audiencia para el día siguiente, y se procederá a su citación formal. Si el defensor no comparece o el imputado no lo designa, se le proveerá inmediatamente de un defensor público.

Finalmente, los artículos 108 y 109 del Código Procesal Penal (1998) establecen las garantías relacionadas con la privacidad entre la persona acusada y su abogado defensor, dejando claro que sus comunicaciones son privadas y que no deben ser violentadas:

ARTICULO 108.-Garantías para el ejercicio de la defensa No será admisible el decomiso de cosas relacionadas con la defensa; tampoco, la interceptación de las comunicaciones del imputado con sus defensores, consultores técnicos y sus auxiliares, ni las efectuadas entre estos y las personas que les brindan asistencia.

ARTICULO 109.- Entrevista con los detenidos El imputado que se encuentre detenido, incluso ante la policía, tendrá derecho a entrevistarse privadamente con el defensor desde el inicio de su captura.

Derecho de defensa y su constitucionalidad

El derecho de defensa no solamente encuentra su fundamento en la normativa procesal, su nacimiento viene del más alto estrato, la Constitución Política (1949) en el artículo 39 que indica

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Claramente, señala la norma que para que una persona sea válidamente responsabilizada por un hecho, debe haber tenido un proceso, pero no cualquier proceso sino uno en el cual haya podido ejercer su defensa, lo que se materializa en el ya citado numeral 82 del Código Procesal Penal.

Asimismo, el citado voto 1739-92 al abordar este principio, señala que deriva en una serie de consecuencias, como:

El derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma; el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada -conforme al artículo 44 de la Constitución-, durante la cual, no obstante, no deben en ningún caso tener acceso a él la parte acusadora ni las autoridades de investigación, ni utilizarse en modo alguno el aislamiento para debilitar la resistencia física o moral del imputado ni para obtener de él pruebas o declaraciones, mientras en cambio, las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que

los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material -como la muerte del testigo-; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez.

Cabe advertir, asimismo, que el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura alguna por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan. (Sala Constitucional, voto 1739-92).

Así, no es para menos que se considere el derecho de defensa como pilar del debido proceso y que su violación resulte en un menoscabo del proceso democrático, por lo cual merece especial estudio.

Estrategia del caso como elemento del derecho de defensa

Como se ha venido señalando el derecho de defensa comprende la garantía de defenderse por todos los medios posibles, y necesariamente incluye el derecho a la defensa técnica mediante un profesional en derecho, lo cual implica que esta defensa debe ser ejercida con un alto compromiso por parte del abogado o abogada.

Parte del ejercicio responsable de la defensa de una persona es la preparación del caso, de ahí que debe considerarse esta estrategia como parte esencial del derecho de defensa en sí, de manera que a través de esta el imputado pueda preparar su caso para defenderse por medio de todos los medios legales posibles.

Recalcando la importancia jurídica de la teoría del caso como parte del derecho de defensa Nares et al (2019), indican que se constituye en pilar esencial del debido proceso, señalando:

Se concluye que la teoría del caso es una garantía del derecho fundamental a una oportuna y adecuada defensa en el proceso penal acusatorio, y en su vertiente adjetiva es una

formalidad del procedimiento de carácter obligatorio para las partes, cuyo ejercicio impone cumplir con las cargas procesales que su planteamiento conlleva. El tema reviste importancia para los sujetos procesales, pues al comprender la naturaleza jurídica de la teoría del caso bajo fundamentos legales y criterios interpretativos, obtienen certeza sobre su ejercicio en el procedimiento penal. (pp.4).

El derecho fundamental es el derecho a la defensa, pero si no se armoniza con la herramienta técnica que es la teoría del caso, no cumple con su papel de garantía fundamental; herramienta que estructurada estratégicamente es el norte en la toma de decisiones de fondo de acuerdo con la etapa en que se encuentre el proceso.

El juicio de cesura según el proceso penal costarricense.

Concepto de cesura

La cesura consiste en realización del juicio penal en dos fases, de las cuales la primera de ellas se dedicará a analizar la existencia del hecho delictivo y la culpabilidad y finaliza con una declaratoria de absolutoria o condenatoria, en los supuestos de que el resultado sea una condena, se aperturará la segunda fase donde se discutirán únicamente aspectos relativos al monto de pena que será impuesto o bien sobre los extremos civiles, para lo cual se recibe prueba al respecto.

A diferencia del debate ordinario en el cual durante los alegatos conclusivos las partes deben referirse a la culpabilidad, la pena y los puntos civiles, la cesura permite separar estos momentos en dos fases, lo cual es justo parte del análisis central de esta investigación. Así, se comienza el juicio de determinación de la pena con una culpabilidad plena pero neutra, esto es, sin aristas especiales ni de atenuación ni de agravación, salvo que la figura penal por la cual se lo consideró responsable en la primera fase del juicio contemple en sí mismo alguna de estas circunstancias. Salvo estos casos, se estaría entonces ante una culpabilidad aún no graduada. Y esa graduación de la culpabilidad, a fin de la medición de la pena, deberá delimitarse teniendo en cuenta los motivos que determinaron al imputado a delinquir, el daño causado, la víctima, y demás circunstancias establecidas en el art. 71 del Código Penal, para lo cual se tendrán en cuenta otros principios como por ejemplo el de proporcionalidad y el de legalidad de la pena.

Este último aspecto, es especialmente relevante atendiendo al tipo de pena y su forma de medición acorde con nuestra normativa, esto dado que no se parte de un monto absoluto sino del establecimiento normativo de un mínimo y un máximo de pena como límites al juzgador, pero dentro de las cuales las partes deben gestionar la graduación según sus intereses. Lo anterior no

debe ser tomado a la ligera, la imposición de la pena es el reflejo del poder punitivo y la facultad sancionatoria concedida al juez, pero dicha pena debe atender a los fines constitucionalmente establecidos de resocialización, ya que no se trata de un número sino de un ejercicio jurídico concienzudo para determinar cuál es el monto adecuado según los parámetros establecidos por la norma (artículo 71) y las condiciones personales de los sujetos.

Sobre la base de este punto, el abogado costarricense Gutiérrez (2005) indicó:

Por lo anterior, resulta necesaria una mayor elaboración de la teoría de la pena, “en tanto concepto graduables y mensurable”, para superar el estado de indiferencia frente a la individualización de la sanción que ha caracterizado al sistema penal en general y al procedimiento penal en particular. Para ello, se hace referencia al novedoso instituto de la cesura del juicio, como una forma de racionalización del proceso penal y con el objeto de brindarle al momento de la fijación de la pena la importancia que realmente merece. La cesura del debate oral, sin lugar a dudas, representa uno de los avances más importantes en materia del juicio oral. (p.148)

Finalidad.

Resulta de importancia dilucidar cuál sería el sentido de solicitar que un debate se realice en dos fases, y hasta donde es conveniente que se pueda centralizar una primera etapa en puntos dirigidos absolutamente a temas de culpabilidad y luego en caso de un resultado negativo, se puedan realizar solicitudes fundamentadas en torno a la imposición de la pena, sin que llegue a ser una incongruencia sugiera debilidad del caso. En este aspecto Cardella et al. (2021) coinciden al señalar que:

Se evidencia una mayor garantía de ejercicio de la defensa en juicio: quien representa técnicamente a una persona puede concentrar sus esfuerzos en la primera fase del juicio en sostener la no responsabilidad de la persona imputada sin tener que, a la vez, realizar solicitudes de pena. (p.5)

Asimismo, en el entorno nacional Gutiérrez (2005) señala que:

Si existiese la cesura del debate, dedicando la primera parte para la determinación de la culpabilidad y la segunda para definir la individualización de la pena, no se enfrentaría esta incongruencia, puesto que una vez decretada la culpabilidad y habiendo ejercido plenamente sus derechos el acusado, podría expresarse libremente sobre los hechos,

discutiendo el monto de la pena o los beneficios que podrían corresponderle como condenado. (p.119)

Momento procesal para la cesura.

El Código Procesal Penal costarricense procura seguir el orden del proceso, así el Título II llamado Procedimiento Intermedio contiene los numerales que engloban desde la presentación de los actos conclusivos por parte del Ministerio Público hasta finalizar con los artículos que disponen el auto de apertura a juicio. Así el mecanismo de la cesura se ve plasmado a partir del artículo 323 (solicitud de realizar el juicio en dos fases), 324 (preparación del juicio), 339 (diversidad cultural), 357 (solicitud de pena y reparación civil) y 359 (juicio sobre las consecuencias penales y civiles). Así de previo a pasar a la etapa de debate, se incluye un artículo que regula la realización del debate en dos partes, sea la cesura, así dispone el numeral 323 del Código Procesal Penal (1998):

Solicitud de realización del debate en dos fases Dentro del plazo previsto en el artículo anterior, el imputado podrá pedir que el debate se celebre en dos fases, con el fin de que en la primera se discuta lo concerniente a la existencia de la culpabilidad y en la segunda, si existe, lo relativo a la individualización de la pena y las consecuencias civiles. En ese mismo plazo, las partes civiles podrán realizar la misma solicitud; pero, en lo que se refiere a las consecuencias civiles. Antes de remitir las actuaciones, el tribunal se pronunciará sobre la solicitud. Resueltos los asuntos anteriores, se remitirán las actuaciones, los documentos y los objetos incautados al tribunal de juicio y se pondrá a su orden a los detenidos.

Así, se establece que en el plazo de emplazamiento de cinco días que se realiza ante el Tribunal de Juicio, se puede plantear la realización del debate en dos etapas, dividiendo la discusión en un primer plano para lo atinente a discusiones sustantivas sobre la culpabilidad, y en caso de sentencia condenatoria, una segunda etapa para la pena. Esta solicitud será resuelta por el mismo Juzgado Penal, luego de lo cual se remitirá al Tribunal de Juicio para el señalamiento del debate tomando en consideración que deberá hacerse en dos partes.

Cabe recalcar que el hecho de que se solicite la cesura no implica que se va a conceder, pues el juzgador cuenta con la facultad de rechazarla si considera que no se ha fundamentado la necesidad de realizar el debate en dos fases, esto aún y cuando el mismo cuerpo procesal brinda la razón principal de este instituto, así en el artículo 359 del Código Procesal Penal (1998) se señala:

ARTICULO 359.- Juicio sobre las consecuencias penales y civiles El juicio sobre la pena o las consecuencias civiles comenzará con la lectura de la primera parte de la sentencia. Luego el tribunal procurará la conciliación en lo que se refiere a las pretensiones civiles. A continuación, se recibirá la prueba que se haya ofrecido para individualizar la pena o las consecuencias civiles, y proseguirá, de allí en adelante, según las normas comunes. Al finalizar el debate, el tribunal dictará la resolución sobre la pena y la responsabilidad civil y conformará la sentencia completa, según las reglas previstas para esa resolución. El plazo para recurrir la sentencia comenzará a partir de la notificación integral. Si se ha ordenado un juicio de reenvío sólo para determinar la pena o las consecuencias civiles, se aplicarán las mismas reglas.

Lo anterior indica para qué se contempla la posibilidad de dividir el debate en dos fases. Si no se ofrecen elementos probatorios, especialmente relevantes para la determinación de los efectos en cuanto a pena y civiles de un delito, entonces, no tiene sentido la aplicación de la cesura para la determinación judicial de la pena. Al respecto, Saulí (2020) aclara que se entiende por determinación judicial:

El acto jurídico mediante el cual el juez establece la cantidad de pena que le corresponde a un sujeto cuya acción se encuentra subsumida en un tipo de la parte especial. Con esta (primera) subsunción el juez cuenta ya con un marco dentro del cual puede variar la pena y su tarea consiste en establecer, dentro de ese marco, la cantidad de pena correspondiente al caso. (p.1)

La cesura y su utilidad para la individualización de la pena.

Elementos básicos para la individualización de la pena

La pena o sanción consiste en la privación o restricción de algún derecho, a la persona que se declara culpable de la comisión de un delito mediante una sentencia dictada por un juez competente y en firme; la cual, generalmente, es la libertad; pero podría ser cualquier otro derecho. Dentro del ordenamiento jurídico costarricense se contemplan diversas formas de pena, la más grave es la pena de prisión, que simboliza la restricción del derecho de libertad de tránsito del individuo y su reclusión fuera de la sociedad.

Tal y como se ha venido señalando, en Costa Rica las penas son graduables, estableciéndose mínimos y máximos para cada tipo penal, de modo que para la fijación dentro de

estos parámetros se deben tomar en cuenta una serie de elementos, que se encuentra a su vez definidos en el numeral 71 del Código Penal (1979) que establece lo siguiente:

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

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y
- f) La conducta del agente posterior al delito.
- g) Que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y la manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible.

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

Estos parámetros, son desde los cuales las partes deben solicitar la pena y también los únicos que el juzgador puede tomar en consideración al fijarla, de modo que procuran tornar está en una decisión objetiva y que obedezca al fin constitucional establecido.

Principios que rigen la individualización de la pena

La individualización o determinación de la pena también debe basarse en una serie de principios que son establecidos como un límite al ejercicio del poder punitivo por parte del juzgador, asegurando su ajuste como garantía para la persona acusada.

Principio de legalidad: se refiere a la máxima *nullum crimen, nullum poena sine lege scripta*, según la cual solo la ley puede establecer las penas. Así, solo una ley previa, escrita y vigente al momento de los hechos puede sustentar la sanción por un delito y por ende la imposición

de una pena, relacionado a su vez en el caso costarricense con el principio de reserva de ley acorde al cual solamente mediante ley se puede tipificar una conducta como delictiva.

Principio de proporcionalidad: garante de la prohibición de excesos representa el límite a la potestad sancionadora del Estado, consiste en imponer la pena acorde al daño causado, de manera que esta no puede ser excesiva, respecto al peligro o al daño causado al bien jurídico lesionado.

Principio de intrascendencia de la pena: es uno de los principios esenciales y derivado del anterior que señala que la pena nunca puede trascender a la persona autora del delito, de modo que debe ser adecuada al condenado y no afectar a terceros. Este principio se encuentra íntimamente vinculado con los fines de la pena y busca que no sea un simple encierro excesivo sino un período cuyo único fin debe ser la resocialización del sentenciado en miras de su futuro retorno a la libertad.

Prohibición de doble valoración: este último elemento frecuentemente genera la anulación de sentencias y el dictado de juicios de reenvío para fijación de penas, representa una extensión del *non bis in idem* e implica que no puede ser valorados para la imposición de la pena, aspectos que ya se encuentran contemplados desde el tipo penal mismo. Este principio es aplicable no solamente para la elección del monto de la pena, sino también para la elección de la pena cuando exista más de una posibilidad según lo contemple el delito, así como la sustitución de la pena principal por una sustitutiva, cuando se cumplan los requisitos para ello.

Estos principios de la mano con lo establecido en el citado numeral 71 del Código Penal deben ser las líneas en las cuales se limite la discrecionalidad del juzgador en cuanto a la imposición de una pena mínima o máxima, de modo que se constituyen en medios de control sobre la decisión jurisdiccional.

Utilidad práctica de la cesura para la individualización de la pena

Pese a que el derecho penal y su desarrollo han sido amplio objeto de investigación en el campo de lo jurídico, la pena como tal ha sido dejada de lado junto con su ejecución. Así las normas que delimitan estos aspectos son pocas y el desarrollo jurisprudencial ha tenido la mayor labor al respecto, definiendo no solamente los principios sino la interpretación de estas normas.

La cesura como tal, es uno de esos elementos poco analizados, pero que acorde a la doctrina permitiría un abordaje más integral de la pena y del derecho de defensa en sí, de modo que no

tendría que preocuparse el enjuiciado y su defensor de establecer su inocencia y solicitar penas mínimas, rebajos o sustituciones al mismo tiempo.

De ahí que su utilidad real hacia la defensa pareciera devenir en esa posibilidad de separar culpabilidad y pena y poder establecer estrategias duales de defensa dirigidas por aparte a estos puntos. La cesura permitirá como su estructura lo indica un doble ofrecimiento de prueba desde la etapa intermedia, en donde durante la primera fase se podrán discutir elementos de teoría del delito, como errores de tipo, causas de justificación, causas de exculpación, entre otros, elementos probatorios, cadenas de custodia, legalidad de la prueba y se podrá hacer todo lo posible legalmente por la inocencia de la persona defendida.

Lo importancia deviene en que en esa primera etapa no deberá referirse a una eventual pena, pero si los esfuerzos fracasan y la persona es condenada, se iniciará una nueva recepción de prueba sobre los elementos del artículo 71 del Código Penal, así como sobre agravantes y atenuantes para la imposición del monto de pena, sin que ninguno de los argumentos dados en la primera etapa pueda perjudicar alegatos dirigidos a una pena menor.

De modo que, permite también para el juzgador separar ambas cosas, pudiendo concentrar su atención en primera instancia en elementos propios de la culpabilidad, y solo si el ejercicio del contradictorio lo lleva al dictado de la sentencia condenatoria, deberá realizar el ejercicio de fundamentación de pena que garantice un juicio más imparcial de su parte.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

Tipo de investigación

Esta investigación jurídica se centra en un método cualitativo, que conforme con (Lino 2015, citado por Nizama & Nizama 2020), lo define como aquel que:

Está orientada principalmente hacia la descripción y la comprensión de una situación o fenómeno (caso del Derecho) a diferencia de la cuantitativa que se centra en la cuantificación, predicción y control. Adicionalmente, dicho autor señala que el conocimiento desde este método: (...) se construye, no se descubre. (p. 76)

El método cualitativo, señala (Mejía, 2007, citado por Nizama & Nizama 2020) es el que: “estudia diferentes objetos para comprender la vida social del sujeto a través de los significados desarrollados por este” (p. 77).

Entonces, dentro de este método se parte de un interés en la comprensión de un hecho o fenómeno; así, esta investigación parte de la fenomenología como fundamento; es decir, según Castillo (2020):

La fenomenología se interesa en el cómo y no el qué de las cosas; es decir, se interesa por el cómo las cosas son experimentadas desde la perspectiva de primera persona. Los investigadores fenomenológicos generalmente están de acuerdo que el objetivo principal de la fenomenología es regresar a los significados corporeizados y experimentados. Se buscan descripciones ricas y complejas de un fenómeno tal como es concretamente vivido. (p.9)

En cuanto a la finalidad de llevar a cabo la investigación desde el enfoque cualitativo, se tiene que, (Hernández 2018, citado por Nizama y Nizama 2020) revela que: “es comprender y resolver problemáticas y específicas de una colectividad vinculadas a un ambiente (Grupo, programa, organización o comunidad)” (p. 78).

Por ello, esta investigación se basa en un estudio documental, por medio del cual se recopila doctrina nacional e internacional, para el entendimiento pleno de los conceptos; se analiza legislación vigente, así como los criterios convencionales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además, se realizan entrevistas a defensores públicos, un fiscal y jueces, debido a su experiencia con el tema de investigación y con la finalidad de obtener información valiosa para comprender cómo se percibe en la práctica la temática de estudio. Asimismo, entrevistas a

profesionales del área de trabajo social para determinar desde su elemento, como se analiza el tema de vulnerabilidad en las mujeres ante los peritajes que dichas profesionales rinden.

Como parte de este estudio, se integra la recolección de información doctrinaria relevante sobre el tema de interés y esta será ordenada, clasificada y analizada con el fin de fundamentar y enriquecer los resultados de este estudio, en conjunto con el conocimiento adquirido en las entrevistas a profundidad a fin de contestar la pregunta planteada.

Selección de técnicas

Conforme con (Saldaña & Hernández 2001, citado por Croda & Abad 2016), dentro de las técnicas de investigación cualitativa más conocidas y comúnmente aplicadas están: “observación, entrevista en profundidad, grupo focal o de discusión, historia cotidiana o de vida y la investigación-acción participativa” (p.17).

En este trabajo se hace uso de las entrevistas con diferentes profesionales en derecho, sean jueces de diferentes instancias, un fiscal y defensores públicos, esto con el objetivo de poder analizar el tema de estudio desde diferentes escenarios y lograr plasmar el conocimiento que se obtienen de estos profesionales en cuanto a la aplicación de la cesura, desde sus desventajas hasta sus posibles bondades y potencialidad para los casos de defensa de mujeres.

En este sentido, se escoge para este estudio la entrevista a profundidad, en la que se tendrá preguntas abiertas o temáticas para darle al entrevistado la posibilidad de expresarse libremente y propiciando la conversación sin preguntas cerradas, para obtener directamente información de sujetos entrevistados sobre el fenómeno de estudio, para lo cual mediante una guía sobre los puntos de interés se introducirá al entrevistado a fin de que brinde su opinión jurídica respecto a los temas planteados.

Asimismo, se analiza jurisprudencia de la Sala Tercera, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales resultan valiosas para comprender como se abordado el tema de vulnerabilidad por género desde la aplicación práctica de la normativa nacional e internacional, así como el tratamiento convencional diferenciado que se ha dado a esta población. Adicionalmente, se toman como referencia diferentes artículos o revistas de especialistas en el tema estudiado.

Fuentes de información

Como se dijo en el apartado anterior, una de las técnicas por utilizarse es la entrevista a profundidad, para ello se entrevistará a tres personas defensoras públicas, dos de amplia trayectoria

en la institución y una realizó uno de los primeros debates en donde para fundamentar la aplicación del rebajo por temas de vulnerabilidad se hizo uso de la cesura. También se realizará una entrevista a una persona fiscal a fin de conocer la posición del Ministerio Público en estos casos, asimismo se realizará entrevista a un juez de apelación de sentencia penal y una magistrada de la Sala Tercera, que en sus resoluciones ha resaltado la relevancia del tema de género como vector de vulnerabilidad, todos con amplia experiencia como operadores de Derecho. Por otra parte, se entrevistará a una trabajadora social experta en materia de género del INAMU y una trabajadora social de la Oficina de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial a fin de analizar la relevancia de los estudios realizados por esta rama a fin de identificar vectores de vulnerabilidad por género, esto con la finalidad que cada una desde sus respectivos puestos puedan referirse a las consideraciones que deben tomarse en cuenta para el abordaje de casos que impliquen mujeres en condición de vulnerabilidad como imputadas, el enfoque de género y que desde su expertis pueda analizar si la aplicación del juicio de cesura podría implicar un mejor abordaje.

En cuanto al análisis de jurisprudencia, se hará un estudio de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Vicky Hernández vrs Honduras que aborda el tema de la vulnerabilidad asociado a la mujer y la opinión consultiva OC-29/22 sobre enfoques diferenciados para poblaciones vulnerables privadas de libertad, esta fue emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2022 y abarca el tema de las mujeres y la condición de vulnerabilidad.

De la misma manera, a nivel nacional se analizará la sentencia 2020-01859 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de II Circuito Judicial de San José y el voto de Sala Tercera 2021-00749, en los cuales los altos tribunales abordaron el tema del género como elemento en la reducción de penas, así como como su relevancia desde la óptica social.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS

Una vez realizada esta investigación se ha determinado que la introducción de elementos con perspectiva de género en las normas para la fijación de la pena constituyó una reforma de especial relevancia, materializando una acción afirmativa para equiparar la desigualdad estructural que sufre una población vulnerable. En este caso, se pretendió visibilizar la vulnerabilidad relacionada con el tema de género, esto por cuanto se han determinado factores que podrían colocar a las mujeres, en condiciones de especial vulnerabilidad con respecto al fenómeno delictivo, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2022) ha indicado que:

En el caso de las mujeres, los estudios demuestran que muchas de ellas poseen un historial de victimización previa y son cabeza de familia por lo que, antes de su detención, recaía sobre ellas la responsabilidad económica de su hogar y de las tareas de cuidado de manera exclusiva (p.31).

La opinión consultiva OC 29-22, establece estándares diferenciados para las poblaciones vulnerables, sobre las mujeres se recalca que:

En términos globales, las mujeres representan una porción que ronda entre el 2% y el 9% de la población privada de libertad. En América Latina, el perfil de las mujeres en el sistema penitenciario se corresponde con la comisión de hechos no violentos, principalmente ligados al tráfico de estupefacientes, con penas de períodos cortos. Al respecto, la Comisión Interamericana de Mujeres ha constatado que estas mujeres son encarceladas, en su gran mayoría, por delitos no violentos que se relacionan con la pobreza y violencia a la que se ven expuestas. En general, se trata de mujeres en condición de pobreza, con pocos años de escolaridad, responsables del cuidado de sus hijas e hijos, así como de otros familiares dependientes de su cuidado, que han sido expuestas a diversas formas de abuso y violencia (Corte IDH, 2022, p.48).

A nivel costarricense, analizando la jurisprudencia desde el año 2018 con la inclusión de estas normas, ha evolucionado respecto a los conceptos que comprende, y este es uno de los puntos sobre los cuales existió discusión, fue precisamente, qué se entiende por mujer y por ende a quiénes aplica la norma, así hubo controversia desde qué óptica, biológica o social, debe analizarse, sobre este punto el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Goicoechea (TASP) señaló un importante precedente al establecer que:

De este modo, desde la literalidad de las normas descritas, la expresión “mujer en estado de vulnerabilidad” no hace referencia a la mujer desde la perspectiva de su sexo, sino desde el género, que resulta ser una construcción social que se refiere “...a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”. (...) la norma del inciso g del artículo 70 del Código Penal, es una acción afirmativa desde la perspectiva de género (...) No cabe duda que las personas trans pueden resultar vulnerables, tanto por la transfobia que existe, como por la violencia de género al que están sometidas a raíz de que no se ajustan, en una sociedad machista, al binario hombre/mujer, desde una perspectiva biológica. De ahí que, para resultar destinataria de la norma, la persona transgénero debe encontrarse en ese estado de vulnerabilidad por la identidad de género femenina con la que se autodetermina y expresa como un reconocimiento a su personalidad jurídica. (Resolución 2020-01859, pp.7-8).

Al respecto también la Sala Tercera, se refirió sobre este punto al considerar que es el concepto base del cual se parte para habilitar al juzgador a realizar el análisis de posibles condiciones de vulnerabilidad y estudiar la prueba aportada al respecto, así:

Esta Cámara comparte la interpretación de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal realizada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, en el sentido de que la “mujer trans” puede ser destinataria de lo dispuesto por dichos ordinales cuando hacen referencia al término “mujer”. En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se ha dicho que dentro de este se encuentran el derecho a la identidad personal y, particularmente, el derecho a la identidad de género, el cual supone la manera en la que la persona se asume a sí misma. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre del 2017, solicitada por el Estado de Costa Rica, denominada “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, definió la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo. (Resolución 2021-00741, p.4).

Respecto a este punto, y a la conceptualización del término mujer dentro de la norma en estudio, se consultó a la defensora pública Virginia Rojas, qué consideraciones se tienen al respecto, coincidiendo con la interpretación jurisprudencial y convencional que se ha mencionado, sobre lo cual señaló:

La forma, digamos en la que nos proyectamos socialmente como hombre o mujer, es una construcción social es una perspectiva meramente biológica del sexo asignado al nacer, y esto implica que de la forma en la que nosotros nos proyectamos socialmente, eh, se nos son asignados ciertos roles, ciertas expectativas, ciertas cargas, (...) con las que caminamos con las que vivimos nuestra vida y nos desenvolvemos en nuestros ambientes, sociales, y, en ese sentido, es en el que yo creo que debe entenderse el concepto de mujer, como una construcción social y en ese y, y en consecuencia, en el caso de las mujeres trans, que son personas que se proyectan socialmente como mujeres y además, (...), cumplen en este caso también o más bien socialmente, su participación es desde ese lugar de mujeres.

Sobre este mismo tópico, el juez de apelación de sentencia Rafael Mayid González González, refiriéndose al voto de apelaciones que le correspondió redactar sobre este tema, indicó:

Nosotros los que hicimos poder retomar precisamente todo el raigambre de derecho comunitario e internacional sobre derechos humanos en la interpretación de sus instrumentos y como uno no puede utilizar los mismos instrumentos para en como lo había hecho el tribunal precisamente coartar derechos fundamentales que trataban de proteger es una de las previsiones que tiene el derecho internacional a la hora de imponerse las condiciones y el, el derecho de los derechos humanos el tribunal había cometido ese error, entonces nosotros le dijimos, no, debe interpretarse y cómo establecimos cómo los instrumentos internacionales fueron construidos.

Asimismo, resalta el principio de interpretación progresiva de los derechos humanos, como parte del análisis realizado, indicando que:

Entonces lo que vimos es que había que interpretar conforme a la progresividad esos derechos, y ahí fue cuando se estableció de que habría que reconocerle a ellos que tenían el género de mujer, que no era una situación inventada así lo tenía que habían vivido en esa condición no era solo una identificación, sino que se habían vivido en esa condición y que era un tema que el tribunal tenía que abordar a la hora de imponer la sanción, que significativamente iba a ser mucho menor.

De importancia también lo señalado por la magistrada de la Sala de Casación Penal Sandra Zúñiga, la cual fue la jueza a cargo de resolver el recurso de casación del primer caso en el cual se discutió este tema, al respecto menciona:

Se había decidido la aplicación de este artículo 71 (...), si, para el caso en concreto y el caso en concreto, pues era de una persona que desde un punto de vista biológico no era una mujer en ese sentido, la lectura que hizo el Tribunal de apelación de sentencia y que esta sala cobijo porque le pareció la interpretación más, atinada, de acuerdo, a los derechos humano, es que cuando nosotros leemos el artículo 71 que por aquí él no tengo que dice que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentra en estado de vulnerabilidad no hace referencia a la mujer desde un sentido biológico, sino más bien desde el género y, pues siendo el género precisamente una construcción social, pues entonces, en este caso específico, verdad donde, donde la persona se identificaba como mujer, pues entonces era lo correcto, hacerle la aplicación del artículo 71.

El análisis realizado es relevante por cuanto implicó una interpretación pro persona de una norma que había que dotar de contenido y sobre la cual no había unanimidad, haciendo un reconocimiento a la categoría convencional que se había dado a la orientación sexual e identidad de género, así indicó:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos había establecido con respecto a que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión del género, son categorías plenamente protegidas por el derecho internacional, entonces le a partir, de ese punto, pues se consideró que, quien, eh, fue en aval precisamente de la protección de los Derechos Humanos de estas personas, pues lo conveniente era y aplicar esta normativa.

Así, los tres profesionales son coincidentes en la aplicación por igual de la norma a las mujeres desde su concepción social, no así biológica. Sobre este aspecto no existieron entre las personas entrevistadas, diferencias de criterio, realizando todos una interpretación progresiva y acorde con los derechos humanos.

Derivada de esta indicación, se analizó la jurisprudencia convencional, propiamente el caso Vicky Hernández y otros vrs Honduras, mediante el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó importantes consideraciones entorno al reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, la integridad personal, las garantías judiciales, a la vida privada, la libertad de expresión, nombre, igualdad, no discriminación, protección judicial y la vida libre de violencia de las mujeres, incluyendo a las mujeres trans, así se señaló:

La Corte recuerda que la Convención de Belém do Pará es un instrumento que fue adoptado ante la necesidad de proteger de forma reforzada el derecho de la mujer a una vida libre de

violencia y eliminar todas las situaciones de violencia que puedan afectarlas tanto en el ámbito público como en el privado. A su vez, como lo indica el preámbulo de dicha Convención, la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y una ofensa a la dignidad humana. Ante ello, los “Estados Partes conden [aron] todas las formas de violencia contra la mujer y conv[inieron] adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”.

En efecto, la Corte ha determinado que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana y que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Además, esta Corte ha sostenido que la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”, por lo que “el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vicky Hernández vrs Honduras, párr. 127-129).

Con esta interpretación, la Corte sienta convencionalmente que cuando la norma se refiera indistintamente al término mujer, incluye a la mujer trans ya que ellas son mujeres y deben ser tratadas como tales, no permitiendo que se realicen diferencias donde la ley no las hace. Así en armonía con la teoría de los derechos humanos se reconoce la existencia de la diversidad en las mujeres, por razones de edad, etnia, clase social, nacionalidad, creencia religiosa, preferencia sexual, identidad de género, orientación sexual, entre otras. Es decir, las mujeres no solamente se diferencian del resto de la humanidad por su sexo, sino por las otras categorías que las construyen socialmente. Una de ellas es la identidad de género, que puede o no coincidir con el sexo con el cual se ha nacido.

De esta manera, se considera que la Corte con este análisis reconoce que en una misma persona pueden confluir distintas características que la coloquen en condición de vulnerabilidad, de forma que la intersección de diversos factores, lejos de ser excluyentes entre sí, implican que esa persona en particular tiene una condición de vulnerabilidad aún más profunda.

Teniendo estas consideraciones claras como premisas esenciales de la investigación que se realizó, resulta de importancia recalcar estas valoraciones que se han construido desde los tribunales de justicia y que benefician con la aplicación de esta norma no solamente a las mujeres cisgénero, sino que contemplan progresivamente el género como construcción social, con lo cual incluso hubo una tutela previa a la convencional, reflejo de un sistema jurídico evolutivo.

Ahora bien, retomando las entrevistas, se debe indicar que se aplicaron a diferentes profesionales, los cuales forman parte fundamental dentro de los procesos penales que involucran mujeres en condición de vulnerabilidad y una vez extraída la información. Es importante mencionar que se pudo entrevistar no solamente abogados, sino también trabajadoras sociales que dan un punto de vista valioso desde una óptica distinta a la jurídica que permite analizar el fenómeno en estudio de manera integral, por ello se entrevistaron dos personas trabajadoras sociales y por otra parte una serie de profesionales en derecho. Respecto a las primeras, ambas son coincidentes en que las mujeres hay una serie de factores de vulnerabilidad que son relevantes, así la licenciada Alba Gutiérrez, jefa del Departamento de Trabajo Social del Poder Judicial señaló:

Empecemos en condiciones, digamos que tienen que ver con ese rol tradicional de la mujer, verdad, por ejemplo, el ejercicio del cuidado de los hijos o de terceras personas que no solamente se limita, digamos a su propio grupo familiar de origen, verdad, sino que muchas veces se extiende incluso al grupo familiar de su pareja en el cuidado de niños, en el cuidado de personas adultas mayores, en el cuidado de personas con discapacidad. El tema de la, del rol sexual tradicional, también de la procreación de que es la mujer, debe de procrear y además asumir la crianza y cuidado de los hijos desde un rol, digamos ya socialmente establecido.

Por su parte, la licenciada Wendy Garita, trabajadora social del Instituto Nacional de las Mujeres, señaló:

El tema de la pobreza, verdad es fundamental y lo vemos muchísimo, eh sobre todo en las mujeres el tema de violencia, verdad, todas las vivencias que hay alrededor de eso y no solo una vivencia de vida en algún momento de la vida, sino entendida como el continuum de la violencia de la teoría (...), donde las mujeres vivimos violencia desde que nacemos y la hemos tenido tan naturalizada que ya está estructural en todos los ámbitos en los que nos desenvolvemos y no la vemos, verdad, de hecho la vez que bueno hemos hecho diagnósticos desde la red y aparte de eso ha sido como las mujeres invisibilizamos la

violencia, pero al final todas terminan de alguna manera reconociendo, verdad, en el primer diagnóstico que hicimos en el 2016, este el 93% de ellas indicó haber vivido alguna forma de violencia, verdad, con mujeres en privación de libertad y el que hicimos en el 2022 que está más fresquito, el 100% de reconoció haber vivido, alguna forma de violencia, verdad, este y por supuesto que tiene que ver este continuum de la violencia en cómo nos posicionamos y nos sentimos frente a la vida y a las relaciones de poder.

