

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA
EN DERECHO



***ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CONSTRUCCIÓN Y APLICACIÓN DEL
CONCEPTO MUJER EN LA LEY N°9161.***

BRAYAN CÓRDOBA CÓRDOBA

B22040

VIVIAN RODRÍGUEZ BALMA

B15505

Julio, 2017



19 de junio de 2017
FD-1291-2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Brayan Córdoba Córdoba, carné B22040 y Vivian Rodríguez Balma, carné B15505 denominado: "Análisis crítico de la construcción y aplicación del concepto mujer en la Ley número 9161" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Jorge Olaso Álvarez
Presidente	MSc. Frank Harbottle Quirós
Secretario	MSc. Agustín Gutiérrez Carro
Miembro	Dr. Ricardo Salas Porras
Miembro	MSc. Sofía Cordero Molina

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **05 de julio del 2017**, a las 6:00 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv
Cc: arch. expediente



San José, 9 de junio de 2017

Señores:
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Quien suscribe, Msc. Jorge Olaso Álvarez, en mi condición de profesor Director de la tesis de investigación denominada "*Análisis Crítico de la Construcción y Aplicación del Concepto Mujer en la Ley número 9161*", de los estudiantes Brayan Jossue Córdoba Córdoba carné B22040 y Vivian Rebeca Rodríguez Balma carné B15505; hago constar que apruebo dicho trabajo de tesis, a fin de que el mismo sea defendido por los postulantes.

A continuación procedo a exponer las razones por las que considero que el trabajo cumple con los lineamientos establecidos y que tiene una pertinencia académica que es acorde con lo exigido por la Universidad de Costa Rica.

En primer término, la tesis enfoca el problema de las formas pre-conceptuales del término mujer, bajo la perspectiva semiótica de la palabra y su carácter evolutivo desde el punto de vista patriarcal y hasta de naturaleza patrimonial, eso permite que la alumna y el alumno comparen la condición evolutiva de ese término como instrumento que refleja un mecanismo utilizado de forma social, política y económica en los distintos estadios de la cultura occidental.

Una vez determinado este concepto y su variación, se efectúa un análisis dentro del marco del numeral 77 bis de la Ley 9161 que regula la posibilidad de aminorar o disminuir sanciones con ocasión de la aplicación de la condición de "mujer". de tal forma que las personas postulantes utilizan la metodología realista para hacer una crítica en torno a los aspectos sociales que llevaron a dar contenido a esa reforma.

Por último, se hace una crítica interesante sobre la situación de las personas transexuales para llegar a conclusiones epistemológicas que permiten determinar si ese tipo de personas se encasillan o no dentro de la condición de mujer, lo que hace que el trabajo sea un importante avance en torno a los mitos y preconcepciones que llevan a los legisladores a promulgar normativa de esta naturaleza.

Por tanto, me complace por este medio aprobar y justificar las razones anteriores, la tesis de los postulantes Vivian Rodríguez y Brayan Córdoba, sobre la cual espero se pueda seguir investigando en otros trabajos futuros.

Cordialmente.


Msc. Jorge Olaso Álvarez
Director



San José, 07 de junio 2017.

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo de mi parte. En mi condición de lectora del Trabajo Final de Graduación titulado *"Análisis Crítico de la construcción del concepto mujer en la Ley número 9161"*, elaborado por los estudiantes **BRAYAN CORDOBA CORDOBA**, carné **B22040** y **VIVIAN REBECA RODRÍGUEZ BALMA**, carné **B15505**, me permito indicarle que extiendo mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación.

Lo anterior, dado que considero que el presente trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Además de que el mismo, es un importante aporte a la rama del derecho del derecho penal, la filosofía del derecho y el tratamiento crítico de género en nuestro ordenamiento jurídico.

Con consideración y estima,



M.Sc Sofía Cordero Molina

Lectora

San José. 17 de mayo de 2017

Señores:

Área de Investigación

Facultad de Derecho

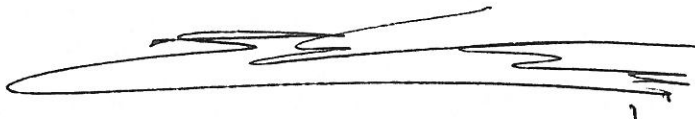
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

En mi condición de lector del trabajo final de graduación "*Análisis Crítico de la Construcción y Aplicación del concepto mujer en la ley número 9161*", elaborado por los estudiantes Brayan Jossue Córdoba Córdoba carné B22040 y Vivian Rebeca Rodríguez Balma carné B15505; les informo: que he leído dicho texto investigativo y considero que el mismo cumple con todos los requisitos de fondo y forma que se exigen por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Por tanto, otorgo mi aprobación para que esta tesis sea defendida en su fase de réplica ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Cordialmente,



Dr. Ricardo Salas Porras

San José, 15 de junio del 2017

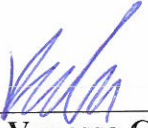
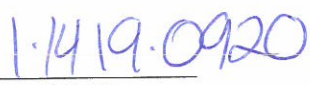
Señores,

Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Por este medio yo, Karla Carvajal, mayor, filóloga incorporada a la Asociación Costarricense de Filólogos, portadora de la cédula de identidad 1-1419-0920, hago constar que he revisado el Trabajo Final de Graduación llamado *Análisis crítico de la construcción y aplicación del concepto de mujer en la ley no. 9167* para optar por el Título de Licenciatura en Derecho, sustentado por los estudiantes Brayan Córdoba Córdoba y Vivian Rodríguez Balma; de igual manera, vale destacar que se le han hecho las anotaciones pertinentes en acentuación, ortografía, puntuación, concordancia gramatical y otras áreas del campo filológico. Además, se han dado recomendaciones con respecto a la citación y bibliografía correspondientes.

En espera de que mi participación satisfaga los requerimientos de la Universidad de Costa Rica se suscribe atentamente,



Karla Vanessa Carvajal Moreno
Filóloga Clásica
Carné No. 0107

Dedicatoria

A las siguientes generaciones de mi familia, entre ellos mis sobrinos Matías, Nathan y mi sobrina Abigail, como señal de que siempre se puede abrir camino en medio de la noche más oscura.

Brayan J. Córdoba Córdoba.

A mi abuela Shirley Corrales Acuña, quien falleció antes de ver mi graduación pero siempre confió en que lo lograría.

Vivian Rodríguez Balma

Agradecimiento.

Mi infinita y genuina gratitud a nuestros profesores y profesora integrantes del tribunal, por cada minuto de su tiempo que nos dedicaron, por cada una de sus recomendaciones y sugerencias, por respondernos correos incluso fuera de horas de trabajo, y por todo el apoyo que nos dieron durante este proceso. Asimismo, agradezco profundamente a profesores y profesoras que, aún sin acompañarme en la redacción de este trabajo, me acompañarán en la vida, que me motivan a seguir adelante y que constituyen ejemplos a seguir para mí. Gracias: Olivier Gassiot, Karla Blanco, Silvia Mata.

También, le ofrezco un especial reconocimiento a mi familia, ya que de una u otra forma, a pesar de todo lo que nos podemos reprochar, siempre fueron uno de mis principales motores. Nunca hubiera podido sacar las fuerzas que necesité, sin la motivación que ellos y ellas representaban.

Mis eternos agradecimientos a las amigas que me dejó la Facultad de Derecho, por haberme acompañado en la soledad, depresión y alegrías más profundas. Por fuera de la Facultad de Derecho, le agradezco a Jonathan Villalobos, de quien espero que supiera el gran aprecio que le tengo y lo agradecido que estoy por haber tenido su amistad, antes de que ese accidente lo hiciera partir de nuestras vidas.

Por último, pero no menos importante: ¡Gracias, Vivian! En este tiempo encontré algo más que una compañera de tesis, encontré a una compañera para la vida capaz de entenderme, encontré un gran ser humano para el cual un simple y llano agradecimiento no bastará para demostrar lo importante que es para mí.

Brayan J. Córdoba Córdoba.

Un especial agradecimiento a mis padres, quienes me dieron la oportunidad de estudiar; a Jorge Olaso Álvarez por ser un tutor y también un amigo; a Ricardo Salas Porras, Sofía Cordero Molina y a los miembros del Tribunal por su paciencia y atención a lo largo de la conformación de este trabajo, todos son excelentes docentes; a Brayan Córdoba Córdoba por ser mi compañía y cómplice en estos años universitarios, más allá de ser mi compañero de tesis es un gran amigo; Por último, a Luis Fernando Cruz Rojas, por su amistad y su apoyo en esta conformación de tesis.

En fin, tienen un gran espacio en mi corazón y han tenido una gran influencia en este trabajo, ¡muchas gracias a todos!

Vivian Rodríguez Balma

Epígrafes

Existence is random. Has no pattern save what we imagine after staring at it for too long. No meaning save what we choose to impose. This rudderless world is not shaped by vague metaphysical forces. It is not god who kills the children. Not fate that butchers them or destiny that feeds them to the dogs, it's us, only us. Streets stank of fire, the void breathed hard on my heart, turning its illusions to ice, shattering them. Was reborn then, free to scrawl own design on this morally blank world¹.

Rorschach-Watchmen

También existe la opinión según la cual el guardián es el engañado. (...) Se funda en la ingenuidad del guardián. Se dice que no conoce las interioridades de la ley, sino que una y otra vez se tiene que pasar por delante de la puerta. Las ideas que tiene del interior de la ley son consideradas infantiles y se supone que él mismo teme lo que quiere hacer temer al otro. (...) se deduce que no sabe nada del aspecto y significado del interior de la ley y que, a este respecto, está engañado².

Franz Kafka-El proceso

Pues si esto es así, hora es ya de dejarnos de hipocresías e importa llamar a las cosas por su nombre. Porque si fuera verdad que las leyes ordenan la sociedad y resuelven los conflictos y que los juristas se limitan a interpretarlas, todos -o al menos la mitad justa- deberían ser suspendidos por ignorantes o castigados por su mala fe, dado que no hay dos abogados que, ante el mismo caso, opinen lo mismo ni dos jueces que dicten igual sentencia. Hora es de dejar de burlarnos de los ciudadanos y de engañar a los estudiantes. Porque no se trata de ignorancia o de mala fe sino de algo más grave, a saber, que ni las leyes ordenan la sociedad ni resuelven los conflictos sino que, a todo lo más, son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de

¹ Alan Moore, Watchmen (New York: FSC Editorial, 2014), 204.

² Franz Kafka, El Proceso (Madrid, España: Edimat Libros, S.A., 1999), 178.

*los jueces, a sabiendas de que solo muy parcialmente van a aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio personal del operador*³.

Alejandro Nieto-El Derecho y el Revés

³ Alejandro Nieto, “Lección Magistral: Sobre las distintas formas de entender y de utilizar el Derecho” en *El derecho y el revés* (Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998), 15.

Índice

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Epígrafes	v
Índice.....	vii
Resumen.....	ix
Ficha bibliográfica	xi
Introducción	1
I. Estudio preliminar: La noción de mujer en el Discurso Ius-filosófico y precisiones teórico-conceptuales.	1
II. Delimitación del problema.	19
III. Formulación de hipótesis.	20
IV. Justificación del tema.	20
V. Metodología.	24
VI. Objetivos:.....	27
VII. Estructuración capitular.	28
Capítulo I. Evolución del concepto de mujer en la dogmática, normativa y jurisprudencia costarricense.	30
Sección A. Ejemplos de doctrina sobre del concepto de mujer en el derecho costarricense	32
Sección B. Ejemplos de normativa referida al concepto de mujer en el derecho costarricense....	40
Sección C. Ejemplos de jurisprudencia referida al concepto de mujer en el derecho costarricense.	53
Capítulo II. Aspectos teóricos ius filosóficos y feministas para el estudio del Discurso Jurídico presente en la Ley N° 9161	66
Sección A. La indeterminación del lenguaje jurídico.	66
Sección B. La postura crítica feminista del Derecho como Discurso	77
Capítulo III. Análisis del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos introducido por Ley 9161 y su aplicación judicial.	93
Sección A. Análisis de los antecedentes a nivel legislativo de la Reforma introducida por 9161.94	
Sección B. Análisis de la jurisprudencia en que se aplica el atenuante 77 bis de la Ley de Psicotrópicos.	110
Capítulo IV. Metodología realista de frente al artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos introducido por Ley 9161	123

Sección A. Examen del discurso utilizado en la fundamentación de la Ley 9161 como marco de la interpretación.....	127
Sección B. Descomposición del lenguaje utilizado en la redacción de la reforma 9161 a contraluz de la finalidad de la misma.....	142
Sección C. Estudio de los efectos prácticos de la aplicación del atenuante del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos introducido por la Ley N° 9161	159
Conclusiones	174
Bibliografía	180
Libros:	180
Artículo de revista:	184
Documento digital:.....	185
Tesis:	186
Sitio web:	186
Norma jurídica:	187
Periódicos:.....	189
Jurisprudencia:	190
Actas y otros documentos:	192

Resumen

El artículo 77 bis de la ley 9161 que introduce una reforma a la Ley 8204, inserta un atenuante al delito de introducción de drogas a un centro penitenciario en el caso de mujeres vulnerables. La Ley estudiada conlleva conceptos indeterminados que pueden traer efectos adversos a los esperados al momento de su creación. Para poder determinar los efectos prácticos de este tipo de artículos, estos se pueden abordar desde una metodología realista-crítica, y estudiar si quienes implementan estas medidas, tienen como fin único ayudar a las mujeres o, si por lo contrario, estas medidas son un modo de continuar perpetrando la noción de la mujer como débil, ama de casa o “lo otro”.

A. Justificación del tema

La Ley N° 9161 parece haber traído efectos positivos a un sector de la población femenina de Costa Rica, al evitar su encarcelamiento; no obstante, hay consecuencias adversas relacionadas con la visión que se reproduce sobre las mujeres en el país. Un estudio como el que se pretende realizar en esta investigación, es relevante y pertinente desde el punto de vista académico, porque introduce nociones de filosofía del Derecho partiendo de una crítica feminista al mismo, para analizar una norma específica del ordenamiento jurídico. En la actualidad jurídica costarricense estos dos campos no han sido vastamente explorados. La tesis en cuestión es innovadora al relacionar estos campos de estudio, siendo que las investigaciones actuales sobre la reforma introducida por ley número 9161, se han enfocado únicamente en razón de sus efectos ex-carceladores, pero no sobre el motivo, sus antecedentes, o los universos axiológicos adyacentes.

B. Formulación de hipótesis

El concepto de mujer que se utilizó en la ingeniería legislativa de la ley 9161 y el utilizado en la aplicación de la norma es inadecuado, por cuanto parte de una visión estereotipada y patriarcal de lo que es ser mujer, y en esa medida requiere reajustarse.

C. Objetivo General

Evidenciar que en la formulación del artículo 77 bis de la ley 9161 existe una visión problemática desde la perspectiva de género, al mostrar a la mujer de modo estereotipado.

D. Metodología

La metodología realista a utilizar es esencialmente negativo-heurística ya que los temas examinados y propuestos son pautas básicas a tener en cuenta y no sistemas estandarizantes; de este modo, se puede ver cómo se presentan los discursos jurídicos, la retórica detrás de ellos y sus consecuencias en la práctica. Asimismo, se partirá de una perspectiva analítica para alcanzar los objetivos propuestos, descomponiendo el objeto de análisis en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos.

E. Conclusiones

- 1) Mediante el estudio del discurso jurídico presente en varios ejemplos es posible desenmascarar que subsisten estructuras patriarcales sobre el concepto de la mujer en el derecho, con tenues cambios, que se reproducen a nivel doctrinario, jurisprudencial o normativo.
- 2) La argumentación que motivó la reforma introducida por la Ley 9161 deja ver una finalidad manifiesta que es evitar el encarcelamiento femenino para evitar el desmembramiento familiar y que la mujer continúe con la asunción de tareas domésticas. La finalidad latente o no declarada es la reducción de la población carcelaria femenina al minimizar o evitar las penas en aquel delito en el cual existe mayor criminalidad femenina. Se dejó entrever las falencias en la aplicación judicial por parte de las personas juzgadoras en temas de género y en torno a términos como pobreza, jefa de hogar y vulnerabilidad, en cuya interpretación reina la magia verbal y la falta de intersubjetividad.
- 3) Se proponen algunas ideas a tener en cuenta al resolver casos judiciales con la norma en estudio como tomar en cuenta el fin de la norma para elegir la interpretación más adecuada, así como concientizar sobre las perspectivas de género y la aplicación de criterios más intersubjetivos para llenar los vacíos de la norma.

Ficha Bibliográfica:

Córdoba Córdoba, Brayan Jossue; Rodríguez Balma, Vivian Rebeca. Análisis Crítico de la Construcción y Aplicación del Concepto de Mujer en la Ley Número 9161. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. xii y 192.

Director: Master Jorge Olaso Álvarez

Palabras Claves: Realismo Jurídico, Indeterminación del Lenguaje, Discurso Jurídico, Mujeres, Feminismo, Patriarcado, Violencia Simbólica, Sexismo, Familismo.

Introducción

I. Estudio preliminar: La noción de mujer en el Discurso Ius-filosófico y precisiones teórico-conceptuales.

Aspectos preliminares sobre los estudios feministas:

Hacer filosofía desde el feminismo significa retomar la tarea crítica del quehacer filosófico para descubrir y analizar los constructos ideológicos que sobre la mujer o en contra de la mujer se han producido en la historia del pensamiento⁴.

Si se analiza la anterior frase, resulta sencillo percatarse de una premisa básica: existen construcciones ideológicas y valorativas en torno a lo que significa ser mujer. Es decir, existen discursos que crean una categoría cuyo contenido se llena con las valoraciones que la sociedad o quienes detentan el poder en ella tienen en torno al género femenino. Lo anterior conlleva a interrogantes sobre el momento y la forma en que se dan las diferenciaciones en torno al sexo, relegando a la mujer a cierto rol.

Como indica Lucía Rincón, existen estudios donde se parte de que la modernidad estuvo pautada por el “*homo faber*”⁵ como paradigma de lo humano, donde el hombre pasa de ser nómada, contemplando los fenómenos de la naturaleza, para convertirse en sedentario, fabricando utensilios y realizando, entonces, una división de las labores, según la fuerza física de las personas: las mujeres cuidaban a los niños y recolectan frutos mientras que los hombres cazaban. Dicha cuestión ha sido analizada incluso desde el punto de vista psicoanalítico, pues Lacan en sus estudios ha dejado ver cómo lo masculino (portador natural de la función fálica) se ha vuelto parámetro universal. Indica Lacan en su Seminario XIX:

La esencia de la mujer no es la castración y para decirlo todo, que es a partir de lo real, a saber que, exceptuado una nadita insignificante, no digo esto por casualidad, ellas no son castrables, porque el falo, del que remarco que no he dicho aun lo que es, y bien, ellas no lo tienen. Es a partir del momento en el que es de lo imposible como causa que la mujer no está ligada esencialmente a la castración que el acceso a la mujer es posible en su indeterminación⁶.

⁴ Cristina Molina Petit, *Dialéctica Feminista de la Ilustración* (Barcelona, España: Anthropos, 1994), 170.

⁵ Lucía Rincón Soto, *Bases histórico-filosóficas de la teoría feminista*. (Heredia, Costa Rica: Universidad Nacional, Escuela de Filosofía, 2009), 13.

⁶ Jacques Lacan, “Seminario XIX; 12 enero 1972”, *Literatura Psicoactiva*, consultado el 12 de julio de 2016, <http://www.literaturapsicoactiva.com/2015/03/jacques-lacan.html>.

Luego de negar que la mujer sufra del proceso de castración, Lacan advierte que lo más correcto sería hablar de una privación de la función fálica en el caso femenino. De la distinción entre privación y castración se puede colegir que la alteridad femenina no está toda definida por la lógica fálica. Si se toma como medida el patrón fálico, se elude a un problema estructural: ¿cómo decirse mujer si no hay para ella un referente otro que el masculino? Según Gallano, “hay un tiempo de la enseñanza de Lacan, donde pone el acento en la privación femenina como privación del falo, pero después va a decir que la privación del falo implica esta otra privación, que es privación del significante de La mujer”⁷. Esto implica que la categoría de mujer, según Lacan, no se puede definir por la incompatibilidad con la lógica masculina.

Todo lo anterior representa un avance en el tema del estudio de la estructuración del concepto de mujer, alejándose de aquello que Freud había llamado el continente negro del psicoanálisis. En determinado momento de su indagación, Lacan lanzó, hablando de las mujeres, la expresión "goce otro". Ciertas integrantes del movimiento feminista, que experimentaba entonces un nuevo auge, se apoderaron de este vocablo pues les aportaba un terreno común e inexplorado, al poder decirse que las mujeres no son como los hombres, ni tampoco son como ellos lo dicen⁸.

Los discursos jurídicos, políticos y sociales, toman como base lo masculino, de modo que cuando se hace referencia a la mujer es importante tomar en cuenta que estos discursos fueron creados con fundamento en valores masculinos. Ante esto, la filosofía ha hecho estudios partiendo de la visión del mundo en un determinado momento y desde las varias perspectivas históricas; por lo que, se puede apreciar que la visión del mundo tiene un sesgo patriarcal; es decir, en el que ha predominado el varón como base de lo humano. Como indicó Simone De Beauvoir, si se echa un vistazo a la historia se pueden concluir dos cosas, la primera que “toda la historia de las mujeres la han hecho los hombres” y señalar esto implica entonces que “el problema de la mujer siempre ha sido un problema de los

⁷ Carmen Gallano Petit, *La alteridad femenina*, (Medellín, Colombia: Asociación Foro del Campo Lacaniano de Medellín, 2000), 60.