Así, ambas son contestes en señalar que existen factores arraigados al género que pueden colocar a las mujeres en condición de vulnerabilidad y que ello debe ser tomado en consideración al analizar la comisión de hechos delictivos, también son coincidentes respecto a una violencia estructural ligada al tema de género y que, por ende, merece un análisis diferenciado dentro del proceso, la licenciada Alba Gutiérrez indicó:

Pues sí, claro, porque pueda hacer, o sea, habría que, yo creo que hay que analizar cada caso en particular, verdad, porque no podemos hacer generalizaciones. Hay como todo ese marco teórico, verdad, de antecedentes sociales, de esta violencia estructural porque es una violencia estructural que está así esté definida por los roles de género, que sí se ha trabajado mucho para tratar de erradicar y de construir esos patrones, pero que, si lo vemos hoy por hoy, verdad, todavía persiste muy arraigado en parte de la población estos patrones. Entonces, definitivamente, esos aspectos hay que tomarlos en cuenta porque pueden tener incidencia en la comisión de un delito, verdad, por cuestiones de vulnerabilidad social.

La licenciada Garita por su parte, narra que es posible que un Estado totalmente ausente, luego solamente procure la «prisonalización» sin tomar en consideración la historia de estas mujeres, por ende, aplaude que esta reforma venga a poner sobre la palestra una perspectiva distinta señalando:

Son cosas tan básicas que yo digo como diantres un estado es capaz de poner una sanción, ahora sí, ya cuando delinque, pero estar así absolutamente ausente en toda su historia de vida, verdad, entonces, estas son como las, las consideraciones que deberíamos hacer, verdad a la hora de este, estar frente a una persona, porque yo no, es solo un expediente bueno, no es solo una, un imputado o una imputada, verdad, sino es una persona con una historia de que tiene que ser mirada este con dignidad, es eso tiene que ser mirada con dignidad.

Entre ambas profesionales se denota una misma línea en torno a la diferenciación que debe realizarse al abordar mujeres y como los factores sociales, históricos y culturales son determinantes para ello. Debe señalarse que en caso de la licenciada Garita, dada su labor externa al Poder Judicial y su larga experiencia con mujeres privadas de libertad, pareciera que esta se enfoca en la necesidad de analizar la historia particular de violencia y privaciones que ha tenido la mujer en particular que sea objeto del proceso penal y por su parte la licenciada Gutiérrez centra más sus estudios en la sociedad y como históricamente la desigualdad estructural se refleja en el proceso penal, ambas visiones son necesarias, pero diferentes en las profesionales.

Derivado de esto, se consultó con ambas profesionales desde la óptica del trabajo social, mediante qué elementos probatorios se pueden traer a colación situaciones para ser visibilizadas ante el juez, la licenciada Alba Gutiérrez describió que lo que se hace por parte de su departamento:

Estudios de trabajo social para determinar esa vulnerabilidad, entonces se hace una investigación, mediante entrevistas que se aplican a la persona propiamente que está haciendo investigada o la que se le ha dado una sanción o la que está en un proceso o la que está acusada, verdad, se entrevistan otras fuentes de información también para poder, este tener elementos para hacer lo que nosotros llamamos una triangulación, una investigación cualitativa con elementos sociales como esos que le mencionaba, si hay dependencia económica, si la persona ha contado con condiciones laborales reenumeradas. ¿Qué tipo de oficios ha desempeñado? Si han sido oficios formales, oficios informales, si ha recibido una remuneración adecuada en esas labores que ha desempeñado si se le han recargado las labores de cuidado, si se ha quedado solo en ella la responsabilidad de la crianza de los hijos, si, por ejemplo, bueno lo que se ha llamado ser jefe de hogar, verdad, si le ha tocado asumir el rol de jefe de hogar, si tiene terceras personas adultas mayores o con discapacidad a su cargo, si tiene acceso a servicios verdad.

En el mismo sentido la licenciada Wendy Garita, desde una óptica fuera del Poder Judicial, también fue conteste en la relevancia de los estudios de trabajo social, para analizar el camino que la persona acusada ha seguido y que la ha llevado a la comisión del delito e indicó:

En realidad no conozco, pues a fondo, qué harán las, las colegas y los colegas dentro del Poder Judicial, verdad y cuáles son los alcances que, que tienen y los recursos que tienen para hacer una, una pericia social, sin embargo, bueno, ya como desde la raíz de la formación, verdad, sí ver estos factores, pero también tienen que tener perspectiva de

género y perspectiva de género, incluso no solo hacia las mujeres, verdad también este, (...) en el caso particular de las mujeres es mínimo tendría que hacerse un análisis de género de la división sexual del trabajo, de las relaciones de poder, este de cómo esa persona se vinculó con las personas que, por ejemplo son coimputadas, verdad, si hay ahí relaciones de poder, relaciones de género y no solo solo, solo si es por ejemplo, Ah, que era pareja del fulano, verdad, no, a veces no es la pareja, a veces el papá, a veces la mamá verdad, y ahí también hay una relación de poder.

Ahora bien, consultados sobre este mismo aspecto los profesionales de la defensa pública hicieron hincapié no solamente en el peritaje de trabajo social, al cual, si bien se refirieron como la prueba madre, también indicaron que existen otros elementos que también pueden ser relevantes de acuerdo con las características de la persona usuaria. La defensora pública Virginia Rojas señaló:

Bueno este la valoración social de la encargada por medio de la, del departamento de Trabajo social y psicología me parece bastante importante. En donde, en principio (...) los y las trabajadoras sociales, pues harán, no solamente una entrevista a la persona imputada, sino también, procurarán, una investigación un poco más amplia con las herramientas que ellos puedan tener para determinar efectivamente esas circunstancias de vulnerabilidad, desde consultas a bases de datos, eh, de si tienen algún tipo de beca o ayuda social del IMAS, de si algunos de sus hijos forman parte también de personas de, de ser beneficiarios de becas hasta, unas visitas, visitas a sus hogares para determinar ¿cuáles son eventualmente estas circunstancias básicas que tenga esa vivienda? O no verdad, (...) aparte de este ese dictamen, si el dictamen es bueno y, y existe digamos una valoración de, de todos los factores que uno estaría esperando me parece que ofrecer ese, ese trabajador o trabajadora social, en su calidad de perito para que venga al debate a explicar cómo llegó a esas conclusiones, pues es una cosa beneficiosa, sino eventualmente también testigos.

En el mismo sentido el exdefensor público y ahora juez del Tribunal de Juicio de San José Roberto Díaz, ha indicado que la prueba no debe limitarse al peritaje de trabajo social, e incluso que podrán existir casos en los cuales no sea posible tener el mismo, por lo que debe analizarse que otros elementos podrían ser útiles, sobre lo cual indicó ampliamente:

A ver la defensa siempre solicita el dictamen, (...) como prueba madre digámoslo para efectos de justificar la vulnerabilidad y ciertamente tiene algún peso (...) sin embargo, a

veces esos dictámenes tardan mucho, tardan mucho y es necesario realizar el juicio, entonces ya ahora, desde el punto de vista usted como juez o jueza no nos podemos limitar a eso porque di si el dictamen va a durar 1 año, vamos a trazar el proceso y la gente además necesita que le resuelva la situación voy a responder como le respondían a uno en la universidad cuando era estudiante y es ¿Cómo lo pruebo? Di pues no le puedo decir específicamente con qué elementos porque di cada caso en concreto determinará, pero por ejemplo, yo le puedo decir, bueno, incluso digamos en la indagatoria que dice que se encuentra la persona desempleada, ya ahí podemos presumir de que hay una situación de pobreza si tenemos, por ejemplo, algún, también queremos hacer ver que hay pobreza y no hay ayuda se podrían pedir constancia, sus certificaciones del IMAS, de que no se recibe ayuda, que no se recibe pensión alguna, si es para demostrar que hay menores de edad a su cargo bueno, podríamos pedir certificaciones de Registro Civil cuestiones de prueba que no hace falta el dictamen.

Finalmente, la defensora Johanna Chinchilla, ahondó al respecto y señaló que también cuestiones relacionadas con adicciones pueden ser elementos importantes para aportar, así indico:

Es importante contar eventualmente con los peritajes de trabajo social, de Psicología, que son departamentos que nos vienen a hacer un estudio integral de la persona que se va a valorar y eventualmente sus condiciones de vida, su desarrollo de vida, si tiene condiciones de vulnerabilidad, ¿cuáles son específicamente? Ellos establecen cuando se tratan de cuestiones económicas, sociales, culturales, (...) sobre la educación también establecen si hay alguna cuestión de vulnerabilidad que afecte en cuanto a eso, sobre violencia y distintas situaciones que solo mediante esas pericias de trabajo y social y psicología se podrían determinar. También es relevante eventualmente, poder realizar algún tipo de valoración con el fin de determinar también me parece que es adecuado algún tipo de adicción.

Así, se puede llegar a tener claro que el elemento probatorio por excelencia es el peritaje psicosocial que realiza el departamento de Trabajo Social y Psicología, pero el ejercicio probatorio no debe limitarse al mismo, sino que en adecuada procura de demostrar la existencia de factores de vulnerabilidad se debe ser creativo y existen un número amplio de elementos de los cuales se puede echar mano, constancias de nacimiento de hijos menores dependientes, constancias de no ayudas del estado, certificaciones de no registro ante la CCSS, estados bancarios, constancias de discapacidad, entre otras, todos los cuales pueden coadyuvar a ilustrar al tribunal las circunstancias

de la persona que se está juzgando y como están deben ser consideradas en el establecimiento de una pena.

Respecto a este elemento probatorio, desde la óptica fiscal el licenciado Daniel Morán si señala que para ellos resulta sumamente relevante, ya que les permite de previo al debate, conocer las circunstancias de la persona, y que ello podría implicar decisiones respecto a solicitudes de pena o incluso solicitudes de dispensa de apelación cuando el Tribunal rebaje la pena, manifestando incluso que en la fiscalía en que labora se ha realizado una consulta para determinar si estos peritajes pueden ser más profundos y así tener mayor fundamento en sus decisiones, así indicó:

Sí nos falta es que sea un poquito más amplio, los dictámenes y los dictámenes en la medida en que sea un poquito más amplio y que nos vengan a decir ese punto que es el que necesitamos, pues no habría ningún temor en rebajar las penas en hacer rebajos de penas, pero los dictámenes por lo general lo que vienen es sí, claro está, en condición de vulnerabilidad, pero no nos indica lo que se ha establecido de que eso ha influido en la comisión del delito entonces esa partecita es la que nos falta e inclusive últimamente se ha hecho una consulta para saber si nos podrían ampliar ese esos dictámenes en ese punto.

Sobre este punto, el juez de apelaciones Rafael Mayid González González señala que los resultados del peritaje de trabajo social son importantes, pero también pueden obtenerse mediante otras maneras igualmente válidas para ser introducidas en el debate, así señaló:

Ahora tradicionalmente bueno, siempre partimos del estudio social, verdad del estudio social, pero ¿qué es el estudio social? Sino es la entrevista a una serie de personas y la verificación de una serie de elementos relacionados, el perito o el (...) trabajador social no tiene la bolita de cristal ni es un certificador no el trabajador social, lo que hace es hacer entrevistas el trabajador social va y busca documentos para verificar algún dato que le estén dando, corrobora ingresos, corrobora situaciones, por ejemplo, de adicciones, corrobora, situaciones de hijos o quién los tiene a su cargo y todo si usted se pone analizar y a desmenuzar a un dictamen social de este tipo es simple aspecto de constatación de otros medios probatorios que podrían ser utilizados (...) es nada más y, y, si usted dice, bueno, hay un criterio, bueno puede ser que exista un criterio, pero al fin y al cabo es un criterio que es este se realiza a partir del análisis de esos mismos documentos y si partimos de que

el único que puede otorgar valor a los elementos probatorios y valorarlos conjuntamente es el juez.

Respecto a este punto la Magistrada Sandra Zúñiga, aporta un punto de interés y es que también existen elementos relacionados con la salud mental que puede ser de interés que sean expuestos y de ahí que deban considerarse otros elementos probatorios respecto a esto, que podría apoyar una tesis de vulnerabilidad por discapacidad, no desde el punto de vista física sino mental, al respecto indicó:

Depende, obviamente de, de la condición de vulnerabilidad (...) y verdad pero obviamente no es suficiente con, (...) solo invocarla sino que la persona que administra justicia debe basar sus resoluciones también de acuerdo a los elementos probatorios, por ejemplo, si la persona (...) tiene denuncias, verdad que acrediten algún tipo de, de agresión por, por su pareja que, que la digamos que la han llevado este a asumir, acciones contra su voluntad, por ejemplo, que, que denotan, digamos, esa vulnerabilidad que ya ella ha tenido (...) digamos, reportes que tal vez se han dado a nivel de, de centros educativos reportes que se puedan tener a nivel de instituciones de salud, verdad, también me parece que se tienen que de ayudas sociales que la persona reciba, de realizar o solicitar una inspección en el lugar donde la persona vive y las condiciones en las que vive verdad que es algo como tan, tan, tan básico de la acreditación de los estudios que la persona tiene de la situación de salud, no solamente física sino mental del de la persona muchas veces tiene todo un historial y nada de eso, absolutamente nada de eso se aporta, ha al, al proceso entonces de verdad y es difícil, es para para la persona juzgadora tomar una decisión si no se le pone en contexto toda esa situación que muchas veces están, pero que nunca se lleva al expediente

Un hallazgo importante, respecto a los factores de vulnerabilidad ha sido que todos los profesionales han coincidido que estos tienen un papel fundamental que debe ser analizado al momento de imponer una pena, reafirmando con ello la necesidad que existe de exponerlos ante los jueces durante el juzgamiento de una mujer. La trabajadora social Alba Gutiérrez al responder la pregunta de si, ¿son especialmente relevantes de alguna forma en procesos judiciales donde se acusa a mujeres?, indicó:

Hay como todo ese marco teórico, verdad, de antecedentes sociales, de esta violencia estructural porque es una violencia estructural que está así esté definida por los roles de género, que sí se ha trabajado mucho para tratar de erradicar y de construir esos patrones,

pero que, si lo vemos hoy por hoy, verdad, todavía persiste muy arraigado en parte de la población estos patrones. Entonces, definitivamente, esos aspectos hay que tomarlos en cuenta porque pueden tener incidencia en la comisión de un delito, verdad, por cuestiones de vulnerabilidad social.

Al abordar la óptica del Ministerio Público, el fiscal Daniel Morán fue claro que dentro de su línea de aplicación en los casos en que en efecto se demuestre no solamente la vulnerabilidad sino la incidencia de esta en el delito es importante que se realicen las consideraciones, tanto para la negociación de pena en un eventual abreviado o incluso en un debate para la fijación, así señala:

En la materia que hemos tenido esta experiencia es en psicotrópicos, psicotrópicos y lo que ha indicado la Fiscalía de narcotráfico es que los dictámenes no vienen muy, pero muy claros en el sentido de que no indican si o sea lo que indica es que están vulnerables, pero no indican que esa vulnerabilidad es lo que los ha llevado a cometer el delito y entonces bajo esa premisa es que él, la Fiscalía de narcotráfico, pues no ha, no han valorado el rebajar como corresponde una pena a una persona determinada, entonces ellos dicen que en el tanto ya venga especificado en el dictamen esa situación, entonces nosotros sí tenemos esa obligación.

Importante resaltar como hallazgo que para el Ministerio Público es esencial que este dictamen contenga aspectos claros en cuanto a la incidencia en el delito y aclaró que solamente así se puede tomar en consideración por parte de ellos como representantes de la acción penal.

Por su parte, la trabajadora social Wendy Garita al responder sobre la relevancia de estos análisis, integra el concepto de perspectiva de género, recalcando como debe abordarse:

Para mí sí, (...) porque este no podemos tratar igual lo que es diferente, verdad, eso lo, dice la, la teoría de género partiendo desde ahí, pero la perspectiva de género eh no se va a incluir sola, porque lo normal es que no tengamos perspectiva de género porque no fuimos este día, socializados socializadas para eso verdad, entonces hay que hay que integrarla.

Debe verse que todos los entrevistados son coincidentes en importancia de los estudios de trabajo social, no obstante las dos trabajadoras sociales y el fiscal los consideran esenciales, lo cual no es compartido por el resto de los entrevistados, sean los defensores públicos, la magistrada y el juez de apelaciones, que si bien rescatan su valor, hicieron hincapié en la importancia de valorar otros elementos que pueden aportar de forma igual o superior elementos que permitan demostrar la vulnerabilidad de la mujer y su incidencia en el delito.

Los entrevistados, de ninguna manera resta crédito a la labor del Departamento de Trabajo Social, pero sí son claros en que otros elementos como los mencionados. También permiten, a veces de manera más celer, introducir estos aspectos a la discusión en el debate y exponer estos factores de mejor manera que con un peritaje.

Analizando lo dicho por los entrevistados sobre este punto, ha sido importante determinar la mejor manera para traer estos supuestos al debate, respecto a este punto a los tres defensores públicos se les consultó sobre el papel de la teoría del caso, y que significa esto dentro del ejercicio de la defensa de la persona acusada, para la licenciada Virginia Rojas es:

La teoría del caso (...) es la determinación que hace la persona en este caso defensora pública, después de la revisión de la prueba que existe dentro de un expediente y de la debida conversación con la persona imputada de su versión de los hechos y eventualmente también de las elementos probatorios que tiene para respaldar su versión o no, después de esa valoración es básicamente la determinación de cuál va a ser la, la tesis la versión, la tesis jurídica y fáctica que va a seguir la defensa técnica y material dentro de un proceso penal

Por su parte, el defensor Roberto Díaz, al momento de analizar la conceptualización de la teoría del caso indicó:

La teoría del caso es básicamente (...) yo lo veo así como una, como la contraposición o la contra hipótesis que se tiene de la acusación, el Ministerio Público formula una acusación con una idea de qué fue lo que ocurrió y así lo establece, en la teoría del caso que, que, a ver a final de cuentas la acusación viene siendo una teoría del caso desde el punto de vista de la fiscalía en el caso de la defensa, la teoría del caso es básicamente esa hipótesis que nosotros estaríamos formulando donde explicamos eso yo, hace algún tiempo, muchos años atrás conversaba con un fiscal y nos decía siempre que para la defensa era muy fácil, porque es más fácil destruir que construir, sin embargo, yo le discutía y le decía que es que ahí partíamos de un error de apreciación porque realmente la defensa no solamente destruye, sino que necesariamente debe construir y es aquí donde entra la teoría del caso una hipótesis y venderle al tribunal la idea de que su representado es inocente a ver ciertamente la defensa no tiene por qué demostrar su inocencia, pero en estos, tipo de casos, en la teoría del caso, nosotros lo que hacemos es construir la idea de por qué la persona no puede ser condenada.

La defensora Johanna Chinchilla, en una línea similar señaló:

Es el análisis que se realiza con la finalidad de determinar cuál va a ser la estrategia de defensa a seguir, eventualmente durante el desarrollo del proceso y para la etapa de juicio, y que sea bajo esa teoría del caso que se vaya a trabajar el proceso.

Los tres profesionales dejan claro que la teoría del caso es esencial para el defensor y mantienen similares criterios sobre el deber de elaborarla responsablemente. Tomando como punto de partida estas aproximaciones se consultó a los tres profesionales si en esta elaboración de la teoría del caso, también se hacían consideraciones respecto a la determinación de la pena, la licenciada Virginia Rojas señaló:

En casos en donde la persona (...) imputada, tiene una tesis o hay una, una, teoría de defensa en cuanto a los hechos considero que es este prudente siempre, perdón, prepararse también ante una eventual condena, aún la circunstancia de que uno apelará esa resolución porque entre la teoría del caso y la labor que debe realizar un defensor público es siempre buscar los escenarios estén más favorecedores para su encartado y creo que, entre esos, eventualmente, crear las condiciones y probarlas los elementos que sean necesarios para en una ante una eventual condena, obtener la pena más favorable para su representado forma parte también de la de la teoría de defensa.

De la misma manera, el licenciado Roberto Díaz explicó que parte de la responsabilidad del defensor público es contemplar todas las posibilidades y especificó que puede ser que exista más de una estrategia de defensa según la etapa procesal en que se encuentre e indicó que:

Como defensor uno debe de hacer un análisis íntegro de todas las posibilidades que haya, desde que comencé pensando en una estrategia de defensa donde sea presentar una conciliación, una suspensión del procedimiento prueba lo que sea hasta, una eventual condenatoria y tratar de buscar las, los insumos probatorios, digámoslo así para, para mejorar la pena, para reducir el reproche que le hace el tribunal, entonces sí, en la teoría del caso, (...) no es única, podría ser varias en distintos momentos teoría del caso para etapa preparatoria si no se puede arreglar, avanzamos a la etapa intermedia, etapa solicitando sobreseimiento por x o y situaciones y ya evidentemente en la etapa de juicio, tratar de discutir inocencia y subsidiariamente si es el caso, hasta alegar algunos elementos probatorios para pedir rebajo en la pena o que le imponga la pena mínima.

Finalmente, la defensora Johana Chinchilla, también fue enfática en el deber de prever aspectos de pena desde el inicio, indicando como ello permite dirigir las solicitudes de prueba y su ofrecimiento de cara a un eventual contradictorio y señaló que podría verse como un rompimiento del paradigma de una única teoría del caso y pudiendo hablar de una teoría dual, dicha profesional indicó:

Eventualmente dependiendo del caso, dependiendo del caso, se valoran ese tipo de aspectos, casos en los cuales sea importante, por ejemplo, discutir en un primer momento la culpabilidad y posteriormente los pena o eventualmente casos en los que se permitan penas alternativas.

Sobre este particular la magistrada Sandra Zúñiga también comentó respecto a la responsabilidad del ejercicio de la defensa y la elaboración de la estrategia y señala:

El defensor tiene una enorme responsabilidad, tiene que lograr una comunicación en donde la persona usuaria para que pueda ejercer a plenitud el derecho de defensa, el defensor tiene que ser capaz de llegar, con una comunicación al nivel de la persona que, que la persona sienta que tiene un aliado no precisamente en el sentido de, de armarle un una defensa verdad, porque yo sí pienso que hay un límite ético que, que no se puede superar, pero sí de indagar en todos los aspectos que puedan, eh aportar a la resolución más justa para para la persona, el defensor no sustituye al imputado el defensor es el vocero del imputado pero tiene también el conocimiento técnico y profesional para saber cuáles son los aspectos en los que tiene que indagar y explicarle a la persona que no es con el afán de hacerle un daño, verdad, si no explicarle que es con el afán de que sea juzgado de la manera más justa posible.

En este punto tantos los defensores como la señora magistrada fueron coincidentes en que al elaborar la teoría del caso sí se deben planificar aspectos que impliquen la determinación de la pena, no obstante, el defensor Roberto Díaz fue enfático en que la teoría del caso no es solo una visión sino, según la etapa procesal, puede ir mutando y por ende si implica la realización de un juicio debe tomar en cuenta la pena, no existiendo diferencias de criterio sobre este punto en los profesionales.

Teniendo como base esta información se consultó también a los tres defensores públicos si dentro de la elaboración de la teoría del caso, podría tener alguna relevancia establecer la necesidad de la solicitud de cesura, y desde que supuestos; respecto a ello la defensora Virginia Rojas

manifestó que en su caso solamente ha hecho uso de esta herramienta en una ocasión, pero que al estudiar la figura le parece que:

Es útil la cesura por dos cosas, primero porque (...) permite a la defensa en primera instancia concentrarse en procurar demostrar su tesis, sobre los hechos, y si eventualmente esa persona, pues es encontrada culpable y se, se entonces se pasa a la segunda fase, implicaría, que para la defensa, (...) también le permite entonces concentrarse específicamente en este aspecto, desde la forma de dirigir su interrogatorio, los ofrecimientos si son pertinentes ya entonces para ese momento traer esos testigos que habían sido ofrecidos y traer pues este, los peritos (...) y en segundo lugar, porque también cuando existe una persona imputada con esas circunstancias, particulares, o que uno como defensor considere también circunstancias difíciles de vida, que en efecto, (...) bien, pues dan cuenta de una historia de vida y circunstancias personales muy difíciles, también me parece que la cesura, garantiza que esas personas imputadas no sean expuestas a revictimizaciones de manera innecesaria, porque si la persona es absuelta, pues entonces no se requiere, digamos, eh esa segunda parte en donde es probable que entre la estrategia del defensor esté la amplia declaración de la parte.

Es relevante resaltar, que más allá del tema procesal la licenciada Virginia Rojas introduce un tema de humanidad, que se relaciona con la exposición de la persona imputada a «revictimizaciones» innecesarias, y como esto puede lograrse por medio de la cesura, posición que no se había analizado. Ahora bien, respecto a esta misma pregunta el licenciado Roberto Díaz fue claro en señalar la relevancia de esta herramienta, pero también que no siempre es bien utilizada, recalcando que no es un nuevo juicio de culpabilidad y para su aprovechamiento correcto debe limitarse a un buen ejercicio probatorio sobre la pena y señala:

Si es de mucha utilidad para efectos de la defensa, si se maneja bien, ¿Por qué? Porque, por ejemplo, muchos usuarios dicen, mire es que licenciado, yo no fui el que hice esto, yo no fui el que hice esto y esta es la idea de por qué yo no fui y a veces las ideas no, no son, (...) respaldadas por elementos de prueba, entonces como usuario mío, yo debo estar vinculado con su hipótesis y en esa primera parte del juicio yo voy a luchar con esa hipótesis, sea o no sea viable, voy a luchar, voy a intentar todo lo que se pueda y se logra absolver perfecto si no se logra, bueno, vamos a entrar entonces la segunda fase del juicio

y ahí ya, ofreciendo pruebas, porque sí es importante que se haga un ofrecimiento de prueba, voy a hacer que el reproche se reduzca.

Es importante analizar que desde la óptica del licenciado Diaz Sánchez el respaldo con elementos probatorios es esencial y viene a dotar de sentido la cesura, aunado a ello nos introduce como en ciertos casos puede ser especialmente útil, así señala:

¿Qué es lo que pasa? y en ¿Qué supuestos resultaría muy importante? bueno, resultaría muy importante, por ejemplo, en por ejemplo, con la reforma que hubo la ley de psicotrópicos y en relación con la introducción de droga a centro penal en cuando hay mujeres en cierta condición con algunas condiciones que adultos mayores dependan de ella, que no tenga ayuda económica, que tenga niños menores a su cargo, que estén en una condición de pobreza que se hayan visto obligadas a cometer el hecho por eso y que no nos encontremos en un supuesto en el que, en el que se le exima de acción que se haya sido, digamos una, una visa absoluta que haya sido obligada, amenazada para incluir droga, no aquella, sabiendo que es un delito, pero es la única forma que tiene ganar dinero, lo hace entonces en ese caso usted ofreciendo elementos de prueba que pueden ser de gran utilidad, podría utilizar la cesura para hacer una reducción en el reproche y mejorar la pena que se le puede llegar a imponer a estas personas, entonces esa sería la posición que tendría yo y el supuesto en el que se podría dar.

Finalmente, la defensora Johanna Chinchilla coincide en como la solicitud de cesura si puede ser un elemento relevante dentro de la estrategia de la defensa:

En los casos en que aplique eventualmente o sea importante o relevante hacer una separación entre la discusión de la culpabilidad y la pena, si, si es importante para la defensa en ese sentido, poder plantearse desde esa audiencia la posibilidad de la cesura, porque esto nos permite trabajar de una mejor forma en, en aspectos de búsqueda de la prueba adecuada para discutir cada uno de estos aspectos por separado.

Al triangular la información suministrada por los entrevistados, queda claro que coinciden en que la cesura es una posibilidad útil para la defensa para exponer mejor sus alegatos, pero también en que debe ser utilizada correctamente. Es importante resaltar como son claros los entrevistados al señalar que los supuestos, es útil esta solicitud de cesura dentro de la teoría del caso y fueron firmes en que no será en cualquier caso y que depende del abordaje que se pueda brindar a determinados usuarios, punto en donde los profesionales introducen el tema de género,

referenciando casos de aplicación del artículo 77 bis de la ley de psicotrópicos y también supuestos de los numerales 71 inciso g y 72 del Código Penal o bien casos en los cuales existan posibilidades de penas alternativas.

Respecto a este último punto, se consultó tanto a los profesionales de la defensa pública como a los jueces, si la aplicación de la cesura podía tener alguna incidencia en la solicitud de rebajo de pena por cuestiones de vulnerabilidad y su obtención. Sobre esto, la defensora Virginia Rojas es consciente en que no se puede aplicar en todos los casos, e incluso que depende de la posición de la persona imputada y señala que:

En contextos, en contextos donde, no tenga, digamos claridad el defensor sobre la posición eventualmente de sus tribunales, y en especial considere que tiene que los argumentos que tiene, yo creo que es importante básicamente valorar si uno, si uno verdaderamente va a ser el uso de la cesura mediante entrevistas y una declaración amplia la persona imputada en relación con esos hechos entonces sí, efectivamente, vos tenés alguna, alguna prueba que quieras explotar eventualmente ante una condena y el la persona imputada está dispuesta a someterse a ese tipo de declaración y de interrogatorio con todo lo que va a implicar, pues efectivamente sí me parece que uno podría ser más uso de la censura si eventualmente vos no vas a alegar gran cosa, sobre lo mismo vas a hacer referencia únicamente al dictamen a la pericia que se hubiera evacuado, pues tal vez en ese caso la cesura no tendría, no tendría tanta, tanta utilidad, pero sí creo que permite, sin lugar a duda, reflejar con mucha más profundidad y amplitud las circunstancias de vulnerabilidad de la persona imputada.

De la misma manera, la defensora Johana Chinchilla, indica que en estos casos puede ser una herramienta valiosa que permite organizar de mejor manera la defensa de una mujer, al respecto indica:

Sí, es importante, es importante por lo que anteriormente había indicado es importante porque eso le permite al defensor, así lo puedo hacer ver en cuanto a la experiencia que eh tenido, en juicios en este sentido es importante porque le permite al defensor concentrarse de manera separada primero, como lo hago ver, en discutir la culpabilidad posteriormente, si del todo se declara culpable a nuestro cliente, entonces pues nos permite ya hacer un trabajo enfocado únicamente a la penalidad y eso hace que se pueda, pues trabajar de una mejor forma, buscando todos los medios de prueba idóneos para, (...) pues poder

desarrollar de una mejor forma la teoría del caso en cuanto a aplicar condiciones de vulnerabilidad por eso me parece que sí, es importante solicitarla.

En este punto, resulta interesante la posición del licenciado Roberto Díaz, que, desde su contexto como defensor público, sí resalta la utilidad de la cesura en estos casos e indica que:

Sí, desde el punto de vista de la defensa, siempre he considerado que eso es importante, como, como lo dije hace unos minutos, es importante hacerlo porque no es lo mismo que llevemos un discurso convencido de manera sólida de la absolutoria o de que debe ser absuelto el imputado y no salga y decir, bueno, pero subsidiariamente sin que tengamos todavía conciencia si se va a acoger o no la absolutoria subsidiariamente di le ponen, por favor la pena mínima, no se justifica muy bien el por qué la pena mínima, o sea porque no se le debe ser mayor, reproche entonces la cesura si nos permite subir sólidos y fuertes a una discusión de culpabilidad y si ya definitivamente nos dijeron que no, en el espacio que nos da (...) el mismo código para realizar la segunda parte del juicio, ahí entonces ir sólidos y fuertes a demostrar por qué el reproche no puede superar la pena mínima o bien incluso rebajar más allá del mínimo para poder obtener un beneficio o una, sustitución de pena entonces desde ese punto de vista, considero yo que sí es importante la cesura desde la óptica de la defensa.

En este aspecto, cabe resaltar que el defensor Roberto Díaz hace un quiebre en este punto, por cuanto como defensor nos da cuenta de la utilidad de la cesura en estos casos, pero dado que actualmente ha ascendido a juez de juicio, dentro de ese puesto tiene una óptica distinta, indicando:

Como, juez en lo particular yo no le veo mucha practicidad a ello. ¿Por qué razón? Bueno, porque usted como es en uno o en otro sentido, primero tiene que hacer necesariamente el análisis de culpabilidad y después le hacemos el reproche, que es lo que pasa que la diferencia para efectos del tribunal es, que hoy le hacemos el juicio de culpabilidad, se le declara culpable y tres, cuatro, cinco días después le vamos a hacer el reproche sobre ese hecho que ya se demostró, entonces es lo mismo sólo que dividido en dos partes la sentencia desde el punto de vista del tribunal no le veo mucha práctica a esto, pero creo que incluso la cesura está pensada más como una estrategia de defensa, incluso hasta si se quiere de la fiscalía, porque la fiscalía también podría, no se acostumbra a que lo pidan ellos, pero podría ser (...) un análisis de culpabilidad y después sólidos y fuertes ir a decir,

mire, es que el reproche es muy alto por esto, esto, esto y esto sí es importante dejar claro que cuando se pide la cesura.

Los tres defensores parecen coincidir en que la cesura puede ser una herramienta relevante en la discusión de la imposición de pena a mujeres cuando se solicite el rebajo por condiciones de vulnerabilidad, esto por cuanto permite la concentración de la defensa en una cosa a la vez, y como se habría superado el análisis de culpabilidad, se podría dedicar todo el esfuerzo en lograr ese rebajo de pena.

Para efectos de esta investigación, este hallazgo resulta relevante ya que permite comprender que si bien la cesura puede ser útil y tener incidencia en lograr ese rebajo de pena, lo cierto del caso es que no lo es en todos los hechos, y de ahí que desde el inicio con el establecimiento de la teoría del caso se debe valorar esta posibilidad y si se considera necesaria ir tejiendo todo el entramado de diligencias, recolección de pruebas y preparación de la persona acusada para un eventual juicio de pena por separado, y que deberá tener el profesional la capacidad de llevar la estrategia dual mencionada por la licenciada Johana Chinchilla para estar preparado para cualquiera de los escenarios posibles en el debate.

Por su parte, el fiscal Daniel Morán señala que para la fiscalía la cesura a su parecer no llega a surtir ningún efecto, con lo que pareciera especificar que es un instituto más concebido desde la defensa:

La verdad que, para nosotros, en efecto, pues es igual es igual es igual en la medida que bueno como 2 o 3 juicios hemos tenido la oportunidad de realizar, pero al final sé que la defensa va en el sentido de sí, claro la pena dejarla al final analizarla al final en la segunda parte, lo que sucede es que no hemos tenido la oportunidad de llegar a esa.

Así, es distinta la óptica con que se mira el instituto de la cesura según la parte procesal, puesto que para el representante fiscal pareciera no tener incidencia alguna, pero en contraparte para los defensores sí es importante en estos casos y si tiene una incidencia en el posible resultado que se vaya a obtener en el contradictorio puesto que les permite exponer mejor sus alegatos y trasladar la información al Tribunal.

En atención a esto, también se consultó respecto a ello a los jueces entrevistados, en primer lugar, al licenciado Rafael Mayid González González, juez del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Goicoechea, el cual realizó un análisis bastante amplio sobre el ejercicio de la imposición de la pena y la utilidad de la cesura, sobre lo que indicó:

La cesura nosotros la hemos dejado de lado como con un sistema no se estadísticamente, pero lo que veo de lo que constantemente veo no creo que sean, no llegue ni siquiera a superar un 10%, tiene que ser incluso estar inferior a, al cinco o menos unos o por ahí es realmente muy pocas ocasiones en las que uno ve una cesura en un juicio y eso realmente tiene y uno sería parte de una construcción que, como operadores del sistema de Justicia penal incluyo a los defensores como parte del sistema de Justicia penal hemos olvidado para nosotros la pena es la imposición de una sanción y listo nos interesa más la culpabilidad y sobre la pena la dejamos de lado y es parte de la misma dificultad que tenemos todos, incluidos los defensores, para escoger cuál es la pena más justa.

Esta indicación del señor juez González es importante por cuanto inicia señalando como en el ejercicio del juicio, la pena es un aspecto esencial pero dejado de lado situación que considera puede remediarse, señalando:

La cesura para mí solución aparte de eso con la cesura quita del escenario el tema de la culpabilidad y enfoca la discusión en el tema de la reprochabilidad que no ocurre si manejamos el (...) asunto junto culpabilidad reprochabilidad e imposición de la pena se realiza en el mismo ejercicio de la culpabilidad, ni siquiera se ha expuesto entonces al enfocar eso como un tema de idiosincrasia humana al hacer eso y manejar todo en un mismo juicio, cuando nosotros llevamos y empezamos a fundamentar la culpabilidad, empezamos a citar todos los asuntos que tornan el asunto grave o que consideramos que es grave o que consideramos que afectó a la víctima entonces empezamos a hablar de la tipicidad y después empezamos a hablar de la antijuridicidad de las lesiones al bien jurídico y cuando estamos hablando de la lesión al bien jurídico hablamos de la importancia de la lesión a ese bien jurídico y nos enfocamos en el tema de por qué esa persona no se comportó conforme a la ley perfecta (...) Entonces toda la fuerza de la determinación de la culpabilidad que trae el juez a la hora de su análisis permea en la asignación y terminación de la pena.

Es evidente la relevancia que le otorga el juez González González a la cesura y como podría coadyuvar a subsanar yerros en la fundamentación de las sentencias, que al final se reflejan con procesos más justos y apegados al debido proceso.

Finalmente, y enfocado en los casos de aplicación de la cesura en juicios de mujeres en condición de vulnerabilidad, indicó:

Da la oportunidad de conocer al imputado como persona además, tiene otro escenario y es que la defensa desde la defensa que es el otro argumento desde la defensa es más fácil enfocarse ahora en el imputado, en las circunstancias y en la asignación de una pena, partiendo de que ya la culpabilidad fue definida aunque temporalmente, pero está definida que hacerlo conjuntamente porque a la hora de hacerlo conjuntamente también hay una percepción hacia el tribunal desde la misma defensa o desde el público de que se está desdiciendo (...) se observa precisamente como una posición débil, es decir, ahora está generando debilidad sobre la posición absolutoria entonces el efecto propiamente de, de esa discusión no se logra, no tiene los efectos correspondientes y teniendo la cesura a mano sin utilizar ahora si a eso le sumas que, tratándose de personas en vulnerabilidad te da la oportunidad de explotar esas vulnerabilidades, explicarlas, traerlas a la realidad mostrarle al tribunal realmente quién es, es esa persona notoriamente creo que desde la posición de la defensa se lograrían, tengas un poco más justas y menos graves o lesivos a los intereses de la persona y de su familia

Esta posición resulta de especial interés puesto que refleja como la elección de la cesura dentro de la estrategia de defensa de una mujer en condición de vulnerabilidad si puede tener una incidencia en el rebajo o no de la pena, ya que permite que el juzgador deje de pensar en la responsabilidad penal y se pueda enfocar en la persona que está juzgando pero solo para imponerle una pena, adquiriendo información de calidad y analizando separadamente elementos probatorios únicamente sobre este tópico.

De la misma manera se logró entrevistar sobre este punto a la magistrada de la Sala Tercera, Sandra Eugenia Zúñiga Morales, la cual manifestó:

Lo primero que yo quisiera mencionar es que, a mí, me extraña y digamos, me extraña de una forma desfavorable que, existiendo el instituto de la cesura en nuestro Código Procesal Penal, casi no se hace aplicación del mismo, me parece que el instituto de la cesura está visualizado para todos los casos sin excepción, pero especialmente para los casos eh, en donde existe un tema de (...) vulnerable en el caso de las mujeres por supuesto que sería una alternativa idónea para, hacer ve no solamente con palabras, con un discurso, sino también con medios probatorios, una situación de vulnerabilidad que impacta el en el (...) reproche que finalmente se le hace a esta persona, y que impacte porque precisamente hace

ver que muchas veces los motivos determinantes para la comisión de, de un delito de un si hacen una diferencia, pero difícilmente son visualizados.

Es relevante esta posición desde la judicatura, esto por cuanto a diferencia del señor Roberto Díaz Sánchez que señala que como juez de juicio es indiferente para el que se trate el tema con o sin cesura, para el juez de apelaciones Rafael González sí hay un peso diferenciador y que beneficia la forma en que se presentarán los argumentos y el convencimiento que se puede generar al Tribunal, de la misma forma la magistrada Sandra Zúñiga si existe una diferencia desde el punto de vista del juzgador y de cómo se le presentan estas condiciones de vulnerabilidad y la consecuente solicitud de rebajo de la pena, considerando que podría ser muy útil, incluso señala la forma en que debe presentarse ante el Tribunal y explica:

Bueno, de eso se trata y eso es que así es, como como está visualizada y que igualmente eh cuando se empieza, este, este proceso de la cesura me parece importante que, que la persona defensora de una explicación (...) de cuál es la intención que ella tiene precisamente al solicitar la cesura, precisamente primero, como para ubicar a las personas juzgadoras en el contexto inclusive de las intervenciones que va a tener, de lo que se va a preguntar de la relevancia de lo que se va a interrogar verdad, dependiendo incluso también de la causal de vulnerabilidad que se está invocando, (...) verdad que, que si se trata de temas de pobreza, por ejemplo, siempre es importante poner en contexto cuál es la situación de la pobreza con respecto (...) a las mujeres, que si bien afecta a todas las personas, independientemente si se trata hombre o mujer, ya este lo cierto es que, que a nivel global está demostrado que, que las personas que más sufrimos de la pobreza somos las mujeres.

Asimismo, cerrando las entrevistas, se consultó a los profesionales si consideraban necesaria esta reforma y la introducción de perspectiva de género en las leyes penales, todos fueron coincidentes en una respuesta positiva, manifestaron que por años se dejaron de lado estos temas y que en el caso de las mujeres existe una deuda histórica, lo cual resulta especialmente gravoso de cara a analizar la comisión de un hecho delictivo y la posible imposición de pena. Al respecto la trabajadora social Alba Gutiérrez señaló:

Es una forma de discriminación positiva verdad, que la discriminación positiva es cuando se toma alguna medida en favor de un grupo que tradicionalmente ha sido desfavorecido y discriminado, verdad, en este caso, las mujeres por una historia cultural este donde la mujer se han preocupado una posición de menor poder y desventaja socialmente hablando

entonces para mí eso responde a una acción discrimina, discriminación positiva para poder darle a estas mujeres ese reconocimiento que socialmente se les ha negado verdad.

Desde el punto de vista jurídico, la defensora Johana Chinchilla coincide con esto y señala que esta reforma permite un proceso más justo y reconoce las realidades sociales que antes eran dejadas de lado e indica:

Creo que sí eran necesarias, (...) porque se estaba dejando de lado, se estaban dejando de lado, diferencias que en razón cultural hemos tenido desde nuestros inicios, desde nuestro desarrollo cuestiones como, de vulnerabilidad pero cuestiones de vulnerabilidad a nivel económico, a nivel familiar, a nivel social étnico eventualmente hay cuestiones que se estaban dejando de lado que el legislador, pues en su momento no estaba valorando al momento de la imposición de la pena, porque es importante, bueno, porque no es lo mismo hubo una persona o un hombre que comete un delito cualquiera a una mujer en una condición de pobreza extrema que tiene a su cargo eh menores de edad o eventualmente personas adultas mayores y demás y que se ve, prácticamente influida bajo esas condiciones económicas extrema pobreza públicamente una persona que no tenga educación suficiente para optar por un trabajo remunerado, pues prácticamente se ve, de alguna forma impulsado a realizar delitos es totalmente diferente y esas cuestiones anteriormente la ley no las veía, no las valoraba y me parece que el legislador lo que está haciendo está inclusión me parece que es tratar de una manera más justa eventualmente a las mujeres en este tipo de condición.

Asimismo, el juez González González señaló que lo más relevante de la reforma fue el otorgamiento al juzgador de la posibilidad de reducir la pena que permita una imposición más justa, así indicó:

Lo que hizo la reforma fue enfocar nuevamente el tema de la perspectiva de género a la hora de imponer las sanciones y, sobre todo, permitió establecer. Ya ahora, desde un punto de vista de legalidad, la posibilidad de reducción de las penas exacto, ¿por qué lo digo así? Porque desde el nacimiento de la política criminal, los tipos penales no solo describen las conductas prohibidas, sino que también se les asigna una sanción en abstracto, es decir, desde un mínimo hasta un máximo de sanción, desde un tema de construcción de las leyes y política criminal entonces ese límite inferior por más que yo hago la interpretación de las normas conforme a perspectiva de género no podía ir más allá de eso, no podía reducirlo

más si no me encontraba en los supuestos que el principio de legalidad me permitiría, lo que hizo la norma no solo fue enfocar nuevamente el tema de perspectiva de género, sino que le dio una posibilidad a los jueces de dar y aplicar un efecto congruente con esa perspectiva de género.

Por su parte, la defensora Virginia Rojas manifestó:

Es necesaria que, (...) desde la misma, desde partir incluso de que la cantidad de hechos delictivos que cometen hombres versus la cantidad de hechos delictivos que cometen las mujeres es éste abismalmente distinta, pues eso ya dice algo en relación con eventualmente, como un trato diferenciado en el sentido o por lo menos para, para ponerse a pensar en relación con, eh la comisión de derechos delictivos, en este caso por parte de mujeres, y sí, considero que precisamente estas normas, pues básicamente lo que vienen a reconocer y a reflejar dentro del proceso del proceso penal, (...) son circunstancias, digamos, de vulnerabilidad y circunstancias que vienen a incidir con, (...) fuerza en relación con las motivaciones que podrían eventualmente tener una mujer para cometer un hecho delictivo no obstante, también estoy de acuerdo en que las circunstancias de vulnerabilidad, no solamente pueden ser en este caso este y que sufridas o en sí sufridas o no sé si esa es la palabra apropiada, pero que, que los hombres también tienen circunstancias de vulnerabilidad que pueden incidir de manera directa en su determinación o en su decisión, eventualmente de cometer este un hecho.

La licenciada Rojas nos introduce un punto sumamente notable y tiene que ver con la apertura realizada mediante interpretación constitucional a la posibilidad de aplicar estas normas a hombres en condiciones iguales de vulnerabilidad que presenta la reforma, ya no solamente como acción afirmativa por situaciones de género, sino atinente a personas en condición de vulnerabilidad independientemente de su género al considerar que existía una inconstitucionalidad por omisión, lo que fue analizado mediante resolución de la Sala Constitucional en el año 2022 indicando:

Desde la perspectiva de la mayoría de esta Sala es factible que el legislador, siguiendo un fin constitucional legítimo, adopte una acción afirmativa a favor de un determinado grupo, lo que constituye una justificación objetiva y razonable; amén de observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ahora bien, qué pasa si el legislador olvida dar el mismo trato a otras personas que forman parte de otro grupo, que están en la misma

situación de las personas del grupo beneficiado con la acción afirmativa. Ante esta problemática, el Tribunal debe ser muy cuidadoso, y le corresponde realizar un análisis caso a caso, con el fin de determinar si hay o no discriminación en contra de otras personas que forman parte de otros grupos excluidos. En el caso concreto, esta mayoría estima que no es posible sostener que la acción afirmativa exceptúe al legislador de dar el mismo trato a la persona de otro grupo que está en la misma situación que las personas beneficiadas con la citada acción -varones en estado de vulnerabilidad social, discapacitados y sin antecedentes penales. (Sala Constitucional, resolución 2022-08751).

Este punto debe considerarse dentro de este estudio y constituye un hallazgo sumamente importante, puesto que, si bien los varones no son el objeto de este trabajo final de graduación, también sería relevante analizar la utilidad de la cesura dentro de la estrategia de defensa cuando se atienda un caso de un varón en condiciones de vulnerabilidad.

Respecto a este punto, la magistrada Sandra Zúñiga difiere de la posición esbozada, y señala que la reforma fue una acción afirmativa ante la histórica desigualdad de las mujeres y por ende es respecto a ellas que debería aplicarse únicamente, a lo cual indicó:

Hay otros temas que se está, que se están discutiendo respecto a al a votos de la sala constitucional, porque no solamente, eh, se dio el paso y en esta interpretación, sino que la sala constitucional también ha decidido aplicar este, este tema y de las personas sentenciadas, mujeres a casos de varones por discapacidad, eh, sin embargo, pienso que y en eso tanto el magistrado Gerardo Rubén, como mi persona hemos salvado el voto en el sentido de que el que se hayan dado normativas como esta, en donde se hace ver la situación particular de las mujeres o la situación particular de personas que no desde un punto de vista sexual, pero sí, desde el punto de vista de su identidad y, de su género se identifican como mujer, me parecen conquistas importantísimas, pero que no podemos tampoco, he llevarlas a, (...) otros extremos en donde él lo que fue una conquista al momento de establecer la pena considerando toda esa carga histórica, donde la mujer ha recibido tratos discriminatorios, no podemos a extremos de aplicarse a otras situaciones que (...) corresponden a digamos a los varones por supuesto que soy respetuosa del voto de la sala constitucional y en ese sentido seguiré, lo seguiré aplicando el artículo 71 para, para hombres en condición de discapacidad, pero hasta.

Claramente, es un tema sobre el cual hay opiniones diversas, por un lado la licenciada Virginia apoya su extensión a los varones en contraposición de la magistrada Sandra Zúñiga, aún con ello acepta que debe aplicarse acorde con jurisprudencia *erga omnes* de la Sala Constitucional, sin dejar de lado que es importante la promoción de este tipo de acciones, no solamente en materia de género, sino también relacionadas con otras condiciones de vulnerabilidad que pueden ser sufridas independientemente de ser un varón o una mujer y que representarían como relevantes de cara a su influencia en la comisión de un hecho delictivo.

De esta manera, la investigación ha generado importantes hallazgos sobre las posiciones de los entrevistados, los cuales se resumen en el siguiente cuadro:

	Aplicación de la norma a mujeres transgénero.	Relevancia del análisis de género en el juzgamiento de mujeres	Elementos probatorios esenciales	Incidencia cesura en teoría del caso	Incidencia de la cesura para el rebajo de pena por vulnerabilidad	Necesidad de la norma para valorar estos supuestos	Aplicación de la norma a varones
Wendy Garita	No se consultó.	Es esencial, debe visualizar historia de la imputada.	Peritaje de trabajo social	No se consultó.	No se consultó.	Era necesaria, avance en el reconocimiento de factores de vulnerabilidad.	No se consultó.
Alba Gutiérrez	No se consultó.	Es esencial, el entorno y su desarrollo puede determinar la conducta.	Peritaje de trabajo social	No se consultó.	No se consultó.	Era necesaria pero falta más, se requieren acciones para cambiar la condición de las mujeres.	No se consultó.
Virginia Rojas	Es correcto, interpretación acorde con la CIDH. Reconocimiento de derechos.	Permite un proceso más justo.	Testimonio de la imputada. Peritaje. Testimonio del perito en juicio. Documental.	Si tiene incidencia, debe valorarse desde el inicio. Permite no «revictimización» de la imputada.	Si tiene incidencia, Defensor puede mostrar mejor sus argumentos.	Desde el punto jurídico, era necesaria. No existía de previo, norma que lo permitiera.	De acuerdo, también hay condiciones de vulnerabilidad que pueden tener incidencia.
Roberto Díaz		Permite un mejor proceso y con un resultado que adecúa la pena.	Peritaje. Documentos que permitan acreditar condiciones de pobreza, discapacidad, etc.	Si tiene incidencia, debe valorarse desde el inicio. Mutabilidad de la teoría del caso.	Como Defensor si al considera relevante, como juez le parece que no tiene incidencia.	Desde el punto jurídico, era necesaria. Permite al juez una imposición de pena más justa.	No se refirió.
Johana Chinchilla		Es esencial.	Peritaje. Documentos que permitan acreditar condiciones de pobreza, discapacidad, etc.	Si tiene incidencia, debe valorarse desde el inicio.	Si tiene incidencia, Defensor puede mostrar mejor sus argumentos.	Se necesitaba para visualizar las condiciones de las mujeres frente al proceso penal.	De acuerdo.
Rafael González	Es correcto, interpretación acorde con la CIDH. Reconocimiento de derechos.	Era necesario, si se requiere juzgar con perspectiva de género	Peritaje. Documentos que permitan acreditar condiciones de pobreza,	Si tiene incidencia, debe valorarse desde el inicio.	Como juez considera que si tiene incidencia, permite valorar mejor los	No era necesaria para valorarlos, pero si para facultar al juez para bajar la pena.	No se consultó.

			discapacidad, etc.		factores expuestos No se contradice en sus argumentos.		
Sandra Zúñiga	Es correcto, interpretación acorde con la CIDH. Reconocimiento de derechos.	Es esencial, fue un primer paso en un mejor proceso a las mujeres.	Peritaje. Documentos que permitan acreditar condiciones de pobreza, discapacidad, etc.	Si tiene incidencia, debe valorarse desde el inicio.	Sí tiene incidencia, juez puede concentrarse en la pena.	Era muy necesaria. Las condiciones de las mujeres son distintas y deben ser vistas en el debate.	En desacuerdo pues es una norma pensada para mujeres.
Daniel Morán	No se consultó.	Si es necesario, capacitación y decisiones con perspectiva de género.	Peritaje de trabajo social	Para la fiscalía es indiferente	No tiene diferencia desde la fiscalía.	La considera correcta.	Tiene reservas, no se debe aplicar igual.

Fuente: Elaboración propia (2024).

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se han analizado a lo largo de este trabajo final de graduación tres grandes temas relacionados con la aplicación de perspectiva de género, la población femenina y su defensa en el sistema penal y por supuesto si la cesura puede contribuir de alguna manera a una mejor defensa de estas, así como conclusiones se tienen:

Relacionado con la relevancia de visibilizar los temas de género al analizar la cuestión criminal de las mujeres y la relevancia de los factores de vulnerabilidad para la determinación de la pena:

De la investigación realizada se extrae que las cuestiones de género y su «visibilización» en el juzgamiento de mujeres es esencial, esto por la histórica desigualdad estructural que ha sufrido el colectivo mujeres, lo cual ha tenido incidencia en muchas áreas y una de ellas es la social, dentro de la cual debe analizarse necesariamente la vinculación con el delito.

Asimismo, que la acción afirmativa materializada en la reforma al artículo 71 del Código Penal es la herramienta que ha permitido que las políticas con perspectiva de género tengan un efecto real en el proceso penal y que se realicen determinaciones más justas para las mujeres, cuando existan factores de vulnerabilidad que hayan tenido incidencia en la comisión del delito que se tiene en estudio.

Se ha logrado determinar también que incorporar esta perspectiva en el juzgamiento de las mujeres es un reflejo de los instrumentos internacionales en materia de género que expresaban la necesidad de un trato diferenciado ante mujeres en condición de pobreza, con pocos años de escolaridad, responsables del cuidado de sus hijas e hijos, así como de otros familiares dependientes de su protección, que han sido expuestas a diversas formas de abuso y violencia, condiciones que justamente son las reflejadas en la reforma estudiada y que permiten al juez una valoración de una reducción de la pena.

Todos los entrevistados fueron contestes en que esta reforma era necesaria y que ha venido a ser un paso determinante en el sistema penal costarricense, desde la óptica del trabajo social y desde la jurídica se ha logrado concluir que las condiciones socioeconómicas, las limitaciones de acceso a estudio y trabajo, así como los roles de género son factores determinantes dentro de la cuestión criminal y por ende su introducción al proceso penal debe realizarse con seriedad y compromiso a fin de ser debidamente abordadas por parte de los juzgadores.

Cabe mencionar como conclusión relevante que también se determinó que estos factores son tomados en consideración por parte de la fiscalía, de manera que si estos son adecuadamente expuestos, pueden influir en la solicitud de una pena mínima o incluso en la no impugnación de un rebajo de pena otorgado por el Tribunal, y que por ello debe realizarse un adecuado abordaje de las primeras etapas del proceso para demostrar desde el inicio, como las cuestiones de vulnerabilidad de las mujeres pudieron incidir en la comisión del delito.

Respecto al concepto de mujer dentro del ámbito de aplicación de los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal:

De la misma manera es importante establecer que en aplicación de un derecho progresivo y respetando las categorías convencionales establecidas en la OC/24-17, los tribunales costarricenses interpretaron que el concepto mujer como posible beneficiaria del rebajo de pena del artículo 72 del Código Penal, se refiere a mujer como género y no como sexo biológico.

De lo anterior, resultó relevante el reconocimiento realizado en primer lugar por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y luego por la Sala Tercera que incluso se adelantaron al resultado del proceso internacional de Vicky Hernández vrs Honduras, y que mostró al sistema costarricense como garante y protector de la identidad y expresión de género como derecho fundamental.

Respecto a lo anterior, también es posible concluir que este reconocimiento es un reflejo del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y eliminar todas las situaciones de violencia que puedan afectarlas, de manera que comprender dentro del concepto mujer a todas aquellas que socialmente tengan una expresión y vivencia de género femenino, es la materialización de la protección todas ellas ante el sistema penal y el reconocimiento de cómo esta vivencia las podría haber colocado en una situación de especial vulnerabilidad.

Respecto a la determinación de los medios probatorios esenciales para el establecimiento de los supuestos de vulnerabilidad contemplados en los artículos 71 y 72 del Código Penal que sean de utilidad para fundamentar la solicitud de cesura:

Sobre este tópico inicialmente se puede concluir que dentro de la práctica judicial se considera al peritaje de trabajo social como la prueba por excelencia, para trasladar estas

condiciones de vulnerabilidad al Tribunal para su apreciación y que para ello el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial pueden contribuir enormemente con su construcción y exposición ante los juzgadores, no obstante también se expuso que este peritaje en ocasiones tarda mucho y que ello implica la necesidad de otros elementos. Esta prueba se concluye que es relevante también para las negociaciones de medidas alternativas con el Ministerio Público e incluso para la eventual solicitud de pena que de manera objetiva el fiscal pueda realizar.

No obstante lo anterior, también se visualizó que erróneamente en muchas ocasiones se limita el ofrecimiento probatorio a este peritaje, pero que existen otros elementos relevantes, así respecto de las vulnerabilidades por pobreza los entrevistados fueron claros en la posibilidad de aportar historiales de deserción escolar, de ayudas o la ausencia de ellas de institucionales estatales, historiales laborales, dependencia económica y cualquier otra documentación que permita acreditar la ausencia de posibilidad de cubrimiento de necesidades básicas, dentro de lo cual también son posibles inspecciones de la vivienda para documentar estas condiciones.

Asimismo, tratándose de violencia de género se realiza un llamado a la revisión y aporte de expedientes de violencia, ya sea intrafamiliar o de pareja, expedientes médicos que retraten secuelas de la violencia, así como testimonios respecto a este punto que demuestren cómo esta violencia podría haber tenido incidencia en el delito.

En cuanto al cuidado de personas dependientes, siempre será primordial demostrar si la persona tiene alguna condición de discapacidad, adulto mayor o bien si los dependientes son menores de edad, constancias de nacimiento, temas de pensión alimentaria, becas y aquello que coadyuve a verificar las dificultades sociales y económicas que ello puede conllevar.

Finalmente, la vulnerabilidad por discapacidad es importante comprenderla no solamente desde el punto de vista físico, sino también psicológico, de ahí que la introducción de elementos probatorios debe contemplarlo, aportando expedientes de atención en salud mental, psicólogos, psiquiatras o bien otros profesionales relacionados con la materia, de manera que el Tribunal pueda conocer condiciones significativas en el proceso penal.

En este punto, uno de las entrevistadas introdujo un punto sumamente relevante y que debe incluirse en las conclusiones, y es el tema de las adicciones, las cuales pueden ser importantes dentro de este análisis y conllevan a colocar a estas mujeres en condiciones de vulnerabilidad, y

es meritorio el aporte de pericias al respecto, pero también cualquier otro elemento probatorio que acredite que esta adicción tuviera incidencia.

Es importante dejar claro que, dado que el proceso penal costarricense se rige desde las reglas de la libertad probatoria y tomando en consideración las especificidades de cada caso no es posible la realización de un listado taxativo de pruebas que deben aportarse, pero se ha considerado la exposición de aquellas que se estimarían relevantes de cara a la demostración de las condiciones de vulnerabilidad, sin perjuicio de otras que podrían darse acorde a cada caso y tomando en consideración la estrategia de defensa que se vaya a utilizar para el mismo.

Respecto a la relevancia dentro de la elaboración de la teoría del caso de la solicitud de cesura:

Sobre este tópico se logra concluir que la cesura pese a ser una figura procesalmente establecida hace más de diez años, es utilizada mínimamente, no obstante, también es posible llegar a la conclusión que debería hacerse más y que permite una mejor labor de la persona defensora en la protección de sus personas usuarias.

Así, es claro que para los defensores públicos es esencial la elaboración de la teoría del caso, que es el eje sobre el cual se va a realizar todo el ejercicio defensivo y que no necesariamente durante todo el proceso. Asimismo, es indudable que dentro de esta debe incluirse todas las posibilidades y con ello la determinación de la pena, que puede incluir desde la solicitud de una pena mínima hasta una atenuación, y por ende planificar como lograrla.

Derivado de los anterior, ha sido posible arribar al hecho de que la cesura podría ser el instrumento procesal idóneo para los casos en los cuales se deba presentar separadamente los elementos integradores de la defensa de la persona acusada, de manera que no exista contradicción entre una solicitud de absolutoria seguida de una solicitud subsidiaria de pena.

Es esencial, tal y como lo mencionó el juez de apelación Rafael González, no olvidar que los juzgadores son humanos y que como tales que no influya en su decisión y presentar argumentos de esta índole en un solo acto, que hacerlo de forma separada y permita incluso, un mejor ejercicio defensivo.

Para los defensores se concluye que podría ser una herramienta notable que permite la concentración en una primera etapa sobre la culpabilidad y la prueba sobre la autoría del hecho,

sea que se cuente con una estrategia fuerte sobre este punto o bien por decisión de la persona representada; y que si ello no resulta en una absolutoria se puedan dirigir todos estos esfuerzos en la presentación al Tribunal de las circunstancias del hecho y la persona acusada a fin de obtener una pena en su mínimo o incluso por debajo en ciertos casos.

De esta manera, durante el ejercicio de la elaboración de la estrategia de defensa si es relevante el planteamiento de la solicitud de cesura y la determinación de los elementos probatorios que se aportaran.

Respecto a la incidencia de la aplicación de la cesura para la solicitud de rebajo de pena en los casos de los numerales 71 y 72 del Código Penal.

Finalmente, incorporando todo lo estudiado, se ha confirmado la hipótesis inicial y se concluye que la aplicación de la cesura puede tener una alta incidencia en los supuestos donde se solicite el rebajo de pena a mujeres en condiciones de vulnerabilidad.

Tanto los defensores públicos como los jueces fueron enfáticos en que estos casos, así como los de aplicación del numeral 77 bis de la ley 8204 son algunos en los cuales puede ser de especial relevancia la cesura para la determinación de la pena.

Desde la experiencia de un juez de apelaciones y una magistrada penal, se ha logrado derivar que exponer la solicitud de rebajo de pena en estos casos por separado, sea con uso de la cesura, puede conllevar que se haga de mejor manera y que los juzgadores tengan más claridad y enfoque en estas condiciones durante la imposición de pena, lo que podría generar que se logre el efectivo rebajo.

La cesura coadyuva como herramienta procesal en estos casos a mantener la firmeza de la posición de la defensa que permite mantener una doble teoría del caso en la cual durante la primera etapa se podrá defender aspectos de prueba, tipicidad, «antijuricidad» y culpabilidad; y solamente en los casos en que esta primera etapa resulte en una condena se tendrá un análisis del reproche en el cual entrará esta segunda teoría del caso que estará respaldada con elementos probatorios idóneos para el caso en concreto, o que alejará las consideraciones respecto de la culpabilidad como tal y mantener al tribunal centrado únicamente en los aspectos de pena, lo que generará un determinación más justa de la pena y que podría representar un rebajo que permita incluso una pena no privativa de libertad.

Es importante indicar como conclusión, que en los casos de defensa de personas en condiciones de vulnerabilidad deben analizarse con especial cautela la introducción de las mismas al proceso penal ponderando su influencia en el delito que se esté juzgando, procurando hacer uso de las herramientas procesales de la mejor manera, de allí que debe valorarse una utilización más regular de la cesura, pero de forma efectiva, y no pretender un segundo debate sobre la culpabilidad sino tener claridad de su finalidad y de cómo podría beneficiar el resultado del proceso penal.

Como recomendaciones derivadas de este trabajo, la principal es que se sugiere se realice una modificación al artículo 72 del Código Penal, que establece la realización del juicio en dos fases como parte de los supuestos para el análisis del rebajo de pena por condiciones de vulnerabilidad, así se propone que en adelante se indique:

Artículo 72.- Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior.

Cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la mujer sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal, para esto deberá realizarse el juzgamiento en dos fases, con el fin de que en la primera se discuta lo concerniente a la existencia de la culpabilidad y, en la segunda, la determinación de la pena, que deberá solicitarse antes de la apertura a juicio, a solicitud de la defensa técnica o material.

Esta modificación permitiría que en todos aquellos casos en que se vaya a discutir la confluencia de condiciones de vulnerabilidad y su incidencia en la comisión del delito se realice el debate en dos fases con la finalidad de que la defensa exponga al Tribunal estos factores y que estos puedan apreciarlos por separado para una adecuada determinación de la pena.

Se considera que un cambio como el propuesto es necesario ante la ausencia de aprovechamiento de la cesura que exista actualmente pese a la alta incidencia que pueda tener esta, acorde con lo investigado, derivando en que podría obtenerse mayor éxito desde la defensa de estas mujeres en la solicitud de rebajo de pena y que para el Tribunal supondría una posibilidad de conocer mejor los aspectos que deben tomar en consideración.

Derivado de lo anterior, también se propone la modificación del numeral 323 del Código Procesal Penal, a fin de introducir en la norma el deber de aportar la prueba relevante para la cesura en conjunto con la petición y que no vaya a dar una omisión, así se sugiere que en adelante indique:

Artículo 323.- Solicitud de realización del debate en dos fases dentro del plazo previsto en el artículo anterior, el imputado podrá pedir que el debate se celebre en dos fases, con el fin de que en la primera se discuta lo concerniente a la existencia de la culpabilidad y en la

segunda, si existe, lo relativo a la individualización de la pena y las consecuencias civiles, para lo cual en el mismo acto se deberán aportar los elementos probatorios que sustenten la petición y que serán conocidos en esa segunda etapa. En ese mismo plazo, las partes civiles podrán realizar la misma solicitud, pero en lo que se refiere a las consecuencias civiles. Antes de remitir las actuaciones, el tribunal se pronunciará sobre la solicitud y la prueba ofrecida. Resueltos los asuntos anteriores, se remitirán las actuaciones, los documentos y los objetos incautados al tribunal de juicio y se pondrá a su orden a los detenidos.

Ahora bien, aparejado a esto se recomienda dotar de mayor contenido económico y personal humano al Departamento de Trabajo Social y Psicología, ello a fin de que se puedan realizar los peritajes sobre condiciones de vulnerabilidad de manera más rápido. La licenciada Alba Gutiérrez, jefa de esta unidad mencionó que solo cuenta con 90 profesionales para atender todas las solicitudes y otros tipos de abordajes en todo el país. Este hecho refleja las limitaciones de una oficina tan relevante como esta, por lo cual se recomienda su fortalecimiento.

En aconsejable la capacitación y sensibilización en materia de género a los operadores de justicia en materia penal, tanto jueces como fiscales, esto dado que la aplicación de las normas contenidas en los numerales 71 inciso g) y 72 del Código Penal requieren la interiorización de que no son solamente “políticas de moda”, sino que son el resultado de la evolución del derecho y la incorporación de cuestiones sociales históricas que reflejan la desigualdad estructural de la mujer, y como las cuestiones de género son esenciales en su juzgamiento.

En el mismo sentido, es recomendable que dentro del Ministerio Público se desarrollen directrices uniformes respecto a negociaciones de pena en abreviados, solicitudes de pena en juicio e incluso dispensa de impugnaciones cuando se trate de casos donde resulten de aplicación los supuestos establecidos en el numeral 71 inciso g) del Código Penal.

De la misma manera, dado que se ha reflejado el poco conocimiento sobre esta herramienta, se recomienda la capacitación de las personas defensoras públicas sobre la cesura en los casos de defensa de mujeres en condiciones de vulnerabilidad, promoviendo desde el abordaje y elaboración de la estrategia de defensa en estos, así como su adecuada utilización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Legislativa. (1979). Ley 4573: Código Penal. San José, Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (1990). Ley 7142: Ley de promoción de la igualdad social de la mujer. San José, Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (1998). Ley 7594: Código Procesal Penal. San José, Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (2007). Ley 8589: Ley de penalización de la violencia contra las mujeres. San José, Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (2008). Ley 8688: Ley de creación del Sistema nacional para la atención y prevención de la violencia contra las mujeres y la violencia intrafamiliar. San José, Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (2012). Dictamen Afirmativo al Proyecto de Ley: Reforma a la ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, Ley N.º 8204 del 26 de diciembre de 2001, para introducir la proporcionalidad y especificidad de género.
- Asamblea Legislativa. (2013). Ley 9161: Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación capitales y financiamiento terrorismo. San José, Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (2018). Dictamen Afirmativo al Proyecto de Ley: Modificación de los artículos 71 y 72 de la Ley No. 4573, Código Penal de 4 de mayo de 1970.
- Asamblea Legislativa. (2018). Ley 9628: Modificación de los artículos 71 y 72 de la ley 4573, Código Penal. San José, Costa Rica.
- Barahona, M. y Mata, E. (2015). Los Estudios Generales como pedagogía multidisciplinaria en vías a la interdisciplinar. *Revista Nuevo Humanismo*, 3 (1), 39-53.
- Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, (2009), Litigación penal, Juicio oral y prueba, México 2005, Segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 97.