⁸ Danièle Lévy, “Lacan, el feminismo y la diferencia de sexos (México)”. *Revista Debate Feminista*. Vol. 31. (Abril 2005): 261-266.

hombres”⁹. Esto porque, como se ha venido indicando, el papel de la mujer siempre fue delegado al hogar, de modo que cuando se tomaron decisiones con respecto a ella, esto no era realizado desde sus necesidades sino desde las del hombre; por ello, Simone indica que “no es la inferioridad de las mujeres lo que ha determinado su insignificancia histórica, sino que ha sido su insignificancia histórica lo que las ha destinado a la inferioridad”¹⁰.

Cuando la autora Lucía Rincón¹¹ habla de la totalización y universalización de la razón, parte de todo un enfoque filosófico con respecto al discurso del hombre y no de la mujer, donde esta otra se encuentra, por así decirlo, subsumida por el discurso masculino. Cuando este es visto de modo contrario, incluyendo a las mujeres, este es considerado una charlatanería.

Se puede marcar que dentro de esa universalización donde el hombre se encuentra inmerso en todo, se crea un discurso del “*otro*”: la mujer, la débil, la ama de casa, la sumisa. En muchas ocasiones, se argumenta en favor de dicha división dicotómica desde una posición biologicista, donde la mujer es vista según sus características físicas como quien por tener hijos debe mantenerlos y de ahí deviene la postura de la función de esta en la sociedad, que la reduce únicamente por su biología en torno a la cual gira su pretendida función social, sin determinarla como individuo, sino como objeto. Dicho enfoque biologicista se ha puesto en crítica dada la confusión que se da entre las diferencias biológicas (o sexuales) y la asignación de roles por parte de la sociedad a los sectores que la conforman. En este sentido se ha dicho que:

La naturalización de las diferencias intersexuales, producto del reduccionismo biologicista, ha contribuido históricamente a sostener una representación polarizada de las características psicológicas de ambos sexos. Este hecho ha servido de base a los modelos bipolares de masculinidad y feminidad, (...) posibilitando así la justificación biológica de diferencias psicológicas cuyo origen radica en las desigualdades sociales entre los sexos¹².

⁹ Simone De Beauvoir, *El Segundo Sexo*, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 125.

¹⁰ *Ibidem* 128

¹¹ Lucía Rincón Soto. *Bases histórico-filosóficas de la teoría feminista*. (Heredia, Costa Rica: Universidad Nacional, Escuela de Filosofía, 2009), 64

¹² Rosa Pastor Carballo; Ana D’ocon Giménez, “Impacto de la Biología en la Representación de los Sexos: Pensamiento Crítico y Metáforas del Genero”, *Revista de Historia de la Psicología*, Vol. 17, No. 3-4, Universidad de Valencia. (1996): 280-287.

Posturas de esta índole vienen reforzadas por otros mitos, como indica Simone De Beauvoir, desde la versión bíblica de la creación del hombre del barro y la mujer una derivación de una costilla de este para servirle.

Al aparecer como lo otro, la mujer aparece al mismo tiempo como una plenitud de ser por oposición a esta existencia cuya nada experimenta el hombre en sí mismo; al plantearse como objeto a los ojos del sujeto, lo otro se plantea como en sí y, por consiguiente, como ser. En la mujer se encarna positivamente la carencia que el existente lleva en su corazón y tratando de encontrarse a través de ella, es como el hombre espera realizarse¹³.

De ahí surgen varias posiciones del feminismo moderno como un modo distinto de ver esa realidad, de posicionar a las mujeres dentro de esa historia, estas surgen como maneras de interpretar la condición humana de modos diversos, en los cuales se vea a los individuos como especie y no por su división de sexos. Dicha división dicotómica ha servido para crear todo un aparato institucional en que la mujer tiene un signo de inferioridad. Por esa razón, resulta de gran importancia esclarecer ciertos conceptos relacionados con esta relación de poder que se forjó en consideración de la división dicotómica de los sexos y la subsiguiente asignación de roles sociales.

Conceptos básicos de las teorías feministas:

Uno de esos conceptos fundamentales para el análisis requerido es el término **patriarcado**. Alda Facio lo describe como sigue:

Un término que se utiliza de distintas maneras, para definir la ideología y estructuras institucionales que mantienen la opresión de las mujeres. Es un sistema que se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil, orientadas hacia la promoción del consenso en torno a un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determinan que el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres¹⁴.

¹³ Simone De Beauvoir, *El Segundo Sexo*, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 141.

¹⁴ Alda Facio Montejó, *Cuando el género suena, cambios trae*, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 26.

El patriarcado parte de las diferencias biológicas que tienen los hombres y las mujeres, desde el ámbito familiar, hasta las estructuras sociales, para provocar que en instituciones políticas y civiles, se pueda observar cómo la mujer es subordinada del hombre. Esto parte de todo un bagaje histórico donde ha predominado la figura masculina, hecho que se manifiesta en la universalización, que se mencionó previamente, donde los términos masculinos subsumen los femeninos.

El término “*patriarcado*” describe un contexto social donde se vive y es uno de los elementos que inciden en la noción de género que se vaya a tomar dentro de determinada sociedad. Asimismo, Gerda Lerner, en su obra *La Creación del Patriarcado* ha hecho énfasis en el carácter histórico de la visión patriarcal de las sociedades occidentales y ha indicado:

Si miramos la Historia de la sociedad que se ha escrito como si de dicha obra se tratara, caemos en la cuenta de que el relato de las representaciones dadas durante miles de años ha sido escrito sólo por hombres y contado con sus propias palabras. Han fijado su atención principalmente en los hombres. (...) Finalmente, en los últimos cincuenta años, algunas de ellas han adquirido la formación necesaria para escribir las obras de la compañía. (...) Así que encontraban que lo que hacían los hombres era más importante y, en sus ansias de realzar la parte de las mujeres en el pasado, buscaban a aquellas mujeres que hubieran hecho las mismas cosas que los hombres.¹⁵

De lo anteriormente descrito, sobresale la concepción del patriarcado como un contexto que permea las concepciones de mundo tanto de hombres como de mujeres. En este sentido, Alda Facio señala la existencia de una **ideología patriarcal o una ideología sexual**, definiendo la misma como:

Un sistema de creencias que no sólo explica las relaciones y diferencias entre hombres y mujeres, sino que toma a uno de los sexos como parámetro de lo humano. Basándose en este parámetro, el sistema especifica derechos y responsabilidades, así como restricciones y recompensas, diferentes inevitablemente desiguales en perjuicio del sexo que es entendido como diferente¹⁶.

¹⁵ Gerda Lerner, *La creación del Patriarcado* (Nueva York: Oxford University Press, Inc., 1986), 11 y 12.

¹⁶ Alda Facio Montejo y Lorena Fries Monleón, *Feminismo, Género y Patriarcado* (Chile: LOM Ediciones, 1999), 56.

Este tipo de ideología es la encargada de posicionar lo femenino como algo negativo y lo masculino como algo positivo, al tiempo que mantiene un *status quo* que resulta opresor para lo femenino. Este tipo de ideología no solo enmarca la diferencia entre ambos sexos, sino que también busca mantener la pretendida inferioridad “*natural*” de la mujer, que ha sido vista como más débil históricamente. Debido a la correlación que se ha estructurado entre criterios biológicos y roles sociales, se busca probar la desventaja femenina. Por ello, se habla de las posibles **instituciones que contribuyen en el patriarcado**, que son:

(...) múltiples y muy variadas pero tienen en común el hecho de que contribuyen al mantenimiento de las estructuras de género que oprimen a todas las mujeres. Entre estas instituciones están: la familia patriarcal, la maternidad forzada, la educación androcéntrica, la historia robada, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, el trabajo sexuado, el derecho monosexista, la ciencia ginope, el lenguaje masculinista, etc¹⁷.

Otro concepto que resulta importante destacar en la presente investigación es el **sexismo**. Para Alda Facio, es:

La creencia fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, creencia que resulta en una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. Estos privilegios descansan en mantener al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función “*natural*” y única¹⁸.

En este mismo sentido, es necesario dejar en claro la distinción entre los conceptos “*patriarcado*” y “*sexismo*”. Una definición más clara y que permite la diferenciación entre los vocablos mencionados es la que ofrece Victoria Sau en su Diccionario Ideológico Feminista al definir el sexismo como:

El conjunto de todos y cada uno de los métodos empleados en el seno del patriarcado para poder mantener en situación de inferioridad, subordinación y

¹⁷ Alda Facio Montejo, “Género e igualdad Jurídica entre los sexos”, Comisión de Género y Secretaría Técnica de Género, Poder Judicial. 23 de Marzo de 2012. Comisión de Género y Secretaría Técnica de género. Consultado el 26 de enero de 2016. http://www.poder-judicial.go.cr/genero/index.php?option=com_phocadownload&view=file&id=35:genero-e-igualdad-juridica-entre-los-sexos&start=20&Itemid=181: 317.

¹⁸ Alda Facio Montejo, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 21.

explotación al sexo dominado: el femenino. El sexismo abarca todos los ámbitos de la vida y las relaciones humanas¹⁹.

Conjugando las definiciones de Alda Facio y de Victoria Sau, para efectos de esta investigación, se entenderá sexismo como aquellos mecanismos que pretenden mantener la subordinación de lo femenino y que están presentes en todos los ámbitos de la vida y las relaciones sociales, incluyendo así todo el sistema ideológico o de creencias que buscan mantener los privilegios para el “sexo superior”. Mientras tanto, el patriarcado es un concepto más amplio, y que tiene un contenido estructural y político, puesto que se trata de un “sistema básico de dominación”²⁰ que se sirve de mecanismos, creencias, ideologías e instituciones sexistas para su preservación. Esto mismo se conjuga con el desconocimiento de la mujer sobre la conciencia de género; dicho de otra forma, se trata de términos coloquiales que funcionan como estereotipos de género que subyacen en una sociedad patriarcal como la costarricense. En ese sentido la “**estereotipización**” (*stereotyping*):

Es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular. La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro²¹.

Esta actitud se puede presentar de diferentes formas, como el **androcentrismo**, forma más generalizada del sexismo que consiste en la visión del mundo desde un enfoque masculino como especie parámetro. Cuando se dice que determinada cultura es androcéntrica es porque el parámetro masculino es punto de partida para cualquier análisis; básicamente, el hombre es utilizado como el referente de lo humano. Estos términos son importantes para así poder entender la sociedad patriarcal y ver el contexto en el cual se crean y aplican las normas; es decir, si dentro del país existen este tipo de manifestaciones hacia las mujeres.

¹⁹ Victoria Sau Sánchez, Diccionario ideológico feminista, vol. I, 3.a ed (Barcelona, España: Icaria, 2000), 257.

²⁰ Nuria Varela, Feminismo para principiantes, 1.ª edición (Barcelona, España: Ediciones B, S. A. Barcelona S.A, 2008), 80

²¹ Rebecca Cook; Simone Cusack, Estereotipos de género Perspectivas Legales Transnacionales, Trad. Andrea Parra (Colombia: Profamilia, 2010), 1-2.

Tal y como se ha sostenido, el patriarcado es una forma o sistema en que se oprime lo femenino, entre sus “instrumentos o mecanismos” para continuar dicha situación de sumisión se puede hablar de la **violencia simbólica**. Dicho término es utilizado por el autor Pierre Bourdieu en varias de sus publicaciones; por ejemplo, en “Fundamentos de una teoría de la violencia simbólica” expone ciertos enunciados que son imprescindibles para la comprensión del concepto, así como de la forma de conservación de la opresión mediante los sistemas escolares y acción pedagógica. Al respecto:

Todo poder de violencia simbólica, o sea, todo poder que logra imponer significaciones e imponerlas como legítimas disimulando las relaciones de fuerza en que se funda su propia fuerza, añade su fuerza propia, es decir, propiamente simbólica, a esas relaciones de fuerza. (...) La selección de significados que define objetivamente la cultura de un grupo o de una clase como sistema simbólico es arbitraria en tanto que la estructura y las funciones de esta cultura no pueden deducirse de ningún principio universal, físico, biológico o espiritual, puesto que no están unidas por ningún tipo de relación interna a la “naturaleza de las cosas” o a una “naturaleza humana”²².

De lo anterior, se pueden deducir ciertas características de la violencia simbólica, tales como la apariencia legitimadora que se da en las relaciones de poder, así como su arbitrariedad. En cuanto a su conceptualización propiamente, dicho término, fundamental en la teoría de la dominación masculina de Pierre Bordieu, es definido por el mismo como aquella violencia que:

(...) se instituye a través de la adhesión que el dominado se siente obligado a conceder al dominador (por consiguiente, a la dominación) cuando no dispone, para imaginarla o para imaginarse a sí mismo o, mejor dicho, para imaginar la relación que tiene con él, de otro instrumento de conocimiento que aquel que comparte con el dominador y que, al no ser más que la forma asimilada de la relación de dominación, hacen que esa relación parezca natural; o, en otras palabras, cuando los esquemas que pone en práctica para percibirse y apreciarse, o para percibir y apreciar a los dominadores (alto/bajo, masculino/femenino, blanco/negro, etc.), son el producto de la asimilación de las clasificaciones, de ese modo naturalizadas, de las que su ser social es el producto²³.

²²Pierre Bourdieu y Jean Claude Passeron, Fundamentos de una teoría de la violencia simbólica, en la Reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza, Libro 1 (España: Editorial Popular, 2001), 15-85.

²³ Pierre Bordieu, La domination masculine, Trad. De Joaquín Jordá (París, Francia : Éditions du Seuil, 1998), 51.

Dicho de otra forma, este tipo de violencia opera sin necesidad de intenciones conscientes, bastando “(...) unas acciones discriminatorias, que excluyen a las mujeres, sin ni siquiera planteárselo, de las posiciones de autoridad, reduciendo sus reivindicaciones”²⁴, y dichas acciones convierten a las mujeres en instrumentos simbólicos de la política masculina.

Para dichos efectos, la legislación puede resultar de gran conveniencia ya que goza de un alto grado de institucionalización, que facilita la creación de categorías y la apariencia de que dichas categorías deben cumplirse, debido a que proviene de la elocuencia oficial del Estado, y en algunos casos, debido a la coerción implícita. Sin embargo, a partir de diversas luchas en contra del sistema patriarcal y de sus imposiciones, ha surgido la perspectiva de género, términos que no dejan de ser problemáticos en cuanto a su delimitación. Por lo anterior, es de vital importancia definir lo que se va a entender por esos términos en la presente investigación. El **género** se entiende como: “aquellas características, roles, actitudes, valores, y símbolos que son impuestos dicotómicamente a cada sexo a través de la socialización y que nos hacen creer que los sexos son diametralmente opuestos”²⁵. El concepto de género denota la importancia que se le da a las diferencias biológicas entre los hombres y las mujeres, de ahí que la oposición que se crea entre ambos no es por su sexo, sino primordialmente por la **identidad de género**, que implica una asignación de roles creados la sociedad.

Tampoco se puede dejar de lado que existen otros motivos de diferenciación que distan del sexo biológico de los individuos y que dependen de la religión, etnia, su situación socioeconómica, orientación sexual, educación, entre otras características que lo diferencian entre otras personas. Cuando se hace mención a **perspectivas género sensitivas**, se entiende como:

El reconocimiento de que en toda explicación de la realidad está presente una perspectiva y que históricamente, las perspectivas que han dominado son aquellas

²⁴ *Ibidem* 79.

²⁵ Alda Facio Montejo, “Género e igualdad Jurídica entre los sexos”, Comisión de Género y Secretaría Técnica de Género, Poder Judicial. 23 de Marzo de 2012. Consultado el 26 de enero de 2016. http://www.poder-judicial.go.cr/genero/index.php?option=com_phocadownload&view=file&id=35:genero-e-igualdad-jurdica-entre-los-sexos&start=20&Itemid=181:. 313.

que parten del punto de vista masculino. Es así que en la gran mayoría de los casos, las diferentes perspectivas sobre la realidad son perspectivas androcéntricas...²⁶.

Esto implica que cuando se analiza una determinada cuestión con una perspectiva género sensitiva o perspectiva de género, no se ordena que se vaya a hacer un centro de enfoque a la mujer, sino que parte de que, a la hora de analizar la realidad, lo haga con esa visión de que se parte de un contexto androcéntrico.

El movimiento feminista en Costa Rica:

A pesar de la predominancia de contextos de corte patriarcal, no todas las posturas filosóficas parten de esos principios. Por ejemplo, desde varias posturas del feminismo, se critica esta pretendida inferioridad de las mujeres frente a los hombres, siendo este movimiento el que ha hecho que las mujeres se aparten de este contexto patriarcal que las limita a su biología o función socialmente asignada y permite que estas se incluyan en la política, en el ámbito laboral actuando por sí mismas, y no a través de otros. Este ha sido el caso de Costa Rica, donde se ha mostrado cierta preocupación en torno a la búsqueda de igualdad de género, con desafíos aun actuales en torno a este tópico.

Sobre el tema de las mujeres y cómo estas son apreciadas en las leyes, existen grandes pioneras e instituciones que se han encargado a realizar este tipo de estudios. Entre estos análisis cabe resaltar los esfuerzos del Instituto Nacional de la Mujer²⁷, la Asociación de Juezas Costarricenses²⁸, la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ)²⁹, la Comisión de Género y la Secretaría Técnica de Género del Poder Judicial³⁰, el Colegio de Abogados y Abogadas, y la Oficina del Alto

²⁶ *Ibidem* 322.

²⁷ Instituto Nacional de la Mujer, INAMU, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre del 2015 <http://www.inamu.go.cr/web/inamu/inicio>.

²⁸ Asociación Costarricense de judicatura, ACOJUD, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre del 2015 <http://www.acojud.org/historia/>.

²⁹ Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, CONAMAJ, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre del 2015, <http://www.conamaj.go.cr/index.php/conamaj/preguntasfrecuentes>.

³⁰ Poder Judicial República de Costa Rica, Comisión de Género y Secretaría Técnica de Género, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre de 2015, <http://www.poder-judicial.go.cr/genero/>.

Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); también, se tienen revistas como, “El Pensamiento Jurídico Feminista”³¹, entre otros.

En el volumen I de la revista citada antes del 2004, se introduce la teoría discursiva del derecho y su enfoque de género, estudio de gran relevancia para los efectos de la delimitación del análisis propuesto para esta investigación. En esta introducción, Haydée Méndez³² indica que el concepto de género es una construcción social, más allá del sexo femenino o masculino, que consta de características biológicas; el género se forja dentro de una sociedad que parte de cómo los hombres y las mujeres desempeñan ciertos papeles que conforman un significado social que tiene tal impacto que las personas se llegan a identificar con él.

El género puede ser visto desde dos perspectivas: desde el lado de lo privado y lo público. La primera, es la esfera familiar, que enfoca el modo en que es enseñada la feminidad y los quehaceres que son realizados por la mujer dentro del hogar; la segunda, es la influencia de la sociedad, por medio de la política, la economía y los roles que engloba lo masculino dentro de esta, ya que se ve al hombre como quien trabaja y tiene vida pública. De ahí que, el feminismo busca una interacción entre las leyes y cómo en la práctica se puede presenciar; esto, porque el feminismo surge como un movimiento social donde la mujer deja ese ámbito privado y se inserta en la vida pública y en puestos políticos, buscando una mayor participación social.

Asimismo, otro estudio que cabe resaltar de este número de la revista es el realizado por Alda Facio llamado “*Hacia otra teoría crítica del derecho*”³³, el cual hace mención a las Teorías Críticas del Derecho desde una visión feminista, así como cómo se deberían realizar y los distintos tipos que existen; para concluir, la autora menciona la importancia de incorporar la rama del derecho de la mujer. Asimismo, este texto de Facio vuelve a hacer referencia a la postura crítica feminista hacia el Derecho como discurso, sobre la cual será

³¹ Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Pensamiento Jurídico Feminista, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre de 2015, <http://www.pensamientojuridicofeminista.com/inicio.html>.

³² Haydée Méndez, “La teoría discursiva del derecho desde la perspectiva de género (Costa Rica)”, Pensamiento Jurídico Feminista, (2004): 25-31.

³³ Alda Facio Montejo, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, Pensamiento Jurídico Feminista, (2004): 33-53.

necesario hacer algunas consideraciones posteriores, puesto que será la postura desde la cual se realizará el análisis de esta investigación.

La incursión de la mujer en diversas ramas de la vida pública y las investigaciones que se han dado para remover la cultura patriarcal, aún el discurso jurídico relega a la mujer a una imagen propia de un sistema patriarcal. En palabras de la autora costarricense, Yadira Calvo Fajardo:

Dada la manera en que las leyes han actuado para amenazar a las mujeres y mantenerlas bajo control, parecería normal que nosotras viviéramos respecto de las leyes una relación de mala vecindad. Normalmente no ha ocurrido de este modo, porque por un tantito así, casi ni nos hemos dado cuenta de cómo se han utilizado para congelarnos en la imagen que de nosotras el patriarcado diseñó³⁴.

Punto de partida en el análisis ius filosófico:

Teniendo claro, el significado de las nociones básicas de género *supra* mencionadas, así como algunas de las instituciones pioneras sobre el tema en Costa Rica, resulta necesario centrarse en una sola de las posturas feministas frente al derecho para realizar el análisis requerido, debido a la vastedad de movimientos feministas. Por ello, en esta investigación, se partirá de la postura que **critica al Derecho como discurso**, tomando la nomenclatura de Facio. Dicha postura propugna que:

Desde esta perspectiva y analizando el lenguaje del Derecho, las feministas parten de que el mismo no puede menos que ser un discurso patriarcal y androcéntrico por dos razones: la primera porque todo lenguaje autorizado por un Estado patriarcal refleja la cultura dominante en ese Estado (...) y la segunda, porque si el poder estatal es patriarcal, su discurso no puede menos que serlo también³⁵.

Tal y como como se ha indicado, el discurso no sólo es una forma de hablar sobre un objeto, sino que manifiesta los valores de los interlocutores, la forma como se piensa y actúa sobre algo. Por lo tanto, al analizar el discurso del derecho, es posible encontrar los valores que se asignan a los conceptos de mujeres, hombres y las relaciones entre ambos.

³⁴ Yadira Calvo Fajardo, *Las líneas torcidas del Derecho*, 2ª Edición (San José, ILANUD: Programa Mujer Justicia y Género, 1996), 3.

³⁵ Alda Facio Montejo, "Hacia otra teoría crítica del derecho", *Pensamiento Jurídico Feminista*, (2004): 47.

Lo anterior resulta compatible con lo que expresa Pedro Haba cuando indica que:

Conclusión: el lenguaje del derecho positivo no tiene fundamentalmente características de tipo científico, porque sus objetivos son esencialmente de orden volitivo-social, normativo, sus fines son *políticos* (en sentido amplio). Lo científico, en la medida en que sea admitido hacerlo entrar en la composición de esos discursos, ocupa allí un lugar secundario, no puede sino alcanzar cierto nivel “*técnico*”, siempre subordinado a precomprensiones básicas – “universos simbólicos”, Weltanschauung vulgar, prejuicios, etc..- del lenguaje cotidiano³⁶.

Es decir, el derecho como discurso tiene rasgos políticos cargados de valoraciones que influyen y construyen los universos simbólicos de los interlocutores y, precisamente por ello, resulta pertinente estudiar el discurso jurídico a la luz de ese componente político y axiológico. Lo anterior, no significa que ante ausencia de normativa no se puedan estudiar estos fenómenos, ya que existen “*desigualdades tanto sonoras, silenciosas como olvidadas*”³⁷ a lo interno del derecho, tal como lo menciona Elena Larrauri. Además, con en el análisis del derecho como discurso, se está:

Analizando simultáneamente el derecho, el lenguaje y el poder, esta gama de críticas nos señala que podemos entender mejor por qué la discriminación y la opresión contra las mujeres se mantiene a pesar de que se han derogado la mayoría de las normas del componente formal sustantivo que expresamente nos discriminaban³⁸.

Esta postura indica que la opresión de las mujeres no se encuentra en los textos legales como tal, sino que para responder a esta subordinación se requiere recurrir a la cultura del país y las prácticas legales del mismo. Consecuentemente, lo que se llega a analizar entonces es el lenguaje, el discurso que se tiene entre hombres y mujeres y la relación entre estos y el derecho.

Mientras el discurso sea patriarcal, las mujeres seremos discutidas, descritas y tratadas por el derecho de manera subordinada a los intereses de los hombres. Por esto es que, aún en los Estados en donde se han hecho reformas legales para

³⁶ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 199.

³⁷ Elena Larrauri Pijoan, “Desigualdades Sonoras, Silenciosas Y Olvidadas: Género Y Derecho Penal” En Género y Marginación: Victimización y Delincuencia (México: UAM, 2008).

³⁸ Facio Montejo, Alda. “Con los lentes del género, se ve otro “Derecho”, Ponencia No. 34, Conferencia Centroamericana y del Caribe: Reducción de la pobreza, Gobernabilidad democrática y Equidad de género. Agosto 2002”. Conferencia Centroamericana y del Caribe. Consultado el 1 de febrero del 2016, http://www.justiciaviva.org.pe/genero_justicia/documentos/con_los_lentes.pdf . 14

eliminar, por ejemplo, la revictimización de las mujeres en casos de violación sexual, prohibiendo preguntarle a la víctima sobre su experiencia sexual previa, no se ha logrado un trato justo y equitativo para ellas. Según esta gama de críticas, esto se debe a que el discurso sigue siendo patriarcal porque sigue reflejando y reproduciendo la idea de que las mujeres valemos menos como seres humanos³⁹.

Analizando el Derecho como un discurso político, es posible percatarse que muchas veces quienes legislan y quienes resuelven casos judiciales no tienen una visión género-sensitiva y por ello, el discurso jurídico creado presenta incompatibilidades teleológicas de frente a la norma que pretendía beneficiar a la “categoría” jurídica creada, dígase, mujer. Esas edificaciones axiológicas que giran alrededor de la mujer se expresan por medio del lenguaje estricto como “la habilidad específicamente humana consiste en sonidos articulados que dan lugar a palabras, tanto si se usa en forma oral como escrito o audiovisual: lenguaje verbal- tiene ese carácter de convención”⁴⁰.

Sin embargo, a pesar de afirmar el carácter convencional del lenguaje también se debe aceptar que existe una zona gris llena de indeterminación en mayor o menor grado en cada vocablo utilizado, y por ello, algunas palabras, más que otras, están sujetas a interpretaciones que a su vez implican la existencia de más valoraciones. Tomando en consideración todo lo anterior, es necesario percatarse de la existencia de preconcepciones en el acto interpretativo. En este sentido:

El sentido de las expresiones de un lenguaje depende no solo de lo que propiamente se «dice», sino también de presuposiciones, que en buena medida son inconscientes, manejadas por los locutores: esto es, de conocimientos que tácitamente se da por sabidos –pre-nociones, «precomprensiones» si se quiere- que sirven de «soporte» para orientar, en un sentido o en otros, aquello que se dice de modo expreso⁴¹.

Esas presuposiciones juegan un papel de suma relevancia en la interpretación del discurso, ya que dependiendo del contexto y de lo no dicho, lo que se dice expresamente puede tener un significado u otro, pues dependerá del sentido u orientación que los o las

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 88.

⁴¹ *Ibidem*, 94.

intérpretes autorizados decidan tomar. Lo anterior debido a que “*Las palabras no son más que delegaciones para el derecho de interpretarlas*”⁴².

Ahora bien, el derecho es una forma específica del lenguaje: es un discurso político. El discurso jurídico, tal como acontece en el lenguaje en general, está lleno de vacíos que deben ser llenados mediante la interpretación.

Claro que intérpretes pueden haber muchos: unos pueden hacer que el texto “diga” ciertas cosas, otros le harán “decir” otras cosas. Empero, para darle efectos al derecho positivo, no suele tomarse en cuenta la opinión de simplemente cualquier intérprete, sino nada más que la de algunos, ubicados en ciertas posiciones sociales específicas. Significa que el derecho dirá, en la práctica, sólo cuanto esos intérpretes, precisamente aquellos que en la sociedad se considera como autorizados por el derecho positivo ahí vigente, entiendan que ahí “dice”⁴³.

Precisamente, esas personas que ejercen el rol de intérpretes autorizados lo hacen de conformidad con sus propias presuposiciones e ideologías y no necesariamente según ideas científicas. Aceptar esa realidad y la responsabilidad que conlleva para la persona intérprete evita caer en posturas míticas sobre la naturaleza del Derecho. De lo contrario, se tiende a creer que el Derecho es algo ontológicamente hablando y se fetichiza; por lo que, es usual que en el uso del lenguaje jurídico se caiga en concepciones argumentativas relacionadas con el naturalismo lingüístico y la magia verbal. Como lo señala, Minor E. Salas, dichos conceptos entrañan dos aspectos claves:

- (a) La creencia de que las palabras son las cosas o se identifican con estas, de tal suerte que allí donde hay una palabra es casi seguro que hay también un objeto y;
- (b) La creencia de que las palabras ejercen poder absoluto sobre las cosas. Así no es inusual, especialmente en el discurso de la política y del derecho, asumir-fantásicamente- que con solo cambiar unos cuantos términos ya se ha cambiado el mundo entero. Un país será más equitativo e igualitario si se le llama “democrático” (...) ⁴⁴.

Estos conceptos son importantes para entender el punto del que se parte al realizar una crítica del lenguaje en el Derecho, específicamente del lenguaje en el artículo 77 bis, su

⁴² Gidon Gottlieb, *The logic of choice: An investigation of the concept of rule and rationality*, (Londres: Georg Allen & Unwin, 1968), 92.

⁴³ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 202.

⁴⁴ Minor E. Salas Solís, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales. 2ª Edición. (San José, Costa Rica: Isolma, 2013), 88-89.

fundamentación y el modo en que este es aplicado, ya que usualmente los juristas parten de la creencia en un mito, cuya función social ha sido descrita por Leszeck Kolakowski, quien indica que:

(...) la mera presencia de la conciencia específicamente humana crea una incancelable situación mitógena en la cultura. La función del mito en la vida social, como garantía de vínculos, y su papel integrador en el proceso de organización de la conciencia individual parecen irremplazables. En esas funciones el mito no puede ser sustituido por convicciones reguladas según los criterios del conocimiento científico⁴⁵.

Específicamente, el mito se presenta en el derecho como un mito jurídico básico que ha sido descrito por Jerome Frank como la situación que se da en el derecho cuando se le tiene como “(...) inmóvil, fijo y determinado (...) Los juristas no sostienen meramente la vulgar noción de que el derecho es susceptible de ser hecho completamente estable e invariable; parecen estar inclinados a crear la impresión de que, en total, él es ya establecido y cierto”⁴⁶.

Lo anterior causa un auto engaño, mismo que provoca que las personas no se cuestionen las normas jurídicas ni las decisiones que toman al utilizarlas; por lo que, olvidan, como se ha venido indicando, el carácter convencional, indeterminado y valorativo del mismo. Por todo lo anterior, se debe ser consciente de que se cae en un círculo de valoraciones que se dibuja entre quienes crean ese discurso en ejercicio de ese poder institucionalizado y quienes fungen como interpretes autorizados.

Ese ejercicio valorativo entre las personas actoras mencionadas moldea al Derecho, mientras que el resultado de eso se circunscribe en un sistema político. Si las bases ideológicas de ese sistema político se inclinan hacia una u otra posición, el Derecho manifestará una u otra de las posiciones, respectivamente, en cuanto es un mecanismo o discurso institucionalizado mediante el cual se ejerce el poder. El lenguaje tiene una función instrumental para poder comunicarse, pero este va a depender de las circunstancias en las que se desarrolle, aunque “[...] por más que estemos ciertamente sujetos a límites, no

⁴⁵ Leszeck Kolakowski, La presencia del mito (Buenos Aires, Argentina: Amorrortu, Buenos Aires. 1975), 120.

⁴⁶ Jerome Frank, Law and the Modern Mind (Massachusetts: Peter Smith, 1970), 8-21.

menos cierto es que estos, en muchos casos, nos dejan abiertos márgenes de opción mayores o menores, para que seamos nosotros mismos quienes decidamos [...]”⁴⁷. Por ello se dice que existen **juegos del lenguaje**, mismo que el mencionado autor Pedro Haba (al explicar a Wittgenstein, quien introduce este concepto) indica que el lenguaje se compone de un juego en el cual sus reglas van a depender de quiénes participan, haciendo la indicación de que “la comunicación no funciona sino entre aquellos que se ponen a jugar los juegos del caso, no unos juegos lingüísticos distintos⁴⁸”; no obstante, este juego varía según la región, el lenguaje y el conocimiento de los interlocutores.

De dicha forma, entre la interpretación y la valoración, se moldean conceptos o categorías con cierto significado y significante para los interlocutores jurídicos. Por lo anterior, el discurso jurídico resulta útil para analizar y detectar la presencia de construcciones ideológicas patriarcales, violencia simbólica, sexismo, entre otras cosas, que se presenten en el discurso oficial del Estado. El caso de Costa Rica no resulta ajena a esta situación, ya que existen ejemplos normativos y jurisprudenciales en los que se deja ver como el concepto de mujer ha sido utilizado de forma estereotipada; por ello, es menester señalar algunos de esos casos, sin perjuicio de ahondar más en ellos en los posteriores capítulos de esta investigación.

Como ejemplos de lo dicho en el párrafo anterior, existen textos utilizados por varios juristas e incluso empleado en las clases de Derecho de la Universidad de Costa Rica, tal como el libro de “Las pruebas penales” Tomo II de las pruebas en particular de Eugenio Florián⁴⁹, indica cómo en el aspecto probatorio, la mujer fácilmente exagera, pues el sentido reflexivo flaquea en ella, comprometiéndose durante la menstruación y el embarazo. Se cita también a Enrico Altavilla quien advierte que los testimonios de los delincuentes y prostitutas deben ponerse en duda. Lo anterior permite ejemplificar que el papel patriarcal de las mujeres se ha visto relegado a la tan mencionada subordinación, una condición de inferioridad que las torna merecedoras de piedad o misericordia.

⁴⁷ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 102-103.

⁴⁸ *Ibidem*, 97.

⁴⁹ Eugenio Florián, De las pruebas penales: de las pruebas en particular. (Bogotá: Temis, 1982), 336

Tal como lo expone Michel Foucault en su conocidísimo, “Vigilar y Castigar” se ha visto también fundado en las concepciones morales religiosas que rodean el concepto de mujer. Al respecto, menciona que, a diferencia de las galeras que existieron para los hombres (centros penitenciarios para trabajos forzados):

Ha habido los refugios, las casas de caridad, las de misericordia destinadas a las mujeres culpables que "retroceden ante el pensamiento de volver a una vida de desorden", para las "pobres inocentes a quienes la inmoralidad de su madre expone a una perversidad precoz", o para las muchachas pobres a quienes se encuentra a la puerta de los hospitales y de las habitaciones que se alquilan amuebladas⁵⁰.

Ejemplos de sexismo en jurisprudencia costarricense:

Por lo indicado, es que históricamente resulta usual vincular a la mujer con concepciones religiosas como misericordia (que redundan en falacias que apelan a la piedad y altruismo⁵¹), madre pura y sufrida (recordando el mito de la maldición de Eva) y, sin remontarse tan atrás en el tiempo o tan lejos geográficamente, en Costa Rica hasta el 8 de marzo del 2017 subsistía el ejemplo del Centro Penitenciario para mujeres, llamado El Buen Pastor⁵².

Entre otros ejemplos, a nivel de jurisprudencia constitucional, se encuentra el **voto 11516 del 21 de diciembre del 2000 a las 14:40:00 de la Sala Constitucional**⁵³ que resuelve una consulta judicial en torno al artículo 236 del Código de Familia, declarando parte del mismo inconstitucional, por cuanto establece que el padre es el curador legítimo forzoso de los hijos y en defecto de este, es la madre la curadora⁵⁴.

⁵⁰ Michel Foucault, Vigilar y castigar, (Madrid: Siglo XXI Editores, 1986), 182.

⁵¹ Irwing Copi y Carl Cohen, Introducción a la Lógica (México: Limusa-Noriega Editores, 1997), 140.

⁵² A partir de esa fecha, el Centro carcelario pasó a llamarse Centro de Atención Institucional Vilma Curling Rivera.

⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Consulta Judicial, voto 2000-11516; 21 de diciembre del 2000 a las 14:40 horas”, Exp. 00-009015-0007-CO.

⁵⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica “Ley N° N° 5476. Código de Familia de Costa Rica, 5 agosto de 1974”, Sinalevi: Artículo 236. Consultado el 5 de marzo del 2016. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC.

Asimismo, se puede destacar el **voto 02129 del 14 de febrero del 2008 a las 10:30:00 emitido por la Sala Constitucional**⁵⁵, que trata sobre una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 16 inciso 2 del Código de Familia que normaba una prohibición para el matrimonio de la mujer en razón del embarazo, que el hombre no poseía, de modo que considera la medida discriminatoria. No obstante, los votos referidos no hacen mayor análisis con respecto a la discriminación que sufre la mujer frente a este tipo de leyes.

Otro ejemplo más actual, es la acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 35 del Código de Familia, en el **voto 02007 del 10 de febrero del 2016 a las 09:30:00 emitido por la Sala Constitucional**⁵⁶. Se acusa de inconstitucional el artículo 35 del Código de Familia por cuanto este indica que el marido es el principal obligado a sufragar los gastos del hogar y la esposa a contribuir⁵⁷.

Con los ejemplos anteriores, se puede observar cómo muchas veces hay falta de fundamentación en las leyes y de cómo argumentan los y las que las aplican como intérpretes autorizados, por lo que surge la duda de si quienes implementan estas medidas de verdad tienen consciencia de la ayuda que se le puede dar a las mujeres que se han visto en una desventaja histórica o si, por lo contrario, estas medidas no son sino un modo de continuar perpetrando esta noción de la mujer como débil, ama de casa y “lo otro”. No es extraño pensar si los hombres han demarcado el parámetro de lo humano y, si a partir de esa ideología, se ha creado y aplicado la mayoría del lenguaje jurídico en su función y no en función de las mujeres a las que vayan destinadas.

II. Delimitación del problema.

El Lenguaje utilizado en la ley N° 9161, que introduce la reforma al artículo 77 bis de la Ley 8204 y su aplicación en la práctica jurídica, presenta un enfoque patriarcal de la

⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad, voto 2008-02129; del 14 de febrero del 2008 a las 10:30:00 a.m”, Expediente 07-002870-0007-CO.

⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad, Voto 2016-02007; del 10 de febrero del 2016 a las 09:30 a.m”, Expediente 15-017807-0007-CO.

⁵⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica “Ley N° 5476. Código de Familia de Costa Rica, 5 agosto de 1974”, Sinalevi: Artículo 35. Consultado el 5 de marzo del 2016. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC.

mujer que, en vez de reivindicarla, tiende a retrotraerla a dogmas que deberían haberse superado.

III. Formulación de hipótesis.

El concepto de mujer que se utilizó en la ingeniería legislativa de la ley 9161 y en la aplicación de la norma es inadecuado, por cuanto parte de una visión estereotipada y patriarcal de lo que es ser mujer y requiere reajustarse.

IV. Justificación del tema.

Precisamente, debido a que el Derecho está constituido por lenguaje, este expresa no sólo el componente fáctico de la sociedad, sino también el valorativo o axiomático. Por ello, la promulgación de una ley no tiene efectos constitutivos en la realidad social. Por ejemplo, la promulgación de una legislación tendiente a disminuir la discriminación en razón del género no crea algo llamado “Igualdad o Equidad de género”. Aceptar lo contrario, sería una solución simplista, tendiente a ontologizar un ideal axiológico.

Como se puede observar someramente, en los ejemplos citados, existen elementos que permiten indicar que Costa Rica es un país con valores de corte **patriarcal**; al ser esta la base de la que parte el Poder Legislativo, muchas veces hay aspectos patriarcales que se presencian en el lenguaje jurídico (legislativo y judicial), muchos son expresos y otros son tácitos. Si el derecho es un discurso, por medio de este poder se pueden continuar ideologías de esta índole; por ello, muchas veces leyes que son redactadas con el fin de mejorar la condición de las mujeres, pueden terminar más bien reproduciendo la concepción patriarcal que se tiene de estas.

Al proponer el análisis crítico del concepto de mujer que conlleva la Ley 9161, llamada: “Reforma 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”; se busca analizar desde una perspectiva realista, **cómo el derecho muchas veces tiende a mantener el patriarcado**, cómo en este único artículo de la Ley son utilizados conceptos que se entienden neutros, pero pueden tener una naturaleza estereotipada de la mujer.

Cuando se introduce la Ley 9161 que reforma la Ley 8204 se motiva como un modo de introducir “especificidad de género”; por tanto, hay que describir qué entiende el legislador por género, debido a que este es un concepto que por sí mismo tiene como problema los múltiples usos, ya que muchos autores al utilizar el término “género” casi como una muletilla con fines retóricos para referirse únicamente al sexo femenino u ocasionar cierto impacto argumentativo con fines políticos. Al respecto, Alda Facio, al parafrasear a Zillah Eisenstein, indica:

(...) las normas que tratan de hacer compatible el principio de igualdad con, por ejemplo, el dato fáctico de la división sexual del trabajo, tienden a perpetuar la desigualdad en otros campos. Por ejemplo, una norma que compensara a las mujeres amas de casa por sus diversas tareas domésticas, redundaría en la consolidación del estereotipo de que somos las mujeres las encargadas del trabajo doméstico, lo cual tiene repercusiones importantes en otras áreas del derecho, como lo es el de familia, por citar sólo una⁵⁸.

Sabiendo todo lo anterior, es fácil entender por qué muchas veces detrás de una ley hay todo un aparato ideológico que puede influenciar en la creación de normas, sobre las cuales muchas personas pueden no verse identificadas, perjudicadas o excluidas, por ello “los tipos de comportamientos colectivamente aceptados tienen importancia jurídica no como hechos éticos sino étnicos. Desde el punto de vista jurídico, el individuo no necesita sentirlos por un motivo moral, sino más bien social⁵⁹”; esto parte de un juicio moral de la forma en que se deben comportar las personas, hay una falsa conciencia que reprime a las personas. Concretamente, la norma preceptúa que:

Artículo 77 bis.-

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.