- Begné, P. (2012). Acción afirmativa: una vía para reducir la desigualdad. *Revista Ciencia Jurídica*, 1 (1), 11-16.
- Bueno Sánchez, E. (2005). Pobreza y vulnerabilidad en el contexto de la globalización. En: *Novedades en Población* año 1, no. 1 (2005) La Habana: CEDEM, 2005. 46-63.
https://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cedem-uh/20100516011754/Pobreza_y_vulnerabilidad.pdf
- Cardella, M; Lorenzo, L y Pierroni, G. (2021) *El juicio de cesura: La fundamentación de la pena desde las teorías del caso de la acusación y la defensa*. En *Revista Electrónica de Pensamiento Penal*, Octubre de 2021, No. 406.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89674-juicio-cesura-fundamentacion-pena-teorias-del-caso-acusacion-y-defensa>
- Castillo Sanguino, N. (2020). *Fenomenología como método de investigación cualitativa: preguntas desde la práctica investigativa*. *Revista Latinoamericana de Metodología de la Investigación Social*, año 10, número 20, octubre.
http://www.relmis.com.ar/ojs/index.php/relmis/article/view/fenomenologia_como_metodo/167
- Cevasco, J. (2017). *Técnicas y habilidades en la realidad del litigio*. Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. (2001) *La vulnerabilidad social y sus desafíos*.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4762/S0102116_es.pdf
- Comisión Técnica Interinstitucional sobre Estadísticas de Convivencia y Seguridad Ciudadana. (2023). *Violencia contra las mujeres en Costa Rica, Período 2020-2022*.
https://observatorio.mj.go.cr/sites/default/files/docs/Violencia_contra_las_mujeres_2020_2022_0.pdf
- Constitución Política de Costa Rica [Const]. Art 39. 7 de noviembre de 1949. (Costa Rica).
- Croda Marini, J., y Abad Espíndola, E. (2016). *Modelos de investigación cualitativa y cuantitativa y su aplicación en el estudio del derecho*. *Revista Electrónica de Investigación de la*

- Universidad de Xalapa. Universita Ciencia, México, año 4, N°12, enero-abril. <https://ux.edu.mx/wp-content/uploads/2.-Modelos-123de-investigación-cualitativa-y-cuantitativa-y-su-aplicación-en-el-estudio-delderecho.pdf>
- Coyle, A. (2009). La prisión del futuro. En: Carranza, E. *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica: ILANUD.
- Expósito, F. (2011). Violencia de género: La asimetría social en las relaciones entre mujeres y hombres favorece la violencia de género. *Revista mente y cerebro* 48, pp. 20-25. <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/32507942/Articulo-Violencia-de-genero-libre.pdf?>
- Feito, L. (2007). Vulnerabilidad. *Anales Sis San Navarra* vol.30 supl.3 Pamplona 2007. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000600002
- Feoli, M. (2019). Algo de justicia para las mujeres. Recuperado de: <https://www.nacion.com/opinion/foros/algo-de-justicia-para-las-mujeres/QOM32HXGYRGQREXOBKJMGMOZKM/story/>
- Fuentes Cano, A; Núñez Fernández, S y Saldaña Ortega, V. (2024). *Retos de igualdad y lucha contra la violencia de género desde una perspectiva multidisciplinar*. Tirant Lo Blanch. <https://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411973397>
- Fundación Arias para la Paz y el progreso humano (2015), *Privadas de libertad, vulnerabilidades extremas: caso de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Konrad Adenauer Stiftung. <https://sidoc.inamu.go.cr/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=707072>.
- Gamba, S. (2010). ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? <http://www.mujaresenred.net/spip.php?article1395>
- Gracia Ibáñez J; Barranco Avilés, M; Nagore Casas, M; Solanes Corella, A; Churruca Muguruza, C; Cuenca Gómez, P; Ruiz Vieyetz, D y Gómez Isa, F. (2014). *Vulnerabilidad y protección de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch. <https://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/info/9788490533901>
- Gutiérrez Atencio, D. (2006). *La Cesura del Debate como reflejo de un Proceso Penal más Acusatorio: Propuestas de una política criminal de corte garantista*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

- Houed Vega, M. (2021). El Proceso Penal en Costa Rica. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina49122.pdf>
- Jaen Hernández, E; Chant, S; Castellón Zelaya, L y Rojas Saborío, R. (2008). *La feminización de la pobreza en Costa Rica ¿un problema para las mujeres y los niños?* Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica, 33-34: 205-260, 2007-2008.
- León, M. (1998). *Mujer; Género y Desarrollo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/24666>
- Linares, J. (1989). Razonabilidad de las leyes; el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, Editorial Astrea, p 11.
- Melero Aguilar, N. (2010). Reivindicar la igualdad de mujeres y hombres en la sociedad: una aproximación al concepto de género. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* N° 11, pp. 73-83. <https://www.Dialnet-ReivindicarLaIgualdadDeMujeresYHombresEnLaSociedad-3316880.pdf>
- Moreno Holman, L. (2015). *Teoría del caso, Litigación y Enjuiciamiento Penal Adversarial*, Editorial Didot, CABA, pág. 31-39
- Narez Hernández, J; Medel Infante, A y Olmos Peña, S. (2019) *Formalidades del debido proceso penal: La teoría del caso*. En UACJ. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, año 4, (Núm. 7), 18-45.
- Nizama Valladolid, M. y Nizama Chávez L. (2020). *El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis*. Vox Juris. Lima. Vol. 38. N.º 2.
- Organización de Estados Americanos. (1993). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*.

- Organización de las Naciones Unidas. (2010). Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). Mujeres y niñas con discapacidad. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/women-and-girls-with-disabilities#notes>
- Organización de las Naciones Unidas. (2024). Las mujeres: empoderar no reprimir. <https://www.un.org/es/fight-racism/vulnerable-groups/women>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). 2011. Informe mundial sobre la discapacidad. <https://iris.who.int/handle/10665/75356>
- Palma Campos, C. (2011). Delito y sobrevivencia: las mujeres que ingresan a la cárcel El Buen Pastor en Costa Rica por tráfico de drogas. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, (37), 245-270.
- Pereyra Alva, F. (2023). *Derechos fundamentales cuya observancia justifica la incorporación de la cesura del juicio oral. Chota. 2021*. Tesis para optar por el grado de abogada de la Universidad César Vallejo, Lima: Perú.
- Pérez Contreras, M. (s.f.) *Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3843/4801>
- Pérez, P. y Gardey, A. (2009). Organización No Gubernamental. Definiciones y conceptos. Obtenido de: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>
- Poder Judicial. (2018) ¿Cuáles son las condiciones de vulnerabilidad? Recuperado de: <https://www.poder-judicial.go.cr/accesoalajusticia/index.php/noticias/80-cuales-son-las-condiciones-de-vulnerabilidad-4>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2022). ¿Quién cuida a las mujeres? <https://www.undp.org/es/latin-america/blog/graph-thought/who-cares-women>
- Ruiz Córdoba, C. (2023). La mujer como víctima especialmente vulnerable: La violencia de género desde una perspectiva criminológica. Tesis para optar por el grado de doctora en derecho de la Universidad de Granada. P.51.

Saulí, E. (2020) *Juicio de Cesura: Aspectos prácticos y dogmáticos para la determinación de la pena*. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/128>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1739-1992 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

Semanario Universidad. (2023). Unicef: En Costa Rica continúa aumentando la pobreza en hogares con jefatura femenina. <https://semanariouniversidad.com/pais/unicef-en-costa-rica-continua-aumentando-la-pobreza-en-hogares-con-jefatura-femenina/>

Apéndice F. Transcripción de entrevistas realizadas

Transcripción de la entrevista a la Trabajadora Social Alba Gutiérrez Villalobos

Buenos días, mi nombre es Ana Laura Sánchez, soy de estudiante en la Universidad internacional de las Américas. Estoy cursando la maestría en derecho penal y en este momento voy a iniciar con una de las entrevistas de mi trabajo. Por favor, si gusta me indica su nombre, a qué se dedica y su experiencia:

Alba Gutiérrez: Sí, mi nombre es Alba Gutiérrez Villalobos, eh, ocupo el puesto de Jefatura del Departamento de Trabajo social y psicología del Poder Judicial, tengooo, como 26 años de experiencia profesional. Y en el Poder Judicial tengo como veinti... ventidós años de laborar más o menos mjm.

Ana Laura: Muy bien doña Alba, muchas gracias. Vamos a dar inicio el tema del proyecto es la cesura en el proceso penal, la aplicación en la estrategia de defensa de las mujeres para el rebajo de pena por condiciones de vulnerabilidad a partir de los artículos 71, inciso G y 72 del código penal. Que dentro de sus objetivos hemos establecido que uno de ellos será valorar los elementos probatorios que se utilizan para desde la estrategia de la defensa, he, lograr reflejar esas condiciones de vulnerabilidad que afectan a las mujeres. En ese sentido, pues. ¿Usted sabe cuáles son los factores de vulnerabilidad que se asocian al género?

Alba Gutiérrez: Sí, sí empecemos en condiciones, digamos que tienen que ver con ese rol tradicional de la mujer, verdad, Por ejemplo, el ejercicio del cuidado de los hijos o de terceras personas que no solamente se limita, digamos a su propio grupo familiar de origen, verdad, sino que muchas veces se extiende incluso al grupo familiar de su pareja en el cuidado de niños, en el cuidado de personas adultas mayores, en el cuidado de personas con discapacidad, empezando por ese tema respecto a lo que es el cuidado, verdad, o incluso los progenitores, familiares enfermos, a veces una tía con un cáncer terminal, o sea el tema del cuidado que está muy asociado al tema del rol de género tradicional, verdad, que se le ha vinculado a la mujer.

El tema de la, del rol sexual tradicional, también de la procreación de que es la mujer, debe de procrear y además asumir la crianza y cuidado de los hijos desde un rol, digamos ya socialmente establecido, de cómo debe ser ese rol de buena madre, verdad, también tiene que ver un poco con el tema de la madre, de la mujer dedicada a los oficios domésticos, verdad, dentro de ese mismo

rol, esto al tradicional, el tema de la mujer dedicada al contexto familiar, a los oficios domésticos. Y que aun cuando trabajan fuera del contexto el domiciliario. También tienen que cumplir esa segunda o tercera jornada, asumiendo después de su trabajo remunerado, roles de cuidado, de crianza, de atención de la casa de los oficios domésticos, verdad, que siempre está muy vinculados, también asociado a esos roles, el tema de la pobreza, verdad que en esas condiciones sabemos que las mujeres por eso mismo posición que se le ha dado en la sociedad de inferioridad, con respecto al hombre podemos encontrar mujeres que se dedican, digamos a trabajos no remunerados, como el oficio doméstico por el cual no reciben ninguna remuneración y dentro de esta nuevamente el cuidado de sus hijos o de terceros, verdad, en las condiciones que ya señalé o bien también dedicarse a trabajos muy mal pagados, trabajos informales puede ser por falta de capacitación o muchas veces solo por el hecho de ser mujer, sabemos que hay, hay puestos, que desempeñan hombres que son mejores pagados haciendo las mismas funciones que haría una mujer, entonces también ahí que venga esa recarga, del cuidado de los hijos que los padres no siempre asumen el rol de responsabilidad y que entonces se le delegue a la mujer, él, incluso la manutención de la familia se vincula mucho todos estos roles al tema también de pobreza, verdad.

Ana Laura: Claro, En el caso de las mujeres acusadas de delitos propiamente, la gama de delincuencia que tiene nuestro país, ¿usted considera que eso debe ser tomado en consideración?

Alba Gutiérrez: Pues sí, claro, porque pueda hacer, o sea, habría que, yo creo que hay que analizar cada caso en particular, verdad, porque no podemos hacer generalizaciones. Hay como todo ese marco teórico, verdad, de antecedentes sociales, de esta violencia estructural porque es una violencia estructural que está así esté definida por los roles de género, que sí se ha trabajado mucho para tratar de erradicar y de construir esos patrones, pero que, si lo vemos hoy por hoy, verdad, todavía persiste muy arraigado en parte de la población estos patrones. Entonces, definitivamente, esos aspectos hay que tomarlos en cuenta porque pueden tener incidencia en la comisión de un delito, verdad, por cuestiones de vulnerabilidad social.

Ana Laura: Okey, eh la oficina de trabajo social, con la reforma ha adquirido una relevancia dentro del proceso penal en ese sentido...

Alba Gutiérrez: Sí...

Ana Laura: ¿Cómo es que participa la oficina en la Constitución de los elementos de prueba para reflejar estas condiciones propiamente?

Alba Gutiérrez: El departamento lo que hace son los Estudios Sociales, o sea, estudios de trabajo social para determinar esa vulnerabilidad, entonces se hace una investigación, mediante entrevistas que se aplican a la persona propiamente que está haciendo investigada o la que se le ha dado una sanción o la que está en un proceso o la que está acusada, verdad, se entrevistan otras fuentes de información también para poder, este tener elementos para hacer un, lo que nosotros llamamos una triangulación, una investigación cualitativa con elementos sociales como esos que le mencionaba, si hay dependencia económica, si la persona ha contado con condiciones laborales remuneradas. ¿Qué tipo de oficios ha desempeñado? Si han sido oficios formales, oficios informales, si ha recibido una remuneración adecuada en esos eh labores que ha desempeñado si se le han recargado las labores de cuidado, si se ha quedado solo en ella la responsabilidad de la crianza de los hijos, si, por ejemplo, bueno lo que se ha llamado ser jefe de hogar, verdad, si le ha tocado asumir el rol de jefe de hogar, si tiene terceras personas adultas mayores o con discapacidad a su cargo, si tiene acceso a servicios verdad. El contexto comunal en el que ha crecido incluso los antecedentes familiares también son un contexto relevante porque muchas veces estas mujeres vienen de contextos familiares permeados por la violencia, permeados por la delincuencia, donde la pobreza generacional y se va transmitiendo de generación en generación, valga la redundancia y se reproducen esos patrones de pobreza, verdad, y todo eso, pues por supuesto, podría incidir en que una persona ante una condición de una vida, pues se puede haber involucrada en un ilícito.

Ana Laura: Entiendo, ¿realizan ustedes trabajo de campo en estas investigaciones?

Alba Gutiérrez: Sí dentro de las investigaciones, entonces hacemos entrevistas, digamos a la fuente primaria, entrevistas a lo que llamamos fuentes colaterales, que son otras personas que pueden tener relación o conocer la situación de fondo de esta persona que está siendo investigada, hacemos análisis documental, verdad, que puede ser revisión de expedientes de certificaciones, temas relacionados con ayudas económicas o con, incluso diagnósticos que pueda tener la persona, verdad, porque también nos hemos encontrado mujeres que además de todas esas condiciones tienen alguna situación de salud, verdad, que todavía entonces las ubica una mayor vulnerabilidad, o que son migrantes es que ahí se puede ir sumando a la lista, verdad de condiciones de vulnerabilidad, una serie de factores que el ser mujer, más todos estos elementos van agregándole

más condiciones de vulnerabilidad entonces también hacemos trabajo de campo, digamos, para conocer ese contexto social en que ha crecido esa persona en que ha vivido esa persona en que se desarrolla esa persona y para también extraer información de ese contexto social en el que la persona se desenvuelve, verdad, para poder, como le decía, tener todos esos elementos que nos permitan triangular, o sea, este concatenar las variables, hacer un cruce de variables para poder completar un análisis más objetivo, este y más amplio de la realidad no quedarnos sólo con el discurso de la persona, sino tener otros elementos, claro, como le digo, cada caso es particular, verdad, hay otros elementos donde la información es más accesible, donde es más fácil encontrar fuentes de información. Hay otros casos donde las fuentes de información están muy reducidas, o no siempre se puede obtener toda la información que se quisiera para poder hacer un análisis más riguroso, pero la metodología sí está establecida, de manera que se cuente con la mayor cantidad de fuentes de información, que permitan hacer un análisis integral de las condiciones de esa persona, de vulnerabilidad.

Ana Laura: Entiendo doña Alba como usted lo sabe, parte de lo que la reforma trajo, que no solamente se visibilicen esas condiciones de vulnerabilidad, sino que se determine si tienen incidencia en el delito, como usted me lo indica, esa incidencia ¿La determinan ustedes en estos peritajes?

Alba Gutiérrez: No, vieras que es que, el tema con esto es que no digamos no son como lineales, verdad, no son situaciones causa efecto donde uno pueda determinar con una eh certeza del 100% que esa persona cometió un ilícito o se vio involucrada o está siendo investigada por un ilícito por el hecho de tener por condiciones, sí que pueden ser condicionantes, verdad y que podrían afectar eventualmente ese el comportamiento de una persona verdad, oh empujar a una persona hacia ciertas he conductas, pero no podemos determinar como con una certeza real así de poder asegurar que estos eventos necesariamente conllevaron a esa persona, porque hasta pueden haber otros elementos que tiene que ver ya con la parte individual de personalidad, verdad, que eso también nos podría explicar por qué una persona, dos personas en las mismas condiciones, de vulnerabilidad, una puede optar por cometer un ilícito y la otra no, porque podría ser ahí, otros elementos ya de personalidad, de factores internos, de la capacidad de resiliencia, de la interpretación que esa persona le da la adversidad verdad, cómo la persona reacciona ante esa situación eventualmente, o sea, se puede hacer como una, un análisis como una aproximación,

determinar si hay una vulnerabilidad, verdad social, pero afirmar digamos que producto de esa vulnerabilidad, la persona cometió el ilícito, no es así, tan exacto porque estamos hablando de comportamientos humanos que no son como siempre lineales, verdad, de que yo puedo decir que si usted sufrió en su niñez, por ejemplo, maltrato no puedo asegurar que usted vaya a ser una persona agresora a futuro, porque igual hay niños que han sufrido maltrato en la niñez pero no reproducen esa violencia, otros que sí la reproducen porque dentro de su historia de vida, dentro de la particularidad de su personalidad y de todos los procesos de vida que ha tenido «diay», hay personas que eso es lo único que conocen y es sólo esa forma, interpretan el mundo así y vuelven a reproducir o mientras que otra persona con la misma historia, o por lo menos con los mismos antecedentes, pueden recibir, tal vez tiene otros recursos de apoyo o tal vez el más resiliente tiene a nivel interno otras fortalezas que le permite ser más resiliente ante la adversidad y no necesariamente va, digamos, a optar por, por reproducir la agresión, digamos, con ese ejemplo. Lo mismo sería con el tema de la vulnerabilidad y la posibilidad de cometer un ilícito, son aproximaciones para poder entender por qué una persona podría este, cometer un delito o las circunstancias en que se podía encontrar, pero no necesariamente determinar a ciencia cierta verdad, como una relación causa efecto de que porque, la persona vivió estas experiencias definitivamente, por eso cometió el delito, verdad.

Ana Laura: Claro, doña Alba, cuántos trabajadores sociales están a su cargo a nivel nacional.

Alba Gutiérrez: Ay, ya le voy a dar el dato más exacto, acá tengo una lista.

Ana Laura: No se preocupe.

Alba Gutiérrez: Son como 90, ya te digo cuantos son, en trabajo social con 98

Ana Laura: 98. eh...

Alba Gutiérrez: Bueno perdón, pero de esos 98 creo que 11 son de Justicia restaurativa.

Ana Laura: ¿No se realizan estos peritajes?

Alba Gutiérrez: No, atienden casos de 77, 79 y 72, pero no hacen peritajes lo que hacen es el proceso metodológico, entonces digamos que si le quitamos esos serían como 87 profesionales peritos en todo el país para llevar a cabo esas valoraciones.

Ana Laura: Yyy... ¿Ha tenido algún impacto la reforma en el trabajo ustedes?

Alba Gutiérrez: Bastante, ha incrementado muchísimo, muchísimo las solicitudes para valoraciones sociales, al punto que se han saturado las agendas, verdad y también sobre todo cuando hay personas privadas de libertad por el tema de la privación de las medidas cautelares, verdad entonces hay mucha presión, digamos, de los despachos judiciales para que esos casos salgan con prontitud y para que se hagan los análisis debidos, verdad, pero el tema es que, que digamos el departamento atiende todas las materias. Pues no solo lo penal. Entonces hay que dar respuesta a todos los otros procesos y no siempre las agendas eh, permiten porque sí tenemos una, una condición de casos que entran como agentes a los que se les da prioridad por la naturaleza en que entra el caso de urgente, pero a veces ya todos los espacios de agenda están llenos de audiencia, de familia, de violencia, de otros asuntos de penas juvenil, verdad entonces ahí a pesar de esos recursos lo que tenemos son como, 21 oficinas, que son como sedes, y eh además como me explico, son sedes porque son oficinas ya propiamente con código, presupuesto propio y todo

Ana Laura: Okey

Alba Gutiérrez: pero digamos que además de esas 21, 22 oficinas tenemos 31 sedes, es decir, por ejemplo en corredores, hablando de corredores, en corredores, la sede, la oficina, este propiamente es la de corredores, pero hay una profesional destacada, una trabajadora del destacada en golfito, que pertenece a la oficina de corredores, pero tiene un espacio físico, tiene una oficina física en golfito, pero pertenece a la oficina de correos, lo mismo en Buenos Aires, en Buenos Aires tenemos una trabajadora social pero que pertenece a la oficina de Pérez Zeledón entonces, digamos lo que podríamos decir es que 31 sedes, por así decirlo, me refiero a que hay oficinas y por lo menos hay una profesional en Puriscal, también tenemos una trabajadora social, entonces hay 31 sedes donde hay por lo menos, al menos 1 trabajadora social.

Ana Laura: Entiendo, y en la experiencia suya porque vamos a ver, no vamos a olvidar que, al fin y al cabo, el peritaje es para un proceso judicial y muchas veces los jueces y las partes procesales, Ministerio Público y defensa no comprenden el contenido del peritaje. ¿Qué, qué experiencia han tenido o qué se diferencia cuando el perito trabajador social va al juicio a declarar?

Alba Gutiérrez: Vieras que a la fecha si no me equivoco, no tengo conocimiento de que haya correspondido alguna profesional ir a declarar, digamos.

Ana Laura: Qué interesante.

Alba Gutiérrez: Sé que algunos sí han pedido aclaraciones, pero escritas, bueno, le digo, puede ser que haya pasado y no me lo hayan reportado, verdad, pero tal vez supervisión sí tenga el dato, pero por lo menos yo que tenga conocimiento en caso de, de esos hayan pedido a alguien ir a declarar en juicio, no hemos tenido como experiencia que yo tenga conocimiento el dato lo podríamos colaborar ahora después con, con la Jefatura de sección de trabajo, sea porque digamos, yo tengo acá alguna Jefatura del departamento y soy trabajadora, pero también tenemos una sección de psicología y una sección de trabajo social y cada sección tiene una jefatura, entonces más bien yo, incluso si a usted le parece, le recomendaría que también podía entrevistar a la jefa de sección de trabajo social,

Ana Laura: Claro.

Alba Gutiérrez: Porque ella digamos si supervisa informe si tiene como un contacto más directo con los peritos en esa parte y podría ser que ella conozca alguna situación que yo en este momento ignore, pero digamos, sí le puedo decir que no es común, eso sí, si se han dado y que yo no las conozca, si le puedo asegurar que no es común, que si es más probable que hayan pedido aclaraciones escritas que después de que se entregue el dictamen pida una declaración, una ampliación, pero no es común que llamen a juicio.

Ana Laura: Que interesante, porque en otras pericias sí, sí es como común.

Alba Gutiérrez: Si en otro tipo de pericias sí.

Alaba: Si como en abuso sexual, por ejemplo.

Ana Laura: El médico legal, es muy dado que vaya a juicio con nosotros.

Alba: Si exacto.

Ana Laura: Doña Alba, ya porque vamos a ver no solamente en dictámenes de mujeres, también ustedes atienden hombres y desde el trabajo social se atiende muchísimas poblaciones, pero ¿Cuál diferencia puede encontrar usted entre la mujer acusada del delito y el hombre acusado de delito? ¿Cómo? ¿Cómo influyen estos factores en uno y el otro?

Alba Gutiérrez: Bueno, el tema ahí es precisamente es, ese análisis de cuáles son esos factores de riesgo que se están analizando, verdad, porque en el tema de las mujeres es, es común encontrar este tipo de factores, digamos, en los hombres también se pueden encontrar elementos como crecer

en un ambiente de riesgo, crecer en condiciones de pobreza, pero no está todo este otro recargo de mandatos sociales que tienen las mujeres y no solo al mandato, es que se asume verdad y a veces, aunque no se quiera, se asume.

Porque digamos en, en muchos casos, simplemente el progenitor de los niños abandonados se desaparece de y la mujer queda ahí con los niños y a ver qué hace con esos niños, verdad sí o familiarmente también es como común, verdad es que usted es mujer, entonces usted le toca el cuidado, mamá le toca el cuidado de papá o le toca el cuidado de la hermana que tiene una discapacidad y al final de cuentas, esos roles este que hacen que sea asuman una serie de condiciones que aumentan esa vulnerabilidad son más comunes en las mujeres que en los hombres por un tema volvemos de género, o sea, en los hombres hay otros factores de vulnerabilidad y muchas veces la comisión del delito podría eventualmente encontrarse como factores de vulnerabilidad, una, un vínculo hacia comportamientos altamente violentos hacia el aprendizaje social de la violencia, que también pasa por el género, verdad con los hombres que desde pequeños aprenden a resolver conflictos con violencia o se validan en los hombres la resolución de las cosas mediante la violencia, y se les enseña digamos un rol de masculinidad muy vinculado al uso de la violencia, verdad, y volvemos a lo mismo, no todos los hombres que crecen dentro del contexto machista o dentro de una cultura este patriarcal son violentos porque ya ahí vienen otros factores internos, y, y características de personalidad y factores contextuales, pero en las mujeres, digamos sí es más común y propenso a encontrar todas estas otras variables, verdad de vulnerabilidad, en un reclamo, de los roles sociales en un desgaste de las mujeres para poder ver cómo resuelven las necesidades básicas son solo, empezamos con las básicas verdad comer, dormir, tener un techo verdad, o las más básicas, que tal vez en los hombres el, el contexto en que se da la comisión del delito no está tan vinculado a este tipo de variables, verdad, sino a otras variables más asociadas al vínculo, a veces con grupo de pares también que ya están en pandillas que ya han cometido delitos, consumo de drogas verdad que en las mujeres se da, pero está todo en esta otra parte de género y en los varones también esa parte de género asociada a la masculinidad con los comportamientos violentos como asociarse con grupos de riesgo, verdad con asumir riesgos, también todo parte de esa masculinidad que es desafiante, que tiene que demostrar a los otros que puede, que no tiene miedo, verdad y que los hombres no, no miden riesgos a veces, sino que son más impulsivos para actuar, eso como un análisis generalizado, pero igual hay que ver la particularidad, pero entonces en las mujeres sí es más común encontrar estos otros elementos,

verdad, asociados a la recarga de los roles de género y del rol sexual tradicional de la mujer, no tanto en el caso de los hombres, verdad.

Ana Laura: Finalmente, doña Alba. ¿Desde su experiencia amplísima que ya nos indicó, cree usted que esta reforma que viene a poner sobre la mesa estas condiciones propias de las mujeres contribuye de alguna forma a una justicia más equitativa?

Alba Gutiérrez: Pues yo pienso que sí, porque es una forma de discriminación positiva verdad, que la discriminación positiva es cuando se toma alguna medida en favor de un grupo que tradicionalmente ha sido desfavorecido y discriminado, verdad, en este caso, las mujeres por una historia cultural este donde la mujer se han preocupado una posición de menor poder y desventaja socialmente hablando entonces para mí eso responde a una acción discrimina, discriminación positiva para poder darle a estas mujeres ese reconocimiento que socialmente se les ha negado verdad, este desde ejercicio de sus derechos de que también se les den oportunidades de que se valide esa carga social que las mujeres se les ha dado verdad históricamente de que se reconozcan esos elementos que a veces nadie reconoce o que la sociedad no ha querido validar, verdad, o que mucha gente minimiza o discrimina o no toma en consideración, por ejemplo, lo que lo decía de hasta tres jornadas de trabajo fuera de trabajo ordinario, más la segunda jornada, más la tercera jornada, atender a los hijos a veces a la pareja, a veces a los papás adultos mayores o, a otros familiares enfermos y además hacer los oficios de la casa y además ver cómo hace para alimentar a la familia, verdad, y uno lo ve también ósea si uno quisiera hacer un análisis más amplio, hasta lo vemos en el tema de pensiones alimentarias, verdad, como a veces este, yo sé que el observatorio de género hizo un estudio respecto a las pensiones, la pensión más alta, las pensiones más bajas y, en general, las pensiones son muy bajas, verdad, y uno escucha en el común decir ay es que utilizan la pensión para mantener a toda la familia y tal vez son dos niños en edad escolar, este que hay que pagar comida, vestido, educación, techos, servicios públicos, este recreación y la pensión son de 100.000 colones, o sea, quién alimenta a dos niños y satisface todas las necesidades de 2 niños con 100.000 colones y además mantiene a toda la familia verdad como dentro de ese eh, eh, fantasía que a veces la sociedad se hace porque es como un «subjuzgamiento», siempre verdad, y es como querer no reconocer, esas necesidades o esa realidad que las mujeres viven desde ese rol tradicional y que en condiciones de pobreza se tiende a incrementar más, verdad, la necesidad de que la mujer tiene que ver cómo sale adelante sola con sus hijos y aun cuando trabaje, aun cuando tiene pareja,

muchas veces igual se sigue recargando ese rol social en ella, verdad, porque su pareja puede ser un proveedor económico, pero no asume la crianza de los hijos, no asume el cuidado de familiares, no asume los oficios domésticos, entonces, al final siempre va a ser un recargo para las mujeres, entonces a mí me parece que sí, que eso es un avance, verdad, y es un logro desde el punto de vista de los derechos de la mujer, desde el crear condiciones para tener en cuenta todos esos factores sociales que inciden en la discriminación de género, que si hay que afinar cosas que sí, creo que hay que afinar cosas verdad. Este que hay que seguir trabajando el tema de sensibilización y creo que la capacitación sí es necesaria, yo creo que sí es importante hacer, por ejemplo, esta pregunta que usted me hacía verdad que si se puede discriminar mediante un estudio social la relación directa y que el estudio pueda determinar que la persona cometió el delito producto de esos factores de, de vulnerabilidad, o sea, pienso que sí, es importante la capacitación foros de discusión, verdad, tanto para la defensa pública como para la Fiscalía como para nosotros como departamento en poder, digamos, saber cómo interpretar esto, de manera que el uso que se le dé sea realmente para reivindicar los derechos de las mujeres, verdad, porque desde otro punto de vista hay gente que lo ve como una alcahuetería, verdad y eso no lo escucha, lamentablemente o como lo ve que simplemente es un favorecimiento para este darle beneficios a una persona para salir, digamos, con, con ganancia ante la comisión de un delito, pero ese no es el fondo con el que fue creado, verdad, el objetivo es lograr esa equidad de género como bien dice la pregunta creo que sí, ahí, hace falta como afinar cosas, pero sí creo que es un gran logro y creo que es un gran avance definitivamente y que ya que se piensa en tener en cuenta a la hora de resolver un caso de estos, los factores de vulnerabilidad es un elemento, digamos, de lo psicosocial que antes no se estaba visibilizando, se limitaba nada más a lo puramente legal, verdad, sin tener en cuenta que el ser humano estaba inmerso en una sociedad y como le decía ahora las mismas razones que nos impiden determinar de manera causa efecto, la comisión del delito vinculado a los factores son las mismas condiciones, que hacen que en todo lo legal se tenga que ver al ser humano de manera integral, verdad, porque ahí es donde vienen todos esos elementos que a veces, a veces no se consideran, a veces sí, pero que esto ha venido a hacer un logro y un una ganancia este, en la lucha por la equidad de género definitivamente lo es verdad y que creo que bien encaminado bien interpretado, va a ser de gran ayuda y de gran, si no es que ya lo está haciendo verdad.

Para las mujeres que, por diferentes circunstancias, «díay», llegaron hasta el punto de cometer un delito en verdad, pero que tal vez nunca contaron con los recursos de apoyo y las condiciones

necesarias para poder salir adelante y que pueden estar enfrentando situaciones de mucha adversidad y que tal vez la salida que encontraron no era la mejor, pero esa fue la que encontraron o la que pudieron acogerse en ese momento, verdad, y que entonces sí, sí, tengan oportunidad de poder reivindicarse, pero que también en esa oportunidad que se les dé el mismo estado porque es responsabilidad del Estado, provea también las condiciones, verdad, porque esa es otra cosa, a veces se quiere que las mujeres reciban ese beneficio, pero no hay elementos de apoyo, después para contrarrestar esos factores de riesgo, entonces de qué nos sirve esto si estos van a volver a las mismas condiciones de riesgo...

Ana Laura: Exacto

Alba Gutiérrez: Con las mismas necesidades, verdad, entonces sí, se necesita ahí donde digo que hay que afinar esto, verdad, y que hay que, el Estado también debería preparar las condiciones necesarias para que estas mujeres puedan recibir el apoyo que no han tenido, que se pueda solventar todas esas falencias y que muchas de ellas lo que quieren es una oportunidad, verdad, y contar con esos apoyos para poder salir adelante porque les ha tocado una vida muy dura, muy difícil, verdad, con muchísima vulnerabilidad y a veces desde niñas, verdad, vienen sufriendo violencia, vienen sufriendo estas condiciones de pobreza extrema, mucha necesidad económica y luego asumen una, un grupo familiar propio, y se produce esa pobreza, se reproduce la violencia social y a veces de pronto no encuentran otra, salida o se ven expuestas a situaciones también de mucho riesgo, donde lo único que, que optaron fue por cometer una práctica que tal vez las llevó luego a encontrarse en un proceso judicial, pero sí es necesario afinar como todos los elementos para que la respuesta no se quede solo como en el papel o en un artículo de la ley, sino que se aplique en la práctica

Ana Laura: Evitar que vuelvan a lo mismo.

Alba Gutiérrez: En el beneficio exactamente y que puedan recibir todo el apoyo social que se necesita, para poder también empoderar las habilidades y las capacidades de esta mujer bien orientadas, verdad.

Ana Laura: Claro, Muchísimas gracias doña Alba de verdad demasiado información de calidad es parte y siempre reconocer el trabajo de ustedes como trabajadores son muy pocas para el país, lo entiendo, pero nos ayudan muchísimo.

Transcripción de la entrevista a la Trabajadora Social Wendy Garita Gómez.

Muy buenas tardes. Mi nombre es Ana Laura Sánchez Bertarioni, soy estudiante del posgrado en ciencias penales de la Universidad internacional de las Américas y esta tarde voy a realizar una de las entrevistas de la misma, para mi proyecto de graduación que se titula la cesura en el proceso penal, aplicación en la estrategia de defensa para el rebajó de la pena a mujeres por condiciones de vulnerabilidad a partir de los artículos 71 y 72, inciso g, del Código Penal, por favor me indica su nombre eh su eh pues su función y algunos atestados, por favor.

Wendy Garita: Bueno, mi nombre es Wendy Garita Gómez, yo soy trabajadora social eh trabajo en el Instituto nacional de las mujeres ya desde hace 18 años y eh actualmente me encuentro en el departamento eh, de condición jurídica y protección de los derechos de las mujeres, en donde me desempeño como coordinadora de la red de atención a mujeres en procesos penales y sus familiares, dependientes en situación de vulnerabilidad, verdad, entonces este, ese es el, el cargo que en este momento tengo.

Ana Laura: Muy bien doña Wendy, bueno, como lo indica el título, lo que pretendemos analizar son estos factores de vulnerabilidad que se han establecido, en la ley penal y su posible incidencia o no verdad, en el juzgamiento de las mujeres, entonces vamos a empezar si usted nos puede indicar ¿qué es lo que usted conoce sobre estos factores de vulnerabilidad y su relevancia?

Wendy Garita: Em yo empezaría diciéndote que todos y todas somos un producto histórico, verdad, somos el resultado de, de un montón de oportunidades o limitaciones que hemos tenido en la vida y esas características eh sociales, políticas, ambientales, culturales, económicas este llegan a em colocarnos en una posición y condición social determinada, entonces eh estos factores, por supuesto que juegan en toda esa eh en ese escenario dinámico dialéctico eh, a la hora de ir trazando nuestra vida, verdad, entonces, por supuesto que los factores de vulnerabilidad que podamos ir detectando eh podrían incidir más de lo que creemos verdad, en algunos casos y en algunos casos también pueden incidir, varios en la comisión de un delito verdad o en alguna, eh condición particular este, por ejemplo, el tema de la pobreza, verdad es fundamental y lo vemos muchísimo, eh sobre todo en las mujeres el tema de violencia, verdad, todas las vivencias que hay alrededor de eso y no solo una vivencia de vida en algún momento de la vida, sino entendida como el continuum de la violencia de la teoría eh, donde las mujeres vivimos violencia desde que nacemos y la hemos tenido tan naturalizada que eh ya está estructural en todos los ámbitos en los que nos

desenvolvemos y no la vemos, verdad, eh, de hecho la vez que bueno hemos hecho diagnósticos desde la red y aparte de eso ha sido como las mujeres «invisibilizamos» la violencia, pero al final todas terminan de alguna manera reconociendo, verdad, en el primer diagnóstico que hicimos en el 2016, este el 93% de ellas indicó haber vivido alguna forma de violencia, verdad, con mujeres en privación de libertad y el que hicimos en el 2022 que está más fresquito, el 100% de reconoció haber vivido, alguna forma de violencia, verdad, este y por supuesto que tiene que ver este continuum de la violencia en cómo nos posicionamos y nos sentimos frente a la vida y a las relaciones de poder verdad porque al final, eh, esta violencia hacia ellas verdad, porque también está otra violencia que ellas pudieran ejercer hacia fuera, eh, a la otra pero esta violencia que ellas experimentan está mediada por relaciones de poder, verdad, en donde es a veces tan sutil que cuesta darnos cuenta, eehh, y esto también puede ponerlas en un riesgo, eh, para él, el delito entonces bueno, está la pobreza, está la violencia, está el haber sido víctima de otros delitos, verdad, este muchas de las mujeres, de las usuarias que atendemos en el sistema penitenciario y a través de la red de mujeres eh, por ejemplo, han sido usuarias que han vivido explotación sexual comercial, usuarias que han vivido muchísimas que, de hecho eso tiene que ser investigado, en algún momento han vivido en negligencia parental, verdad, que han sido mujeres, niñas, adolescentes abandonadas, no supervisadas, no protegidas, y eh, esto ha derivado en este, pues en un riesgo social considerable que la vínculo con, con delito, eh, también víctimas de otros, de otras situaciones, como que se les ha negado el derecho al estudio, verdad, el derecho a la educación, siendo este un país con educación primaria obligatoria, verdad, y gratuita eh, tenemos, no pocas mujeres que no están alfabetizadas y que y que debieron estarlo y detrás de eso hay una negligencia pues parental que no lo permitió, verdad, entonces este es otro factor de vulnerabilidad, las historias de vida de ellas, eh, el vivir en una sociedad patriarcal ya es un factor de vulnerabilidad en sí mismo, ¿Por qué? Porque esto hace que tengamos menos oportunidades por nuestra condición de género, en el sentido de, eh, por ejemplo, encargarnos de nuestros hijos e hijas, prácticamente de manera exclusiva hace que tengamos menos oportunidades laborales, menos oportunidades de autonomía física, de autonomía económica y eh, por supuesto, esto nos, nos coloca en otros en, en otros factores, dentro de la «interseccionalidad», verdad, la, eh, política para la igualdad de equidad de género del país verdad, la PIEG y el plan hoy que es el plan.

Ana Laura: Doña Wendy se le dejó de escuchar, ahora sí.

Wendy Garita: No mejor me los quito porque veces se desconectan, eh no te contaba que en la política eh, nacional para la igualdad entre hombres y mujeres, eh, y el plan hoy que es el Plan Nacional de prevención y atención de la violencia contra las mujeres de todas las edades, hay, hay una recuperación de una discusión que sería muy importante, tal vez si la pudiera revisar muy, muy rica, eh, que habla de del círculo perverso verdad de la exclusión, que es este binomio entre pobreza y violencia donde se demuestra con datos también, he como las mujeres que están en pobreza, tienen más riesgo de vivir violencia y no poder salir de esa violencia..

Ana Laura: Wow.

Wendy: ... y, y al revés también las mujeres que viven violencia tienen más riesgo de caer o de perpetuar eh situaciones de vulnerabilidad socioeconómica, verdad.

Ana Laura: Interesante.

Wendy Garita: Entonces, ¿cómo no podemos, eh, diferenciarlos o verlos como factores aparte?, sino que esto, pues va teniendo toda una lógica y por eso se llama círculo perverso de la explosión, este, también el hecho de estar encargados, de encargada de nuestros hijos e hijas, verdad, como te decía, eh, hace que el sistema se vuelva mucho más cruel verdad, y las desigualdades y las brechas de género, pues mucho más acentuadas esto también si vemos, por ejemplo, las mujeres tienen mayores títulos, verdad, ya viéndolo como en general de brechas de géneros mayores títulos universitarios y mayores años de estudio, eh que los varones sin embargo, cuando nos vemos, eh, cuando vemos ya la inserción de las mujeres al campo laboral y a la fuerza laboral, es al revés entonces, aunque tenemos más años de estudio, no logramos, eh, colocarnos, eh, eh, en un trabajo digno, verdad, sobre todo trabajo digno, las mujeres engrosamos las filas de la informalidad laboral, verdad, cuando tenemos trabajo, generalmente suele ser informal, entonces este, esto también es un factor de vulnerabilidad, ya nos lo viene diciendo también Naciones Unidas desde el 2000. ¿Qué? ¿14? ¿16? Eh, que la pobreza tiene cara de mujer, verdad, este y esto es algo absolutamente probado o sea porque el 70% de las personas pobres en el mundo son mujeres, o sea, esto no es casual que sucedan en todas las sociedades a lo largo y ancho del planeta, verdad, entonces quiere decir que hay factores ahí que subyacen en lo más profundo en el ADN cultural de las sociedades que nos coloca en situaciones de vulnerabilidad social, verdad.

Ana Laura: Claro

Wendy: Y qué y que nos limita, ajá solo por el hecho de haber nacer, nacido mujeres, entonces creo que sí, sí creo, digamos como volviendo a tu pregunta, los factores de eh, vulnerabilidad son una marca este una marca muy importante que tenemos que ver a la hora de analizar cualquier fenómeno social y sobre todo si estamos hablando de vulnerabilidades generadas a partir del género que son tan sutiles y que además en este sistema, pues patriarcal y misógino este se nos enseña a naturalizar las, entonces tenemos que hacer un esfuerzo doble, verdad, para detectarlas, porque entonces por un lado tenemos como toda esa teoría que, que sí que nos puede decir ok sí, por aquí puede haber una vulnerabilidad a algo que podamos explotar pero por otro lado, tenemos toda una sociedad que nos dice ay, no, eso no es nada, verdad, ay no es que, este, la verdad, eso es que no le echa ganas eso es que «diay» para se metió, verdad, a vender droga o para que verdad, por qué no pensó en sus hijos o sea, está como este doble discurso moral y social donde a las mujeres se nos juzga el doble o el triple por las situaciones que suceden yo en todo lo que llevé trabajando en, en este tema y en coordinación con las compañeras del Ministerio de Justicia que han trabajado tanto con población de hombres como con población mujeres, ellas nos decían jamás, jamás, jamás hemos escuchado que a un hombre le digan cómo delinquiró hubiera pensado sus hijos.

Ana Laura: Y a una mujer sí.

Wendy Garita: Verdad, y a una mujer es lo primero que se le dice.

Ana Laura: Exacto.

Wendy: Verdad, lo primero, entonces está la sanción formal y está la sanción moral, que además es mucho más grave en las mujeres que en los hombres, aunque fuera el mismo delito.

Ana Laura: claro, y licenciada vamos a ver en el contexto judicial, porque ustedes, desde el INAMU también trabajan con el Poder Judicial, ya nos has dejado claro que esos factores permean todos los aspectos sociales, ¿Son especialmente relevantes de alguna forma en procesos judiciales donde se acusa a mujeres?

Wendy Garita: Para mí sí, ajá, porque este no podemos tratar igual lo que es diferente, verdad, eso lo, dice la, la teoría de género partiendo desde ahí, eh pero la perspectiva de género eh no se va a incluir sola, porque lo normal es que no tengamos perspectiva de género porque no fuimos este «diay», socializados socializadas para eso verdad, entonces hay que hay que integrarla al propio

verdad, eh si yo no hago un esfuerzo por ver la norma y la situación diferenciada, verdad, no lo voy a hacer, verdad, ya sea llámese defensora, llámese este asistente, llámese jueza, juez en verdad nadie lo va a ver si no hemos sido eh este enseñados y enseñadas a eso, verdad, y yo siempre digo que la perspectiva de género es como un músculo que hay que ejercitar verdad, hay que estar como ejercitándolo, ejercitándolo para poder ir abriendo esa mirada y ver que este efectivamente tengo que este va a ser un análisis de esto y yo sé que bueno porque incluso te lo digo en muchas ocasiones a lo largo de este trabajo verdad, yo llevo de siete años de estar en la red o en este tema en particular y muchos se nos ha cuestionado de que si estamos tratando de, de, de eludir la responsabilidad social, eh la responsabilidad penal de las mujeres, verdad, eh, y no es se trata de eso o sea, se trata de hacer un análisis justo eh, de los antecedentes del caminito que tuvo que cruzar esa persona para llegar a este momento, verdad, eh, nos hemos topado con historias muy duras, o sea, muy muy duras una de ellas recuerdo que era una mujer que entrevisté hace dos años, cuando estábamos haciendo el diagnóstico era una mujer que parecía adulta mayor de hecho, creí que la última mayor cuando me dijo su edad tenía mi edad, verdad, tenía o sea una mujer que ni siquiera tenía 40 años, no tenía, este, lectura, escritura nunca había ido a la escuela, consumía desde antes de nacer y ella lo que me decía es el recuerdo que yo tengo de mi infancia lo único recuerdo es de, es vivir en calle nunca había vivido en una casa, nunca en la vida, nunca en una familia, es vivir en calle y decirle a la mamá, tengo hambre y que la mamá se volviera lo que él fuera, lo que él le diera coca para que ya este drogarla y que no le pidiera comida.

Ana Laura: Qué triste.

Wendy: Y entonces ella, ella ha consumido desde toda la vida, o sea, toda la vida.

Ana Laura: Claro.

Wendy: Desde que estaba en el vientre de su mamá, esta chica fue, este o sea criada en calle bueno, ni siquiera criada, verdad, pero fue, tenían calle hay un estado que falló, verdad, en la detección temprana de su embarazo de su mamá para la protección de ella, eh un estado que falló dejando la salida del hospital el día que nació, un estado que falló con este con estimulación, con un CENCINAI con educación primaria para ella, hubo un estado que falló con darle este una familia, con darle albergue con darle apoyo o sea, ni siquiera PANI estuvo ahí, verdad, de garantizar el alimento, de garantizarle un techo, a esa menor de edad, a esa bebé, a esa niña eh, después adolescentes entra, ah, este a penal juvenil verdad, porque obviamente se vincula con un delito, no

tenía absolutamente ninguna red de apoyo familiar, se vincula con un delito, se vincula además con este crimen organizado de narcomenudeo y, y esa es la manera en que ella ha sobrevivido y por supuesto, después la ruta crítica que sigue la mayoría de las mujeres que están en calle, que es la explotación sexual comercial y el trabajo sexual, verdad, este, ella ingresa al Vilma Curling y de ahí, bueno, sale vuelve a entrar otro momento sale, vuelve a salir y una de esas que salió fue víctima de un intento de femicidio ampliado por unos sujetos que entre varios ejercieron violencias tremendas contra ella creyeron que la mataron, la tiraron a un barranco, ella se despierta horas después, o sea, ella se despertó horas después empieza a caminar y es una violencia que no fue denunciada, que quedó impune y que a nadie le importa.

Ana Laura: Oh que duro.

Wendy Garita: Que llegué en ese momento cuando la estábamos atendiendo, nos decía, Ah no, ella es clienta frecuente aquí con un desprecio, verdad.

Ana Laura: Sí.

Wendy: Eh, para referirse a ella de los mismos funcionarios del Ministerio de Justicia, entonces yo digo de verdad esperamos que esta persona fuera diferente de verdad esperamos que esta persona pudiera estudiar, pudiera conseguir un trabajo, no delinquiera cuando jamás tuvo una red de apoyo jamás nunca ni una persona y de hecho su mamá está en este momento en privación de libertad y no, no hay contacto entre ellas, no tiene ningún otro hermano, no tiene nadie en este país que la pueda ayudar verdad, entonces el ve y todo eso sin cumplir 40 años, verdad.

Ana Laura: Claro.

Wendy Garita: Y tras de eso terminamos la entrevista y lo que me dice, Wendy, yo lo mejor que me pudo haber pasado a mí fue este caer privada de libertad porque aquí estoy estudiando, aquí nadie me viola en la noche, aquí puedo dormir segura, verdad, aunque sea en una de, de tabla me dice, pero duermo segura como tres veces al día, no me drogo verdad, o sea, son cosas tan básicas que yo digo como diantres un estado es capaz de poner una sanción, ahora sí, ya cuando delinque, pero estar así absolutamente ausente en toda su historia de vida, verdad, entonces, estas son como las, las consideraciones que deberíamos hacer, verdad a la hora de este, estar frente a una persona, porque yo no, es solo un expediente bueno, no es solo una, un imputado o una imputada, verdad,

sino es una persona con una historia de que tiene que ser mirada este con dignidad, es eso tiene que ser mirada con dignidad.

Ana Laura: Claro, claro, si dentro de los centros penales uno encuentra historias tristísimas y el Vilma Curling no es la excepción desde mi perspectiva como abogada, yo tengo claro el abordaje, pero, del trabajo social esta reforma vino a integrarnos, a hacer una dupla entre lo que somos, al menos los funcionarios de la defensa pública y lo que son las personas trabajadoras sociales. ¿Qué aspectos o cómo dentro de esos abordajes que realizan los y los trabajadores sociales se toman en consideración estos? ¿Cómo es el peritaje que debe rendirnos para que dentro del proceso judicial podamos visibilizar estas condiciones?

Wendy Garita: Si bueno, ahí vieras que te puedo dar mi opinión.

Ana Laura: Claro.

Wendy Garita: Pero como externa verdad, porque en realidad no conozco, pues a fondo, qué harán las, las colegas y los colegas dentro del Poder Judicial, verdad y cuáles son los alcances que, que tienen y los recursos que tienen para hacer una, una pericia social, eh, sin embargo, bueno, ya como desde la raíz de la formación, verdad, ehm, sí ver estos factores, pero también tienen que tener perspectiva de género y perspectiva de género, incluso no solo hacia las mujeres, verdad también este, eh, eh, entender verdad que los hombres también tienen un camino desde esta perspectiva de género que en una sociedad igualmente patriarcal los ha pues he encasillado en ABC de lo que se espera de ellos, pero en el caso particular de las mujeres es mínimo tendría que hacerse un análisis de género de la división sexual del trabajo, de las relaciones de poder, este de cómo esa persona se vinculó con las personas que, por ejemplo son coimputadas, verdad, si hay ahí relaciones de poder, relaciones de género y no solo solo, solo si es por ejemplo, eh Ah, que era pareja del fulano, verdad, no, a veces no es la pareja, a veces el papá, a veces la mamá verdad, y ahí también hay una relación de poder recuerdo que me había llegado una chica, eh hace, mucho me la había preferido la defensa Mario, por cierto este que se había involucrado ahí en una venta de droga, un traslado de droga o algo así por la mamá del, del novio, verdad, eh, y entonces, bueno, ahí uno diría, bueno, «diay» sí es otra mujer, era la mamá del novio, ahí verás, pero cuando empezamos a explorar y explorar el caso, esa chica estaba en trata, verdad, y nadie lo había visto, estaba en trata porque entonces vivía con el novio y la mamá del novio los dos ejercían poder sobre ella, además, había empezado la relación de ella y el, el chavalo esté siendo ella menor de edad y el mayor de edad era una relación

impropia ahí había otro delito, verdad, eh la mamá del, del chaval este ejercía un poder tremendo de dominio sobre ella, al punto que a veces le negaba la comida, ella embarazada la dejaba fuera de la casa, este lloviendo y ella fuera rogando que le dejaran entrar y así es como la coaccionan para que traslade la droga o sea, son un montón de situaciones que cuando yo hablo con las compañeras que la atendieron después en el servicio de violencia me dice, bueno, y eso es trata de personas verdad, entonces, eh, es esta pericia verdad, de, de hilar un poco más, de ver que hay una historia de relación impropia que además ejerce otras relaciones de poder ahí, que tienen el poder sobre la comida de ella, que tienen el poder, porque además era una mujer embarazada, eso la vulnerabilidad aún más este, que además era una mujer que no tenía redes de apoyo familiar, entonces esta se convirtió como en su familia, verdad, quienes eran las que las tratantes ese tipo de situaciones, alquilarlas muchísimo nos hemos encontrado varias relaciones impropias que no se han visto, por ejemplo, desde la defensa, y, y Mario me lo decía en ese momento, me dice, bueno, es que tenemos que este, capacitar también a los defensores y defensoras y a una unidad que tenían de investigación yo no sé si todavía estará ajá, me dice, para que sepan ver esas cosas, verdad, porque no es fácil verlas, no es fácil verlas, digamos nosotras desde el trabajo social di pues llevamos toda una carrera para eso.

Ana Laura: Claro

Wendy: Y aun así este hay que irse especializando por ejemplo, sé que en trabajo social de base, digamos en la Universidad, pues no vemos perspectiva de género, verdad, vemos como cosas muy generales, muy grandes y que ya este, pues en este trabajo ya una va como desarrollando otras herramientas, y, y, y expertices teóricas pero, pero en ese momento no y sé que también si son abogados o abogadas digamos este, esta parte social también tiene que fortalecerse en esta coordinación interdisciplinaria verdad, este pero sí creo que, he la parte de la perspectiva de género es algo, que hay que mirar y también este, eh, diría es que no sé cómo llamarle, pero diría que es como ver también hacia atrás, verdad, ¿qué pasó antes en la vida de esa persona?, verdad, ¿en, en los zapatitos que anda verdad, qué significó para esa mujer andar en un cuerpo de mujer en esta sociedad? Verlo para ir retratando estas vulnerabilidades históricas y que están marcadas en piel, verdad puede ser que yo haya tenido una situación de violencia intrafamiliar cuando era niña ya no la tengo, pero eso no quiere decir que no haya dejado secuelas en mí.

Ana Laura: Claro.

Wendy Garita: Verdad, de autoestima de, de vincularme con personas que me hieren de un montón de cosas.

Ana Laura: Claro. Licenciada, en el plano judicial. ¿Cómo, cómo le trasladamos esta perspectiva, esta sensibilización, los juzgadores?

Wendy Garita: Bueno, esa es una gran pregunta, nosotros todavía no tenemos una respuesta este, pero vieras que yo siempre he creído en la capacitación y la sensibilización, eh yo llevo muchos años trabajando en, en capacitación y sí sensibilización de género a personas funcionarias públicas y he visto resultados, o sea no solo en este tema de hecho, en este tema es el que menos he trabajado, pero cuando he trabajado con otros sectores eh, se logran cosas muy importantes, son habilidades que se desarrollan que además capacitar en género y en derechos humanos de las mujeres, pasa también por un asunto personal, verdad, porque el género «diay», pues todas tenemos una identidad de género, una historia de nuestro género, eh y entonces, no es algo como que yo aprenda a usar un sistema de 8 a cuatro de la tarde, verdad, y que meto aquí datos y meto aquí otros datos, ¿no? Hacer análisis de género y, y desarrollar conciencia de género pasa por, por mi vida, verdad, pasa por lo subjetivo, o sea, incluso en la metodología que yo uso y que bueno, sé que muchas compañeras que también están en esto utilizan, empezamos a sensibilizar desde, desde las propias personas, verdad, ¿qué significó para mí o para vos, en este caso ser mujer en esta sociedad? ¿Qué significó para nuestras abuelas ser mujeres en esta sociedad? ¿Qué significó para nuestras madres y para nuestras hijas? Y entonces, a partir de ahí, bueno, pues empezar a conectar a la gente y ya después, ok, o sea, lo trasladamos toda esa reflexión, verdad, personal individual subjetivo, al ámbito laboral, todo eso que se ven estas categorías de género, ABC, también se trasladan al ámbito laboral, eh no solo en los espacios donde yo trabajo, sino también con las personas que yo atiendo, verdad, entonces por ahí ya podemos empezar a hacer esto y trabajamos con una metodología que se llama análisis de género, eh y el análisis de género me permite ir para como desagregando diferentes, eh pues temáticas y categorías para ir viendo si, si está «transversalizado» el enfoque de género o no la respuesta previa es que no verdad, pero entonces cómo puedo ir yo adaptando un servicio, adaptando una intervención desde una entrevista de trabajo, hasta un presupuesto, o sea, yo a un presupuesto público le puedo incluir el enfoque de género, verdad, entonces, ¿cómo hacer esa, esa sensibilización? Verdad, que de hecho, la hemos hecho muchas veces y tenemos que seguir haciendo porque es un producto que no se acaba, o sea,

la gente cambia, se va, se cambia institución, viene otra nueva se le olvida en verdad y es algo que siempre tenemos que hacer entonces este con la escuela judicial hemos trabajado algunas situaciones, algunos, algunos contenidos de en derechos humanos de las mujeres, de normativa especializada de acciones afirmativas, verdad discriminación positiva lo hemos trabajado y en otros temas, no necesariamente en mujeres en procesos penales, pero si este, por ejemplo, en el año pasado se dio una muy grande, para el tema de discriminación laboral de las mujeres, que aunque después, verdad, se particularizan en derechos laborales, toda la primera raíz, verdad, del curso es toda esta parte que te que te explicaba y eh, con defensores y defensoras también hemos trabajado mucho, pero como te decía nunca va a ser suficiente.

Ana Laura: Claro y desde, desde su área usted ¿ha tenido la oportunidad de participar en propiamente, pues esos penales con mujeres?

Wendy Garita: Estuve bueno, digamos mi trabajo en el INAMU en más de gerencia social, entonces yo lo que hago es coordinar con las otras instituciones para que al final, pues a una usuaria en particular se le puede dar pues una, un beneficio se le puede dar alguna orientación o que no tenga alguna información que falta alguna institución, etcétera. Yo las atiengo poco en general, verdad, por el tipo de trabajo que tengo, que es más de rectoría, sin embargo, tuve la oportunidad de estar incluso una audiencia que nos había invitado un defensor a, a mi jefa y a mí que era una audiencia de revisión de sentencias, ¿es cómo se llama?

Ana Laura: Sí.

Wendy: Aja entonces este nos, nos convocaron, verdad, y vimos ahí como toda el, el despliegue, porque días antes él había llegado a donde nosotras y nos pidió información nos dijo, bueno, incluso me hizo mucha gracia porque llegó y dijo a mi jefa y a mí necesito que ustedes me den clases para, para este para este juicio que voy a tener verdad esta usuaria tacatata y efectivamente, o sea, era así como todos los números de la rifa de la vulnerabilidad social, eh entonces este bueno, ya ahí vimos el caso, le, le ayudamos con lo que podíamos en ese momento y nos invitó a la, a la audiencia y, sí o sea, fue, fue muy, muy impactante para mí fue muy importante, buena, sobre todo ver, nunca había visto esto, fue hace años verdad, nunca había visto aún a un fiscal este en acción, entonces, de repente, todo lo que para mí es como muy obvio que estaba defendiendo el defensor, el defensor valga la redundancia, de los de toda la vulnerabilidad que ya claramente estaba, pues eh mostrando verdad la usuaria y el fiscal, digamos con otra posición totalmente, verdad, o sea,

para mí fue una escuela, eso fue una escuela total y al final vieras que sí le dieron este una revisión positiva en el caso de ella.

Ana Laura: Qué bueno. Y para finalizar, doña Wendy, ya que tenemos un panorama tan amplio de lo que esta reforma ha traído, ¿es necesario, promover, mantener y luchar por más perspectiva de género en las normas penales?

Wendy Garita: Absolutamente más bien estamos en deuda, en verdad yo lo diría, sí, te cuento estado, como en algunos espacios, incluso internacionales y Costa Rica sobresale, sobresale por estas artículos el 71 y 72 del Código Penal y por el 77 bis de la ley de psicotrópicos, eh siempre o sea, todos los países así como pero cómo o sea, quiero saber ¿cómo lo hicieron?, ¿cuál fue el proceso?, ¿cuáles aliados tuvieron?, qué interesante que Costa Rica haya hecho esta discusión y ya llevarla a la normativa, verdad, ¿por qué? Porque no es fácil, verdad, también en un, aquí voy a hacer un poco este quizá insurrecta en un en una tendencia de gobierno de estado, que viene desde hace mucho este con un sistema absolutamente represivo, verdad, con una ideología absolutamente represiva, eh visualizar derechos humanos en este en este escenario, verdad, entonces, no, no es compatible todo esto que estamos hablando, verdad, que es lo que se debería hacer, que es lo que nos dicta toda la historia, de los derechos humanos, que es lo que nos dicta la teoría social, que lo que nos dicta este, la perspectiva de género o edad y, y bueno y la realidad de las mismas mujeres, este a lo que verdad, al, al timón que está tomando, pues no solo Costa Rica, sino varios países de Latinoamérica, verdad que hay como una tendencia ahí, este, pues geopolítica interesante de analizar eh, entonces, bueno para contarte que sí que en estas, en estos escenarios Costa Rica más bien sobresale por esta normativa porque otros países no han logrado este, este grado de precisión en artículos así concretos, verdad este y este y este son factores de vulnerabilidad para mujeres que hayan tenido un delito por primera vez que es el otro y este es como para todos los delitos y bueno y, y aun así, aun así, este Ana Laura se nos quedan cortos, verdad, aun cuando es un avance gigantesco porque de ahí lo tenemos que, que ser mezquina, digamos que hay un trabajo muy importante y es muy retador detrás de, de estos artículos, pero se quedan cortitos para la necesidad real que, que tenemos con las mujeres, ahí estaba hablando ahora en la mañana con la compañera del Vilma Curling, este por unas actividades, ahí que tenemos que hacer y siempre, por ejemplo, hemos manejado, 490,510 mujeres máximo en el Vilma Curling verdad, en los últimos años no sabes de hace siete años que estoy yo vinculada a este tema y ahorita

en este año ha subido a 615 o sea, el día de hoy hay 612. Es el corte de hoy entonces eh esto que, verdad se está abusando la prisión preventiva porque además no olvidemos que las mujeres a la cárcel no entran solas, no entran solas, ella se entra con toda su familia, con todos sus chigüines están ahí con ella, verdad, simbólicamente hablando entonces que tiene bueno, algunas veces sí, de manera material en el módulo Materno Infantil, pero otras veces o todas las demás veces de manera simbólica, porque hay una traslación directa de lo que ellas están viviendo con sus núcleos familiar, te puedo pasar el diagnóstico que hicimos en el 2016, porque ahí se ve claramente.

Ana Laura: Por favor.

Wendy Garita: Como, por ejemplo, las mujeres decían que una vez que ya se ingresan privadas de libertad, sus hijos e hijas tienen este eh, o sea, se les incrementa el riesgo de consumo de sustancias psicoactivas y de ingreso de organizaciones criminales, verdad, eh porque además sabemos también verdad por, por todas las, las interacciones que hemos hecho en, eh, pues en el marco de que con el Ministerio de Justicia, verdad, que atienden población de hombre de mujeres o sea, las, las repercusiones que tienen las mujeres y sobre todo si son madres jefas de hogar en sus familias es totalmente diferente a la que tienen los hombres, o sea, un hombre ingresa privado de libertad y obviamente hay un impacto familiar, es obvio, verdad, pero es diferente porque los hombres ingresan privados de libertad y generalmente su familia sigue viviendo en el mismo lugar, sus chiquitos siguen yendo a la misma escuela hay otras mujeres que resuelven verdad, generalmente son las mujeres las que se quedan como resolviendo que si bueno ya él no trae plata bueno, pues vamos a vender empanadas, vamos a vender Avon vamos verdad, resuelven cuando es una mujer que ingresa a la privación de libertad y es jefa de hogar, bueno y a veces cuando no es jefe de hogar, también sucede generalmente esa familia es el núcleo, se desintegra, verdad, o hay muchas probabilidades, ¿Por qué? Porque entonces si tienes cinco chiquitos, bueno esos cinco chiquitos se reparten entre los familiares en el mejor los casos, pero así no en en albergues del PANI, entonces terminó un chiquito viviendo en limón el otro en Ciudad Quesada, el otro en Pérez Zeledón y el otro en la Capri y entonces los cambian de escuela, ya no ven sus hermanitos, verdad, o no empiezan a ir, empiezan a vivir en una con personas nuevas verdad para ellos en su vida, o que los conocían, pero que no eran de su núcleo familiar primario este y además, bueno, todo el, el vínculo materno infantil eh, que eso es otro tema, verdad, porque entonces este se va diluyendo este, este vínculo, verdad, porque entonces están fuera del área metropolitana o estando en el área

metropolitana, no las llevan a visitarla a ella, o sea, son un montón de cosas, verdad, incluso el mismo estado que tienen todas las mujeres privadas de libertad en el centro del país, verdad, no están regionalizada, solo hay un modulito en ahí hay además bastante precario en la cárcel de, en la cárcel de Liberia, un modulito de mujeres que es una cárcel de hombres y un modulito chiquitico de mujeres que está ahí como invisible además eh y otro que habilitaron en Pérez Zeledón en la UAI de Pérez Zeledón, pero el de está construido el de Pococí y está construido el de Puntarenas, sino no los han habilitado y no se sabe qué va a pasar, pero es una deuda histórica porque entonces una señora de Golfito me decía Wendy, es que mi mamá tiene a mis dos, dos o tres hijos no me acuerdo viven en Golfito, para venir a San José son tres días porque todos viajan un día seis horas al otro día la visita y después devolverlos verdad entonces son hospedajes, pasajes que venir de Golfito no es caro y súmele que es una familia en pobreza, verdad, además, alimentación aquí y en tránsito y dice y además lo que ocupa la señora, verdad, porque entonces de ahí la señora ocupa toallas sanitarias, ocupa papel higiénico, ocupa desodorante, ocupa chancletas, ocupa calzones entonces, la mamá le decía o le llevó a sus hijos o le llevó las cosas que necesita porque no me alcanza para las dos y solo podía venir una vez al año, o sea, solo una vez al año podían venir a verla.

Ana Laura: Un total desarraigo.

Wendy Garita: Entonces me decía, imagínate, o sea, ahí están promoviendo el desarraigo a la comunidad, a su familia, la desvinculación con sus hijos, ah, pero entonces ¿qué pasa? Vea que qué perverso todo, porque entonces cuando ella tiene una revisión de la sentencia o una revisión ahí de la sentencia, no una revisión de la modalidad, verdad, este que, si le van a dar semi o así, verdad que va a salir de la cárcel, le piden arraigo familiar y es uno de los actos, o sea, tiene arraigo familiar tiene que tener una, una opción laboral que quién se la va a conseguir siendo la familia, o sea, tiene que tener arraigo familiar para tener una oferta laboral, además.

Ana Laura: Claro.

Wendy: Y, y todo el sistema está creado para que ese vínculo se, se deshaga, verdad, entonces es muy perverso, o sea, es muy muy, muy dañino esto porque entonces por un lado te quito la oportunidad de tener ese vínculo y por otro lado te lo exijo si quiero que te insertes otra vez a la sociedad, verdad, entonces este se tiene que seguir trabajando y sobre normativa y también sobre protocolos que acompañen todo esto o sea que la «operacionalicen», no solo que nos quede ahí en,

en, en la norma, sino como esto se traduce en todas las instituciones, o sea, el Ministerio de Justicia y Paz en PANI, por ejemplo, viera lo que nos cuesta con PANI, eh, para que los niños y niñas que están en los albergues, este vayan a visitar a sus mamás, verdad o tengan una videollamada con sus mamás, porque casi que depende de la persona de PANI y que está ahí, o sea, no hay un protocolo que diga, este esto sí, esto no, esto se hace, no es casi que depende de la persona entonces todo esto, sí, hace falta institucionalizarlo más.

Ana Laura: Claro, bueno Licenciada, muchísimas gracias por su tiempo, por su perspectiva ha sido valiosísimo, eh, agradecerle su, su colaboración, que tenga muy buena tarde.

Transcripción de la entrevista a la Defensora Pública Johana Chinchilla Barrantes.

Buenos días, mi nombre es Ana Laura Sánchez Bertarioni en el marco de la maestría en derecho penal de la Universidad internacional de las Américas, me encuentro aplicando una de las entrevistas a profundidad de mi tesis titulada la cesura en el proceso penal, aplicación en la estrategia de defensa para el rebajo de la pena a mujeres por condición de vulnerabilidad a partir de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal, en este momento me encuentro con una de las personas que voy a entrevistar, licenciada, por favor, si me regala su nombre, a qué se dedica y la experiencia que tiene.

Johana Chinchilla: Si mi nombre es Johana Chinchilla Barrantes, tengo aproximadamente 10 años de ser defensora pública y lo realizó en materia penal.

Ana Laura: Muchas gracias, licenciada, vamos a empezar con las preguntas para orientarla un poco van relacionadas con título que le di sobre mi tesis y básicamente con su labor como defensora pública. Dentro de esa labor de la defensa eh, solemos escuchar un término teoría del caso ¿Qué es la teoría del caso para el defensor público?

Johana Chinchilla: Para el defensor público, la teoría del caso es el análisis que se realiza con la finalidad de determinar cuál va a ser la estrategia de defensa a seguir, eventualmente durante el desarrollo del proceso y para la etapa de juicio, y que sea bajo esa teoría del caso que se vaya a trabajar el proceso.

Ana Laura: Entiendo, eh, cuando ustedes como defensores se proyectan esa teoría del caso, ¿Incluyen aspectos para una eventual determinación de la pena?

Johana Chinchilla: Eventualmente dependiendo del caso, dependiendo del caso, se valoran ese tipo de aspectos, casos en los cuales sea importante, por ejemplo, discutir en un primer momento la culpabilidad y posteriormente los pena o eventualmente casos en los que se permitan penas alternativas.

Ana Laura: En este primer supuesto del que usted nos habla es la cesura, básicamente poder separar los juicios, cuando como defensor se plantea la estrategia ¿Se plantea la posibilidad de una vez de solicitar una cesura en la audiencia preliminar?

Johana Chinchilla: En los casos en que aplique eventualmente o sea importante o relevante hacer una separación entre la discusión de la culpabilidad y la pena, si, si es importante para la defensa en ese sentido, poder plantearse desde esa audiencia la posibilidad de la cesura, porque esto nos permite trabajar de una mejor forma en, en aspectos de búsqueda de la prueba adecuada para discutir cada uno de estos aspectos por separado.

Ana Laura: Entiendo, esa prueba. ¿Qué elementos probatorios suelen utilizar ustedes u ofrecer para una cesura?

Johana Chinchilla: Para una cesura, eh, eventualmente si lo que se va o la importancia de esa cesura se da en razón de una pena diferenciada, una pena alternativa, eventualmente se van a buscar elementos de prueba que vayan, eh, conteste o con respecto a esa petición llámense peritajes de trabajo social, de psicología, pericias, eh, sobre la determinación de vulnerabilidad, también condiciones de adicción eso con la finalidad de poder determinar o tener bases para poder solicitar una pena alternativa o eventualmente un rebajo en la pena

Ana Laura: Entiendo entonces puntualmente, considera que ¿es importante dentro de su labor como defensor, poder discutir por separado aspectos de culpabilidad y aspectos de pena?

Johana Chinchilla: Sí, considero que es importante porque nos permite, eh, concentrarnos y trabajar de una mejor forma, primero en la culpabilidad y si del todo, pues no da resultado, la teoría del caso con respecto a la culpabilidad, en sí nos permitiría trabajar, eh, por separado de una mejor forma posteriormente, lo que es la pena y de esa forma realizando ese trabajo por separado, eso nos permite concentrarnos de una mejor forma, trabajarlo mejor, eh, aportar la prueba idónea este y, y todo esto, pues a quién va a beneficiar, también es a la persona que representamos ya en etapa de juicio los resultados son mucho mejor.

Ana Laura: Entiendo, licenciada, como el de su conocimiento en el 2018 hubo una reforma que introdujo ciertos artículos o cierto inciso al artículo 70 y 72 que nos manda a contemplar ciertas condiciones de vulnerabilidad, eh, ¿Le ha tocado a usted como defensor a participar en un proceso donde se defienda a mujeres bajo esos supuestos de vulnerabilidad?

Johana Chinchilla: Sí, sí me ha correspondido trabajar bajos esos supuestos de vulnerabilidad

Ana Laura: La norma nos habla de mujeres, cuando hablamos de mujeres que en su experiencia qué, ¿Qué tenemos que comprender o conceptualizar ahí?