⁵⁸ Facio Montejo, Alda. “Con los lentes del género, se ve otro “Derecho”, Ponencia No. 34, Conferencia Centroamericana y del Caribe: Reducción de la pobreza, Gobernabilidad democrática y Equidad de género. Agosto 2002”. Conferencia Centroamericana y del Caribe. Consultado el 1 de febrero del 2016, http://www.justiciaviva.org.pe/genero_justicia/documentos/con_los_lentes.pdf , 12.

⁵⁹ Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamental* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010), 70.

c) Tenga bajo 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 prisión⁶⁰.

A primera vista, dicha ley parece haber traído efectos positivos a un sector pequeño de toda la población femenina del país, pero hay otras consecuencias adversas que se dan a partir de la promulgación de dicha ley que no han sido precisamente discutidas en el auditorio académico-jurídico o legislativo. La pertinencia social de esta investigación radica en hacer notar esas consecuencias o efectos adversos.

A modo de ejemplo, se pueden citar dos consecuencias importantes. La primera es la problemática que surge de la visión de mujer que proyecta la ley, que es similar a la que se ha utilizado en algunas de las principales reformas de los últimos años en temas de género en Costa Rica; dicha visión contiene un discurso emotivo donde se promulga una visión generalizadora de la mujer como sujeto vulnerable, sin definir este tipo de conceptos que más bien se usan de modo retórico para encausar una acción política en un momento dado.

El segundo efecto tiene que ver con la redacción misma de la norma y lo que propone. En la Ley 9161, se establece en el encabezado que esta viene a regular una desproporción que existía antes, la cual era que mujeres y hombres recibieran idéntica sanción a raíz del mismo delito. Una vez que la norma propone que para que exista una proporción en el ordenamiento jurídico, las mujeres en condiciones de vulnerabilidad deben recibir una pena menor que los hombres, se da como efecto directo la creencia de que la pena para los hombres en ese delito sí es proporcional, lo cual entraba o limita una posible acción legislativa futura; es decir, una vez alcanzada la proporción para un grupo vulnerable, se deja en descubierto la desprotección que tendría un hombre que introduce droga a un centro penal y que reúne las condiciones de la norma.

⁶⁰ *Ibidem*. Artículo 77 bis.

El lenguaje utilizado refleja ideologías ocultas, una jerga indefinida que es utilizada de modo discursivo y que tiene un contenido emotivo, mismo que tiende a legitimarla y deja, por tanto, que los lectores no se percaten de los “puntos ciegos” dentro de este tipo de leyes. Los análisis axiológicos parten de desmenuzar el derecho y entenderlo como un todo, desde su origen, promulgación y práctica, de modo que noten que estos usos retóricos del lenguaje no dejan ver el verdadero contenido tras cada norma.

Los análisis filosóficos no toman el derecho como completo, sino que estudian todas las partes que lo conforman; saber que las palabras tienen un entramado social, político e ideológico detrás de ellas y que puede afectar en la práctica a otras personas, hace necesario poner en descubierto estos problemas y así formar personas más conscientes, ya sea que quienes aplican el derecho noten los efectos ocultos de este tipo de normas, o que la sociedad no se vea influenciada por este lenguaje utilizado de contenido patriarcal.

Un estudio como el que se pretende realizar en esta investigación es relevante y pertinente desde el punto de vista académico, porque introduce nociones de Filosofía del Derecho partiendo de una crítica feminista a este, para analizar una norma específica del ordenamiento jurídico. En la actualidad costarricense y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica estos han sido dos campos que no se exploran como otras y los aportes que pueden proporcionar a la investigación hasta son ignoradas por gran parte de la comunidad jurídica.

La tesis en cuestión es innovadora al relacionar estos campos de estudio, siendo que las investigaciones actuales sobre la reforma de ley número 9161, han sido enfocadas únicamente en su aplicación, mas no sobre el motivo de esta, sus antecedentes y su uso; es decir, se ha investigado en razón de sus efectos, ya que muchas mujeres salieron del centro penitenciario y que además se cumple con los tratados internacionales al respecto. A pesar de lo anterior, no se ha analizado a fondo ni se ha investigado sobre la noción de “*vulnerabilidad*” en el derecho, el lenguaje que es utilizado, mismo que se considera bajo un contexto patriarcal que puede traer consecuencias en la realidad; en el caso concreto se trataría de evidenciar que la ley 9161 parte de un enfoque científicamente débil, que se ha hecho popular en los últimos años en la cultura legislativa al utilizar conceptos con fines

retóricos, que no necesariamente representan avances en cuanto a la reivindicación de la figura o del concepto de lo femenino en la sociedad.

Asimismo, se estudiará la influencia de la aplicación de la normativa bajo análisis, en aras de evitar caer en conclusiones basadas en magia verbal; es decir, posterior a la higienización del discurso normativo⁶¹, se tomará en cuenta la realidad social y la influencia del discurso jurídico en esta. Para ello, será útil analizar la forma en que tribunales nacionales aplican la normativa bajo estudio, así como la relación que ello ha tenido en el fenómeno de hacinamiento carcelario que mantiene Costa Rica, ya sea como causa de la reforma o el efecto de esta última en la situación carcelaria.

...En definitiva no se puede entender el derecho, tal y como él es en realidad, cuando no se tiene bien presente que se trata ante todo y por encima de todo de un discurso basado en consideraciones de política jurídica, destinado a insertarse en (a moverse en relación con) lo proteica y contradictoria que es la realidad social misma⁶².

Por todo lo anterior, e insistiendo en la necesidad de evitar los discursos naturalistas en el Derecho, es necesario percatarse de que las normas jurídicas reflejan una realidad social la cual se constituyó por los juegos de poder existentes. Consecuentemente una ley no va a crear una realidad, sino únicamente reflejar la existente por medio de la expresión y consolidación de valoraciones vigentes en la sociedad.

V. Metodología.

En la presente investigación no se pretende realizar un estudio de dogmática jurídica, sino que se propone a realizar un análisis crítico y realista desde la filosofía del Derecho, ya que a lo largo de los cursos universitarios de la carrera de Derecho, e incluso en muchos libros, se parte de una enseñanza que busca entender las normas de conformidad con lo que el legislador pretendía, comprender la jurisprudencia y saber aplicar las mismas “correctamente”; lo que incluso tiende a que la práctica jurídica se convierta en actuaciones mecanizadas sin realizar mayor análisis ni crítica.

⁶¹ Enrique Pedro Haba, “Metodología Realista Crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)”, *Doxa* No. 25 (2002): 503-531.

⁶² Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Tomo III. (San José: Editorial UCR, 2012), 108.

En vista de lo anterior, cuando se habla de enfoque realista, se va a encarar el hecho de que el discurso jurídico implica que el intérprete decida sobre este; es decir, está sometido a decisiones día a día, no hay una única interpretación correcta, pese a que muchos quieran pensar que es así. En el caso concreto, al crear la reforma del artículo y aplicarla, significa que detrás de ello hay una decisión propia del intérprete y no es la decisión del legislador, ni mucho menos, el espíritu de las normas.

De acuerdo con Pedro Haba⁶³, la técnica jurídica está compuesta por métodos en sentido amplio y esta amplitud se puede orientar de diversas maneras; consecuentemente, frente a esta amplitud, la metodología realista es esencialmente negativo-heurística ya que los temas examinados marcan pautas básicas y solo de este modo se puede ver cómo se presenta en la vida misma de los discursos jurídicos.

Al plantear, en la medida de lo posible, un análisis realista, lo que se espera es exponer la retórica detrás del discurso jurídico, en este caso del artículo 77 bis, no solo los motivos que conllevaron a su formación, sino también el modo en que es redactado y en el que se aplica.

Todo estudio realista acerca del discurso jurídico –esto es: no su conocida dogmática, ni las metateorías ideológico-apologéticas tipo PERELMAN o LARENZ o DWORKIN, ni tampoco los exámenes meramente formalistas (lógica deontica, semántica estructural, etc) o “constructivistas” (RAWLS, HABERMAS-ALEXANDER, etc.)- conllevan inevitablemente **proyecciones de crítica**. Pues cualquier estudio de ese tipo, aunque en ellos se enfoquen aspectos distintos y respondan a variadas aproximaciones, no podrá menos que **contribuir a desenmascarar, sea desde el ángulo que fuere y en otra medida, la retórica de dicho discurso**⁶⁴.

Teniendo esto es cuenta, la postura que se pretende mantener a lo largo del desarrollo de esta tesis implicaría el análisis de cómo funciona el discurso jurídico en la realidad, lejos de esas idealizaciones que son enseñadas al presentar un proyecto de ley o en la magia verbal que predomina en las resoluciones judiciales. Se pretende con este enfoque ver cómo funcionó el razonamiento que motivó al legislador y el análisis del texto como tal; así como, analizar la forma en que los defensores y los jueces a la hora de aplicar la Ley

⁶³ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Tomo III. (San José: Editorial UCR, 2012).

⁶⁴ *Ibidem*. 107.

número 9161 para finalmente criticar cuál es la consecuencia en la práctica, y cuáles son las contradicciones en esos planos del discurso jurídico.

Esto porque en la práctica jurídica es muy frecuente encontrar como jueces o defensores recurren a fórmulas estándares (se les podría decir, machotes) que les son enseñadas al resolver determinado caso jurídico, lo que limita su pensamiento libre de prejuicios.

Una cosa es abogar por que se logre, pero sólo en la medida de lo verdaderamente posible, alcanzar conocimiento racional y metódico sobre las cosas. Otra muy distinta, tratar de imponer a rajatabla cualquier método, por más científico que sea (supongamos que lo es), para manejar un discurso acerca de ciertos problemas reales. ¡No siempre es lo mismo “manejar” algo, en un lenguaje, que resolverlo, en la práctica!⁶⁵

En palabras de Pedro Haba en el libro de Metodología Realista⁶⁶, se puede resumir de la siguiente manera:

Como consecuencia, el nervio central de la metodología aquí propugnada puedo resumirlo así: tratar de contribuir, mediante una toma de conciencia acerca de las maneras reales y las condiciones reales en que se desenvuelve el discurso jurídico profesional, a que los operadores jurídicos que accedan a tal conciencia puedan tal vez equivocarse algo menos al desempeñar su lenguaje profesional, sobre todo para casos en que resoluciones judiciales basadas en tales errores tienen efectos prácticos que son indeseables a la luz de ciertos fines sociales de aceptación general.

Asimismo, se partirá de una perspectiva analítica para alcanzar los objetivos propuestos. Por metodología o enfoque analítico se entenderá:

(...) aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de

⁶⁵ *Ibidem* 112.

⁶⁶ *Ibidem* 8.

estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías⁶⁷.

De igual forma, es necesario recordar que el análisis propuesto parte desde una postura feminista que crítica al Derecho como Discurso, eminentemente político.

Por tanto, en este punto se va a recurrir necesariamente a analizar las relaciones de poder que indica Foucault en sus estudios; de igual manera, ocasionalmente se va a mencionar diversas feministas como Alda Facio y Carol Smart, para describir conceptos básicos desde las teorías feministas, siempre tendientes a la crítica del Derecho como discurso.

VI. Objetivos:

Objetivo General:

Evidenciar que en la formulación del artículo 77 bis de la ley 9161 existe una visión problemática desde la perspectiva de género, al mostrar a la mujer de modo estereotipado.

Objetivos específicos:

1. Demostrar la mala utilización del concepto de mujer en el ordenamiento jurídico costarricense.
2. Explicar el concepto de mujer utilizado en la Ley 9161 a la luz de la teoría Feminista del derecho como discurso.
3. Valorar la justificación de orden legislativo y jurisprudencial para la utilización del concepto de mujer presente en el artículo 77bis.
4. Determinar la posibilidad de utilizar una metodología distinta de corte realista para la interpretación el artículo 77 bis.

⁶⁷ Ramón Ruíz Limón, Historia y Evolución del pensamiento científico (México: Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas, 2006), 120.

VII. Estructuración capitular.

En el primer capítulo se va a discutir la evolución del concepto de mujer en la dogmática jurídica costarricense, recurriendo a ejemplos teóricos, normativa jurídica y acciones de inconstitucionalidad.

En el segundo capítulo se van a discutir aspectos teóricos tal como se indicó líneas arriba, sobre aspectos de la teoría feminista y su crítica al derecho como discurso, luego se tomarán en cuenta nociones básicas del análisis del lenguaje jurídico, previamente indicados, con el fin de sentar las bases para ubicar al lector en la crítica que se pretende realizar.

En el tercer capítulo se va a entrar al análisis del artículo 77 bis de la ley 9161 y su aplicación, esto implica la revisión de la exposición de motivos a nivel legislativo, así como la jurisprudencia que se ha creado de la aplicación de este artículo.

En un cuarto apartado se procederá a una análisis de una metodología realista para el razonamiento judicial sobre la Ley 9161, enfocándose en el discurso que la fundamentó, el lenguaje en que fue redactado de frente a su finalidad y los efectos de la aplicación del mismo. Este apartado va a servir como un modo de poner en manifiesto los distintos vicios del pensamiento o razonamiento que llevó a la creación de dicha reforma y las variadas maneras de fundamentación que se pueden encontrar en su texto y aplicación. Partiendo de lo anterior, se hará una base para una propuesta de la metodología realista para la resolución judicial al partir del marco o “partitura” que fundamenta la reforma, para el posterior análisis valorativo sobre el lenguaje de la reforma y de los fines que busca cumplir, para concluir con un estudio de los efectos prácticos que se logran con la aplicación de una u otra interpretación jurídica.

Por último, este estudio busca señalar las deficiencias y contradicciones que se dan en relación con el texto de la norma, sus fundamentos y su aplicación práctica. Es mediante la crítica que se pretende introducir una visión diferente al fenómeno bajo estudio, que se aleje de la tendencia a la repetición de términos sobre “género” usados con fines meramente retóricos – políticos.

Es por todo lo anterior, que además de realizarse un análisis cualitativo, al identificar ciertas características o funciones sociales propias de las ciencias jurídicas, se pretende también realizar un estudio crítico y no meramente descriptivo, esta crítica sería enfocada desde el realismo jurídico.

Capítulo I. Evolución del concepto de mujer en la dogmática, normativa y jurisprudencia costarricense.

Ellas demuestran deslumbrantemente que no es la inferioridad de las mujeres lo que ha determinado su insignificancia histórica, sino que ha sido su insignificancia histórica lo que las ha destinado a la inferioridad⁶⁸.

Para comenzar con este capítulo, se debería definir el ser mujer. Se puede pensar, en primera instancia, una definición en torno al conjunto de órganos reproductivos que son distintos a los de los hombres; en otros términos, el macho cuenta con pene, las hembras con vagina, cayendo una definición meramente biologicista. No obstante, pareciera ser que esta definición no es suficiente para diferenciar a la mitad de la población; acá es donde entran a jugar los juicios de hecho y juicios de valor propios del pensamiento y lenguaje costarricense. Es entonces, donde se puede escuchar, por ejemplo, a personas decir que una mujer tiene vagina, por ende, debe tener hijos; o se puede escuchar comentarios tales como: por ser mujer, es entonces más débil, más “llorona” y más sensible, entre otros. Muchos de quienes se consideran expertos en el tema, crean largas disertaciones justificando su creencia, justificándose en la menstruación, la biología y demás.

El significado de esta categoría alude a las prescripciones que tienen las mujeres en las sociedades patriarcales. Ser mujer significa asumir un modo de estar en el mundo en el que la maternidad, los cuidados, el trabajo doméstico, la heterosexualidad y la ausencia de poder son características constitutivas del género femenino. Estas asignaciones prácticas van acompañadas de estructuras simbólicas acordes con esas prácticas, de tal modo que cada sociedad produce un modo específico de ser mujer que persuade coactivamente a las mujeres a que acepten ese modelo normativo⁶⁹.

Es en este punto es donde el concepto de mujer deja de ser tan concreto y se torna difuso, porque no se diferencia entre los sexos solamente en cuanto a su constitución biológica sino por la conjunción de los estereotipos y concepciones sociales que conforman al género femenino.

⁶⁸ Simone De Beauvoir, *El Segundo Sexo*, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 128.

⁶⁹ Rosa Cobo Bedía, *Aproximaciones a la Teoría Crítica Feminista* (Lima, Perú: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres Boletín del programa de Formación, 2014), 9.

El término “hembra” es peyorativo, no porque enraíce a la mujer en la Naturaleza, sino porque la confina en su sexo; y si este sexo le parece al hombre despreciable y enemigo hasta en las bestias inocentes, ello se debe, evidentemente, a la inquieta hostilidad que en él suscita la mujer; sin embargo, quiere encontrar en la biología una justificación a ese sentimiento⁷⁰.

Este párrafo de Simone de Beauvoir resume lo previamente indicado; al decir hembra o mujer, muchos piensan en primera instancia en un útero, un bebé, unos senos, la menstruación, el parto y, si bien es cierto, todo esto en efecto tiene influencia en la conformación y la relación de esta con la sociedad; no basta esta diferenciación para justificar por qué las mujeres han sido rezagadas a un papel secundario, ya que “la consciencia que la mujer adquiere de sí misma no está definida por su sola sexualidad: refleja una situación que depende de la estructura económica de la sociedad, estructura que traduce el grado de evolución técnica alcanzado por la humanidad”⁷¹.

Por ello cuando se habla de la historia, se puede recordar cómo los seres humanos al pasar de nómadas a sedentarios, las labores se distribuyeron en razón de la fuerza, las mujeres adquirieron labores de cuidado y tareas agrícolas, mientras que los hombres eran los encargados de la caza; no obstante, al surgir la propiedad privada, surge la esclavitud y las mujeres pasaron de tener una actividad productiva y necesaria, a ser poseída como la tierra, de modo que la labor principal era la realizada por el hombre mientras que la de la mujer era accesoria.

La mujer pasa a depender económicamente del esposo, de modo que sufre a su vez una subordinación patrimonial, la cual también se torna en social; por ello, el hombre se convirtió en trabajador, se introdujo en la vida pública, mientras que, poco a poco, la mujer quedó en un papel secundario, las historias y las leyes en las cuales esta estuviera fueron escritas por hombres en razón de sus necesidades y no las de la mujer.

No se podría obligar directamente a la mujer a dar a luz: todo cuanto se puede hacer es encerrarla en situaciones donde la maternidad sea para ella la única salida; la ley o las costumbres le imponen el matrimonio, se prohíben los procedimientos anticonceptivos y el aborto, se prohíbe el divorcio. Es imposible considerar a la

⁷⁰ Simone De Beauvoir, *El Segundo Sexo*, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 36

⁷¹ *Ibidem*, 54

mujer exclusivamente como una fuerza productiva: para el hombre es una compañera sexual, una reproductora, un objeto erótico, otra a través de la cual se busca a sí mismo⁷².

El párrafo anterior describe la situación en la que vivieron las mujeres alrededor del mundo, así como en este país, ya que se vieron sometidas a una sociedad en la que “...son ellos quienes deciden si sus divinidades supremas serán hembras o machos; el puesto de la mujer en la sociedad es siempre el que ellos le asignan; en ningún tiempo ha impuesto ella su propia ley”⁷³. Esto mismo sucedió en el Derecho costarricense con la influencia del Derecho romano y, posteriormente, con la introducción del cristianismo.

Estos puntos serán los que se desarrollarán a lo largo de este capítulo, empezando por cómo es vista la mujer desde la doctrina jurídica, cómo esto fue reflejado en el Derecho costarricense y, por ende, en la aplicación del mismo.

Sección A. Ejemplos de doctrina sobre del concepto de mujer en el derecho costarricense

A título de entrada, resulta menester realizar un repaso histórico desde el siglo XVI, esto en razón de que “*sólo puede hablarse de normas de naturaleza estrictamente jurídicas a partir del inicio de la dominación europea*”⁷⁴. En este período se puede apreciar que el papel de la mujer en los sistemas normativos indígenas no difería de lo previamente indicado, ya que su sociedad era de corte androcrático⁷⁵.

La organización era mayormente patriarcal y existían diversos ritos propios de los matrimonios donde la mujer era entregada como objeto, ya sea cuando pasa de manos de su padre a un marido, o cuando incluso eran previamente desvirginadas por los monarcas, con el llamado derecho de pernada⁷⁶.

Incluso se discutía sobre la validez de los matrimonios en función de la virginidad de la mujer, ya que si esta era entregada como virgen y no lo era, podía ser devuelta como

⁷² *Ibidem*, 59

⁷³ *Ibidem*, 78

⁷⁴ Jorge Sáenz Carbonell, Elementos de historia del derecho (San José, Costa Rica: ISOLMA, 2012), 49.

⁷⁵ Al respecto: *Ibidem*, 51.