Johana Chinchilla: Eh, la norma o el legislador introduce el termino mujer lo introduce para que sea entendido bajo una percepción o constructo social, y no bajo la percepción de mujer, eh, como género, no como una cuestión biológica, sino más bien como una construcción social de quien es mujer, eventualmente podríamos llámese eventualmente mujer, una persona transgénero cualquier situación en la que se pueda ver mediante esa construcción social, eh, como mujer o se perciba como mujer, pues podría verse eh implicado en este artículo

Ana Laura: Entiendo, en estos supuestos del artículo de vulnerabilidad, ¿Cree usted que es relevante que el tribunal pueda contemplar estos supuestos de esas mujeres en condición de vulnerabilidad?

Johana Chinchilla: sí es importante, sí es relevante porque tiene una, tiene una directa relación con la determinación de la pena, es importante de acuerdo con esa, esa modificación, ya que esta modificación que se estableció más que todo en el artículo 71 esta modificación hace que el tribunal en sí pueda tomar estos aspectos de vulnerabilidad para, eh, eventualmente hasta reducir la pena en razón de esto para una manejar de una mejor forma la estrategia de defensa si me parece importante que el tribunal pueda manejar estos aspectos de vulnerabilidad y pueda conocerlos de forma de que este se le brinden insumos suficientes para poder aplicar estas, estos artículos.

Ana Laura: Esos insumos suficientes, ¿Qué elementos probatorios son relevantes que se ofrezcan para poder probar esas condiciones de vulnerabilidad?

Johana Chinchilla: Como lo dije anteriormente, sí es importante contar eventualmente con los peritajes de trabajo social, de psicología, que son departamentos que nos vienen a hacer un estudio integral de la persona que se va a valorar y eventualmente sus condiciones de vida, su desarrollo de vida, si tiene condiciones de vulnerabilidad, ¿cuáles son específicamente? Ellos establecen cuando se tratan de cuestiones económicas, sociales, culturales, eh sobre la educación también establecen si hay alguna cuestión de vulnerabilidad que afecte en cuanto a eso, sobre violencia y distintas situaciones que solo mediante esas pericias de trabajo y social y psicología se podrían determinar. También es relevante eventualmente, poder realizar algún tipo de valoración con el fin de determinar también me parece que es adecuado algún tipo de adicción que también podría poner

a esa persona en una condición aún más vulnerable a raíz de la adicción eso tomando en cuenta las diferentes penas alternativas que también eh, se podrían aplicar en ese sentido

Ana Laura: Claro, eh, en ese tipo de peritajes considera que, ¿Podría ser relevante el testimonio del perito en un eventual juicio?

Johana Chinchilla: Sí considero relevante el testimonio del perito porque a diferencia de un testigo común y corriente cuando tenemos al perito así ofrecido, tanto las partes como el tribunal en pleno, que son los que van a valorar y eventualmente la posibilidad de aplicar algún tipo de rebajo pena de distinta y demás en razón de la vulnerabilidad, van a tener la oportunidad de interrogar eventualmente el perito consultarle a él como perito experto sobre detalles específicos que vengán a incidir directamente en, en la vulnerabilidad de esa persona y que vayan a ser tomados en cuenta en su momento por parte del tribunal, para lo que es la imposición de la pena, entonces sí me parece que es importante tener a la mano a ese insumo para poder aclarar cualquier duda con respecto a los peritajes y eventualmente ampliar más allá esa información que se pueda brindar en etapa de juicio.

Ana Laura: Entiendo, bajo estos supuestos donde defiende, se defienden, eh, mujeres en condición de vulnerabilidad. ¿Cree usted que puede tener alguna diferencia o alguna incidencia solicitar la cesura por parte del defensor público?

Johana Chinchilla: Sí, es importante, es importante por lo que anteriormente había indicado es importante porque eso le permite al defensor, así lo puedo hacer ver en cuanto a la experiencia que he tenido, en juicios en este sentido es importante porque le permite al defensor concentrarse de manera separada primero, como lo hago ver, en discutir la culpabilidad posteriormente, si del todo se declara culpable a nuestro cliente, entonces pues nos permite ya hacer un trabajo enfocado únicamente a la penalidad y eso hace que se pueda, pues trabajar de una mejor forma, buscando todos los medios de prueba idóneos para, eh, pues poder desarrollar de una mejor forma la teoría del caso en cuanto a aplicar condiciones de vulnerabilidad por eso me parece que sí, es importante solicitarla

Ana Laura: Okey, ¿podríamos hablar según su experiencia en estos casos de una estrategia de defensa dual?

Johana Chinchilla: Creo que sí, se podría hablar de una estrategia de defensa dual, porque en un primer término, pues nos vamos a concentrar en la culpabilidad, de si es culpable, o no, eventualmente nuestro cliente y en un segundo término, si del todo como lo hago ver se da y es la culpabilidad, se declara la culpabilidad, pues vamos a tener una segunda parte para concentrarnos en bueno, si del todo no dio el resultado la primera estrategia en cuanto a la culpabilidad en cuanto a esa discusión y si del todo, pues nos declaran culpable a nuestro cliente, tenemos que ya concentrarnos en una segunda parte, que sería prácticamente una estrategia dual, porque son dos estrategias distintas, una con respecto a la culpabilidad, otra con respecto, eh, a la pena y este, pues tendríamos que verlo de esa forma serían dos estrategias distintas porque vienen a discutir aspectos totalmente diferentes y me parece que es mejor hacerlo de esa forma para poder este llevar como lo hago ver la prueba necesaria a juicio.

Ana Laura: Claro, cuando supera esa primera etapa y bueno, se obtiene una sentencia de culpabilidad para usted como defensora sí ¿marca la diferencia eh, en tener mejores resultados en la segunda etapa, cuando ha pedido la cesura?

Johana Chinchilla: Sí. Sí marca la diferencia porque les permite a los jueces concentrarse únicamente en aspectos referidos a pena cuando se da este tipo de juicios con cesura los jueces en la segunda etapa, que es la parte eventualmente de la penalidad donde vamos a discutir esos, aspectos ya ellos dejan de lado todo lo que tienen que ver, pues con la culpabilidad y eso eventualmente no va a incidir eventualmente en, en las decisiones que ellos vayan a tomar únicamente se centran en lo que es la pena en los aspectos establecidos en el artículo 71, en, en este caso, cuando hablamos de mujeres en condición de vulnerabilidad, pues el juicio se va a desarrollar y la prueba que se va a recibir es únicamente para evaluar en sus aspectos y eso hace que los jueces, pues de una mejor forma puedan, eh, valorar esta situación de vulnerabilidad y concentrarse eventualmente en solo esa etapa del proceso y eso hace que tengamos mejores resultados al haber una mayor concentración eventualmente en esa, en esa parte de, de la pena.

Ana Laura: Entiendo, licenciada para ir finalizando. ¿Cree usted que este tipo de acciones afirmativas que se introdujeron con esta reforma, eh, que lo que hacen es venir a dar un análisis diferenciado entre hombres y mujeres en la comisión del delito, eran necesarias?

Johana Chinchilla: Creo que sí eran necesarias, creo que sí eran necesarias porque se estaba dejando de lado, se estaban dejando de lado, eh, diferencias que en razón cultural hemos tenido

desde nuestros inicios, desde nuestro desarrollo ,eh, cuestiones como, eh, de vulnerabilidad pero cuestiones de vulnerabilidad a nivel económico, a nivel familiar, a nivel social étnico eventualmente hay cuestiones que se estaban dejando de lado que el legislador, pues en su momento no estaba valorando al momento de la imposición de la pena, porque es importante, bueno, porque no es lo mismo hubo una persona o un hombre que comete un delito cualquiera a una mujer en una condición de pobreza extrema que tiene a su cargo eh menores de edad o eventualmente personas adultas mayores y demás y que se ve, eh, prácticamente influida bajo esas condiciones económicas extrema pobreza eh públicamente una persona que no tenga educación suficiente para optar por un trabajo remunerado, pues prácticamente se ve, eh, de alguna forma impulsado a realizar delitos es totalmente diferente y esas cuestiones anteriormente la ley no las veía, no las valoraba y me parece que el legislador lo que está haciendo um está inclusión me parece que es tratar de una manera más justa eventualmente a las mujeres en este tipo de condición.

Ana Laura: Perfecto licenciada, muchas gracias por su tiempo, esas eran las preguntas que necesitaba hacerle que tenga buen día.

**Transcripción de la entrevista al Juez de Apelación de Sentencia Rafael Mavid González
González.**

Buenos días, mi nombre es Ana Laura Sánchez Bertarioni en el marco de la maestría en derecho penal de la Universidad internacional de las Américas. Me dispongo a realizar una de las entrevistas de mi trabajo final de máster titulado la cesura en el proceso penal, aplicación en la estrategia de defensa para el rebajo de pena mujeres por condiciones de vulnerabilidad. Me encuentro con el juez del Tribunal de apelación de sentencia penal de Goicoechea, don Rafael Mavid González González. Buenos días licenciado.

Rafael González: Buenos días.

Ana Laura: Bueno, en primer lugar, agradecerle por el espacio concedido para la entrevista, como lo indica el título que he leído la idea es abordar un poco sobre la cesura, su aplicación y, por supuesto, pues los temas de género que nos ha traído a esta reforma que se introdujo a través del numeral 71, 72 del código Penal, entonces lo primero que le quiero consultar dentro de su rol de juzgador, eh, o, a lo largo de su amplia carrera, ¿qué aspectos son determinantes para la imposición de la pena por parte de un juez?

Rafael González: Bueno, el tema de la imposición de la pena es uno de los temas más complejos de, el sistema de Justicia penal costarricense. No solo porque desde la parte dogmática es un tema de «reprochabilidad» de la conducta, sino que está aparejada la «reprochabilidad» conforme a las condiciones personales de la persona infractora y las circunstancias que rodearon la realización del hecho como tal. Entonces desde esos desde esos puntos, digamos macro que tienen que ver igualmente con las teorías de la pena que podrá sostener yyy, evidentemente de las posiciones sobre la dignidad humana que se han venido tratando a lo largo del desarrollo de estas últimas décadas, que no era muy común antes, pero que en el tema de los derechos humanos en estas últimas décadas ha venido poco a poco tratándose entonces desde la finalidad de, de la pena eh la imposición de esta tiene bastantes dificultades. Si te enfocas en un tema meramente «retribucionista» eh, aun cuando podrás reconocer por ley y por convención eh que la resocialización es una de las finalidades, no puede olvidarse que no dice que la única, es decir, es una y se trata de que sea eh la más importante, pero no dice que sea la exclusiva es decir ni la ley ni la convención digamos, abanderaron con alguna tesis o teoría de la imposición de la pena, no, simplemente resaltan importancia eh evidentemente eso todavía no deja de lado las otras, los temas

de prevención general negativa o especial negativa quedan ahí, siempre están en el aire, verdad, y dependiendo de nuestra digamos estadio social y cultural, vamos a estar más cerca de un lado y menos del otro viceversa y, en este caso, evidentemente todo eso entra en juego a la hora de la imposición de una sanción por parte del juez, entonces sí, a nivel de la doctrina, tenerse a la resocialización como un elemento importante y la resocialización desde los dos ámbitos, es decir, desde el ámbito de la aplicación de todos y cada uno de los mecanismos para que lograr que esta persona sentenciada logre reincorporarse a la sociedad dentro de los que están todos los proyectos, la, la educación el tratamiento psicológico todo que se da en el centro penal que es en donde mucha gente ubica el tema de la resocialización, verdad, y desde la imposición de la sanción penal, donde otros quieren ubicarlo entonces, si usted lo ubica desde la imposición de la sanción eh, vamos a ver ya sea que usted esté en la defensa o que usted esté del lado del, del ente acusador o de la parte acusadora, usted puede argumentar de que la red social entre menos pena se proyecta la resocialización verdad, y usted también puede proyectar que entre más pena, más posibilidades hay de obtener los recursos, el tratamiento psicológico en lo que la sociedad no le he dado, a través de un sistema penitencial entonces encontrarás siempre los dos argumentos en la historia, incluso nacional desde el punto de vista pragmático, de, del ámbito procesal o el sistema de Justicia penal, ahora imposición de la pena por eso te digo que la es un tema bien complejo para los jueces y las juezas todos los días porque influye, aunque no se quiera reconocer así, influye todo el entorno social en el que estamos viviendo, si estamos viviendo en una sociedad muy violenta, en una sociedad muy compleja, en una sociedad de pocas oportunidades y donde los sistemas pareciera o por lo menos se dice no están funcionando eh y lo, y hablo de los sistemas, incluso para la resocialización es común que los jueces de alguna forma tiendan a imponer mayores sanciones, es decir, las penas son incluso o más graves o más amplias en tiempo de ejecución como un, como un modo de equilibrio con lo que ellos estiman o la sociedad estima, es un, un relajo que no, no del punto de vista negativo, sino un relajo de las normas de tratamiento o de reclusión de las personas por ejemplo, si yo impongo cinco años de pena para porque estimo que la mejor, la correcta, la que se acumuló y va a un centro penal y apenas cumple uno o dos años, siempre hay un efecto que, que no debería ser, pero siempre hay un efecto en la sociedad y en los jueces hay un reclamo social que impregna en uno u otro los jueces, en el sentido de que esa forma en que se administra las sanciones no es congruente con la imposición y genera como un efecto el incremento eso te lo puedo decir en 32 años de experiencia no hay una regla escrita ni hay una norma, pero

evidentemente uno lo observa cuando los sistemas penitenciarios se entiende, no son un poco más, están más sujetos o más cercanos a la imposición de los jueces generalmente las sanciones en los jueces permanecen en ese rango habría que hacer todo un estudio para ver y confirmar lo que digo, pero es una hipótesis que me he conformado a lo largo de 30 años entonces todo eso te lo explico para volver al mismo punto es realmente muy complejo para los jueces la imposición, pero sobre todo es más complejo para las partes que tienen que realizar un control sobre los argumentos que se utilizan para la imposición de la pena y más aún para quienes realizamos los argumentos que se utiliza para la imposición de la pena porque pese a que uno puede conocer todo este entorno social y cultural en los estadios, son momentos históricos que se pueden dar finalmente, es la fundamentación que se otorga como un modo del límite y control adiestren del Estado también es otro para poder ver si es razonable o no en lo que se está diciendo, pero notablemente los jueces de apelación no imponemos las penas así no está establecido ni podemos definir las en apelación siguen siendo los jueces de juicio y las juezas de juicio y en ese escenario, creo que deberían ajustar lo más a los parámetros legales que existen y a las circunstancias personales que llevaron a la comisión del hecho, eh y menos el tema del sujeto que creo que últimamente está recobrando mucha importancia y menos en el sujeto como como autor de este o de futuros eventos.

Ana Laura: Claro.

Rafael González: Es decir, esa esa peligrosidad que les estamos reconociendo indirectamente a la orden de la pena, pero te reitero si es muy común.

Ana Laura: Claro eh, don Mayid ¿qué cambia con la introducción del 71 inciso g y el 72, que trae a la palestra las condiciones de vulnerabilidad de las mujeres?

Rafael González: Es vamos a ver, ese es otro tema que uno debería ponderar con cuidado, en principio si no lo vemos general, no hay ningún cambio, en modo general, es decir, las circunstancias personales del individuo tienen que ser consideradas para la imposición de la pena. Las que lo llevaron a cometer el delito, su comportamiento posterior al delito, todas las circunstancias que están ahí porque lo que se está determinando es la «reprochabilidad» de la compra entonces no es lo mismo, que citó como ejemplo que una persona adinerada con suficiente capital y recursos económicos, educación y todo te robe una manzana en un mercado verdad, por el hecho, simplemente de robar y causar un daño a que lo haga una persona que busca obtener algún alimento aunque no sea su último recurso, pero busca tener algún alimento entonces, eh

notablemente las circunstancias personales eh, influían en la terminación de la pena el problema es que teníamos un equilibrio o un rasero muy general, es decir, veíamos iguales eh digamos independiente, veíamos iguales a todos por género, por sexo o por lo que fuese es decir, veíamos las circunstancias, pero nos topamos con una gente nada más entonces, cuando se introduce el 71 g al final de cuentas lo que se hace es realizar un, un ejercicio, discriminación positiva eh porque sí es discriminatorio, es decir, no podemos negarlo, verdad, no podemos negarlo, es discriminatorio, porque si usted lo ve en forma específica como está descrito en la norma, estaba discriminando a las mujeres, eh a los hombres, y decía, las mujeres solo le vamos a aplicar aquí bueno, esa discriminación no puede ser solo discriminación, hay que regarlo ese elemento, el positivo como un modo de equilibrar las desventajas que las mujeres traían a lo largo, es decir la desventaja histórica con los roles de género que habían sido asignados y las circunstancias en las cuales habían vivido durante tantos o han vivido durante tantos porque siguen igual, digamos, han vivido durante tantos años. Por eso me parece que la introducción de esa norma cambia como discriminación positiva cambia a favor de las mujeres en esas condiciones eh vamos a ver ese cambio también genera después vamos a ver efectos, verdad, porque produce efectos, efectos positivos y efectos negativos todo cambio es así y, ya que usted está en esto, un, un elemento de estudio de los casos negativos que yo he visto en esto los positivos evidentemente son notorios creo que ya los has identificado sanciones menores, posibilidades de medidas alternas que te faciliten en posibilidades de que las personas no cumplan prisión preventiva, sino a raíz de esto que se deje en libertad todas las que ustedes puedan encontrar, pero tienen efecto negativo y se hizo eso si usted ve el histórico de este asunto parte y creo que la exposición de motivos está que la mayor cantidad de condenas o personas condenadas en los centros penales era por instrucción de drogas o centros penales entonces sí que además eran mujeres y además estaba en condiciones de vulnerabilidad y todo, todo estamos de acuerdo y se presentó un elemento ahí que decía que incluso la ley de psicotrópicos se encontró con todo, el tema de y crimen organizado que eran utilizadas por el crimen organizado para esas actividades estamos de acuerdo, pero el efecto negativo está es que ahora las que hay crimen organizado utiliza la ley para vender el ejercicio, es decir antes teníamos como efecto que la mayoría estaba ahí por esas condiciones ahora le venden a las personas a las mujeres el hecho de que no se preocupe porque usted a lo sumo va a recibir una sanción, esa sanción la van a dejar en libertad a poder irse y todo y aquí se gana la plata y todo, es decir que ahora no, que no solo tienen aliciente del dinero, sino que las convencen a través del

proceso, es decir que tienen mayores ventajas del tratamiento eso genera que la mayoría de ellas tiendan ahora a delinquir más, es decir, que no haya un efecto de la pena disuasoria, sino que ahora tiendan a delinquir entonces vos ves como una y eso lo conozco porque lo he visto, digamos, en las causas una mujer va un centro cero, un centro penal y antes de que se le juzgue o se hagan los dictámenes, ha entrado tres o cuatro veces y se le ha procesado tres o cuatro y usted qué vuelve, vuelve y vuelve y no es porque ella sea una persona que quiere hacer eso, sino porque se valen del sistema y de esta cuestión de las penas el crimen organizado para convencerlas de que al final de cuentas las sanciones serán menores entonces ese es el efecto negativo toda medida tiene positivos y negativos hay que ser un estudio de cuánto es, pero si vos lo notas y creo que estás como en la defensa, verdad.

Ana Laura: Sí.

Rafael González: Lo vas a notar que lo que te estoy diciendo se repite mucho, verdad y se repite aquí y se repite mucho más en los lugares donde hay centros penales, lo vas a notar al punto que ya usted habla con una fiscal o una jueza de esa localidad para quitar a los hombres para que no haya un sesgo, verdad, a mujeres en esos lugares igual le preguntas y siguen siendo ah es que cada en hoy cae mañana y vuelven a caer el otro domingo y les ponen sanciones administrativas, entonces se van para el otro centro penal

Ana Laura: Lamentablemente sí.

Rafael González: Entonces eso es un efecto negativo un día de estos lo hablé y lo expliqué de que hay que ver cómo, como se controla ese efecto negativo porque se está dando la medida me pareció muy importante, súper importante porque considera evidentemente y por eso sigo diciendo aún y cuando estén los efectos negativos, los positivos son mayores, siguen estando presente la asignación de las penas conforme las circunstancias de cada uno de los individuos, en el momento en que las cometió por eso, por eso creo que varió todo, el sistema está acá.

Ana Laura: Claro don Mayid dentro de este análisis bueno, eh, uno de los motivos por los cuales yo le pedí la entrevista a usted es porque en el año 2019 usted fue el redactor de un voto muy importante cuando se estaba discutiendo recién entrada a esta reforma en vigencia. ¿A qué se refería con las mujeres? Porque la norma nos habla de mujeres. Entonces se discutió si era mujeres desde el punto de vista biológico, mujeres desde el punto de vista social, desde la teoría del género,

la teoría del sexo entonces quería que nos comentara un poco sobre su pues qué fue lo que se determinó a través de esta resolución y cuál es su criterio al respecto de la aplicación de la norma.

Rafael González: Okei eh te voy a decir los puntos que me acuerdo de la de fáctico, de la del hecho. Porque ya ha pasado bastante, bastante tiempo.

Ana Laura: Claro.

Rafael González: Pero hasta donde me acuerdo eran dos personas del sexo masculino eran hombres que habían cambiado o se identificaban y habían asumido el género de mujer ellos habían realizado un asalto a una persona en el centro creo que fue aquí de San José en el transcurso de todo el procedimiento, ellas digamos, se identificaron como mujeres, siempre, siempre, siempre digamos, nunca no fue un cambio adrede por decirlo como una, una forma de enmascarar, obtener una pena diferente, no desde un inicio, es decir durante los hechos, incluso cuando son detenidas, ella se identifican en condición de, de, de y en su género de mujer, en se hace un dictámenes de trabajo social Incluso van más allá se retrotraen el tiempo y ven cómo el abandono de sus lugares es a raíz de esa situación de género que, que además las coloca en una situación todavía de mayor vulnerabilidad, la vulnerabilidad estaba relacionado con el tema de que tuvieron que asumir prostitución, tuvieron que asumir eh situaciones de calles iniciación porque no, no tenían grupo familiar que les ayudará evidentemente había una discriminación negativa de la sociedad hacia ellos y muchos de esos eventos influían, por lo menos era la tesis de la defensa, influían la, la, la ocurrencia y la comisión del hecho delictivo, que finalmente era un asalto y el retiro de un de unos bienes de una persona en esa situación, durante el proceso y sobre todo el juicio y a través de toda la discusión que se había dado y los dictámenes, la defensa en eso fue bastante atinada de procurar también el trabajo social en ellos, el tribunal se enfocó en una interpretación de la norma a través de la expresión mujer y desde el punto de vista sexual es decir, ellos no son mujeres, porque desde la definición de su sexo, son hombres y así enfocó todo su discurso en el fallo y es un análisis de las instrumentos internacionales eh desde vamos a ver, no, no quiero denigrar al tribunal, era una posición que tenían y así se resolvió, pero hicieron un interpretación de los instrumentos internacionales desde ese mismo es decir, como los convenios hablan de no se puede discriminar a las mujeres, entonces las mujeres es sexo, no hay definición por género y se enfocaron así, incluso interpretaron los instrumentos internacionales de ese modo entonces, en el voto del tribunal lo que nosotros de casación, eh perdón de apelación nosotros los que hicimos poder retomar precisamente

todo el raigambre de derecho comunitario e internacional sobre derechos humanos en la interpretación de sus instrumentos y como uno no puede utilizar los mismos instrumentos para eh en como lo había hecho el tribunal precisamente coartar derechos fundamentales que trataban de proteger es una de las previsiones que tiene el derecho internacional a la hora de imponerse las condiciones y el, el derecho de los derechos humanos el tribunal había cometido ese error, entonces nosotros le dijimos, no, debe interpretarse y cómo establecimos cómo los instrumentos internacionales fueron construidos, incluso en momentos en donde el tema de género estaba apenas en desarrollo y como todos esos derechos que se habían reconocido tenían que ser progresivos y si ya se había progresado hacia el reconocimiento de una libertad de género, porque entonces retrotraer para decir que no tenía otro derecho basado en instrumentos que habían sido construidos en un en un momento social distinto, entonces lo que vimos es que había que interpretar conforme a la progresividad esos derechos, y ahí fue cuando se estableció de que habría que reconocerle a ellos que tenían el género de mujer, que no era una situación inventada así lo tenía que habían vivido en esa condición no era solo una identificación, sino que se habían vivido en esa condición y que era un tema que el tribunal tenía que abordar a la hora de imponer la sanción, que significativamente iba a ser mucho menor, verdad

Ana Laura: Claro.

Rafael González: Si así se le reconocía, fue difícil, no te digo que no el proceso de discusión de ese asunto fue bastante complejo porque implica una serie de discusiones que a nivel internacional se siguen dando, verdad eh te lo digo así, quienes defienden el derecho al reconocimiento de aquellas victorias o logros hacia la equidad de géneros como el femenino y el logro sobre eventos positivos relacionados con la defensa de los derechos de las mujeres que se está, digamos, discuten realmente que nuestra posición sea la correcta, discuten realmente porque dicen que es una manera de denigrar esos logros, es decir, de retrotraer esos logros que como se los estamos dando a también a otras personas que aunque se consideren mujeres, se está denigrando el logro que se había logrado desde el punto de vista del, del vamos a ver del feminismo en manera positiva, verdad, como un, como un movimiento y no como un, cómo se maneja ahora en las redes, no desde un punto de vista el logro de los derechos entonces, en ese escenario, la discusión que estábamos dando era si realmente esa discusión que traían ellos, es decir que si nosotros con la decisión más veíamos a retrotraer derechos de las mujeres. Lo que íbamos a hacer más bien era extender

derechos, es decir, extender condiciones a grupos, entonces establecimos que era eso, más bien era lo segundo, no estábamos restringiendo el derecho de las mujeres que estaba consagrado, es decir, la discriminación positiva y no se estaba negando ahí existía, tampoco se estaba afectando, es decir, las mujeres podían seguir recibiendo eso nada más que había que extenderlo un poco más extenderlo a aquellas personas que consideraban por su género también ser mujeres y creíamos que eso no solo era congruente con los principios de progresividad de los derechos humanos, el reconocimiento de género, eh, sino además, con eh los ha aspectos relacionados con el tema de la dignidad humana al final de cuentas, que si nosotros nos olvidamos, por ejemplo, en que era un tema meramente biológico, estábamos afectando parte de la dignidad humana de estas personas que se consideraban por género mujer y negando un derecho, simplemente incluso desde una perspectiva ya un poco más externa, desde una perspectiva machista de que entonces no es por género y vamos a enfocarnos ahí nada más en mujeres entonces por eso ampliamos la exigencia del derecho te insisto, no fue fácil, con una discusión bastante compleja porque había que abordar muchos temas sobre estos y además en un momento que si usted lo puede ver es una resolución que se dio en un momento social y cultural donde no se había tocado el tema, todo el mundo hablaba y hablaba, pero ningún tribunal había decidido al respecto claro que esto trae aparejado otros problemas más.

Ana Laura: Sí.

Rafael González: Por ejemplo, si se decide la reclusión de personas eh del sexo masculino que tienen condiciones de género femeninas en donde vamos a poder recluirlas si, por ejemplo, tiene que ordenarse su internalización, un centro penal ¿dónde lo vamos a hacer? Sí podemos introducirlos en centros penales femeninos. Posiblemente la comunidad femenina se vaya a sentir afectada porque muchos de ellos todavía han tenido continúan teniendo el sexo masculino, entonces pueden darse casos a lo interno en donde se pueda ver afectada la comunidad femenina y eso es entendible, pero si también se traslada a comunidades masculinas, ellos pueden sentirse eh no, no, no puede, eso no sentirse además de sentirse, estarían en grave riesgo, entonces eso es una discusión que es muy compleja desde el punto de vista económico porque este si tuviéramos los presupuestos necesarios, uno podría realizar, digamos, tener sistemas carcelarios aptos para todo tipo de personas no necesariamente hay grupos específicos, pero cómo seguimos la medida de que nuestros centros penales son centros de acopio humano, entonces solo tenemos un lugar

donde meter a todo el mundo y todo el mundo tiene que cumplir con esas condiciones y, y se acabó y pero eso es un tema muy, muy presupuesto desde el punto de vista jurídico, consideramos que sí había que hacer una equiparación de los derechos desde la perspectiva del principio de dignidad humana y progresividad de los derechos humanos.

Ana Laura: Claro don Mayid en estos casos, eh de mujeres en condición de vulnerabilidad de estos supuestos que tenemos que analizar eh, ¿Qué papel cree usted que podría jugar un instituto como la cesura dentro del proceso penal de estos casos?

Rafael González: La cesura era lo que te iba a iniciar porque es eso me parece el tema central la cesura nosotros la hemos dejado de lado como con un sistema no se estadísticamente, pero lo que veo de lo que constantemente veo no creo que sean, no llegue ni siquiera a superar un 10%, tiene que ser incluso estar inferior a, al cinco o menos unos o por ahí es realmente muy pocas ocasiones en las que uno ve una cesura en un juicio y eso realmente tiene y uno sería parte de una construcción que, como operadores del sistema de Justicia Penal incluyo a los defensores como parte del sistema de Justicia penal hemos olvidado para nosotros la pena es la imposición de una sanción y listo nos interesa más la culpabilidad y sobre la pena la dejamos de lado y es parte de la misma dificultad que tenemos todos, incluidos los defensores, para escoger cuál es la pena más justa, al punto que muchos argumentos de los defensores caen por su propio peso cuando piden, por ejemplo, que se les reconozcan las, las circunstancias personales, que se reconozca que es joven, que se reconozca, que es casado, que se le reconozca esto y ni siquiera han logrado la defensa explicar cómo esas circunstancias influirían, por ejemplo, en una mayor o menor pena es que es muy difícil hacer entonces, desde un argumento de apelación, uno podía decirle perfectamente y dice, si el tribunal la reconoció, pero usted no dice por qué lo suyo o lo suyo podría influir o no y es cierto, eso nos afecta a todos, la cesura para mí solución aparte de eso con la cesura quita del escenario el tema de la culpabilidad y enfoca la discusión en el tema de la «reprochabilidad» que no ocurre si manejamos el, el asunto junto culpabilidad «reprochabilidad» e imposición de la pena se realiza en el mismo ejercicio de la culpabilidad, ni siquiera se ha expuesto entonces al enfocar eso como un tema de idiosincrasia humana al hacer eso y manejar todo en un mismo juicio, cuando nosotros llevamos y empezamos a fundamentar la culpabilidad, empezamos a citar todos los asuntos que tornan el asunto grave o que consideramos que es grave o que consideramos que afectó a la víctima entonces empezamos a hablar de la tipicidad y después

empezamos a hablar de la antijuridicidad de las lesiones al bien jurídico y cuando estamos hablando de la lesión al bien jurídico hablamos de la importancia de la lesión a ese bien jurídico y nos enfocamos en el tema de por qué esa persona no se comportó conforme a la ley perfecta, la cómo la ley lo estaba estableciendo que además tampoco tenía ninguna causa de justificación y empezamos a repetir todo lo de la culpabilidad para hacer un análisis de la pena, incluso los tribunales que se enfocan más en el análisis de la pena siempre traen mucho el tema de la culpabilidad porque está tan cerca en el ejercicio propio de la, de la resolución de sentencia está tan cerca que de nuestra inteligencia humana nos cuesta hacer el deslinde de 1000.000. Entonces toda la fuerza de la determinación de la culpabilidad que trae el juez a la hora de su análisis. Permea en la asignación y terminación de la pena entonces usted lo notará que nos en las deliberaciones se hace así, digamos la exposición de la sentencia no es otra cosa que un reflejo de la liberación que se ha realizado entonces, si la exposición de la sentencia, el juez estará en el Consejo sobre la gravedad de la gravedad y pasa la imposición de la pena usted ha ver que las penas siempre son mayores, más complejas o más graves o por más tiempo o incluso se introducen cuando se tiene que dar, por ejemplo, beneficios de ejecución condicional de la pena, porque, porque, ya nos, nos toca algo, vemos que ponen un montón de condiciones más incluso cuando se tratan de personas inimputables, igual lo vemos, vemos que ponen un montón de condiciones cuando están muy cercas, pero cuando hacemos la cesura dejamos de lado la culpabilidad y nos enfocamos en la «reprochabilidad» y cuando se logra eso el primer elemento que debería discutirse en la gravedad, es decir, el hecho y la gravedad del hecho no puede dejarse de lado.

Ana Laura: Claro.

Rafael González: Pero definitivamente se va a ver con otro prisma, porque es un hecho constatado, es decir, ahí está la gravedad del hecho, sí, pero ahora enfoquémonos en lo demás y cuando usted se enfoca en lo demás, usted se enfoca en la personalidad del imputado, las circunstancias que lo llevaron a cometer el delito, el efecto indirecto de la pena podría tener sobre los demás miembros de la familia, porque siempre son los argumentos. La pena no debe sobrepasar la culpabilidad del imputado discúlpenme todo, apenas sobrepasó la culpabilidad del imputado porque aún la pena más justa siempre va a tener efecto sobre la familia, siempre entonces el tema de que la culpabilidad no debe sobrepasar en la pena, no debe sobrepasar la culpabilidad del imputado está en relación a la gravedad y la lesión al bien jurídico tutelado es decir, ahí está ya todo tenemos

podemos, como decíamos, te dice, eh no debe hacerse un mar en un vaso de agua, esto es esto, aquí está ya no más, pero lo que vamos a discutir es esto y eso se pierde cuando no se hace la cesura.

Ana Laura: Claro.

Rafael González: Pero cuando ya se ajusta a esa oportunidad, da la oportunidad de conocer al imputado como persona además, tiene otro escenario y es que la defensa desde la defensa que es el otro argumento desde la defensa es más fácil enfocarse ahora en el imputado, en las circunstancias y en la asignación de una pena, partiendo de que ya la culpabilidad fue definida aunque temporalmente, pero está definida que hacerlo conjuntamente porque a la hora de hacerlo conjuntamente también hay una percepción hacia el tribunal desde la misma defensa o desde el público de que se está desdiciendo, es decir, primero me viene a decir que esa, esa debe absorberse, que no es culpable y después me está pidiendo que le imponga pena y que vea que el hecho es grave y todo eso sí, si hay una contradicción claro que existe y a la defensa le queda bastante difícil si no hace la cesura por eso usted lo notará cuando va conclusiones y ahora toda la culpabilidad, un montón, pero cuando ya el final dice y si no lo absuelven, solicitó que se le imponga la pena mínima es como argumento de, no sé diez minutos máximo 15 entonces eso es la práctica, eso no lo da la práctica y en principio no debería afectar y usted podría hacer todos los ejercicios en el mismo en el mismo momento, pero la práctica nos advierte de que desde la perspectiva humana no es bien recibido e igualmente el defensor no se siente cómodo, tampoco haciendo entonces, y en el punto de vista del público, se observa precisamente como una posición débil, es decir, ahora está generando debilidad sobre la posición absolutoria entonces el efecto propiamente de, de esa discusión no se logra, no tiene los efectos correspondientes y teniendo la cesura a mano sin utilizar ahora si a eso le sumas que, tratándose de personas en vulnerabilidad te da la oportunidad de explotar esas vulnerabilidades, explicarlas, traerlas a la realidad mostrarle al tribunal realmente quién es, es esa persona notoriamente creo que desde la posición de la defensa se lograrían, tengas un poco más justas y menos graves o lesivos a los intereses de la persona y de su familia

Ana Laura: Claro, eso es justamente mi hipótesis, verdad, y yo sí creo que la cesura justamente, pues nos podría ayudar en el ejercicio de mejor determinación de pena, para estos efectos licenciado hay que explicarle al juez ¿qué elementos probatorios cree usted que son los necesarios en estos casos de mujeres en condiciones de vulnerabilidad para probarlas ante el juez?

Rafael González: Pero la, la pregunta es muy difícil porque partimos de un de un sistema de libertad probatoria, verdad, entonces empezar a definir cuáles, cuáles elementos son mejores que otros, cuáles medios probatorios son mejores que otros son bastante complejos incluso cualquiera que te diría que podría caer en el error. Y ojo yo o cualquiera que te haya dicho algo porque partimos del principio de libertad probatoria.

Ana Laura: Claro.

Rafael González: Ahora tradicionalmente bueno, siempre partimos del estudio social, verdad del estudio social, pero ¿qué es el estudio social? Sino es la entrevista a una serie de personas y la verificación de una serie de elementos relacionados, el perito o el o el trabajador social no tiene la bolita de cristal ni es un certificador no el trabajador social, lo que hace es hacer entrevistas el trabajador social va y busca documentos para verificar algún dato que le estén dando, corrobora ingresos, corrobora situaciones, por ejemplo, de adicciones, corrobora, situaciones de hijos o quién los tiene a su cargo y todo si usted se pone analizar y a desmenuzar a un dictamen social de este tipo es simple aspecto de constatación de otros medios probatorios que podrían ser utilizados ahí es nada más y, y, si usted dice, bueno, hay un criterio, bueno puede ser que exista un criterio, pero al fin y al cabo es un criterio que es este se realiza a partir del análisis de esos mismos documentos y si partimos de que el único que puede otorgar valor a los elementos probatorios y valorarlos conjuntamente es el juez, entonces eso al fin de cuentas, sigue siendo un criterio que alguien da en relación a la valoración de la misma prueba, es por eso que tampoco aceptamos a los peritos de derecho, es decir, ahí están las normas, ahí están los argumentos, el juez que le supone, pero hemos recurrido al dictamen pericial social por comodidad es decir, no nos da oportunidad de estar realizando todas esas investigaciones, por lo menos no lo hacemos, no tenemos los recursos, no tenemos el tiempo, entonces designamos a un grupo al cual le creemos evidentemente le otorgamos credibilidad porque es el interno y porque estimamos que parten de los principios de buena fe y de lealtad, entonces ellos van y hacen esas averiguación pero lo notarás en las sentencias muchas, muchos jueces a la hora de ponderar estos dictámenes, dice bueno, lo único que está haciendo es hablando sobre el dicho de alguien, pero no se corrobora, sino que digo, fulana es correcto no volvemos a los mismos efectos que tiene, por ejemplo, el, las entrevistas de los informes policiales, exactamente por lealtad les creemos, son informes confiables, pero al final la experta ocupamos de los elementos para poder abordar, entonces por eso te dijo por practicidad siempre existe y

siempre los tenemos ahí, como los informes policiales por pero su valor probatorio está limitado al mismo medio. El problema que se ofrece y en las circunstancias que tiene cada uno de ellos las documentales son de contratación posiblemente se aporten las entrevistas, dejan siendo una entrevista y algunos efectos creo que el ejercicio de la cesura de un tema de estos conllevaría algo más conllevaría, por ejemplo, a trabajo social, haciendo un estudio correspondiente pero constatación de todas las circunstancias que abordan, pero sigue sin dejar de lado de que ese no es el único elemento ni el más importante, ni además he como una prueba tasada, el que unos vaya a definir eso, sino que deben aportarse elementos probatorios, incluso los que ahí se citan para darle fortaleza a esa conclusión entonces, si yo tengo a la madre de la persona que me va a decir que cuida a los hijos de ella, que y a la señora mientras ella trabaja, porque no hay una, una forma de, de mantenerlos y que ya he precisamente ha estado en situaciones económicas difíciles y que su salario no le alcanza o su situación no le alcanza, que su educación ha sido mínima por circunstancias de agresión, de sexual o un familiar que han tenido durante años especulo Si usted logra, además de un informe, traer eso ahí la valoración de la prueba iría por la credibilidad que se le otorgue a la testigo y su relación corroborarse con lo que se ha dicho en otros momentos en el trabajo social y la corroboración externa de ese dicho, por ejemplo, con denuncias con el abandono escolar a cierta edad, por ejemplo, la situación de que estén en pobreza o catalogados en pobreza por el IMAS o si no se tiene eso, por lo menos saber un estudio de los ingresos económicos de la familia para saber. ¿En qué condición está el cuidado de enfermos? O no, y ¿cómo se cómo se demuestra eso? Solo un informe bueno, un informe podría constatar si hay un enfermo, no en su casa y una situación de vulnerabilidad, sino incluso podría aportarse mayores elementos de prueba para determinar el estado de salud de esa persona o su condición o no de enfermedad pero todo lo dejamos por comodidad, insisto en trabajo social y generalmente el único elemento probatorio que aportamos es trabajo social y a partir de ahí queremos que se reconozca la vulnerabilidad a partir de este elemento y segundo sin aportar más. segundo, dejamos a la suerte alguna valoración que se haga sobre esos puntos ahora el tema no solo queda en la vulnerabilidad, sino en que la vulnerabilidad haya llevado a la comisión del delito, que eso es otro punto totalmente distinto.

Ana Laura: Ay, sí, sí.

Rafael González: Generalmente desde el punto de vista probatorio, nos enfocamos en el tema de la vulnerabilidad y argumentamos vuelvo a citar argumentamos sobre el por qué se cometió el

delito, es decir, porque yo soy joven, tome drogas, porque yo soy mujer en pobreza introduzco centro penal, porque yo soy tal cosa, ve le hacemos un argumento que la que tratamos de situarlo dentro de las reglas de experiencia pero sin argumentos, incluso para eso porque entonces decimos, la pobreza lleva a cometer delitos y eso no es cierto puede ser unas causas, pero no todas, entonces, siempre, siempre dejamos y eso lo visto, eso es una crítica prensa técnica siempre dejan de lado el tema, el paso más nos desgastamos en el tema de la vulnerabilidad y poco o nada hacemos un tema de cómo esa vulnerabilidad ocasionó la producción del hecho delictivo o influyó en la producción del hecho delictivo esa parte la reclutamos a nivel argumentativo y la mayoría de los tribunales no la rechazan a nivel argumentativo también, verdad.

Ana Laura: Lastimosamente así es, pero bueno. Eh don Mayid para ir cerrando un poco, eh, esta reforma básicamente nos introdujo, perspectiva de género ya «normatizadamente», ¿Cree usted que era necesario que se introdujera a la determinación de la pena estos aspectos?

Rafael González: Realmente eh, el, el tema de la perspectiva de género es un tema transversal en nuestra ley desde hace mucho tiempo, desde que conformamos los instrumentos internacionales como leyes propias, ya estaban dentro de nuestras leyes el problema es que no le hemos dado la importancia correspondiente a la hora de hacer la interpretación de las normas es decir, siempre interpretaba norma muy gramaticalmente o lo hacemos, algunos lo hacen desde un sentido semántico, pero pronto se hace desde un punto de vista teleológico, sistémico o conforme a vamos a ver, conforme al tema de la protección de los derechos humanos, es la interpretación de las normas tienen que venir desde ahí entonces sí, por ejemplo, una norma en determinado momento habló y habla el Código Penal, todavía están, o sea no se quitado, sobre el aborto y la mujer de buena fama entonces, evidentemente nosotros no debemos decir que porque literalmente está ahí buena fama el juicio va a tener que correr en si tiene o no tiene mala o buena fama evidentemente es un elemento normativo que, por interpretación de los principios de dignidad humana, sistémico y tecnológico, debería excluirse incluso uno podría implicarlo convencionalmente o si quiere usted realizar la consulta de constitucionalidad sobre ese elemento cuando responda, pero definitivamente eso está ahí desde siempre, lo que hizo la reforma fue enfocar nuevamente el tema de la perspectiva de género a la hora de imponer las sanciones y sobre todo, permitió establecer. Ya ahora, desde un punto de vista de legalidad, la posibilidad de reducción de las penas exacto, ¿por qué lo digo así? Porque desde el nacimiento de la política criminal, los tipos penales no solo

describen las conductas prohibidas, sino que también se les asigna una sanción en abstracto, es decir, desde un mínimo hasta un máximo de sanción, desde un tema de construcción de las leyes y política criminal entonces ese límite inferior por más que yo hago la interpretación de las normas conforme a perspectiva de género no podía ir más allá de eso, no podía reducirlo más si no me encontraba en los supuestos que el principio de legalidad me permitiría, lo que hizo la norma no solo fue enfocar nuevamente el tema de perspectiva de género, sino que le dio una posibilidad a los jueces de dar y aplicar un efecto congruente con esa perspectiva de género entonces ya no solo podíamos reconocerla, podríamos aplicarla, sino que le podíamos dar consecuencias positivas podemos reducir las acciones, podemos aplicar medidas alternas, podemos aplicar un montón de escenarios que resultarían más factibles que las sanción en abstracto, que ya tiene el tipo penal entonces creo que ahí es donde está la importancia realmente de la reforma.

Ana Laura: Perfecto. Muchas gracias don Mayid por su tiempo y por su valiosa experiencia y sus comentarios. Aquí quedamos

Rafael González: Para nada y más bien le agradezco mucho Anita por la oportunidad y lo de la resolución de nosotros sí, en nosotros no la vimos tan, tan importante sí, sí, era un tema si era un tema que estaba ahí, que nadie lo había tocado, era un tema que había que tocarlo que a mucha gente no le gusta tocarlo, es decir, porque sí trae sus consecuencias cuando uno decide sobre temas que a mucha gente no le gusta.

Ana Laura: Claramente.

Rafael González: Pero hay que hacerlo y solo nos queda en ese momento si usted nota cuando nos dimos cuenta y dimos la resolución que fue bastante la reacción fue bastante compleja eh después, cuando la sala tercera declara sin lugar el recurso si notas, la resolución de la sala es mucha la digámoslo, reitera mucho lo que nosotros vamos diciendo verdad.

Ana Laura: Sí.

Rafael González: Reitera mucho y, y eso, digamos, fue una forma en que la que nosotros vimos cómo la sala tercera no reconocía el trabajo porque al final de cuentas lo que estaba haciendo era volviéndonos a citar a nosotros entonces eh fue grato por lo menos sé que a nivel internacional se la han discutido, la han llevado varios foros en eso sí lo he notado porque no lo comentó un profesor

peruano creo que un día nos encontramos y nos dijo que, que, que estaban discutiendo sobre ese tema y la interpretación de los derechos humanos.

Ana Laura: Es que si era resaltable porque incluso en ese momento todavía no había salido la sentencia de la Corte Interamericana del asunto de Vicky Hernández contra Honduras, que fue el que ya convencionalmente lo dejó más claro ustedes tenían el tema que no había resuelto ese asunto y que podía cambiar muchísimo lo que resolviera.

Rafael González: Exacto, por eso te digo que eso es cuando sale lo de Vicky Hernández que es posterior ya a nivel internacional se estaba discutiendo en la resolución de nosotros incluso el profesor peruano, estábamos hablando como en una discusión de Derechos Humanos con la comisión de Derechos Humanos y organizada por la corte, se estaba discutiendo esa resolución entonces una o algunas veces puede decir o puede decir, bueno, este fue un antecedente previo que pudo haber facilitado algo

Ana Laura: Verdad, estoy segura de que sí, es una resolución muy rica en, en conocimiento, en realidad muy muy buena.

Rafael González: Sí y no sé si viste que empezamos a analizar incluso la interpretación de los convenios como se interpretan los convenios internacionales que fueron lo que empezamos por ahí, pero qué ha dicho de que les gustara digo aquel.

Ana Laura: Muchas gracias don Mayid hasta luego.

Transcripción de la entrevista al Defensor Público y Juez de Juicio Roberto Díaz Sánchez.

Buenos días y mi nombre es Ana Laura Sánchez Bertarioni soy estudiante de la maestría en derecho penal de la Universidad internacional de las Américas y me encuentro realizando mi trabajo final de graduación titulado la cesura en el proceso penal, la aplicación en la estrategia de defensa para el trabajo de pena a mujeres por condiciones de vulnerabilidad a partir de los artículos 71 inciso g) y 72 del Código Penal. En este momento me dispongo a realizar una de las entrevistas para mi trabajo, por favor, el licenciado si se presenta nos indica a qué se dedica y su experiencia.

Roberto Díaz: Gracias, mi nombre es Roberto Díaz Sánchez yo, he, fui defensor público, por más de 10 años si no me equivoco y actualmente me desempeño como juez de juicio y, eh, eh, llevo tal vez unos cuatro o 5 años como juez de juicio, eh, al menos de momento de manera interina, entonces ha existido una posibilidad de que tenga que regresar también a la defensa en algún momento, pero es más o menos la historia.

Ana Laura: Perfecto licenciado, entonces voy a aprovecharme de esta experiencia en 2 áreas suya, para poder realizar las preguntas, empecemos desde su labor como defensor público por todos estos años, eh, dentro de la defensa pública, ustedes no usan, usan la teoría del caso ¿Qué es la teoría del caso y por qué es relevante para ustedes?

Roberto Díaz: Sí, la teoría del caso es básicamente yo, yo lo veo así como una, como la contraposición o la contra hipótesis que se tiene de la acusación, el Ministerio Público formula una acusación con una idea de qué fue lo que ocurrió y así lo establece, en la teoría del caso que, que, a ver a final de cuentas la acusación viene siendo una teoría del caso desde el punto de vista de la fiscalía en el caso de la defensa, la teoría del caso es básicamente esa hipótesis que nosotros estaríamos formulando donde explicamos eso yo, eh, hace algún tiempo, muchos años atrás conversaba con un fiscal y nos decía siempre que para la defensa era muy fácil, porque es más fácil destruir que construir, eh, sin embargo, yo le discutía y le decía que es que ahí partíamos de un error de apreciación porque realmente la defensa no solamente destruye, sino que necesariamente debe construir y es aquí donde entra la teoría del caso una hipótesis y venderle al tribunal la idea de que su representado es inocente a ver ciertamente la defensa no tiene por qué demostrar su inocencia, pero en estos, tipo de casos, en la teoría del caso, nosotros lo que hacemos es construir la idea de por qué la persona no puede ser condenada, entonces, desde ese punto de vista, esa es la, la interpretación que yo hago de la teoría del caso.

Ana Laura: Claro, gracias, eh dentro de los supuestos, eh, cuándo ustedes elaboran la teoría del caso, también eh, ¿Elaboran algún aspecto con respecto a la posible fijación de pena o determinación de la pena que se pueda prever que va a darse?

Roberto Díaz: Sí a ver, mm, yo soy del criterio de que como defensor uno debe de hacer un análisis íntegro de todas las posibilidades que haya, desde que comencé pensando en una estrategia de defensa donde sea presentar una conciliación, una suspensión del procedimiento prueba lo que sea hasta, una eventual condenatoria y tratar de buscar las, los insumos probatorios, digámoslo así para, para mejorar la pena, para reducir el reproche que le hace el tribunal, entonces sí, en la teoría del caso, eh, no es única, podría ser varias en distintos momentos teoría del caso para etapa preparatoria si no se puede arreglar, avanzamos a la etapa intermedia, etapa solicitando sobreseimiento por equis o y situaciones y ya evidentemente en la etapa de juicio, tratar de discutir inocencia y subsidiariamente si es el caso, hasta, eh, legar algunos elementos probatorios para pedir rebajo en la pena o que le imponga la pena mínima, entonces sí, eso también se valora en eso.

Ana Laura: Claro. Dentro de esos supuestos tenemos la posibilidad de la cesura, sabemos que es poco utilizada, pero ¿considera usted que la cesura podría ser parte de la estrategia de la defensa? Y si es así, ¿En qué supuestos?

Roberto Díaz: Sí a ver la censura siempre es importante valorarla, sí, estoy convencido de que generalmente es mal utilizada, es mal utilizada y eso se lo digo desde la desde, desde la doble condición, tanto como defensor como o como juez, porque, eh, muchos defensores públicos o privados indiferentemente piden la censura y en esa etapa que lo único que se tiene que hacer es discutir ya la pena, centrémonos únicamente en pena, no en cuestiones de tipo civil, entonces lo único que tiene que discutir es la pena, utilizan esa segunda etapa del juicio para seguir tratando de demostrar que la gente es inocente cuando ya en esa etapa se superó el juicio de culpabilidad, entonces ¿cuál es el problema ahí? Bueno, que si lo utilizamos mal la cesura no tiene sentido, sin embargo, si es de mucha utilidad para efectos de la defensa, si se maneja bien, ¿Por qué? Porque, por ejemplo, muchos usuarios dicen, mire es que licenciado, yo no fui el que hice esto, yo no fui el que hice esto y esta es la idea de por qué yo no fui y a veces las ideas no, no son, eh, respaldadas por elementos de prueba, entonces como usuario mío, yo debo estar vinculado con su hipótesis y en esa primera parte del juicio yo voy a luchar con esa hipótesis, sea o no sea viable, voy a luchar,

voy a intentar todo lo que se pueda y se logra absolver perfecto si no se logra, bueno, vamos a entrar entonces la segunda fase del juicio y ahí ya, ofreciendo pruebas, porque sí es importante que se haga un ofrecimiento de prueba, voy a hacer que el reproche se reduzca, ¿qué es lo que pasa? y en ¿qué supuestos resultaría muy importante? Bueno, resultaría muy importante, por ejemplo, en, eh, por ejemplo, con la reforma que hubo la ley de psicotrópicos y en relación con la introducción de droga a centro penal en cuando hay mujeres en cierta condición con algunas condiciones que adultos mayores dependan de ella, que no tenga ayuda económica, que tenga niños menores a su cargo, que estén en una condición de pobreza que se hayan visto obligadas a cometer el hecho por eso y que no nos encontremos en un supuesto en el que, en el que se le exima de acción que se haya sido, digamos una, una visa absoluta que haya sido obligada, amenazada para incluir droga, no aquella, sabiendo que es un delito, pero es la única forma que tiene ganar dinero, lo hace entonces en ese caso usted ofreciendo elementos de prueba que pueden ser de gran utilidad, podría utilizar la cesura para hacer una reducción en el reproche y mejorar la, la pena que se le puede llegar a imponer a estas personas, entonces esa sería la posición que tendría yo y el supuesto en el que se podría dar.

Ana Laura: Perfecto, eh, ya que mencionas el tema de las mujeres, eh, cuando usted fue defensor, en algún momento ¿le tocó ejercer defensa de mujeres en condiciones de vulnerabilidad, pero no con respecto a la reforma psicotrópico, sino con la reforma del año 2018, del 71 y 72?

Roberto Díaz: Sí, sí, en efecto, recuerdo un caso en específico en el que fui a juicio, eh, llevaba a otro, pero ese ya ese no fue básicamente en el lapsus en el que pasé a ser juez, entonces no fui a juicio, pero en ese en específico se le acusaba a la muchacha formar parte de, de una organización criminal, la organización eran tres personas tampoco era algo a gran escala, eh, una de esas personas era su pareja sentimental y se le acusaba por el suministro de droga ella básicamente, había una, un vendedor al que le decía perencejo necesito x cantidad de droga, entonces ella lo que hacía era sacar la droga de la casa y se la entregaba en el parqueo al muchacho y ya eso era lo que hacía ni siquiera era como ventas como un suministro, en ese caso, ehhh, había una condición de pobreza, estaba, tenía un niño menor que coincidía con esa reforma, el proceso no inició con la reforma porque el proceso inició de previo a esta reforma del 2018, pero el juicio sí se dio en ese momento. Entonces, ¿qué pasó con, con nosotros? Bueno, que para el momento en el que se hace el juicio no tenemos la prueba suficiente para hablar de una vulnerabilidad, es decir, no tenemos

el dictamen, sin embargo, eh, perdón, no para oficio específicamente, sino para la etapa de juicio como estaba, no estaba ese dictamen porque no se podía pedir en ese momento porque no estaba esa posibilidad de rebajar la pena lo que hicimos fue antes de que señalaran y ya con la reforma existente pedimos la valoración, en la valoración se indicó que ciertamente estaba una condición de vulnerabilidad por pobreza, además, ella tenía la condición de ser extranjera de manera si no me equivoco ilegal en el país una serie de condiciones y se solicitó el rebajo no se hizo, no creo que sí se había hecho con cesura, la verdad, no recuerdo bien ese detalle, pero sí se discutió y se logró el rebajo de la pena a 2 años sin embargo, a pesar de que eso había sido ya un logro para la defensa, se presentó un recurso de apelación porque se consideró que el tribunal estaba justificando el reproche básicamente como que si ella había sido obligada a realizar esas acciones en virtud de una cuestión de violencia doméstica entonces, al existir esta situación se consideró que lo que se tuvo que haber hecho era absolverla en virtud de que se encontraba en este supuesto, eh, se ordenó un reenvío pero nuevamente también eso fue el lapso y no, no, no le di seguimiento al juicio de reenvío.

Ana Laura: Claro, licenciado usted, por ejemplo, en este caso nos menciona el tema del dictamen de trabajo social, eh, que, pues es conocido que es como la prueba central en este tipo de asuntos, pero ¿Qué otros elementos de prueba son importantes para poder alegar esta condición de vulnerabilidad y luchar por ese debajo de pena que nos abra esta norma?

Roberto Díaz: A ver la defensa siempre solicita el dictamen, como, como prueba madre digámoslo para efectos de justificar la vulnerabilidad y ciertamente tiene algún peso, generalmente cuando estos dictámenes son interdisciplinarios donde hace un análisis de trabajo social, de psicología, se analizan muchos detalles que son de gran importancia, sin embargo, a veces esos dictámenes tardan mucho, tardan mucho y es necesario realizar el juicio, entonces ya ahora, desde el punto de vista usted como juez o jueza no nos podemos limitar a eso porque di si el dictamen va a durar un año, vamos a trazar el proceso y la gente además necesita que le resuelva la situación voy a responder como le respondían a uno en la universidad cuando era estudiante y es ¿cómo lo pruebo? Di con prueba es como redundante y la respuesta siempre es molesta lo que pasa es que ya con el paso del tiempo uno se da cuenta que tiene su lógica. ¿Cómo lo pruebo? Di pues no le puedo decir específicamente con qué elementos porque di cada caso en concreto determinará, pero por ejemplo, yo le puedo decir, bueno, incluso digamos en la indagatoria que dice que se encuentra la persona

desempleada, ya ahí podemos presumir de que hay una situación de pobreza si tenemos, por ejemplo, algún, también queremos hacer ver que hay pobreza y no hay ayuda se podrían pedir constancia, sus certificaciones del IMAS, de que no se recibe ayuda, que no se recibe pensión alguna, si es para demostrar que hay menores de edad a su cargo bueno, podríamos pedir certificaciones de Registro Civil cuestiones de prueba que no hace falta el dictamen, incluso vemos que con el dictamen este psicosocial, todos esos elementos que yo le he indicado nos llevarían al mismo punto entonces simplemente es que si no contamos con ese insumo podemos utilizar otros que se encuentren incluso dentro del expediente y que permitan concluir de manera objetiva que nos encontramos en ese supuesto.

Ana Laura: Claro. En estos supuestos licenciados donde se puede discutir tanto culpabilidad como pena, particularmente en los casos de las mujeres. ¿Cree usted que sería de utilidad la aplicación del juicio de cesura?

Roberto Díaz: Sí, desde el punto de vista de la defensa, siempre he considerado que eso es importante, como, como lo dije hace unos minutos, es importante hacerlo porque no es lo mismo que llevemos un discurso convencido de manera sólida de la absolutoria o de que debe ser absuelto el imputado y no salga y decir, bueno, pero subsidiariamente sin que tengamos todavía conciencia si se va a acoger o no la absolutoria subsidiariamente di le ponen, por favor la pena mínima, no se justifica muy bien el por qué la pena mínima, o sea porque no se le debe ser mayor, reproche entonces la cesura si nos permite subir sólidos y fuertes a una discusión de culpabilidad y si ya definitivamente nos dijeron que no, en el espacio que nos da el, el, el mismo código para realizar la segunda parte del juicio, ahí entonces ir sólidos y fuertes a demostrar por qué el reproche no puede superar la pena mínima o bien incluso rebajar más allá del mínimo para poder obtener un beneficio o una, eh sustitución de pena entonces desde ese punto de vista, considero yo que sí es importante la cesura desde la óptica de la defensa como, juez en lo particular yo no le veo mucha practicidad a ello. ¿Por qué razón? Bueno, porque usted como es en uno o en otro sentido, primero tiene que hacer necesariamente el análisis de culpabilidad y después le hacemos el reproche, que es lo que pasa que la diferencia para efectos del tribunal es, que hoy le hacemos el juicio de culpabilidad, se le declara culpable y tres, cuatro, cinco días después le vamos a hacer el reproche sobre ese hecho que ya se demostró, entonces es lo mismo sólo que dividido en dos partes la sentencia desde el punto de vista del tribunal no le veo mucha práctica a esto, pero creo que incluso

la cesura está pensada más como una estrategia de defensa, incluso hasta si se quiere de la fiscalía, porque la fiscalía también podría, no se acostumbra a que lo pidan ellos, pero podría ser un, un análisis de culpabilidad y después sólidos y fuertes ir a decir, mire, es que el reproche es muy alto por esto, esto, esto y esto sí es importante dejar claro que cuando se pide la cesura, necesariamente deberíamos de aportar prueba para esa segunda parte del juicio para poder tener esa discusión rica sobre el tema.

Ana Laura: Claro, en ese tema de la aplicación de esta norma, que fue pensada como una acción afirmativa para las mujeres, en algún momento hubo algún día discusión con el término mujer, eh, que terminó con pues resoluciones y control convencional al respecto, al usted como juzgador, ¿Tiene alguna consideración respecto a la aplicación de esta norma a las mujeres, eh, transgénero?

Roberto Díaz: A ver, eh, durante, durante mucho tiempo, eh, la sociedad costarricense y eso se extrapola a la sala constitucional, se ha mantenido con unos criterios muy cerrados en cuanto a las discusiones de género, entonces entendía como hombre o masculino quien tiene pene, mujer femenina quien tiene vagina, nada más de les impedía reconocer que la, que el género es una construcción social y que usted podría tener, no sé biológicamente un, un sexo y percibirse como otra cosa como, como mujer, si usted es hombre y viceversa, en, en la discusión que se dio en la sala constitucional producto de una consulta, eso fue producto de una consulta potestativa de constitucionalidad del Tribunal de Heredia, entra a discutir precisamente eso, no, en el caso, creo de una mujeres, es que no recuerdo bien si era en este caso una cuestión transgénero o era un hombre específicamente que encuadraba dentro de los presupuestos de vulnerabilidad y por ser hombre no le encajaba entonces yo sí considero que esta interpretación que hizo la sala era necesaria y era viable puedo entender el carácter afirmativo de la reforma, precisamente porque las mujeres en esta condición al verse sometidas a violencia doméstica y todos estos detalles y muchas veces son llevadas a cometer delitos que las llevan, eh valga la redundancia a un centro penal entonces se les da la oportunidad, en este caso en esos supuestos de que se pueda rebajar la pena y no tengan que ir a un centro penal y que aprendan la lección y enderecen su comportamiento conforme a las reglas sin embargo, eso también podría suceder con hombres o como ya usted lo indicó con mujeres transgénero que al final de cuentas eso también es pues importante, yo incluso en alguna oportunidad cuando se da la reforma, esperaba algún caso para tenerlo como base y aplicar un voto muy viejo ahorita no tengo el número en la mente, pero sí, sí lo tengo alguna parte

en, en mis en mis apunte el voto de la sala constitucional que decía que no se podía hacer diferencia entre hombre y mujer, que cuando y hacía referencia a algo sobre la, la posibilidad de acceder a la nacionalidad de un país, decía que donde decía mujer debían, no donde decía hombre perdón tenía que entenderse persona consecuentemente si hace referencia a hombre o mujer, siempre se debería entender como persona y no hacer diferencias molestas sobre el tema, que en este caso yo, como le indiqué yo esperaba tener un caso base y eventualmente presentar una acción de inconstitucionalidad en ese sentido, dichosamente lo hizo el tribunal de Heredia se logró eso y se ha, se ha agilizado de alguna manera el proceso y se ha aplicado también a hombres que tengan esa condición de vulnerabilidad, entonces cerrando ya en la idea, eh, no, no tendría inconveniente alguno en que se aplique eso a mujeres transgénero de hecho, creo que es necesario y también a hombres que, que mantengan su condición masculina como como se perciban ellos.

Ana Laura: Perfecto el licenciado para ya cerrar, eh, partimos de que se requería o que el legislador indicó que se requería un análisis diferenciado en estos casos, la sala constitucional como usted bien lo indica, lo amplió de forma equiparada al principio de igualdad, pero desde su punto de vista, como juzgador a estas personas en condición de vulnerabilidad, ¿Usted considera que si se les tiene que dar un análisis diferenciado al momento de determinarse la pena por un delito?

Roberto Díaz: En general a las personas que están en esa condición de vulnerabilidad y aquí es importante también ver la reforma porque no es solamente que estemos en condición de vulnerabilidad en el momento del juicio o antes, sino que esa condición de vulnerabilidad haya incidido en la comisión del delito eso es importante también hacerlo ver, pero sí, yo estoy en una condición de pobreza y esa condición de pobreza me llevó a cometer un delito por ejemplo esto sí se debe hacer ese análisis diferenciado, porque no es lo mismo que yo, eh, no sé un funcionario judicial, con un trabajo estable, con una situación económica, eh, dentro de lo normal, sin grandes problemas económicos cometa, no sé un delito de robo, un centro, pensemos en un súper o un hurto en un supermercado, a que necesariamente ese hurto lo cometa una persona que se encuentra en condición de pobreza, que tiene hijos a su cargo, que no tiene que comer y necesita, eh, eh, algo tal vez ni siquiera para comer, pero sino productos que pueda vender para darle comida a sus hijos entonces no es lo mismo esa condición mía, con la condición de esta otra persona entonces el análisis debe ser diferenciado y yo creo que ese fue el espíritu que se dé la norma en esa modificación, pensando precisamente en esos casos específicos, dónde se le puede hacer ver a la

persona que en efecto, cometió un error que eso no es lo esperado, pero que el estado le da una nueva oportunidad y ya si reincide, pues será otra historia, verdad, pero si se le da una nueva oportunidad, entonces sí, el análisis debe hacerse diferenciado, que en todo caso el proceso penal exige que el análisis se haga para cada caso en específico, entonces vendría siendo lo mismo, pero arraigado legalmente.

Ana Laura: Perfecto, muchísimas gracias por su tiempo Licenciado esas serían las preguntas que tenía para hacerle que tenga buen día.

Transcripción de la entrevista a la Magistrada Dr. Sandra Eugenia Zúñiga Morales.

Buenos días en el marco de la maestría en derecho penal de la Universidad internacional de las Américas, me dispongo a realizar una de las entrevistas para mi trabajo final de graduación me encuentro en este momento con la Magistrada Sandra Eugenia Zúñiga Morales, ¿Cómo está licenciada?

Sandra Zúñiga: Muy bien mucho gusto. Buenos días.

Ana Laura: Muy Buenos días, doña Sandra, como le explicaba fuera de grabación, el contexto es analizar la posible aplicación de la cesura en los contextos de los juzgamientos de mujeres en condiciones de vulnerabilidad, de conformidad con los artículos 71 y 72 del Código Penal en ese sentido eh. ¿Considera usted que estos aspectos de género que establecieron estas normas, eh, son determinantes o deben ser determinantes al momento de la imposición de una pena?

Sandra Zúñiga: El bueno muchas gracias por, por, por permitirme una entrevista sobre estos temas porque quizás lo primero que yo quisiera mencionar es que, a mí, me extraña y digamos, me extraña de una forma desfavorable que, existiendo el Instituto de la cesura en nuestro código procesal penal, casi no se hace aplicación del mismo, me parece que el instituto de la cesura está visualizado para todos los casos sin excepción, pero especialmente para los casos eh, en donde existe un tema de, de vulnerable en el caso de, eh las mujeres por supuesto que sería una alternativa idónea para, eh, hacer ve no solamente con palabras, con un discurso, sino también con medios probatorios, una situación de vulnerabilidad que impacta el en el en el reproche que finalmente se le hace a esta persona, y que impacte porque precisamente hace ver que muchas veces los motivos determinantes para la comisión de, de un delito de un si hacen una diferencia, pero difícilmente son visualizados. Entonces a mí sí me sí, me, me llama la atención que, que muchas veces, inclusive ya eh, estando vigente esta normativa es en procedimientos de revisión en donde la defensa viene a hacer ver esta situación, eh, y, y, siempre queda uno, ese ese, ese mal sabor de por qué no se activó cuando se tenía que serlo

Ana Laura: Claro. La norma lo que propone es un análisis diferenciado. ¿Usted considera que sí es necesario este análisis entre el fenómeno delictivo de la mujer y las posibles incidencias de la vulnerabilidad con respecto a los varones?

Sandra Zúñiga: Sí, sí es importante que se haga eh, pero exactamente en las condiciones en que están previstas en, en ese artículo 71 en el inciso g porque muchas veces cuando se, se invoca se hace solamente a partir de la vulnerabilidad en sí misma.

Ana Laura: Se dejó de escuchar licenciada.

(Problemas de audio)

Sandra Zúñiga: Esa vulnerabilidad se vincula, independientemente de la causa que se está invocando, verdad que sea por, por pobreza, por discapacidad, etcétera, por, por violencia de género en este caso, pero se vincula a que el hecho haya influido precisamente en la comisión del hecho punible, entonces no solamente es necesario eh, que, que la parte en este caso que la defensa acredite la situación de vulnerabilidad, sino que la, el otro componente fundamental y por el cual es que está precisamente he ubicado el tema de la vulnerabilidad en el modo de fijación de la pena es que esa circunstancia haya influido en la comisión del hecho punible entonces muchas veces se hacen las alegaciones sobre el tema de la vulnerabilidad pero se deja de considerar eh la necesidad de vincularlo con las causas que llevan a la comisión del delito.

Ana Laura: Claro, eh elementos probatorios porque como usted lo dijo, no es solo alegarlo, hay que probarlo. ¿Qué elementos probatorios considera usted que son necesarios o útiles, al menos para intentar introducir a al debate, estas condiciones de vulnerabilidad y demostrarlas?

Sandra Zúñiga: Bueno depende, obviamente de, de la condición de vulnerabilidad eh, y verdad pero eh obviamente no es suficiente con, con, con solo invocarla sino que eh la persona que administra justicia debe basar sus resoluciones también de acuerdo a los elementos probatorios, entonces un defensor cuando asume la causa no solamente debe focalizarse en el tema de la demostración del, del hecho eh sin, la participación o no de la persona que está defendiendo eh sino, entre otras circunstancias, también debe enfocarlo también desde el tema de la pena y lo que tiene que acreditar y entonces tener esa comunicación con la persona que está representando una comunicación que realmente indague en los aspectos que son esenciales, por ejemplo, si la persona eh, umm tiene denuncias, verdad que acrediten algún tipo de, de agresión por, por su pareja que, eh que la digamos que la han llevado este a asumir eh, acciones contra su voluntad, por ejemplo, que, que denotan, digamos, esa vulnerabilidad que ya ella ha tenido eh eh digamos, eh reportes que tal vez se han dado a nivel de, de centros educativos eh reportes que se puedan tener a nivel

de instituciones de salud, verdad, también me parece que se tienen que de ayudas sociales que la persona reciba, de realizar o solicitar una inspección en el lugar donde la persona vive y las condiciones en las que vive verdad que es algo como tan, tan, tan básico de la acreditación de los estudios que la persona tiene de la situación de salud, no solamente física sino mental del de la persona muchas veces tiene todo un historial y nada de eso, absolutamente nada de eso se aporta, a al, al proceso entonces de verdad y es difícil, es para para la persona juzgadora tomar una decisión si no se le pone en contexto toda esa situación que muchas veces están, pero que nunca se lleva al expediente

Ana Laura: Claro.