⁷⁶ Al respecto: *Ibidem*, 55.

un objeto que se podía disponer. Asimismo, siguiendo en esta misma línea, existía la prostitución de las mujeres, quienes se vendían por semillas de cacao y así recolectar una dote para el momento de su casamiento⁷⁷, momento en torno al cual giraba su existencia. Por lo anterior, no es de extrañarse que en esta época existiera castigo corporal por el adulterio de la mujer, mientras que en el caso de los hombres, este castigo era patrimonial. Ello debido a la importancia del cuerpo de la mujer para su matrimonio y la procreación. Hecho que no puede dejar de relacionarse con cómo actualmente se considera que el honor de un hombre está ligado a bienes, mientras que el de la mujer tiene mayor relación con cómo es esta vista socialmente con concordancia a los roles que debe cumplir como madre y esposa. No obstante, había zonas en las que la mujer tenía grandes potestades, como lo era en la denominada área intermedia costarricense⁷⁸. No obstante, con el ingreso de los españoles en 1520, poco a poco se diezmaron las costumbres propias de los indígenas y se introdujo el derecho y la religión española, de modo que el matrimonio pasó a ser católico y la poligamia pasó a ser ilícita.

“A estas antecesoras enclavijadas entre sus deseos y la norma, entre su libre determinación y los convencionalismos, les fue muy difícil saber dónde comenzaba Dios y dónde terminaba el diablo”⁷⁹. En esta época, autores como Tatiana Lobo hacen mención al derecho misógino de la época, donde si una mujer se veía involucrada en un conflicto que para la iglesia fuera “turbio”, se le quitaba la libertad por medio del “depósito” que consistía en una casa donde recibiera adoctrinamiento cristiano y de este modo lavara sus culpas esto por medio de servicio doméstico, claramente no remunerado⁸⁰. Esta autora también narra casos donde la mujer que perdía la virginidad fuera del matrimonio era rechazada por la misma sociedad y la iglesia. Asimismo, se trataba como uno de los mayores castigos la excomunión.

Se presentan en la Casa del Señor y asisten a los divinos oficios cubiertas con unas mantillas de gasa o de muselina, tan claras que lejos de contribuir a la modestia y decoro con que el sexo debe, en todas ocasiones comportarse... solo sirven de

⁷⁷ Al respecto: *Ibidem*, 56.

⁷⁸ Al respecto: *Ibidem*, 65.

⁷⁹ Tatiana Lobo Wiehoff, *Entre Dios y el Diablo* (San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 2009), 17.

⁸⁰ *Ibidem*, 48.

llamar la atención sobre ellas como sobre un ídolo de prostitución y una piedra de escándalo y de ruina espiritual⁸¹...

Ante esta prohibición, la consecuencia era echar a las mujeres del templo e incluso cerrarles las puertas. Las mujeres, por tanto, eran vistas como objetos de distracción, como prostitutas pero al mismo tiempo como pulcras, representando una dualidad contradictoria, que en palabras de Simone de Beauvoir se puede resumir de la siguiente manera:

Es un ídolo, una sirvienta, la fuente de vida, una potencia de las tinieblas; es el silencio elemental de la verdad, es artificio, charlatanería y mentira; es la curandera y la hechicera; es la presa del hombre, es su pérdida, es todo cuanto él no es y quiere ser, su negación y su razón de ser⁸².

Con la constitución en Cádiz el 19 de marzo de 1812, primera que rigió en Costa Rica, se implantó un sistema de democracia liberal, de este modo con la separación de España, se continuó la formación del Derecho costarricense con una influencia romanista⁸³. No fue sino hasta 1841 que el derecho de familia dejó de regir por las Siete Partidas en las que se basaba en el derecho romano (los esponsales, divorcio no vincular, posición de privilegio del hombre dentro del matrimonio con el enfoque patriarcal y otros). En 1888 con el Código Civil, la mujer adquiere capacidad de actuar por su cuenta, ya que anteriormente esta no podía hacerlo sin el permiso del marido⁸⁴.

Pese a que la mujer empieza a ser sujeta de derecho, la normativa continúa el corte patriarcal, tal como en el caso de la patria potestad, que era ejercida por el padre, quien era dueño de sus hijos y su esposa.

Hasta el siglo de las Luces –siglo XVIII- se había conceptualizado a las mujeres o bien como inferiores o bien como excelentes respecto a los varones. El discurso de la inferioridad de las mujeres puede rastrearse desde la filosofía griega, aunque su momento álgido de virulencia misógina se encuentra en la Escolástica y, sobre todo, en la Patrística, es decir, en los escritos de los padres de la iglesia. Pues bien, este discurso ha sido construido sobre la base de una ontología diferente para cada sexo, en el que la diferencia sexual es definida en clave de inferioridad femenina y de superioridad masculina. Para este discurso, la subordinación social de las

⁸¹ *Ibidem*, 147.

⁸² Simone De Beauvoir, *El Segundo Sexo*, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 143.

⁸³ Al respecto: Jorge Sáenz, *Elementos de historia del derecho* (San José, Costa Rica: ISOLMA, 2012), 73-74.

⁸⁴ Al respecto: *Ibidem*, 412-413.

mujeres tiene su génesis en una naturaleza inferior a la masculina. Por su parte, el discurso de la excelencia subraya, sin embargo, la ‘superioridad’ moral de las mujeres respecto de los varones. La paradoja de este discurso es que se origina precisamente en aquello que las subordina: su asignación al espacio doméstico, su separación del ámbito público-político y su ‘inclinación natural’ a la maternidad. Lo significativo de esta argumentación es que la excelencia se asienta en una concepción de lo femenino que ha sido el resultado de la jerarquía genérica patriarcal y que se resume en el ejercicio de las tareas de cuidados y en la capacidad de tener sentimientos afectivos y empáticos por parte de las mujeres hacia los otros seres humanos⁸⁵.

En Costa Rica, este tipo de pensamiento permeó la normativa y la doctrina jurídica que la inspiraba, ya que por ejemplo, en los casos de mujeres víctimas de estupro o abuso sexual registrados entre 1800 y 1850, Rodríguez⁸⁶ refiere casos de mujeres que fueron encontradas cómplices de la violencia sexual sufrida y, como consecuencia, fueron condenadas al depósito en estas casas. Lo anterior, sin considerar si existía alguna subordinación con la persona autora del delito sexual, ya que la mayor preocupación no era la condición jurídica de la mujer, sino la fama de la familia que se perdía al hacerse pública la pérdida de la virginidad fuera de las relaciones matrimoniales. Al respecto, afirma Rodríguez:

A la luz de los casos considerados, parece evidente que para las autoridades de la época la víctima no era encontrada cómplice del delito sólo cuando se había resistido físicamente al abuso, y tal resistencia había sido observada por terceros o había quedado alguna evidencia tangible de la violencia a que había sido sometida la ofendida. De esta manera, afirmar que habían sido amenazadas de palabra no era una defensa muy eficaz para las víctimas. Igualmente, estas últimas debían denunciar los hechos inmediatamente después de ocurridos, ya que de lo contrario se les consideraría cómplices⁸⁷.

Lo anterior permite ejemplificar el papel que históricamente recibió la mujer en dichas épocas, puesto que su condición quedaba relegada a condiciones morales y religiosas que la siguen limitando como sujeta de derecho. Adicionalmente, no se puede dejar de lado que dichas concepciones morales y religiosas tienen un toque androcéntrico,

⁸⁵ Rosa Cobo Bedía, *Aproximaciones a la Teoría Crítica Feminista* (Lima, Perú: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres Boletín del programa de Formación, 2014), 14.

⁸⁶ Eugenia Rodríguez Sáenz, “Tiyita Bea lo que me han hecho. Estupro e incesto en Costa Rica”, En: *El paso del cometa. Estado, política, social y culturas populares en Costa Rica (1800/1950)*, Ed. Molina, Iván y Steven Palmer, (San José: Porvenir-Plumsock Mesoamerican Studies, 1994).

⁸⁷ *Ibidem*, 38.

en tanto, se le privilegia al hombre dándole mayor credibilidad, y dejando a la mujer como alguien a quien no se le debe creer, sino bajo circunstancias particularmente estrictas, cuya complicidad se presumía. Es con dichas ideologías que, tal como señala Hidalgo:

La feminidad se entrelaza con la sexualidad, como hilos significantes que se tejen en un texto fragmentado en el que, al mismo tiempo, la sexualidad de la mujer se disuelve. Lo femenino desaparece, ocultándose sus poderes, su realidad múltiple. La mujer existe como objeto sexualizado, pero, en tanto sujeto de deseo, es silenciada, está ausente o no existe. La realidad de la feminidad queda encerrada en una contradicción irresoluble, en una situación paradójica, en la que su esencia histórica, lo que la define, su sexualidad y sus pasiones, constituyen a su vez lo negado, lo indecible, un agujero impenetrable⁸⁸.

Dicho en otras palabras, se coarta la autodeterminación de la mujer, y se cae en la contradicción presente en el ideal religioso mariano de una maternidad sin sexo⁸⁹. La mujer, desde la doctrina jurídica, se ha construido alrededor de esa contradicción.

Tal como se reseñó en la introducción de esta investigación, aún hoy existen textos de referencia común por varios juristas e incluso empleado en las clases de Derecho de la Universidad de Costa Rica, como es el libro de “Las pruebas penales” Tomo II de las pruebas en particular de Eugenio Florián⁹⁰, mismo que indica cómo en el aspecto probatorio, la mujer fácilmente exagera debido a que está sujeta a interpretaciones novelescas y por ello son propensas a la sugestión y por tanto “pueden faltar en ellas el sentido selectivo, la reflexión, la crítica y la facultad de una expresión clara y precisa”. Asimismo, indica este autor que hay dos condiciones fisiológicas que condiciona a las mujeres y puede perturbar su aporte: la menstruación y el embarazo, ya que en estos momentos esta puede ver comprometida su percepción en el momento del suceso o su modo de expresarlo al declarar.

Este tipo de misticismo que gira alrededor de la mujer, sigue siendo un pensamiento actual, con respecto a la menstruación y la naturaleza femenina, este tipo de ideología está impregnada en razonamientos de juristas, en leyes promulgadas, en las aulas de las

⁸⁸ Roxana Hidalgo Xirinachs, *Historias de las mujeres en el espacio público en Costa Rica ante el cambio del siglo XIX al XX* (Costa Rica: FLACSO, 2004), 33.

⁸⁹ Yadira Calvo Fajardo, *Las líneas torcidas del Derecho*, 2ª Edición (San José, ILANUD: Programa Mujer Justicia y Género, 1996), 47.

⁹⁰ Eugenio Florián, *De las pruebas penales: de las pruebas en particular*. (Bogotá: Temis, 1982), 336.

facultades y actualmente sigue siendo enseñada. Este mismo autor cita también a Enrico Altavilla quien advierte que los testimonios se deben ver con respecto a la moralidad de los testigos, y que la moralidad femenina se encuentra ligada con el carácter sexual, mientras que la masculina con la patrimonial, esto para analizar su declaración de modo que se debe poner en tela de duda el testimonio de delincuentes y prostitutas, esta clase de pensamiento equipara a la mujer con un ser incapaz y manipulable, un ser indigno de confiar y que se debe poner en duda.

De la mano de la contradicción señalada en cuanto a la maternidad sin sexo, se puede ver como en el Derecho operan posturas familistas como "...forma de sexismo que parte de que mujer y familia son sinónimos y que por ende sus necesidades e intereses son los mismos"⁹¹. En otras palabras, el familismo se puede analizar como una forma de normatividad que confina a las mujeres al ámbito doméstico, ya que:

...esta normatividad femenina reposa sobre un sistema social en el que el género es un principio de jerarquización que asigna espacios y distribuye recursos a varones y mujeres. Dicho de otra forma, las normatividades masculina y femenina se inscriben en espacios sociales marcados por la división sexual del trabajo. El espacio público-político ha sido diseñado por los varones y para los varones, mientras que el espacio privado-doméstico ha sido creado por los varones para las mujeres. El conjunto de entramados institucionales y simbólicos sobre los que se asientan las normatividades de género es a lo que la teoría feminista denomina patriarcado⁹².

En el párrafo anterior se explica esta situación de la visión "familiarista" de la mujer, ya que el género funciona como una estructura de poder y es un concepto que varía según la historia y la cultura en la que se encuentra, por lo que incluso en Costa Rica se pueden apreciar diversos tipos de opresión que no necesariamente van a ser los mismos que en otros países, de ahí la necesidad de analizar propiamente la normativa de este país, ya que dichas posturas provocan que escasas ocasiones se legisle en favor de la mujer viéndola como persona, porque se han centrado en las protecciones a la mujer-madre, mujer-reproductora o mujer-esposa siempre desde el ámbito familiar.

⁹¹ Alda Facio Montejo, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 78.

⁹² Rosa Cobo Bedía, Aproximaciones a la Teoría Crítica Feminista (Lima, Perú: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres Boletín del programa de Formación, 2014), 9-10.

La identificación de la mujer -persona con la mujer -familia es precisamente una de las manifestaciones del sexismo, ya que parte de que la mujer no tiene necesidades y características como persona humana, ignorando las necesidades femeninas "...que no son idénticas a las necesidades de la familia ni tampoco son idénticas a las necesidades del varón, aunque sí muy semejantes. Familia y mujer no son sinónimos, hombre y mujer son igualmente humanos e igualmente diferentes"⁹³. Dicha concepción de "familismo", como forma enmascarada del sexismo, se encuentra presente en textos de referencia común en el discurso jurídico. Así por ejemplo, Rubén Hernández Valle, conocido iuspublicista costarricense, cae en dichas posiciones cuando comenta la Constitución Política de la República de Costa Rica⁹⁴. Al respecto, dicho autor comenta el artículo 51 de la Constitución costarricense e indica:

... La protección de la madre se da fundamentalmente respecto de aquellas que son solteras, a las cuales el Estado tiene la obligación de proteger en todos los ámbitos. Por ejemplo, otorgándoles facilidades para beneficiarse de la seguridad social si no trabajan, o dándoles facilidades en sus centros de trabajo para que no descuiden sus obligaciones familiares, etc...⁹⁵

Dicha transcripción, a primera vista inocente, deja un sabor amargo cuando se estudia a fondo. Para el autor, aparentemente, se puede diferenciar entre las madres solteras y las madres casadas, siendo las madres solteras merecedoras de una protección especial (aunque la norma en comentario no hace tal diferencia). Pero, ¿cuál es la justificación de dicha diferenciación? La única variación entre las madres solteras y las madres casadas es la ausencia de un hombre-padre en la situación de las primeras. Lo anterior permite vislumbrar cuál es el papel que el autor deja a las mujeres y cual a los hombres, debido a que mientras el hombre se encarga de los aspectos económicos del hogar, la mujer se encargará de sus "obligaciones familiares" que no puede descuidar. Sin embargo, en el caso de que no exista un hombre-padre, el Estado debe darle facilidades a la madre soltera para que no descuide sus obligaciones hogareñas y de cuidado, ya que ese es su papel primordial desde la perspectiva patriarcal.

⁹³ Alda Facio Montejo, Cuando el género suena, cambios trae (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 96.

⁹⁴ Rubén Hernández Valle, Constitución Política de la República de Costa Rica. Actualizada. Comentada, anotada y con citas de jurisprudencia, (Costa Rica: Editorial Juricentro, 2007), 190.

⁹⁵ *Ibidem*, 191.

El mismo autor, comentando el artículo 53 del mismo cuerpo normativo, refiere:

La protección de la madre está **siempre** ligada con la de los menores, pues lo que se trata es que estos crezcan en un ambiente familiar normal y digno, en el cual la **madre siempre juega un papel central**⁹⁶.

El autor, además de incurrir en imprecisiones argumentativas como falsas generalizaciones⁹⁷ incluye en su discurso parte de su ideología sesgada. ¿Cómo asegurar que las personas menores de edad crezcan en “un ambiente familiar normal y digno”? ¿Cuál es el criterio de normalidad y dignidad de la familia que propone tácitamente el autor? Debido a las inconsistencias⁹⁸ y contenido valorativo de los términos es difícil concretar dichos parámetros de normalidad y dignidad. Para Hernández Valle, a primera vista parece que la normalidad y dignidad del ambiente familiar se logra enclaustrando a la mujer en su rol de madre, donde su papel es primordial. Curiosamente, el autor no refiere la importancia del padre o de otros familiares, lo que demuestra un gran desconocimiento de la realidad actual. Tal como menciona Enrique Gomáriz:

Dos errores contenía esa lectura normalizadora. Por un lado, interpretar que el crecimiento de los hogares nucleares se hacía sobre la base del modelo ideal: un matrimonio formado por un padre proveedor, una madre reproductora y una descendencia de entre dos y tres hijos (...) Dicho en breve, durante la década de los años ochenta aumentó la falta de relación entre el modelo ideal de familia nuclear (matrimonio estable, de padre proveedor y madre reproductora, junto a un número no muy elevado de hijos) y los arreglos familiares que efectivamente tienen lugar en la realidad social. Actualmente, este tipo de familia nuclear “ideal” se sitúa en torno a un tercio del total de grupos familiares. Es decir, se trata de una minoría frente al resto de los tipos de familia. Por ello, puede afirmarse que se justifica hablar de la diversidad en el ámbito de la tipología familiar⁹⁹.

Precisamente, esa diversidad en las tipologías familiares hubiera facilitado el desprendimiento de la categoría “mujer” del hogar o su rol encadenado a la familia. Sin embargo, aún es frecuente que el discurso jurídico mantenga estos estereotipos y sesgos teñidos de insensibilidad a las diferencias de género que tienen consecuencias negativas en

⁹⁶ *Ibidem*, 196.

⁹⁷ Lo anterior, al indicar que siempre la protección de la madre está ligada con la de los menores, ya que para la consecución de un ambiente familiar normal y digno la madre siempre juega un papel central.

⁹⁸ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Tomo III. (San José: Editorial UCR, 2012), 105.

⁹⁹ Enrique Gomáriz Moraga, “Las familias centroamericanas ante el cambio de siglo”. En: *Realidad Familiar en Costa Rica. Aportes y Desafíos desde las Ciencias Sociales*. Ed. Isabel Vega y Allen Cordero (Costa Rica: FLACSO, 2007), 105.

las mujeres“... porque subordinan sus intereses y necesidades a las de los varones como jefes de familia, ignorando los múltiples roles que deben desempeñar y los problemas que derivan del ejercicio de dichos roles”¹⁰⁰. Todos estos relatos que tratan de esbozarse desde las épocas primitivas hasta en la actualidad, se resumen en palabras de Simone de Beauvoir del siguiente modo:

La fuente de esos terrores radica en que, en lo Otro, y más allá de toda anexión, subsiste la alteridad. En las sociedades patriarcales, la mujer ha conservado muchas de las inquietantes virtudes que ostentaban en las sociedades antiguas. Esa es la razón de que jamás se la abandone a la Naturaleza y se la rodee de tabúes, se la purifique mediante ritos, se la coloque bajo el control de sacerdotes; se enseña al hombre a no abordarla jamás en su desnudez original, sino a través de ceremonias y sacramentos que la arrancan de la tierra, de la carne y la metamorfosean en una criatura humana¹⁰¹.

La mujer se ha domesticado mediante la familia patriarcal, con el matrimonio y la maternidad, tal como se pudo apreciar en todos los ejemplos anteriores, la historia escrita por hombres, no ha hecho más que invisibilizar a la mujer y cuando esta es mencionada, se ha hecho desde la visión que los hombres tienen de las mismas: la mujer reproductora, la mujer ama de casa, la mujer débil, la mujer madre y más. “Este proceso es una expresión de la violencia simbólica de la que han sido víctimas las mujeres; responde a una estrategia patriarcal que niega la existencia de estas en la historia y su papel protagónico...”¹⁰²

Sección B. Ejemplos de normativa referida al concepto de mujer en el derecho costarricense.

La normativa costarricense no está exenta de cargar con sesgos androcéntricos que confinan a las mujeres a una condición secundaria o inferior respecto al hombre. Ejemplos de ello se pueden ver en legislaciones como la laboral, de familia, penal e, incluso, en normativa de rango superior como la Constitución Política.

¹⁰⁰ Laura Guzmán Stein, Los estudios sobre la familia en Costa Rica: una mirada crítica desde los estudios de la mujer. En: Realidad Familiar en Costa Rica. Aportes y Desafíos desde las Ciencias Sociales. Ed. Isabel Vega y Allen Cordero (Costa Rica: FLACSO, 2007), 98.

¹⁰¹ Simone De Beauvoir, El Segundo Sexo, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 172.

¹⁰² Instituto Nacional de las Mujeres, Hilvanando nuestra historia: relatos feministas (San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2011), 11.

Si se estudia la Constitución Política de Costa Rica¹⁰³, la misma hace referencia en el artículo 51 a que la familia, la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido tienen derecho a la protección especial del Estado. Por otra parte, en el numeral 55 encarga dicha protección especial de la madre y el menor al Patronato Nacional de la Infancia. Finalmente, indica en el numeral 71 que las leyes deben dar una especial protección a las mujeres y a los menores en su trabajo.

Con un análisis no tan minucioso es posible percatarse del común denominador: a las mujeres se les relaciona directamente con las personas menores de edad, o bien, se les coloca en la misma categoría. De cierta forma, vincular a la mujer con una institución encargada de velar por la infancia, como su nombre lo manifiesta, puede entenderse de dos formas:

1. La mujer se encuentra atada inexorablemente a la infancia, por el hecho biológico de poder parir.
2. Se reduce a la mujer a la misma categoría de la persona menor de edad, cual si su capacidad estuviera disminuida.

Ambas posiciones resultan nefastas ya que 1. Arrojan a la mujer a la maternidad impuesta, como si no se pudiera ser mujer de otra forma, 2. Invisibilizan las necesidades e intereses particulares de las mujeres, ya sean madres o no.