Sandra Zúñiga: Entonces creo que, que en ese sentido el defensor tiene una enorme responsabilidad, tiene que lograr una comunicación eh en donde la persona usuaria para que pueda ejercer a plenitud el derecho de defensa, el defensor tiene que ser capaz de llegar, con una comunicación al nivel de la persona que, que la persona sienta que tiene un aliado no precisamente en el sentido de, de armarle un una defensa verdad, porque yo sí pienso que hay un límite ético que, que no se puede superar, pero sí de indagar en todos los aspectos que puedan, eh aportar a la resolución más justa para para la persona, el defensor no sustituye al imputado el defensor es el vocero del imputado pero tiene también el conocimiento técnico y profesional para saber cuáles son los aspectos en los que tiene que indagar y explicarle a la persona que no es con el afán de hacerle un daño, verdad, si no explicarle que es con el afán de que sea juzgado de la manera más justa posible.

Ana Laura: Claro, doña Sandra son circunstancias que tomar en consideración, en estos supuestos que usted nos explica, verdad, ¿Cree usted que la cesura como instituto, permite que se lleve a una discusión más completa en, en el debate, en cuanto a poder exponer estas esas situaciones de vulnerabilidad para lograr ese rebajo de pena, para que los jueces lo puedan apreciar mejor?

Sandra Zúñiga: Bueno, de eso se trata y eso es que así es, como como está visualizada y que igualmente eh cuando se empieza, eh este, este proceso de la cesura me parece importante que, que la persona defensora de una explicación de, de cuál es la intención que ella tiene precisamente al solicitar, eh, la cesura, eh, precisamente primero, como para ubicar a las personas juzgadoras en el contexto inclusive de las intervenciones que va a tener, de lo que se va a preguntar de la relevancia de lo que se va a interrogar verdad

Ana Laura: Claro.

Sandra Zúñiga: Eh este y como les digo, eh, como te digo Ana Laura, dependiendo incluso también de la causal de vulnerabilidad que se está invocando, eh, verdad que, que si se trata de temas de pobreza, por ejemplo, siempre es importante poner en contexto cuál es la situación de la pobreza con respecto a, a las, a las mujeres, que si bien eh afecta a todas las personas, independientemente si se trata hombre o mujer, ya este lo cierto es que, que a nivel global está demostrado que, que las personas que más sufrimos de la pobreza somos las mujeres, verdad, igual que que, que se nos que tenemos más dificultades para para tener acceso a, a una propiedad que tenemos más dificultades para tener acceso a educación, para, para, para, para tener acceso a, a la tecnología verdad, en todo sentido, a mí, sí, me parece que eso es importante refrescarlo siempre, porque a veces como que, como que se olvida, verdad, como que se da por sentado otra realidad que no es la de muchas mujeres de, de este país.

Ana Laura: Claro doña Sandra. En, cuando esa reforma se, se daña el año 2018 llega hasta la tercera, un asunto que causó mucha discusión, que era que teníamos que entender por el concepto mujer que establece la norma mujer en condición de vulnerabilidad, si era un sentido biológico, un sentido social y, pues bueno, usted fue la magistrada a cargo de redactar la resolución de la sala tercera de este asunto que consideraciones nos puede decir respecto al tema de ¿Qué es la mujer desde el género que nos habla esta, esta norma?

Sandra Zúñiga: Perdón, perdón Laura

Ana Laura: Ya lo puse de nuevo. Estábamos conversando sobre la determinación del concepto de mujer para efectos de la norma.

Sandra Zúñiga: Ok sí, bueno, precisamente eh, en ese voto que, que vos mencionas ese, ese voto surge en la sala a raíz de un recurso que se formuló por parte de eh, el Ministerio Público si no me falla la memoria, porque en el Tribunal de apelación de sentencia del segundo circuito judicial, precisamente en este caso específico, se había decidido la aplicación de este artículo 71, eh, sí, para el caso en concreto y el caso en concreto, pues era de una persona que desde un punto de vista biológico no era una mujer eh en ese sentido, la lectura que hizo el Tribunal de apelación de sentencia y que esta sala cobijó porque le pareció la interpretación más, eh, atinada, eh de acuerdo, a los derechos humanos...

Ana Laura: Claro.

Sandra Zúñiga: es que cuando nosotros leemos el artículo 71 que por aquí no lo tengo que dice que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentra en estado de vulnerabilidad no hace referencia a la mujer desde un sentido biológico, sino más bien desde el género y, pues siendo el género precisamente una construcción social, pues entonces eh, en este caso específico, verdad donde, donde la persona se identificaba como mujer, eh, eh, pues entonces era lo correcto, eh, hacerle la aplicación del artículo 71.

Ana Laura: Claro. ¿Para llegar a esta esta conclusión que ustedes como usted bien indica, apoyaron el criterio del Tribunal de apelaciones eh nos habla usted de Derechos Humanos, hubo algún sustento convencional para esta decisión?

Sandra Zúñiga: Y bueno, nosotros en el voto, por cierto aquí lo aquí lo aquí ando eh, se, se, efectivamente, partiendo de, de, de normativa internacional, ahí se hace mención y, y igual que lo que lo hizo el Tribunal de apelación de sentencia, al que no le quiero quitar ningún mérito, ehh, no solamente la Comisión Americana sobre derechos humanos y a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la opinión consultiva 1699 con casos específicos que ahí se, se mencionaban el, eh, digamos porque en esto eh, ehm también se hizo mención precisamente a lo que ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos había establecido con respecto a que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión del género, son categorías plenamente protegidas por el derecho internacional, entonces le a partir de de, de ese punto, pues se consideró que, quien, eh, fue en aval precisamente de la protección de los Derechos Humanos de estas personas, pues lo conveniente era y aplicar esta normativa.

Ana Laura: Perfecto doña Sandra para ir cerrando y ya no disponer más de su tiempo. Como abogada en general, ¿Cree usted que la perspectiva de género es necesario que la sigamos, eh incursionando en las leyes, en las resoluciones, en lo que hacemos en el Poder Judicial?

Sandra Zúñiga: Sí eh, bueno, pienso que esto es una labor de constante construcción y lo que en ese momento nos pudo parecer extraordinario con este caso específico, eh, ya poco a poco tiene que ir siendo asumido por, por nuestra sociedad nosotros tenemos que tener una, eh, visión amplia al momento de administrar justicia eh, por supuesto apegada a la ley, pero también apegada a nuestro entorno a nuestra, a nuestra realidad entonces pienso que es un una labor que no puede

cesar, que nosotros seguimos, debemos, tenemos el deber de administrar justicia con una visión de género definitivamente.

Ana Laura: Perfecto. Muchísimas gracias doña Sandra, por su tiempo y por su conocimiento de verdad.

Sandra Zúñiga: No con mucho gusto, Anita, muy de una manera muy sencilla, yo pienso que bueno en el, en el, en el voto eh, ahí ahí podrás ver todas las, las argumentaciones que nosotros sopesamos fue una resolución que en realidad fue muy discutida, eh, pero en donde llegamos a un convencimiento pleno eh que me parece que en todo caso también ha sido avalado incluso por la misma sala constitucional sí, y hay otros temas que se está, que se están discutiendo respecto a al a votos de la sala constitucional, porque no solamente, eh, se dio el paso y en esta interpretación, sino que la sala constitucional también ha decidido aplicar ehm este, este tema y de las personas sentenciadas, mujeres a casos de varones por discapacidad, eh, sin embargo, pienso que y en eso tanto el magistrado Gerardo Rubén, como mi persona hemos salvado el voto en el sentido de que el que se hayan dado normativas como esta, en donde se hace ver la situación particular de las mujeres o la situación particular de personas que no desde un punto de vista sexual, pero sí, eh, desde el punto de vista de su identidad y, y de su género se identifican como mujer, me parecen conquistas importantísimas, pero que no podemos tampoco, he llevarlas a, a, a otros extremos en donde lo que fue una conquista al momento de establecer la pena considerando toda esa carga histórica, donde la mujer ha recibido tratos discriminatorios eh, no podemos eh, a extremos de, de aplicarse a, a otras situaciones que, que, que corresponden a digamos a, a los varones por supuesto que soy respetuosa del voto de la sala constitucional y, y en ese sentido seguiré, lo seguiré aplicando el artículo 71 para, para hombres en condición de discapacidad, pero hasta ahí porque pienso que esta norma está visualizada eh para estos casos, verdad, para las, para las mujeres, verdad o para casos como como elm el este voto de mujeres que desde su género que si se perciba claro.

Ana Laura: En realidad es que fue una acción afirmativa para las mujeres originalmente.

Sandra Zúñiga: Fue una, exactamente fue una acción afirmativa para las mujeres y esto digamos llegar a este punto ha sido una cuestión de años, verdad, de, de muchas conquistas, de, de mucha acción de convencimiento sobre la necesidad de esas acciones afirmativas para poder tener acceso en más o menos paridad de condiciones a los varones

Transcripción de la entrevista a la defensora pública Virginia Rojas Ramírez.

Muy buenas tardes, Mi nombre es Ana Laura Sánchez en el marco de la maestría en ciencias penales de la Universidad internacional de las Américas, voy a iniciar con una de mis entrevistas para el trabajo final de graduación titulado la cesura en el proceso penal, aplicación en la estrategia de defensa para el rebajo de pena a mujeres por condiciones de vulnerabilidad a partir de los artículos 71, inciso G, 72 del Código Penal Me encuentro con una de las personas que voy a entrevistar, así que por favor, licenciada me regala, su nombre y a qué se dedica y cuánto tiempo tiene en ese puesto.

Virginia Rojas: Gracias, buenas tardes, licenciada Ana Laura, mi nombre es Virginia rojas Ramírez, soy defensora pública desde, eh, agosto del año 2018 y este trabajo en este momento en la defensa pública de flagrancia Goicochea.

Ana Laura: Muy bien licenciada, he, agradecida de antemano por el tiempo que me brinda, básicamente la entrevista gira en torno a tres factores que es la relevancia de la teoría del para la estrategia de la defensa, formalmente la posible incidencia, o no de la solicitud de cesura, para los casos del artículo 71,72 y por supuesto, ¿qué entendemos por el concepto de mujer y la vulnerabilidad por género que implican esos artículos? Así que, para empezar, bueno, dentro de su labor como defensora, ¿cómo nos puede definir qué es la teoría del caso?

Virginia Rojas: Bueno, para mí, la teoría del caso, eh, es la determinación que, eh, hace, eh la persona en este caso defensora pública, eh, después de la revisión de la prueba que existe dentro de un expediente y de la debida eh, conversación con la persona eh, imputada de su versión de los hechos y eventualmente también de las elementos probatorios que tiene para respaldar su versión o no, ehh después de esa valoración es básicamente la determinación de cuál va a ser la, eh, la tesis la versión, la tesis jurídica y fáctica que va a seguir la defensa técnica y material dentro de un proceso penal. Y dentro de eso, eh, hablando de las técnicas o más bien de las de la teoría legal, y fáctica, tanto en cuanto a los hechos como eventualmente en cuanto, a la pena si el cierre totalmente, pues tuviera aplicar en ese caso.

Ana Laura: Sobre ese último punto, dada como se da en Costa Rica la determinación de la pena cree usted que ¿tiene que contemplarse estrategias para una eventual determinación de pena, desde el inicio del caso?

Virginia Rojas: Me parece que definitivamente sí, porque, eh, aún en casos en donde la persona eh, imputada, tiene una tesis o hay una, una, teoría de defensa en cuanto a los hechos considero que es este prudente siempre, perdón, prepararse también ante una eventual condena, aún la circunstancia de que uno apelará esa resolución porque entre la teoría del caso y entre la labor que debe realizar un defensor público es siempre buscar los escenarios este más eh, favorecedores para su encartado y creo que , eh, entre esos, eventualmente, crear las condiciones y probarlas los elementos que sean necesarios para en una ante una eventual condena, obtener la pena más favorable para su representado forma parte también de la de la teoría de defensa.

Ana Laura: Okey, en este contexto, tenemos en el ordenamiento jurídico costarricense la cesura, poco utilizada, pero en ¿qué supuestos cree usted que podría ser útil o relevante la solicitud de cesura?

Virginia Rojas: Bueno, yo solamente he utilizado la cesura una única vez ehhh, y fue dentro del marco de un expediente de dos mujeres trans que eran acusadas de un delito de un robo agravado en donde ellas tenían había una, una tesis, ehh, de defensa en relación con los hechos, rechazándolo y ofreciendo una versión distinta de lo que había ocurrido, pero, en, en este caso, por ser mujeres trans, eh, que eran evidentemente ambas en condición de vulnerabilidad, por pobreza por circunstancias sociales, por cuestiones educativas, una de ellas había sido sometido eh, a trata de personas, entre otras cosas, eh, pues era necesario en ese caso también tener una tesis o manejar dentro de la tesis de defensa o, de la, eh, sí de la tesis de la defensa, eh, precisamente lo que hacía referencia de traer al expediente elementos probatorios que pudieran respaldar eventualmente una solicitud de una pena más beneficiosa, en este caso, pues yo lo que, eh, sostenía en, en ese caso y, y también en otros momentos, pues lo, lo he hecho ver que, eh, no, a mí no me parece que el artículo 71 inciso G y 72 estén reducidos para circunstancias en donde la persona acepte los hechos, o sea que es que, que una persona puede rechazar tener una tesis de defensa, hacer valer, su derecho constitucional a acreditar, acreditar su inocencia si así lo consideran, pero que eventualmente, si la misma sea encontrada culpable de cometer este, en este caso un hecho delictivo contra la propiedad, pues que sus circunstancias personales sean tomadas en cuentas a efectos de imponer una pena, porque cómo podríamos decir que una persona está cometiendo un delito contra la propiedad y no tomar en cuenta, por ejemplo, si es una persona que se encuentra en condición de extrema pobreza, evidentemente, sus circunstancias económicas tendrían , incidencia en, en, la

determinación eventualmente para cometer un delito contra la propiedad, eh, entonces en ese caso, me pareció a mí que sí fue útil la cesura por dos cosas, primero porque eh, permite a la defensa en primera instancia concentrarse en procurar demostrar su tesis, sobre los hechos, ehm, y si eventualmente esa persona, pues es encontrada culpable y se, se entonces se pasa a la segunda fase, implicaría, eh, que para la defensa, eh, también le permite entonces concentrarse específicamente en este aspecto, desde la forma de dirigir su interrogatorio, eh los ofrecimientos si son pertinentes ya entonces para ese momento traer esos testigos que habían sido ofrecidos y traer pues este, los peritos, si es que se llega a esa, digamos si se, si se hace la segunda etapa, pues poder concentrarse en entrevistar y en y en plantear sus interrogatorios de manera más dirigida, y en segundo lugar, porque también cuando existe una persona imputada con esas circunstancias, particulares, eh, o que uno como defensor considere también circunstancias difíciles de vida, que en efecto, eh, bien, pues dan cuenta de una historia de vida y circunstancias personales muy difíciles, ehh, también me parece que la cesura, garantiza que esas personas imputadas no sean expuestas a «revictimizaciones» de manera innecesaria, porque si la persona es absuelta, pues entonces no se requiere, digamos, eh esa segunda parte en donde es probable que entre la estrategia del defensor esté la amplia declaración de la parte, de la parte imputada sobre precisamente esas esas circunstancias que podrían encuadrar dentro del inciso G el, el 71 inciso g el 72, de manera que entonces solo si la misma se encontraba culpable, eh, se enfrentaría la persona imputada a tener que no tener, ah, pues relatarle al tribunal y a responder preguntas de las partes, etcétera en relación con todas esas eh, situaciones, digamos, de que podrían encuadrar de vulnerabilidad, entonces también me parece que es la forma más respetuosa, eh de la privacidad y de este la no «revictimización» de la parte importante.

Ana Laura: Muy bien tomando en cuenta esta experiencia que usted nos ha narrado. ¿Qué tipo de prueba o elementos probatorios cree usted que son relevantes para poder ejercer este tipo de defensas?

Virginia Rojas: ¿En la cesura?

Ana Laura: En la cesura o en mujeres en condiciones de vulnerabilidad.

Virginia Rojas: Bueno este la valoración social de la encargada por medio de la, del departamento de Trabajo social y psicología me parece bastante importante. En donde, en principio los eh, los y las trabajadoras sociales, pues harán, eh, no solamente una entrevista a la persona imputada, sino

también, eh, procurarán, eh, una investigación un poco más amplia con las herramientas que ellos puedan tener para determinar efectivamente esas circunstancias de vulnerabilidad, desde consultas a bases de datos, eh, de si tienen algún tipo de beca o ayuda social del IMAS, de si algunos de sus hijos forman parte también de personas de, de ser beneficiarios de becas hasta, eh, unas visitas, visitas a sus hogares para determinar ¿cuáles son eventualmente estas circunstancias básicas que tenga esa vivienda? O no verdad, ehm, es muy importante ahora resulta también que obviamente no todos los trabajadores sociales trabajan de la misma manera y también podría ocurrir que venga un informe de trabajo social y psicología en donde este, pues básicamente se limiten a la entrevista con la persona, con la persona imputada y pues entonces no hagan digamos esa investigación más amplia que uno estaría esperando, lo cual en sí mismo ya es un obstáculo, por ejemplo, en, en ese caso que yo le he mencionado a usted me pasó con una de las muchachas que era migrante, era una mujer trans, ehm, era prostituta, estaba detenida no se me pueden ocurrir más circunstancias, digamos que, que, que ehm, se, se sumen a sus, a su, digamos que sumen a su vulnerabilidad, pero la trabajadora social me ,entre las limitaciones era que el dictamen decía que no tenía ninguna forma de verificar la información que ella le estaba dando, entre las cuales, por ejemplo, en su casa de habitación ni siquiera tenía acceso a agua potable si mal no recuerdo, porque no había podido entrevistar a nadie, ni realizar visitas precisamente por la gran, eh, aislamiento que sufría en este caso está, esta persona imputada en donde estaba completamente sola, verdad, más bien era una de las circunstancias que agravaba más, ehm, su situación pero aparte de este ese dictamen, si el dictamen es bueno y, y existe digamos una valoración de, de todos los factores que uno estaría esperando me parece que ofrecer ese, ese trabajador o trabajadora social, en su calidad de perito para que venga al debate a explicar cómo llegó a esas conclusiones, pues es una cosa beneficiosa, sino eventualmente también testigos, eh, de personas que conozcan de alguna manera de cerca cuáles son las circunstancias personales de esa persona, que puedan venir, ah, aportar digamos algo más de lo que indica el dictamen o lo que la persona ofendida en este caso podría decir, eh, si existe, por ejemplo, prueba documental que algunos de los hijos estén, sean ,estén becados, por ejemplo, me parece que también esa podría ser este prueba, prueba pertinente, eh, bueno por el momento de todo eso se ve.

Ana Laura: Todas esas consideraciones que fueron introducidas por el 71 inciso g 72 a partir del 2018, plantearon una discusión en aquel momento muy fuerte. ¿Qué entendemos por mujer?

Virginia Rojas: Mjm.

Ana Laura: Desde su experiencia en la defensa de ese tipo de casos, ¿Cómo podría conceptualizarnos usted ese, este término que utiliza la norma, mujer?

Virginia Rojas: Pues, ehm, yo creo tal y como se había planteado en ese momento y tal vez hubiera sido buen revisar el recurso de apelación para responder esta pregunta, pero básicamente, eh, el, la forma, digamos en la que nos proyectamos socialmente como hombre o mujer, es una construcción social es una perspectiva meramente biológica del sexo asignado al nacer, y esto implica que de la forma en la que nosotros nos proyectamos socialmente, eh, se nos son asignados ciertos roles, ciertas expectativas, ciertas cargas, ehhh, con las que ehm, caminamos con las que vivimos nuestra vida y nos desenvolvemos en nuestros ambientes, eh sociales, y, en ese sentido, es en el que yo creo que debe entenderse el concepto de mujer, como una construcción social y en ese y, y en consecuencia, en el caso de las mujeres trans, que son personas que se proyectan socialmente como mujeres y además, eh, cumplen en este caso también o más bien socialmente, su participación es desde ese lugar de mujeres, eh especialmente evidente para el caso, por lo menos en, en ese caso que yo le comentaba de estas este muchachas, eh, la prostitución es ejercida, por las mujeres, o sea, en, en su porcentaje altísimo ese ejercido, en este caso por mujeres y el y no sí, y entonces estaba diciendo que eh, precisamente por eh, ese papel cultural que ellas, eh, ejercen como mujeres es eh, se ve reflejado no solamente en su profesión que, como decía, lamentablemente la prostitución es fundamentalmente ejercida o por mujeres trans o por mujeres, en su gran mayoría, precisamente por esa forma de proyectarse como mujeres viven el gran exclusión, a veces desde familiar hasta escolar, hay mucha deserción escolar, precisamente por, por su forma de, de proyectarse, digamos con este, en, en mundo y este familiarmente, pues también este cumplen en ese sentido este, eh, las cargas asumidas en este caso también, a las mujeres, y en relaciones este de pareja, pues también muchas veces los hacen, de manera que no existe una única forma, eh, precisamente de este de, de socialmente cumplir, eh, ese ese rol pero sí considero que debe entenderse desde la perspectiva de la construcción cultural y no del sexo asignado al nacer.

Ana Laura: Perfecto, eh, este caso tan importante que usted nos indica que tuvo la oportunidad de defender, eh, ¿Algún criterio jurídico se utilizó convencional, nacional para poder establecer este concepto de mujer?

Virginia Rojas: Sí, sí, se utilizó en este caso eh, se hizo en este caso, digamos una, una, un análisis convencional, no solamente, de la normativa la que usted hace referencia, evidentemente que hay ya un reconocimiento nacional de estas circunstancias, sino también la Declaración Universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, los principios sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, y, por supuesto, en concordancia con la normativa este, que con la normativa nacional y también me parece que las reglas nacionales perdón las reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y las medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes me parece que ese era el marco jurídico que se había utilizado en ese momento, ehm, la, por supuesto que también la opinión consultiva, eh del Estado de Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la voz,2417 del 24 de noviembre del 2017, en donde, en específico me parece, este documento trataba precisamente, como, la definición, en este caso de las personas transgénero y pues toda esta normativa eh, si así ahí explicaba la diferenciación entre lo del sexo psicosocial o el sexo, o más bien el sexo psicosocial y la concepción cultural de hombre o mujer versus el sexo morfológico o biológico, digamos en este caso, así que en ese en esa oportunidad, una cosa que había sido que fue de vital utilidad, fue el enlace que se había hecho con el INAMU, ehm, porque en esa oportunidad, pues era un tema legal, pero un tema precisamente por las explicaciones o por lo que estaba yo mencionando sobre, la concepción o la si la concepción cultural era, se consideró en ese momento importante obtener asesoría técnica de gente, ehm, bastante más preparada en la materia y en este caso se había hecho el enlace con, se había contado con la asesoría técnica de doña María Esther Serrano, eh, que ella era en ese momento la coordinadora del departamento de construcción de identidades y proyectos de vida del INAMU y precisamente lo que se pretendía era, eh, visibilizar y conceptualizar de manera apropiada la teoría de género dentro de los alegatos que estaba haciendo la defensa, es decir, que no era solamente una construcción que se estaba planteando para un caso en concreto, como parte de una teoría de la defensa, sino que en efecto, existe toda una teorización, eh, seria, eh y fundamentada al respecto y, y fue muy, muy útil el, el criterio técnico que ellos nos habían dado

Ana Laura: Entiendo, ahora bien, en casos como ese que usted nos narra y de defensa de mujeres también cisgénero, verdad. ¿Qué papel o cree usted que podría ser relevante incorporar más

seguido en ese tipo de debates la solicitud de cesura por parte de la estrategia del defensor público en este caso que estamos hablando?

Virginia Rojas: Ehh, me repetís la pregunta.

Ana Laura: Claro. Que en el marco de este tipo de casos de defensa de mujeres cisgénero y transgénero

Virginia Rojas: Mjm.

Ana Laura: Para lograr esta aplicación de este rebajo de esta pena. ¿Podría ser relevante que sea más solicitada la cesura? En este tipo de debates.

Virginia Rojas: Ehm, Sí pues, pienso que también hasta cierto punto, eh, los tribunales también se van familiarizando y sensibilizando con la aplicación de la norma no es lo mismo cuando es la primera vez que se solicita, por ejemplo, en este caso la aplicación a unas mujeres transexuales, a cuando ya está, digamos más interiorizado en, en la lógica de los dictados de la sentencia y en, en los tribunales en concreto una correcta aplicación de la teoría de género, y, creo que también eso es parte precisamente de la estrategia que fue cuando el, el defensor o defensora define la estrategia, pues este, eh, valora si se trata, por ejemplo, de jueces que no, no es lo mismo cuando uno dependiendo de la oficina en la que se está litigando, verdad, porque si usted esté en San José y dice, bueno, no me acuerdo cuántas secciones son, pero eran muchas ocho, no sé cuántas secciones, entonces, evidentemente, eh en esos casos usted no sabe exactamente quién le va a resolver, ¿cómo va? ¿Quiénes son las personas que van a integrar el tribunal? ¿cómo era?, ¿cómo se integran digamos la aplicación de esas normativas en sus sentencias? O puedo cubrir otros escenarios en donde usted más o menos está viendo que esos tribunales este tienen una aplicación bastante más sensible de esta normativa y este una comprensión, eh, real, digamos de, de estas de las circunstancias, digamos de la teoría de género y de estos artículos, ehm, pero digamos en contextos, en contextos donde, eh, no tenga, digamos claridad el defensor sobre la posición eventualmente de sus tribunales, eh, y en especial considere que tiene que los argumentos que tiene, eh, yo creo que es importante básicamente valorar si uno, si uno verdaderamente va a ser el uso de la cesura mediante entrevistas y una declaración amplia la persona imputada en relación con esos hechos entonces sí, efectivamente, vos tenés alguna, alguna prueba que quieras explotar eventualmente ante una condena y el la persona imputada está dispuesta a someterse a ese tipo de

declaración y de interrogatorio con todo lo que va a implicar, pues efectivamente sí me parece que uno podría ser más uso de la cesura si eventualmente vos no vas a alegar gran cosa, sobre lo mismo vas a hacer referencia únicamente al dictamen a la pericia que se hubiera evacuado, pues tal vez en ese caso la cesura no tendría, no tendría tanta, tanta utilidad, pero sí creo que permite, sin lugar a duda, reflejar con mucha más profundidad y amplitud las circunstancias de vulnerabilidad de la persona imputada.

Ana Laura: Perfecto para ir finalizando tenemos esta reforma, es una reforma que vino a ser una de las primeras con perspectiva de género. En la práctica, ¿usted cree que sí es necesario este análisis diferenciado de la conducta delictiva en hombres y mujeres?

Virginia Rojas: Sí, sí lo creo este, eh, bueno a ver es yo pienso que sí, eh, que sí, es necesaria que, ehm, desde la misma, desde partir incluso de que la cantidad de hechos delictivos que cometen hombres versus la cantidad de hechos delictivos que cometen las mujeres es éste abismalmente distinta, pues eso ya dice algo en relación con eventualmente, eh, como un trato diferenciado en el sentido o por lo menos para, para ponerse a pensar en relación con, eh la comisión de derechos delictivos, en este caso por parte de mujeres, y sí, considero que precisamente estas normas, pues básicamente lo que vienen a reconocer y a reflejar dentro del proceso del proceso penal, eehh, son, eh, circunstancias, digamos, eh, de vulnerabilidad y de, eh, mm, circunstancias que vienen a incidir con, con, fuerza en relación con, las, eh, motivaciones que podrían eventualmente tener una mujer para, para, eh cometer un hecho delictivo no obstante, también estoy de acuerdo en que las circunstancias de vulnerabilidad, eh, no solamente pueden ser en este caso este y que sufridas o en sí sufridas o no sé si esa es la palabra apropiada, pero que, que los hombres también tienen circunstancias de vulnerabilidad que pueden incidir de manera directa en su determinación o en su decisión, eventualmente de cometer este un hecho delictivo y que las circunstancias y que valorar, eh, las circunstancias de vulnerabilidad en ese sentido para los hombres, también es una, una, eh, eh, una posición completamente válida, creo que tal vez es más evidente en este caso, o al menos cuando se contempló, eh, la reforma solamente para las mujeres, eh, era más evidente, digamos que en la, en una parte importante de los casos existen circunstancias de vulnerabilidad que vienen a incidir en, en que las mujeres cometan eventualmente hechos delictivos, eh creo que no sé nunca, no he leído las discusiones legislativas que hubo en ese momento y las motivaciones este propias en la asamblea cuando él lo discutieron, pero yo diría que en efecto, la cantidad, digamos la, la

cantidad de delitos que cometen las mujeres y que sea tan menor en este caso que con los hombres, eventualmente pudo haber sido uno de los elementos a considerar, pero definitivamente creo que también los hombres, eh, cometen hechos delictivos por encontrarse en circunstancias de vulnerabilidad en muchos de ellos y que por supuesto que deben ser reflejadas y tomadas en cuenta no solamente para las mujeres, sino también para los hombres al momento de imponerles una sanción.

Ana Laura: Listo, muchísimas gracias por su tiempo licenciada un gusto, poder conversar con usted

Virginia Rojas: Igualmente.

Transcripción de la entrevista al Fiscal de Juicio Daniel Morán Rodríguez.

Muy Buenos días en el marco de la maestría en derecho penal de la Universidad internacional de las Américas, me encuentro realizando una de las entrevistas de mi trabajo final de Máster. Que investiga la utilidad de la cesura en los casos de juzgamiento de mujeres en condición de

vulnerabilidad para conocer el punto desde el Ministerio público me encuentro con el Fiscal de Juicio de Corredores, el licenciado Daniel Morán Rodríguez. Buenos días, licenciado.

Daniel Morán: Buenos días.

Ana Laura: Licenciado, cómo pudimos conversar eh son un par de preguntas, lo que yo necesito hacer, empecemos por lo primero dentro del Ministerio público, ¿Qué políticas están aplicando en los casos donde se determine, que en el delito pudo haber incidido un factor de género de los que establece el artículo 71 del Código Penal?

Daniel Morán: Sí, gracias, Buenos días nuevamente sí, bueno, en las capacitaciones que brinda el Ministerio público en relación específicamente, eh, en cuanto a la vulnerabilidad, lo que dicen es que en efecto, debemos de valorar, tomar en cuenta ese aspecto, pero tal y como lo establece, inclusive eh la misma sala que es si esa condición efectivamente ha influido en la comisión del delito, entonces ahí sí nosotros tenemos prácticamente la obligación de tomar en cuenta eso para eh, solicitar una pena adecuada a esa valoración al caso concreto.

Ana Laura: Entiendo cuando, por ejemplo, la defensa se acerca con una solicitud de un abreviado y es un caso de estos, tenemos un dictamen de trabajo social, determina ciertos factores y pareciera que tuvieron influencia esto se expone al momento de que ustedes soliciten el visto bueno para el procedimiento abreviado a la Jefatura.

Daniel Morán: Sí, sí, se lo exponemos tenemos la obligación de exponérselo la, la licenciada Karen, en este caso concreto, que es la fiscal adjunta de acá, sí tenemos la obligación de exponérselo a ella y ella de valorarlo entonces, si es nuestra obligación.

Ana Laura: Bueno y, y en su experiencia ¿se ha dado un cambio respecto a las penas que se negocian en abreviados con esta reforma?

Daniel Morán: Es que, lo que, bueno en la materia que hemos tenido esta experiencia es en psicotrópicos, psicotrópicos y lo que ha indicado la Fiscalía de narcotráfico es que los dictámenes no vienen muy, pero muy claros en el sentido de que no indican si o sea lo que indica es que están vulnerables, pero no indican que esa vulnerabilidad es lo que los ha llevado a cometer el delito y entonces bajo esa premisa es que él, la Fiscalía de narcotráfico, pues no ha, no han valorado el rebajar como corresponde una pena a una persona determinada, entonces ellos dicen que en el

tanto ya venga especificado en el dictamen esa situación, entonces nosotros sí tenemos esa obligación.

Ana Laura: Entiendo además de psicotrópicos, que es la experiencia que más comúnmente **uni** dirían que tienen en la zona. ¿Qué otras materias han presentado como algún, una cuestión de incidencia criminal femenina?

Daniel Morán: Bueno estaba viendo también que en delitos contra la propiedad en los robos agravados también últimamente se conoció un, un caso acá en el cual se analizó eso e inclusive me tomaron en cuenta a mí, a pesar de que yo no estaba llevando el caso, pero sí me tomaron en cuenta para ver si yo consideraba que, en efecto, en este caso concreto se podía aplicar ese dictamen, esa condición de vulnerabilidad y si a criterio, a mi criterio, pues efectivamente había influido, entonces a mí me pareció que sí, que en efecto sí había influido esa situación y entonces estaban solicitando una pena, pero era recuerdo que era con defensa particular, pero al final la defensa particular consideró que no, que mejor no abreviaban y se iban a juicio para solicitar una mejor pena entonces al final, pues hicieron el debate y si se dio una condena, pero ya el Ministerio público acá en corredores sí había analizado esa posición.

Ana Laura: Entiendo, ¿según su criterio como abogado esta reforma vino a traer un mejor panorama para estas mujeres que se enfrentaban a procesos penales?

Daniel Morán: Sí, sí, y hemos hablado con el fiscal del narcotráfico acá de la zona que, que tal vez lo que sí nos falta es que sea un poquito más amplio, los dictámenes y los dictámenes en la medida en que sea un poquito más amplio y que nos vengán a decir ese punto que es el que necesitamos, pues no habría ningún temor en rebajar las penas en hacer rebajos de penas, pero los dictámenes por lo general lo que vienen es sí, claro está, en condición de vulnerabilidad, pero no nos indica lo que se ha establecido de que eso ha influido en la comisión del delito entonces esa partecita es la que nos falta e inclusive últimamente se ha hecho una consulta para saber si nos podrían ampliar ese esos dictámenes en ese punto.

Ana Laura: ¿Es muy importante y bueno, ya en juicio usted está en todo el juicio, usted escucha, se le expone normalmente la persona declara sobre esas condiciones y cómo podrían haberle influido cuando usted solicita la pena de juicio, si toma esto en consideración, habiendo podido tener acceso a todo lo que se ha expuesto?

Daniel Morán: Sí, sí, pero lógico que respetando los parámetros que establece la norma, es decir, no voy a solicitar una pena más allá de la mínima, cuando considero que, en efecto, se dan esas condiciones o se han dado esas han mediado esas condiciones en ese caso concreto.

Ana Laura: ¿Si el tribunal toma la determinación y rebaja más allá del mínimo como es su potestad eh hay algún criterio del Ministerio público respecto a la impugnación de ese tipo de rebajos?

Daniel Morán: Bueno, la verdad que no hemos tenido esa experiencia, pero sí lo hablamos en estos días que, que me pidieron opinión de que eso se va a dar en algún momento se va a dar y que tenemos que estar preparados para eso y por eso era necesario contar con eh vamos a ver el aval de la entidad correspondiente para que nos ampliara ese dictamen y no tener ningún temor y no tener el temor de que en efecto le vayan a abrir alguna causa a uno por estar de acuerdo en la imposición de más bajo del extremo del tipo que se está conociendo, el tipo penal que se está conociendo.

Ana Laura: Claro, claro, es muy importante ya tener las reglas claras para también para ustedes, claramente, licenciado en cuanto a la cesura, en su experiencia como fiscal, ¿ha estado en debates con cesura?

Daniel Morán: Sí, sí, hemos estado.

Ana Laura: ¿Desde el Ministerio público influyen de alguna manera o para ustedes es exactamente igual hacerlo en una fase que en 2 fases?

Daniel Morán: La verdad que, para nosotros, en efecto, pues es igual es igual es igual en la medida que bueno como dos o tres juicios hemos tenido la oportunidad de realizar, pero al final sé que la defensa va en el sentido de sí, claro la pena dejarla al final analizarla al final en la segunda parte, lo que sucede es que no hemos tenido la oportunidad de llegar a esa.

Ana Laura: A esto entiendo muchas gracias por su tiempo licenciado y por su valioso conocimiento.