Dichas asimilaciones también se encuentran en la legislación laboral. En efecto el Código de Trabajo¹⁰⁴, en el Capítulo VII del Título II, regula el trabajo de las mujeres y de los menores de edad, estableciendo la prohibición absoluta de contratar el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años para desempeñar labores insalubres, pesadas o peligrosas en los aspectos físico o *moral*, según la determinación que de estos se hará en el

¹⁰³ Asamblea Constituyente, “Constitución Política de Costa Rica, 08/11/1949”, Sinalevi, consultado el 13 enero del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=FN.

¹⁰⁴ Asamblea legislativa de Costa Rica, “Ley 2, Código de Trabajo, 29/08/1943, Sinalevi, consultado el 13 enero del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=0&strTipM=FN.

Reglamento¹⁰⁵; además, prohíbe el trabajo nocturno de las mujeres, con excepción de las trabajadoras a domicilio en familia, enfermeras, visitadoras sociales, servidoras domésticas y otras análogas, quienes podrán trabajar todo el tiempo que sea compatible con su salud *física, mental y moral* y el de otras empleadas cuyo trabajo no exceda de las doce de la noche¹⁰⁶. De esta manera, la ley laboral presupone que en las mujeres existe una debilidad física, moral y mental que les impide ejercer ciertos trabajos. Particularmente preocupante resulta la subsistencia de normas que expresamente hablan de la salud moral, cuando, a pesar de la indeterminación de dichos términos, en páginas anteriores se hizo alusión a que la moralidad en torno a las mujeres tiene como eje concepciones religiosas sobre la sexualidad femenina.

De igual modo, en el artículo 90 se prohíbe el ejercicio por cuenta propia o ajena de un oficio practicado en las calles o en sitios públicos, a los varones menores de quince años y a las mujeres solteras menores de dieciocho¹⁰⁷, con lo que se establece una discriminación aparentemente protectora contra las mujeres pero en particular contra las mujeres solteras, tal como si su soltería fuera un motivo suficiente para coartar el ejercicio de sus derechos laborales o limitar su capacidad.

En palabras de la costarricense, Yadira Calvo:

Desgraciadamente, el articulado de finalidad “protectora” aparece inscrito de tal manera en los Códigos, que en vez de lograr los esperados efectos positivos sobre el grupo al que protege, reafirma el orden patriarcal que le da origen, colocando a las mujeres en apartes especiales con los niños, y equiparándolas a ellos en el orden físico, mental y moral¹⁰⁸.

Otra normativa que incurre en la representación de los mencionados estereotipos es la Ley que Regula la propaganda que utilice la imagen de la Mujer¹⁰⁹. Dicha regulación,

¹⁰⁵ *Ibidem*. Art. 87.

¹⁰⁶ *Ibidem*. Art. 88 inc. b.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Art. 90.

¹⁰⁸ Yadira Calvo Fajardo, *Las líneas torcidas del Derecho*, 2ª Edición (San José, ILANUD: Programa Mujer Justicia y Género, 1996), 61.

¹⁰⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 5811 Regula Propaganda que Utilice la Imagen de la Mujer, 29/10/1975”, Sinalevi, consultado el 16 de noviembre del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=5762&nValor3=81318&strTipM=FN&strNoVolver=no.

aunque parezca extraño, solamente menciona a la “imagen de la mujer” en su primer artículo, que estipula:

Artículo 1º.- Todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y en la que se utilice la imagen de la mujer impúdicamente, para promover las ventas, será controlada y regulada con criterio restrictivo por el Ministerio de Gobernación¹¹⁰.

La anterior norma vuelve a relacionar directamente “la dignidad, el pudor de la familia” con la imagen de la mujer. Nótese que el nombre de la legislación es “Ley que Regula la propaganda que utilice **la imagen de la mujer**”; no obstante, la norma regula la dignidad y el pudor de la familia, conceptos sumamente indeterminados, cuyo contenido deberá ser llenado mediante las valoraciones que haga la persona intérprete, de conformidad con su visión de mundo. Tal como menciona Cruz Castro: “La familia, tal como se ha conocido hasta años recientes y que sobrevive, se fundamenta en la sumisión forzosa de la mujer y su dedicación inevitable a los cuidados del hogar, sin importar su vocación personal, su libertad y su dignidad”¹¹¹. De esta manera, quienes legislaron no sólo relacionan ineludiblemente a la mujer con el concepto de familia, sino que la relegan a un papel que no puede ser “impúdico”. Véase la definición de dicho vocablo en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹¹², cuyo significado es “Carente de pudor o recato”. A su vez, el pudor o recato son sinónimos de honestidad o modestia, de conformidad con la doctrina argentina, tal como Fontan Balestra indica:

La idea de honestidad puede coincidir o no con la condición de mujer virgen, pero ambos conceptos no deben ser identificados. La honestidad se aprecia desde el punto de vista del recato, el pudor o la castidad. Por eso, no deja de ser honesta la mujer que ha sido violada, ni siquiera puede decirse que pierda siempre esa condición la que ha tenido alguna vez acceso carnal, por ese solo hecho. La honestidad debe ser estimada en cada caso, sin someterse a cánones rígidos, y

¹¹⁰ *Ibidem*. Artículo 1.

¹¹¹ Fernando Cruz Castro, “La mujer, víctima y cómplice. La mitología de un discurso inhumano”, Tribuna Democrática, 2011, consultado el 25 de marzo 2017, <http://www.tribunademocratica.com/2011/11/%E2%80%98la-mujer-victima-y-complice%E2%80%99-la-mitologia-de-un-discurso-inhumano/>.

¹¹² Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, 2014, consultado el 12 de marzo del 2017, <http://dle.rae.es/?id=L8txPOp>.

apreciando la conducta de la mujer en todas sus manifestaciones, en cuanto de ella pueda resultar la condición requerida¹¹³.

Tomando en consideración las precisiones anteriores, es claro como la legislación que en principio busca proteger la imagen de la mujer, evitando que se le utilice propagandísticamente de forma sexual, también la confina al ámbito familiar y hogareño, ya que limita el uso “impúdico” de la imagen de la mujer, pero a la vez parte de la presunción de que la protección de la mujer implica necesariamente la protección de la familia y de los valores patriarcales que giran en torno a esa institución.

En el 2011, se presentó un proyecto de ley que busca reformar el Título de la Ley en comentario, así como algunos de sus artículos¹¹⁴. Dicha propuesta de reforma, en su exposición de motivos, hace referencia a la forma en que se ha divulgado propaganda que promueve una imagen de mujer diferente a la que se debería proyectar, esto es, que se muestra a una mujer arquetípica, dejando de lado la realidad que experimentan las mujeres en otros ámbitos diferentes al familiar. Al respecto indica, que a pesar de la existencia de la normativa para regular la propaganda que usa la imagen de la mujer:

...cambios en la posición de las mujeres no se reflejan o se reflejan poco en los mensajes e imágenes de mujeres que son difundidas masivamente y, por el contrario, se siguen reproduciendo los viejos estereotipos que naturalizan la división sexual del trabajo, asociando a las mujeres con el trabajo doméstico y también utilizándola como objeto sexual. Así, por ejemplo, a comienzos del siglo XX, la mayoría de los anuncios publicitarios dirigidos a las mujeres, difundidos por el diario La Prensa Libre, se concentraban en promocionar el consumo de i) productos de belleza (41,3%), seguidos por los ii) productos para la salud (33,3%) -principalmente dirigidos a atenuar las dolencias de la menstruación-, iii) las prendas de vestir (15%), y iv) los artículos para los oficios domésticos (10,2%) ... Es evidente, pues, que los estereotipos siguen prevaleciendo, mientras que los mensajes e imágenes de mujeres difundidos masivamente, no reconocen los avances logrados por ellas en los más diversos ámbitos¹¹⁵.

¹¹³ Carlos Fontan Balestra, Derecho Penal Parte Especial (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978), 182.

¹¹⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Proyecto de Reforma del título y de varios artículos de la Ley que regula la propaganda que utilice la imagen de la mujer, N.º 5811, de 10 de octubre de 1975, y sus reformas” Expediente legislativo N.º 18.102. 2011.

¹¹⁵ *Ibidem*, Exposición de Motivos, 8.

Por lo expuesto, en dicho proyecto de ley se busca eliminar toda propaganda que utilice estereotipos que refuercen cualquier forma de violencia, sancionada en el ordenamiento costarricense.

Se pueden seguir citando ejemplos de normativa que trae a colación concepciones un poco primitivas sobre lo que es ser mujer. Por ejemplo, el Código Penal Vigente en el numeral 113 regula los homicidios especialmente atenuados, entre los cuales figura el infanticidio *honoris causa*, estipulado de la siguiente forma:

Artículo 113.-Se impondrá la pena de uno a seis años:

3) A la madre de buena fama que para ocultar su deshonra diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento¹¹⁶.

Asimismo, quienes legislan se ocuparon de penalizar el Aborto Honoris Causa, regulado en el artículo 120 del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 120.- Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquella, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión¹¹⁷.

La anterior normativa parte de valoraciones sumamente amplias al introducir los términos “buena fama” y “deshonra” en relación con la madre que puede ser sujeta activa del tipo penal. Cabe cuestionarse qué es la buena fama o la honra de la mujer, además de ante cuál círculo de la comunidad debe ostentarse dicha buena fama. Para aclarar estas interrogantes es menester indicar, tal como se comentó en el caso de la Ley que regula la propaganda que utilice la imagen de la mujer, que los conceptos de honra, cuando se vinculan con la mujer dentro del discurso jurídico, hacen referencia a su “recato, pudor o castidad”. Dichos conceptos son igualmente vagos, pero cerca de la categoría mujer o madre, tienen siempre un tinte de sexualidad restringida.

¹¹⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 4573 Código Penal, 15/11/1970”, Sinalevi, Artículo 113, consultado el 25 de marzo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=96389&strTipM=TC.

¹¹⁷ *Ibidem*. Artículo 120.

Tal como se ha indicado anteriormente, la sociedad patriarcal mantiene a la mujer en su posición de subordinación y una manera de lograr esto es mediante la figura de la maternidad en el matrimonio, donde se educa a la mujer desde pequeña para asumir este papel a cierta edad: “para la joven, la trascendencia erótica consiste en habituarse a hacerse presa. Se convierte en objeto, y se capta como objeto; con sorpresa descubre este nuevo aspecto de su ser: le parece que esta se desdobra...¹¹⁸”.

De la mano con lo anterior, es posible percatarse como quienes legislan premian o valoran positivamente a aquellas mujeres que cumplen con el paradigma descrito, ya que las penas a imponer son menores a las de los tipos penales simples. Dicho paradigma es el de madre, recluyendo la categoría de mujer al rol familiar nuevamente. Sin embargo, no se trata de cualquier madre, si no aquella “recatada y casta”, de buena fama; es decir, aquella que encaje en el estereotipo de mujer de poca experiencia sexual. *Contrariu sensu*, las valoraciones de quienes legislan son negativas hacia las mujeres solteras o sin hijos o aquellas que se sienten libres de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos según ellas mismas determinen.

Dichas concepciones morales se mantenían aun cuando la mujer no era la agente de la conducta típica, sino la víctima. Anteriormente, se hacía una distinción entre estupro que se refería a la protección de la mujer de 12 a 15 años de edad y que fuera además "mujer honesta". Para la tutela de la libertad sexual de hombres mayores de 12 y menores de 17 años, se aplicaba el delito de sodomía, sin exigir calificativos de morales. Sin embargo, en 1999¹¹⁹ y posteriormente en 2007¹²⁰, se incorporaron reformas legales que eliminaban la distinción sexista y los calificativos moralistas. Así, el bien jurídico dejó de ser la honestidad, para tutelarse la libertad sexual de las personas, tanto hombres como mujeres.

¹¹⁸ Simone De Beauvoir, *El Segundo Sexo*, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 278.

¹¹⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 7899 contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, 17/08/1999”, Sinalevi, consultado el 27 de marzo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=45006&nValor3=47457&strTipM=FN.

¹²⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 8590 para el Fortalecimiento de la Lucha contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, 30/08/2007”, Sinalevi, consultado el 27 de marzo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=60869&nValor3=68812&strTipM=TC.

Sin embargo, cabe destacar que dichas concepciones moralistas y patriarcales se mantuvieron desde la promulgación del Código Penal en 1970, hasta 1999. Tal como lo expresa Calvo Fajardo:

Como en el patriarcado todo se etiqueta, jerarquiza física (*sic*), las víctimas, cuando son mujeres, ocupan categorías según una condición que llaman "honra", el calificativo de "honesta", o "de buena fama"; unos valores morales que suponen más persona a la casada que a la concubina, menos crimen la violencia sexual según más edad o más experiencia de la ofendida; más o menos penable el abuso según su condición civil (...) Pero las leyes y la jurisprudencia no deben confundirse con la moral. La mujer honesta, el pudor, la honra, son conceptos válidos para el confesionario, si es que son válidos, pero tienen poco que hacer en un Código Penal, cuyo bien jurídico por proteger en tales casas (*sic*) es la libertad, la integridad física, la intimidad, y la salud de la mujer. La honestidad no tiene por qué ser un requisito para obtener justicia¹²¹.

Por otro lado, en el Código Civil¹²², cuando se hace referencia al hombre se usa de la expresión “como un buen padre de familia” en esta ocasión se puede apreciar cómo la mujer es ligada a su honor, mismo que se relaciona con su sexualidad mientras que un hombre es relacionado como “cabeza del hogar” y proveedor.

ARTÍCULO 1138.- El arrendatario es obligado a emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia, y responde no sólo de sus faltas, sino de las que cometieren los miembros de su familia, sus huéspedes, criados, obreros y subarrendatarios o cesionarios de su contrato¹²³.

No puede dejarse de lado las regulaciones del Código de Familia¹²⁴, que si bien han sido consideradas un avance en torno al tema de igualdad de derechos de los cónyuges, tienen ciertos tintes de subordinación de lo femenino, quizás más sutiles. Ejemplo de ello, es la presencia de normas como el artículo 35, que indica que el marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia, mientras la esposa debe contribuir

¹²¹ Yadira Calvo Fajardo, *Las líneas torcidas del Derecho*, 2ª Edición (San José, ILANUD: Programa Mujer Justicia y Género, 1996), 62 y 63.

¹²² Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 63. Código Civil de Costa Rica. 01/01/1888”. Sinalevi, consultado el 30 de marzo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=FN.

¹²³ *Ibidem*. Artículo 1138.

¹²⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica “Ley N° N° 5476. Código de Familia de Costa Rica, 5 agosto de 1974”, Sinalevi, Consultado el 5 de marzo del 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC.

en forma solidaria y proporcional cuando cuente con recursos propios¹²⁵. Es decir, se repite el patrón de hacer una división biologicista de los roles socialmente asignados, de forma tal que los hombres son los proveedores de la casa y jefes de familia, mientras que las mujeres tienen un papel secundario. Existen autores como Gerardo Trejos, que indican que la norma no hace más que representar la realidad de que en muchos hogares la obligación alimentaria pesa con la misma intensidad sobre el marido que sobre la esposa (aumentando la responsabilidad de esta, si tiene recursos), debido a la incursión de la mujer en el mundo del trabajo¹²⁶. Empero, ¿cuál era la necesidad de hacer tal distinción entre los sexos? Si lo que se deseaba era reflejar que muchas mujeres tenían posibilidades económicas debido a su incursión en el mercado laboral, hubiese bastado que la norma indicara que ambos cónyuges estarían obligados según sus posibilidades. A pesar de ello, quienes legislaron optaron por realizar una distinción en la cual el arquetipo de hombre-esposo y proveedor sería superior al papel que la mujer pudiese tener en el mismo ámbito. Dicho artículo ha sido cuestionado en sede constitucional, sobre este aspecto se expondrá en la siguiente sección.

Otras formas sutiles de subordinación femenina representadas en la Ley familiar de Costa Rica, se encuentran en los artículos 69 inciso a) y el artículo 70¹²⁷. Ambos artículos regulan presunciones de paternidad y establecen que se presumirán hijos del matrimonio los nacidos dentro de los 180 días después de su celebración si el marido, antes de casarse, tenía conocimiento del embarazo de su mujer. También indican que dichas presunciones admiten prueba en contrario por haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época de concepción del hijo (o hija). A primera vista, no parecen haber señas de discriminación o subordinación de lo femenino; sin embargo, nótese como se usa en ambos casos el término “su mujer”, tal como si una persona-mujer, pudiera ser objeto de apropiación privada. Se debe apreciar como la mujer no es solo esposa o madre, puesto que

¹²⁵ *Ibidem*. Artículo 35.

¹²⁶ Gerardo Trejos Salas, Derecho de Familia Costarricense, Tomo I, 4ª Edición (San José Costa Rica: Editorial Juricentro, 1990), 118.

¹²⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica “Ley N° N° 5476. Código de Familia de Costa Rica, 5 agosto de 1974”, Sinalevi, Artículos 69 y 70, Consultado el 5 de marzo del 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC.

se trata de un concepto muchísimo más amplio que no debería ser usado en referencia de lo masculino, y mucho menos, como sí lo segundo pudiera poseer al concepto de mujer.

Otro ejemplo de normativa que busca proteger a las mujeres, pero sin tomar en cuenta la diversa realidad del género, es la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres¹²⁸. Dicha ley en su artículo 1º, indica:

La presente Ley tiene como fin proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, 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 N° 6968, de 2 de octubre de 1984, así como en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995¹²⁹.

Nótese como la ley busca proteger los derechos de las víctimas de violencia, solo en cuanto sean mayores de edad y la situación de violencia se dé en una relación de matrimonio o en unión de hecho declarada o no. La ley parte de la presunción que la violencia de género se da únicamente en relaciones conyugales. Sin embargo, deja de lado a las niñas que sufren violencia en razón del género, así como las situaciones de violencia que no se dan en relaciones de convivencia o matrimoniales. En palabras de Facio:

Peor aún, generalmente cuando se toma en cuenta a las mujeres, se toman en cuenta solamente tres tipos de mujeres: 1- mujeres alibi o mujeres coartada - mujeres que se han comportado como hombres y han logrado sobresalir en el campo masculino a pesar de ser mujeres y no por ser mujeres-, 2- mujeres madres -mujeres que son tomadas en cuenta sólo en tanto que madres- o, 3- mujeres víctimas -mujeres que no son sujetas de su propia historia sino que son objeto de todo tipo de vejámenes. Aunque ciertamente es un avance el que al menos se tomen en cuenta estos aspectos de la realidad humana femenina, las mujeres no

¹²⁸ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 8589, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, 30/05/2007”, Sinalevi, consultado el 3 marzo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=60183.

¹²⁹ *Ibidem*. Artículo 1.

somos sólo eso, somos humanas, sujetas de la historia y constructoras de cultura tanto como el hombre/varón¹³⁰.

En este caso, es claro que se toma en cuenta como sujetas protegidas por la ley a las mujeres madres o esposas, así como a las mujeres víctimas, dejando de lado, a otras mujeres solteras que no se encuentren en unión de hecho, menores de 15 años, mujeres trans, entre otras, que siguen sufriendo violencia en razón de su género.

Resulta evidente que la penalización de delitos en contra de ciertas mujeres no elimina la violencia de género; sin embargo, hace mucho menos cuando excluye de su ámbito de aplicación subjetiva a otras integrantes del grupo femenino que igualmente son víctimas de formas diversas de violencia.

(...) el feminismo ha tratado el tema de la violencia de género como una vulneración de los derechos de las mujeres, pero una vulneración que no sería solucionada gracias al supuesto papel de prevención del derecho penal. Nada más lejos de cualquier análisis feminista que pensar que el derecho penal cambiará la estructura sexista de nuestras sociedades¹³¹.

Al respecto, en comentario de la legislación española, sin perjuicio de que la crítica sea aplicable a Costa Rica, María Luisa Maqueda indica que “Las relaciones de pareja o de convivencia familiar son sólo un escenario privilegiado de esa violencia, pero no pueden – ni deben– acaparar la multiplicidad de manifestaciones que se ocultan bajo la etiqueta de violencia de género”¹³². Igualmente, Patricia Laurenzo advierte lo inapropiado que resulta identificar violencia de género con violencia doméstica. El principal riesgo que observa es que esta confusión de conceptos provoque que la violencia de género quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo que la sociedad visualice claramente que se trata de la manifestación más extrema de la discriminación estructural que sufren las mujeres, y no del efecto indiferenciado de unas relaciones de sujeción familiar que pueden

¹³⁰ Alda Facio Montejó, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 43-44.

¹³¹ Encarna Bodelón González, “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, En Género, violencia y derecho, Coords. P. Laurenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 52.

¹³² María Luisa Maqueda Abreu, “La violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Núm. 08-02, (2006): 5. Consultado el 27 marzo del 2017, <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>.

afectar por igual a cualquier miembro del entorno doméstico (niñas, niños, personas adultas mayores , hombres o mujeres)¹³³.

Con los anteriores ejemplos, es posible percatarse como quienes emiten las leyes pueden insertar valoraciones latentes en la redacción de sus textos, configurando otro ejemplo típico del sexismo y androcentrismo, cuando parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino o cuando se emiten leyes que pretenden proteger a la mujer, pero que parten de las necesidades que tienen los hombres de que la mujer preserve su rol estereotipado.

Pese a todo lo anterior, no se puede negar que existe normativa que busca romper las construcciones patriarcales que giran en torno al concepto de mujer en la normativa internacional y nacional. Ejemplos de este tipo de normativa son la CEDAW¹³⁴, que en su artículo 5 establece que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos¹³⁵.

Asimismo, el artículo 10 del mismo cuerpo normativo establece que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el

¹³³ Patricia Laurenzo Copello, “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 07-08, (2005): 4. Consultado el 27 de marzo del 2017, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>.

¹³⁴ Asamblea General de la ONU. “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 3 de septiembre de 1981”, Naciones Unidas, consultado el 14 de abril del 2017, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

¹³⁵ *Ibidem*. Artículo 5.

hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza¹³⁶.

Otra norma que se debe concordar con la anterior es la presente en la Convención Belem Do Pará¹³⁷, que dicta:

Artículo 6 El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación; y
- b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación¹³⁸.

A nivel de Derecho interno, y fuertemente influenciada por los cuerpos normativos internacionales citados, se encuentra la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N° 7142¹³⁹. Dicha normativa establece obligaciones para impulsar la participación política de las mujeres, así como la protección de sus derechos patrimoniales, sexuales y sociales, entre otros. En el ámbito de los derechos de educación la normativa indica:

ARTICULO 17.- Están prohibidos en cualquier institución educativa nacional todos los contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles en la sociedad a hombres y mujeres contrarios a la igualdad social y a la complementariedad de los géneros, o que mantengan una condición subalterna para la mujer. El Estado fomentará la educación mixta, el concepto de responsabilidad compartida de derechos y obligaciones familiares y de solidaridad nacional, y otros tipos de educación que contribuyan a lograr ese objetivo. Los libros de texto, los programas educativos y los métodos de enseñanza deberán contener los valores expuestos en la presente ley, y contribuir a la eliminación de

¹³⁶ *Ibidem*. Artículo 10.

¹³⁷ Asamblea General de la OEA, “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará, 1994”, OEA, consultado el 14 de marzo del 2017, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

¹³⁸ *Ibidem*. Artículo 6.

¹³⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 7142 de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, 26/03/1990” Sinalevi, consultado el 14 de marzo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=10806&nValor3=0&strTipM=TC.

prácticas discriminatorias en razón del género, así como promover el estudio de la participación de la mujer a través de la historia¹⁴⁰.

Cabe destacar que esta ley es pionera en América Latina en la promoción de los derechos de las mujeres y ha motivado la reflexión sobre la validez de los dogmas jurídicos, arraigados en la tradición legal de Costa Rica, pero su efectividad se ha visto matizada por las concepciones que perpetúan esquemas nocivos para el afianzamiento de los derechos de las mujeres¹⁴¹. A pesar de ello, debe rescatarse que es esta misma ley la que introduce la limitación para desempeñar labores insalubres, pesadas o peligrosas, en los aspectos físico o moral, situación que ha sido previamente criticado en esta investigación.

Las anteriores normas son un fundamento jurídico básico para el reconocimiento de la necesidad de erradicar los patrones culturales, estereotipados que inculcan la inferioridad y subordinación de lo femenino. A pesar de las anteriores obligaciones contraídas por el Estado costarricense, dichos patrones culturales se encuentran fuertemente arraigados y pese al conocimiento y lucha por una igualdad entre hombres y mujeres, continúan existiendo valoraciones patriarcales latentes en torno a la mujer que permean el discurso oficial del Estado.

Sección C. Ejemplos de jurisprudencia referida al concepto de mujer en el derecho costarricense.

Pese a que fue desde 1888 que la mujer pasó a ser vista como objeto de derecho, esto no quiere decir que estas hayan tenido mayor tutela por parte de las leyes, ya que las mujeres en el derecho se conforman como ciudadanos de segunda categoría, esto mismo sucedió en la jurisprudencia y las leyes por cuanto:

Estas ideas se han traducido incluso en decisiones jurisprudenciales que guiadas por un espíritu proteccionista más propio de una actitud paternalista-machista que de una auténtica comprensión de la situación de la mujer, justificaban la condena

¹⁴⁰ *Ibidem*. Artículo 17.

¹⁴¹ Zarela Villanueva Monge, “Acciones, obstáculos y logros en la incorporación de la perspectiva de género”, en: Por una Justicia de Género (San José, Costa Rica: ILANUD- Programa Mujer, Justicia y Género- Corte Suprema de Justicia, 2001), 42.

del varón por un delito de estupro fraudulento, basándose en que la mujer es «un ser frágil, quebradizo, débil, inexperto, inmaduro, reflexivo»¹⁴².

Estos estereotipos se han adentrado en las resoluciones judiciales en este país, donde las normas son interpretadas en razón de estos prejuicios que las personas juzgadoras tienen arraigados.

Por lo anterior, resulta necesario analizar ejemplos en la jurisprudencia costarricense, sobre la utilización de concepciones de mujer en el discurso judicial, ya sean manifiestas o latentes. Uno de esos ejemplos es del año 2000 en el **voto 11516 del 21 de diciembre del 2000 a las 14:40:00 de la Sala Constitucional**¹⁴³; redacta la Magistrada Susana Castro Alpízar y constaba de una Consulta Judicial Facultativa formulada por el Juzgado de Familia de Liberia. La consulta surgió debido a la redacción del artículo 236 del Código de Familia, por cuanto este establece que el padre es el curador legítimo forzoso de los hijos y en defecto de este, la madre, al indicar: “El padre, y a falta de éste la madre, son curadores de sus hijos solteros o viudos que no tengan hijos mayores de edad capaces de desempeñar la curatela...”¹⁴⁴. En esta sentencia se indica que al establecer el Poder Legislativo cuál es la persona encargada, no da la opción de buscar quién es la persona idónea, de modo que no se resolvería en atención al interés superior.

Es claro que la esencia de la normativa aludida es el reconocimiento de la igualdad del hombre ante la ley y a no ser discriminado, lo que implica que las personas reciban un trato igual en circunstancias y situaciones idénticas. En el caso de los cónyuges, el artículo 52 de la Constitución Política y el artículo 17 inciso 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos confirman la igualdad de derechos de los cónyuges, incluso en caso de disolución del matrimonio. Igualmente el artículo 2 del Código de Familia establece la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Se estima entonces que la norma objeto de la consulta hace una diferenciación innecesaria entre el padre y la madre, cuando por su condición de progenitores deben tener responsabilidades equivalentes, incluso después de la disolución del vínculo matrimonial, tomando en cuenta la

¹⁴² Winfried Hassemer y Francisco Muñoz, Introducción a la Criminología (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001), 191.

¹⁴³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Consulta Judicial, voto 2000-11516; 21 de diciembre del 2000 a las 02:40:00 p.m”, Exp. 00-009015-0007-CO.

¹⁴⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica “Ley N° N° 5476. Código de Familia de Costa Rica, 5 agosto de 1974”, Sinalevi, Artículo 236, Consultado el 5 de marzo del 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC.

concepción amplia de la familia que ha aceptado esta Sala. Por tal motivo, es inaceptable que en el artículo 236 párrafo tercero del Código de Familia, el legislador de prioridad al padre como curador legítimo de sus hijos solteros o viudos que no tengan hijos mayores de edad capaces de desempeñar la curatela, y sólo a falta de éste, se considere a la madre, cuando ambos están en las mismas condiciones, tienen responsabilidades comunes e iguales derechos y deberes derivados de la filiación. No observa la Sala que exista un fundamento razonable para hacer esa diferenciación, la cual evidentemente hace una discriminación odiosa por razón de género, en perjuicio de la madre¹⁴⁵.

En este tipo de ejemplos, se puede ver cómo el Poder Legislativo, cuando redactó las leyes, partía de preconcepciones basadas en que los hombres son “la cabeza del hogar” y la mujer tiene un papel de soporte de este, lo mismo se puede ejemplificar en cómo el Código Civil repite reiteradas veces el concepto de “un buen padre de familia” perpetrando esta misma noción de proveedor, pese a que el Código Civil data de 1888. Esto también se puede apreciar a lo largo de la normativa costarricense, como se mencionó en la sección anterior, dejando a la mujer en un rol secundario o doméstico, o exigiéndole condiciones moralistas como honor o buena fama, por ejemplo en el aborto, según el Código Penal.

En el voto en concreto se evacua la consulta y se indica que la frase señalada es inconstitucional por lo motivos previamente citados. Es importante también destacar cómo en el fragmento citado de este voto, pese a ser del año 2000, se habla sobre discriminación a la mujer sin ninguna fundamentación indicando que se debe reconocer la igualdad del “hombre” ante la ley, de modo que las personas juzgadoras denotan nuevamente el error del Poder Legislativo al redactar este voto ya que nuevamente recurre al parámetro de lo masculino para referirse a lo humano.

Otro ejemplo, se encuentra en la **sentencia número 8013 del 2004**¹⁴⁶, de la **Sala Constitucional**, que resuelve una acción de inconstitucionalidad en contra del inciso e) del artículo 12 del Reglamento del Seguro de Salud, publicado en La Gaceta número 25 del 5 de febrero de 1997, que dispone:

Artículo 12. De la protección del beneficio familiar.
Son asegurados familiares:

¹⁴⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Consulta Judicial, voto 2000-11516; 21 de diciembre del 2000 a las 02:40:00 p.m”, Exp. 00-009015-0007-CO.

¹⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad, Voto N° 2014-8013; de las cuatro horas veintitrés minutos del 21/7/2004”, Expediente 14-006895-0007-CO.

(...) e. Padre natural o de crianza, de más de 60 años, o menos de esa edad que se encuentre con discapacidad severa¹⁴⁷.

En este caso, la Sala Constitucional realiza un análisis sobre los principios que rigen el derecho de seguridad social, tal como la universalidad. Posteriormente, realiza una exposición de “constitucionalidad formal y material”; es decir, razonabilidad, e indica que:

En relación con el tema de la razonabilidad, la doctrina alemana hizo un aporte importante al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: **legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto**¹⁴⁸.

No se puede dejar de lado que la redacción del voto evidencia el uso de expedientes éticos, ideológicos o intuitivos que obtiene la persona juzgadora de su experiencia o de “teorías vulgares de la cotidianidad”¹⁴⁹, ya que al definir cada uno de los componentes de la “razonabilidad” no hace más que expresar lo que una parte de un grupo (gremial) entiende por ello. Al respecto indica:

... **La legitimidad** se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; **la idoneidad** indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; **la necesidad** significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y **la proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea “exigible” al individuo ...¹⁵⁰.

En este sentido, la sentencia objeto de estudio hace una distinción tecnicista y arbitraria entre vocablos, sin considerar el hecho de que el contenido emotivo o valorativo de esos vocablos es ineludiblemente alto. Al ignorar eso, intenta ontologizar los vocablos

¹⁴⁷ Caja Costarricense del Seguro Social, “Reglamento del Seguro de Salud, publicado en La Gaceta número 25 del 5 de febrero de 1997”, Sinalevi, consultado el 3 de abril del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=43463&nValor3=102505&strTipM=FN.

¹⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad, Voto N° 2014-8013; de las cuatro horas veintitrés minutos del 21/7/2004”, Expediente 14-006895-0007-CO.

¹⁴⁹ Minor E. Salas Solís, “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N°. 13, (2006), consultado el 20 de octubre, 2015, <http://dialnet.unirioja.es/revista/2494/A/2006>.

¹⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad Sentencia número 1998-03933; de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho”, Expediente: 97-007831-0007-CO.

“legitimidad”, “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad” para diferenciarlos, dándoles un significado estable pretendido, lo cual no termina siendo ni más ni menos que la creencia en la magia verbal¹⁵¹ y en el mito básico del Derecho¹⁵².

A partir de ahí, se fundamenta que el artículo del Reglamento mencionado establece una diferenciación entre los sexos de los progenitores, siendo más flexible la obtención del beneficio por parte de las madres.

La norma dispone que la madre solo deberá demostrar su condición de tal o haber prodigado los cuidados propios de ésta. El padre, sin embargo, debe cumplir dos condiciones:

- Edad: 60 años o más
- De ser menor, deberá padecer una discapacidad severa

Esa diferencia, en relación con el trato otorgado a la madre, constituye una discriminación que no tiene otro fundamento aparente que el sexo y que tratándose del seguro de salud, no tiene justificación alguna. Se trata entonces de un requisito que no es coherente con los principios de universalidad, generalidad, suficiencia de la protección y solidaridad que impregnan a la seguridad social¹⁵³.

Ciertamente, dicha normativa parecía beneficiar la condición de la mujer; sin embargo, resulta claro que partía de una concepción basada en su rol en la sociedad costarricense. Nótese que podían obtener el beneficio las madres así como aquellas mujeres que hubiesen prodigado los cuidados propios de una. La norma encasilla y enfoca a la mujer, no como persona vulnerabilizada que puede requerir el beneficio, si no como madre, aun sin lazos de consanguinidad. A pesar de lo señalado, la fundamentación de la sentencia resulta ayuna de un análisis sobre la desigualdad entre hombres y mujeres, o el papel de la mujer y del hombre, tampoco indican como eso podría incidir en el análisis de razonabilidad que realiza la Sala.

La normativa cuestionada en dicho caso, si bien no es de rango legal, resulta útil para dilucidar como las concepciones patriarcales construidas en torno a la división dicotómica entre los sexos, permean, no solo gran parte de la ingeniería legislativa, sino también la normativa de rango inferior, tal como la reglamentaria. Por lo anterior, se puede

¹⁵¹ Minor E. Salas Solís, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales. 2ª Edición. (San José, Costa Rica: Isolma, 2013), 88-89.

¹⁵² Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (Massachusetts: Peter Smith, 1970), 8-21.

¹⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad, Voto N° 2014-8013; de las cuatro horas veintitrés minutos del 21/7/2004”, Expediente 14-006895-0007-CO.

decir que dichas nociones y estereotipos son usuales en el discurso y cultura jurídica costarricense.

Asimismo, se puede destacar el **voto 02129 del 14 de febrero del 2008 a las 10:30:00 emitido por la Sala Constitucional**¹⁵⁴, que trata sobre una acción de inconstitucionalidad, redacta el Magistrado Luis Paulino Mora. El objeto de la acción viene del artículo 16 inciso 2 del Código de Familia que señalaba que es prohibido el matrimonio de:

2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...]¹⁵⁵.

De modo que para la accionante, se introduce por medio de este artículo una prohibición para la mujer que el hombre no poseía, de modo que considera la medida discriminatoria. En este voto se evalúa la libertad que posee toda persona a nivel constitucional y el derecho de conocer quiénes son sus padres, ponderando ambos bienes jurídicos tutelados. Se concluye que hay otros medios de conocer la paternidad pues con la tecnología ya no es necesario este tipo de leyes, de modo que se declara inconstitucional este inciso. No obstante, el voto en comentario no hace mayor análisis con respecto a la discriminación que sufre la mujer frente a este tipo de leyes que, si bien es cierto, surgen de un momento histórico donde lo que se buscaba era la tutela del menor en casos donde no existían pruebas genéticas, resulta preocupante que un voto del año 2008 sea ayuno en el análisis de esta discriminación frente a la mujer.

Hubo un voto salvado del Magistrado Sosto López que indica que lo que tutelaba ese inciso es el derecho de toda persona de conocer quiénes son sus padres; no obstante, este criterio es de igual forma, bastante anticuado, ya que toma por suposición que dicho hijo tiene necesariamente que ser hijo del exesposo, cuando perfectamente antes de la

¹⁵⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad, voto 2008-02129; del 14 de febrero del 2008 a las 10:30:00”, Expediente 07-002870-0007-CO.

¹⁵⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica “Ley No. 5476. Código de Familia de Costa Rica, 5 agosto de 1974”, Sinalevi: Artículo 236. Consultado el 5 de marzo del 2016. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC.

culminación de dicho matrimonio, la mujer pudo mantener relaciones sexuales con otra persona. Indica el magistrado en este voto salvado que para ello cuenta la mujer con medio tecnológicos para demostrar que no está embarazada y así casarse si lo desea, de modo que no limita la libertad de esta, lo que es una completa invasión de la privacidad de la mujer, sin dejar de lado el hecho de que esta tenga que someterse a una serie de procesos extra que el hombre no tenía la necesidad de hacer, por lo que necesariamente eran medidas discriminatorias. Después el Magistrado Cruz Castro y la Magistrada Calzada Miranda adicionaron que esta prohibición lo que ocasiona es una lesión a la dignidad de la mujer al presumirse que su autodeterminación y voluntad son sospechosas, al indicar:

Todos estos requisitos anulan e ignoran totalmente la dignidad que como persona merece la mujer, al considerarla incapaz de adoptar las decisiones que protejan a su descendencia; la exigencia denota, indudablemente, que la mujer tenía una capacidad disminuida o que no podía asumir, responsablemente, las consecuencias de sus actos. La exigencia constituye una invasión a la intimidad cuyo contenido es irrazonable y desproporcionado frente al valor que pretende tutelar, asumiendo que las circunstancias o los peritos, todos ajenos a la autodeterminación de la mujer, son los que deben asegurar que no está embarazada. Todas las exigencias impuestas no dependían de la voluntad de la mujer, anulándose, de esta forma, la autodeterminación de ella como ciudadana, imponiéndole una limitación que excluye, tajantemente, los derechos que le corresponden como persona. Las exigencias impuestas, tampoco aseguran, de ninguna manera, plena certeza sobre quién es el padre biológico del menor; esta certeza absoluta ni siquiera existe respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, resolviéndose el tema con una presunción que puede objetarse judicialmente. La exigencia siempre fue irrazonable, imponiéndole a la mujer una prohibición que debía resolverse mediante los instrumentos judiciales que fuesen aplicables, reconociendo, además, que la dignidad, la intimidad y la libertad de la mujer es garantía suficiente para asegurar la identidad del padre del niño que eventualmente nacería dentro del plazo de trescientos días posteriores a la disolución del anterior matrimonio¹⁵⁶.

No es sino hasta este apartado que se agregó que se llega a mencionar el papel de la mujer en todo este proceso que inició precisamente por la discriminación que sufría, aun así el análisis había sido casi nulo hasta este punto. Se pone como ejemplo que si lo importante es proteger al menor, también se le podrían imponer límites al varón como prohibirle a este contraer matrimonio hasta tanto garantice la manutención del menor, pero, claro está, en esta norma patriarcal lo más importante no es la protección del menor, sino la prohibición a

¹⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad, voto 2008-02129; del 14 de febrero del 2008 a las 10:30:00”, Expediente 07-002870-0007-CO.

la mujer. Agregan además: “estimamos, que no era necesario esperar el avance en los procedimientos científicos de investigación de paternidad, ya que la prohibición, en sí misma, constituye una palmaria devaluación de la condición de persona y de ciudadana que corresponde a la mujer¹⁵⁷”.

Pese a que esta norma igual tuvo un origen histórico en donde no había suficientes avances científicos, indican que este llamado “plazo de viudez” lo que demuestra no es sino la sujeción de la mujer en las normas.

La prohibición que contiene la norma reduce la condición de la mujer, como simple receptora de una maternidad carente de conciencia, asumiendo que su palabra o la manifestación de su voluntad, no merece ningún crédito, desconociendo el derecho que tiene para disponer sobre su cuerpo y su sexualidad¹⁵⁸.

Terminan su argumentación indicando que la modificación de este artículo no viene como consecuencia del cambio científico sino de la cultura social y política que no reconocía a la mujer como persona; sin embargo, afirmar esto, es ignorar que esa cultura sigue existiendo y que todavía en el siglo XXI no es extraño encontrarse debatiendo ya sea por decisiones políticas, jurídicas o sociales que tienden claramente a discriminar a las mujeres. Por otra parte, en materia penal y de delitos sexuales contra mujeres, se ha analizado por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia como muchas veces entre las personas operadoras del Derecho, siguen moviéndose prejuicios de género. Así, por ejemplo, la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 924-2008** hace referencia a ciertos prejuicios que se suelen vincular con el concepto de mujer y que deben desarraigarse de la cultura jurídica costarricense. Al respecto indica que:

El peso emocional que constantes interrogatorios, sospechas de su relato, discriminación por razones de género, exámenes médicos y psicológicos, la reiteración de relatos en las distintas etapas y el sometimiento al juicio, el interrogatorio público de las partes, incluida la defensa, que sufre una mujer víctima de agresión sexual es digno de considerarse cuando se pretenda que la denuncia es una simple venganza o lanzada para satisfacer caprichos, argumentos detrás de los cuales no es difícil vislumbrar concepciones discriminadoras y prejuicios que se resisten a morir y que pretenden señalar que las mujeres siempre están “disponibles” sexualmente para los hombres, por lo que habrá “de

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ *Ibidem.*

presumirse” siempre su consentimiento y sospechar de un relato cuando se aduce violencia sexual¹⁵⁹.

Asimismo, en otras ocasiones la Sala Tercera ha aclarado que los delitos sexuales actualmente tutelan la libre autodeterminación sexual y no concepciones moralistas relacionadas con las construcciones de los géneros.

Como en múltiples ocasiones y precedentes se ha dicho, la violación es un delito que tutela la libre autodeterminación sexual, el derecho de decidir cómo, cuándo y con quién se quiere tener un acercamiento sexual, no se tutela ni la moral, ni la virginidad, ni se trata de juzgar a la víctima y sus costumbres sexuales. También se ha insistido en desechar las añejas concepciones que exigían resistencias heroicas e inverosímiles en las víctimas, so pena de no creer que se resistieron (...) Se ha dicho, que el juzgador debe estar atento a evitar la entrada de prejuicios sobre la sexualidad o en materia de género, cuando se valoran episodios de abuso sexual¹⁶⁰.

Lo anterior resulta de gran interés en cuanto al papel de la mujer en los procesos judiciales penales, ya que en el mencionado voto se recalca que la mujer no es un objeto sexual, lo cual permite desvincular la noción de mujer de la de sexualidad peligrosa; es decir, no se puede presumir que la víctima sea delincuente o cómplice cuando no se haya resistido físicamente, ya que ello contiene criterios que reducen la condición de persona de la víctima al negarle credibilidad, con base en criterios prejuiciosos y sexistas.

Otro ejemplo de jurisprudencia constitucional en la cual, si bien no hace referencia directamente al concepto o categoría de mujer en el derecho costarricense, se analiza normativa del Código Penal que contenía criterios heteronormativos y de restricción de la sexualidad que resultan válidos de traer a colación. Dicha sentencia es la **número 10404 del 2013 de la Sala Constitucional**¹⁶¹, en la cual se discute la constitucionalidad de los artículos 98 inciso 6) y 102 inciso e), del Código Penal que establecían la obligatoriedad de aplicar medidas de seguridad a aquellas personas que incurrieran en delitos con ocasión del ejercicio de la prostitución o de la homosexualidad.

¹⁵⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación, Voto No. 2008- 00924; del 27 de agosto del 2008, 10:50:00 ”, Expediente: 06-000436-0006-PE.

¹⁶⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación, Voto N° 2006-729; del 11 de agosto de 2006 de las 08:45:00.”, Expediente: 02-001522-0369-PE. Cfr. , “Recurso de Casación, Votos 573-05; del 10 de junio 2005 de las 08:50:00” Expediente: 01-000425-0636-PE; “Recurso de Casación, voto 972-05; del 26 de agosto 2005 de las 10:15:00”, Expediente 00-200772-0306-PE; “Recurso de Casación, Voto 701-07; del 29 de junio de 2007 de las 15:45:00 ”, Expediente 02-201518-0396-PE.

¹⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad, Voto No. 2013-010404; del 31 de julio de 2013 de las 16:00:00”, Expediente 13-003150-0007-CO.

Al respecto, la Sala Constitucional recalca que desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, resulta del todo improcedente que el ordenamiento jurídico penal autorice la imposición de una medida de seguridad a una persona por la sola condición de ser homosexual, ya que a la luz del criterio mayoritario de la doctrina especializada, la homosexualidad no es un padecimiento y, a la vez, reitera el reconocimiento al derecho a la identidad sexual¹⁶².

Asimismo, en cuanto a la imposición de medidas de seguridad por el ejercicio de la prostitución, la Sala Constitucional hace énfasis en que resultan ilegítimas las conclusiones de quienes legislan en torno a las personas homosexuales y trabajadoras sexuales, partiendo de la idea de que lo hacen “porque carecen de aquella capacidad jurídica y de actuar que sí los haría imputables para el derecho penal”¹⁶³. Alrededor de dichas ideas, se centra en un análisis sobre la procedencia de la imposición de las medidas de seguridad a estos grupos (trabajadoras sexuales y homosexuales) según la culpabilidad que presenten ante el derecho penal. Sin embargo, resulta pertinente lo que mencionan en cuanto a que la normativa cuestionada obedece a criterios peligrosistas, que se fundamentan en el “riesgo social de una población”. De conformidad con lo anterior, cabe traer a colación lo mencionado por Michel Foucault en la *Voluntad del Saber*, en cuanto describe la creación de dispositivos de biopolítica, mediante el control de la sexualidad. Al respecto, indica:

(...) se problematizó la sexualidad de los niños y adolescentes; donde se medicalizó la sexualidad femenina; y donde se alertó sobre la posible patología del sexo, la urgente necesidad de vigilarlo y de inventar una tecnología racional de corrección. Fue allí el primer lugar de la psiquiatrización del sexo. Fue la primera que entró en eretismo sexual, provocándose miedos, inventando recetas, apelando al socorro de técnicas científicas, suscitando innumerables discursos para repetírselos a sí misma. (...). El personaje invadido en primer lugar por el dispositivo de sexualidad, uno de los primeros en verse "sexualizado", fue, no hay que olvidarlo, la mujer "ociosa", en los límites de lo "mundano", donde debía figurar siempre como un valor, y de la familia, donde se le asignaba un nuevo lote de obligaciones conyugales y maternas: así apareció la mujer "nerviosa", la mujer que sufría de "vapores"; allí encontró su anclaje la histerización de la mujer¹⁶⁴.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Michel Foucault, *Historia de la Sexualidad. La voluntad de saber*, Edición N° 25. (Madrid España: Siglo XXI Editores. 1998), 72.

De esta forma, parece explicarse el hecho de que se estudiara como patológicas ciertas conductas relacionadas con la sexualidad y, de forma yuxtapuesta, se crearan discursos científicos con pretensiones normalizadoras que buscaban una tecnología correctiva de dichas anomalías. Lo anterior redundaba en una forma de control sobre la sexualidad de forma tal que aquellos grupos que no calzaban en la definición de normalidad ofrecida por quienes ostentan el poder, son sujetos y sujetas de control. Un claro ejemplo de ese control es la obligatoriedad de la imposición de medidas de seguridad, tal como si las personas que ejercieran la prostitución o tuvieran orientaciones homosexuales presentaran una patología que redujera sus capacidades por no figurar dentro de los valores familiares patriarcales en el marco de las obligaciones conyugales y maternas.

De forma más reciente, se puede estudiar la acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 35 del Código de Familia, en el **voto 02007 del 10 de febrero del 2016 a las 09:30:00 emitido por la Sala Constitucional**¹⁶⁵, redactado por el Magistrado Jinesta Lobo. Se acusa de inconstitucional el artículo 35 del Código de Familia por cuanto este indica que el marido es el principal obligado a sufragar los gastos del hogar y la esposa a contribuir. Al respecto, se argumenta de un mejor modo e indica que estas son medidas legislativas de discriminación positiva o acciones afirmativas por razones de género, esto debido a las condiciones de desventaja en la que se encuentra la mujer. En este punto se puede suponer que hace referencia a la desventaja histórica en la que se ha posicionado a la mujer. Sin embargo, el análisis en este voto es casi nulo ya que el mismo se compone de casi dos páginas de citas de sentencias, entre las cuales resalta una de las citas de la **sentencia No. 2012-1966 de las 09:32 horas del 17 de febrero del 2012 de la Sala Constitucional**¹⁶⁶:

Entonces, si la Constitución Política de Costa Rica garantiza igualdad de oportunidades a hombres y mujeres en su condición de seres humanos y la realidad social, tanto a través de la historia como todavía en algunas esferas de la vida actual, muestran que se ha dado una clara desventaja en perjuicio de las mujeres; para tratar de conseguir el equilibrio deseado y acorde con el principio constitucional de igualdad, el Estado tiene la obligación de responder

¹⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad, Voto 2016-02007 de las 09:30 del 10 de febrero del 2016”, Expediente: 15-017807-0007-CO.

¹⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad, Voto 2012- 1966 de las 09:32 del 17 de febrero del 2012”, Expediente: 10-006667-0007-CO.

políticamente con ese propósito y así garantizar el ejercicio igualitario y equilibrado de los derechos fundamentales tanto por los hombres como las mujeres; acción estatal que se pone de manifiesto con la creación de normas como la que está siendo impugnada que, en aras de no repetir el desarrollo histórico desigual, pretende lograr el equilibrio entre los géneros a nivel práctico¹⁶⁷.

Propiamente, se indica en el voto que es una acción afirmativa, sin explicar muy bien en qué consisten estas y rechaza por fondo la acción. Sin embargo, este tipo de sentencias dejan un cierto sin sabor por su falta de fundamentación, no es de extrañarse ver este tipo de sentencias no fundamentadas donde solo se recurre a citar otras sentencias, sin producir un verdadero análisis.

Es por tanto que surge la duda si será que muchos de quienes aplican el derecho y de quienes legislan no tienen una sensibilización de género de modo que no pueden fundamentar este tipo de acciones que se dicen ser creadas como acciones afirmativas; además, se pregunta si dentro de la maquila jurisdiccional hay modos de resolver ya previamente meditados, de modo que no necesita mayor análisis del caso en particular. Este tipo de sentencias da pie para estudiar y confrontar su fundamentación con teorías género-sensitivas.

Para finalizar esta sección, cabe traer a colación el **caso Artavia Murillo contra Costa Rica, caso ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos** (Corte IDH)¹⁶⁸. En este conocido caso, se toca de forma somera y tangencial lo referente a la discriminación en razón del género; al respecto la Corte IDH, indica que, "...la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir **impactos desproporcionados diferenciados** por la existencia de estereotipos y prejuicios..."¹⁶⁹ que giran en torno a la procreación y la maternidad, a pesar de la existencia de normativa, que obliga a eliminar dichos patrones socioculturales.

A título de conclusión de este primer capítulo, aunque no se agote el tema, resulta visible cómo el discurso jurídico costarricense se encuentra permeado de concepciones sexistas, que realizan diferencias entre hombres y mujeres, enclaustrando a éstas a

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso internacional, Caso Artavia Murillo contra Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012".

¹⁶⁹ *Ibidem*. Párr. 294.

posiciones domésticas, moralistas o secundarias con respecto al parámetro masculino visto como lo universal, y que aun cuando se reconocen escenarios de discriminación contra las mujeres, resulta difícil realizar análisis de género tomando en consideración algunas de sus causas y consecuencias en la realidad social.

Capítulo II. Aspectos teóricos ius filosóficos y feministas para el estudio del Discurso Jurídico presente en la Ley N° 9161

Si algo importante y destacado existe en las normas jurídicas, esto es seguramente el lenguaje con el que se expresan, porque su apreciación y significado traen consigo relevantes consecuencias para normar la conducta social (...). El lenguaje-expresó Ludwig Wittgenstein- es una forma de vida o de otro modo podría decirse: el lenguaje revela la forma de vida de una comunidad¹⁷⁰.

De la anterior cita, resulta pertinente señalar dos premisas: en primer lugar, la valoración y significado que se otorguen a los conceptos de las normas jurídicas traen consecuencias a la vida social y, en segundo lugar, el lenguaje jurídico revela una forma de vida: valores, ideologías, costumbres y más de una sociedad.

El lenguaje surge como una convención lingüística que se ha venido forjando durante años proveniente de la voluntad humana ya sea consciente o inconscientemente; consecuentemente, este mismo lenguaje puede ir cambiando según la coyuntura socio-cultural o el paso del tiempo.

En ese sentido, en aras de una mayor precisión en torno a las posturas de las cuales parte este trabajo, resulta relevante hacer algunas precisiones sobre la naturaleza del lenguaje desde la perspectiva analítica que se desea plantear, pues el mismo expresa las normas jurídicas, que a su vez son interpretadas como lenguaje y por medio de signos lingüísticos y contextuales, expresa la cosmovisión fáctica y valorativa de la comunidad jurídica. Este es el enfoque de este capítulo: definir y ahondar sobre algunas concepciones sobre el derecho como discurso desde la iusfilosofía realista y el feminismo, y para confrontar el concepto de mujer utilizado en la Ley N° 9161 con estas teorías.

Sección A. La indeterminación del lenguaje jurídico.

Ahora bien, si se parte de una postura feminista que critica al Derecho como un discurso, resulta pertinente analizar ciertas características de ese discurso o lenguaje jurídico, tal como se hará en la presente sección. Si bien es cierto, el derecho puede tener

¹⁷⁰ Abelardo Rojas Roldán, “El lenguaje y los conceptos del Derecho”, Revista Facultad de Derecho- UNAM. N° 193-194, Consultado el 23 de mayo del 2016, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/193/tyo/tyo10.pdf>.

diversas acepciones, no se puede negar que este parte del uso del lenguaje que conforma diversos discursos jurídicos; no obstante, pese a que resulta simple entender este punto, muchos y muchas juristas no conocen las particularidades que componen el lenguaje, ni su papel frente a las normas y consideran que el derecho se compone de normas previamente existentes en la naturaleza que únicamente requerían que alguien las escribiera.

El derecho es una manera de hablar (*façon de parler*) que puede, o no, tener consecuencias prácticas. Específicamente: es la «manera de hablar» propia de un gremio, el de los juristas; aquella que estos emplean para llevar a cabo su actividad profesional con todas sus consecuencias prácticas¹⁷¹.

Asimismo, este lenguaje jurídico es una derivación del lenguaje común, lo que quiere decir que comparten las características de indeterminación, ya sea en menor o en mayor grado, así como su carácter convencional y con textura abierta. Ocultar esa realidad puede conllevar a caer en mitificaciones sobre los términos jurídicos tal como el mito básico del derecho, mismo que fue explicado en la introducción de este trabajo. Sobre este mito básico del derecho, Jerome Frank señala que:

¿Por qué la generalidad de los juristas insiste en que el derecho debe y puede ser conocible claramente y predecible en forma precisa, aunque al hacer eso justifican la popular creencia en un absurdo patrón de exactitud jurídica? No obstante, solo se puede alcanzar un grado limitado de certeza jurídica. Si es verdad que se persigue una certeza jurídica mayor que la requerida y alcanzable en la práctica, quiere decir que la exigencia de excesiva estabilidad jurídica no proviene de necesidades prácticas. Ella necesita tener sus raíces no en la realidad, sino en un afán por algo irreal¹⁷².

Incluso, se puede reconocer la existencia de diversos niveles o diferentes discursos a lo interno del derecho.

El discurso jurídico reconoce distintos niveles, el primero corresponde al producto de los órganos autorizados para “hablar”: normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias, contratos (...) El segundo Nivel del discurso jurídico está integrado por las teorías, doctrinas, opiniones que resultan de la práctica teórica de los juristas y por las alusiones de uso y manipulación del primer nivel o sea por la práctica de los abogados, escribanos, y “operadores en general”. Finalmente, el tercer nivel es donde se juega el imaginario de una formación social. Es el discurso que producen

¹⁷¹ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 39

¹⁷² Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (Massachusetts: Peter Smith, 1970), 11 -12.

los usuarios, los súbditos, los destinatarios del derecho, en un juego de creencias, de desplazamientos y de ficciones¹⁷³.

Todos esos discursos a lo interno del Derecho tienen la característica común de que:

Presentan variedades y antinomias, no solo entre ellos sino hasta en el interior de cada uno. Por eso es que el derecho no configura, a diferencia de lo que muchos se imaginan, un sistema propiamente dicho. En realidad abarca un conjunto bastante heterogéneo de discursos, los cuales entre sí se complementan y contradicen de múltiples maneras¹⁷⁴.

Por lo anterior, no resulta descabellado afirmar que el derecho constituye un discurso producido, en parte, por quienes legislan. Sin embargo, la producción del derecho o de ese discurso, no depende solamente de las personas que emitan la norma. Bien como señala Enrique Marí, no existe uniformidad semántica en el discurso jurídico, ya que este tiene un modo de constitución que se da como un proceso no continuo¹⁷⁵. Es decir, no existe un único significado en las normas jurídicas, ni aún si se considera la “voluntad de las personas legisladoras”, puesto que quienes legislan emitirán la ley de conformidad con sus propias valoraciones, que pueden ser o no ser compartidas por el resto de la comunidad jurídica. Por ello, resulta particularmente importante revisar el discurso que gira alrededor de las normas; es decir, no sólo el texto normativo en sí, sino la forma en que fue creado y a partir de cuáles valoraciones o expedientes axiológicos, además de la forma en que se aplica por las personas operadoras del Derecho, como se pretende hacer en próximos capítulos.

Lo anterior, en la medida que en la producción de normativa, de doctrina y de resoluciones judiciales se entremezclan una gran cantidad de discursos, no solamente jurídicos sino también de índole moral, religiosa o, en un sentido más general, de orden ideológico que contribuye a dar un significado específico en un momento dado para ciertas personas. Asimismo, en dichos procesos de formación del derecho se inmiscuyen diferentes agentes que conllevan a modificar los significados que se le da a los términos jurídicos, ya que en el acto interpretativo se incorporan sus propias valoraciones e ideologías.

¹⁷³ Carlos María Cárcova, *Derecho, Política y Magistratura*. (Buenos Aires: Biblos, 1996), 30 y ss.

¹⁷⁴ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 41.

¹⁷⁵ Enrique Marí, “Moi, Pierre Riviere...y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales” en *Papeles de Filosofía*. (Buenos Aires: Editorial Biblos, 1993), 260.

Mediante el lenguaje común, también el lenguaje «técnico» del derecho se trasladan nociones vulgares como visión del mundo (Weltanschauungen), las predominantes en el medio: pre-comprensiones del hombre de la calle en materia ética, religiosa, mitología política, y en general las «Construcciones» del imaginario social; igualmente, ideas simplistas sobre la ciencia (así, sobre las posibilidades de los «métodos»). El jurista comparte, en general, la visión del mundo que tiene la gente en su país¹⁷⁶.

Este párrafo manifiesta cómo es que las valoraciones de sociedad dominante suelen tener injerencia en la normativa de un país, ya que el lenguaje no solo es un modo de reproducir cómo es el mundo exterior, sino que también se utiliza para realizar valoraciones; por lo tanto, el lenguaje se puede apreciar como un modo de ver la realidad. Por otra parte, en el lenguaje no solo hay que prestar atención a lo que se dice, sino que también hay que tomar en cuenta quién lo dice, para así poder entender el sentido de lo que se propone; es decir, se debe ver el contexto y las funciones propias del lenguaje.

Lo descrito sucede tanto en el lenguaje cotidiano como en el jurídico, ya que existe una multivocidad en las palabras, por lo que se hace necesario tomar en cuenta los “*juegos del lenguaje*”; esto es, tomar en consideración el contenido de una conversación en función del contexto y los interlocutores, lo que estos entiendan por cada palabra, ya sea inconscientemente, porque lo haya aprendido en su educación o porque decidieron utilizar un determinado significado para el tema en discusión; consecuentemente, muchas veces los mismos participantes de este juego, no llegan nunca a discutir sobre lo mismo por entender diferente el problema.

Analizando el Derecho como un discurso es posible evidenciar cómo se aprueban y desaprueban juicios de valor, lo que atenta contra la creencia idealizadora del Derecho que lo percibe como un sistema de racionalidad, precisamente porque se trata de un discurso político y escasamente científico. Dentro de esa forma de hablar que es el Derecho, se puede presenciar que el lenguaje como tal no puede ser comprendido por todos los receptores de la misma manera y, más aún, estos pueden verse influenciados por distintos factores.

¹⁷⁶ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 47.

“Si los valores son vagos, y si son siempre demasiado vastos para el caso preciso y concreto que consideramos, solo nos queda fiarnos de nuestros instintos”¹⁷⁷, esto sucede con el lenguaje jurídico que al ser inexacto, queda al entendimiento de quien lo interpreta, influenciado tanto por su formación como por los factores externos y la forma en que la persona se relaciona con los mismos, realizando valoraciones; por lo que, “para justificar la racionalidad de estos, se hace necesario, pues, comenzar por explicar que existe ni más ni menos que una racionalidad en esas valoraciones mismas, las cuales se imponen desde el comienzo, en un plano pre –dogmático: intervienen allí como pre-comprensiones¹⁷⁸”.

Partiendo de esta consideración, se puede decir que dentro de un discurso jurídico, se encuentra no solo la dogmática, sino que también contiene un análisis extra dogmático, que proviene de construcciones sociales en las que se basa el derecho, de modo que cuando se habla de términos tales como “*libertad*” o “*justicia*”, se tiene una concepción previa de los valores que pueden componer esos conceptos, mismos que yacen desde los cimientos del Derecho; contrariando su imagen como una estructura hermética a la que simplemente se debe acudir para descubrir las nociones o esencias de las palabras en un sentido jurídico, noción de la que se parte muchas veces al estudiarlo.

Por ello, en palabras de Pedro Haba, el derecho debe entenderse como una “*práctica social discursiva*”¹⁷⁹, ya que no se trata solamente de las palabras, sino de comportamientos, símbolos, creencias y conocimientos.

El lenguaje del derecho positivo no tiene fundamentalmente características de tipo científico, porque sus objetivos son sobre todo de orden volitivo-social, normativo; quiere decir que sus fines son *políticos* (en sentido amplio). Lo científico, en la medida en que sea admitido hacerlo entra en la composición de esos discursos, no ocupa entonces sino un lugar secundario, pues allí no puede alcanzar sino cierto nivel «técnico», siempre subordinado a precomprensiones básicas –«universos simbólicos», Weltanschauung vulgar, múltiples prejuicios, simplismos de todo orden- del lenguaje cotidiano. Lo peculiar de la visión del mundo del jurista, como «ciencia», reside justamente en que aquella *NO* es peculiar. Lo peculiar del derecho puede ser, en todo caso, algunos aspectos «técnicos» de su nomenclatura propia. No lo es, para nada, la *visión del mundo* en que aún estos se sustentan; la cual, en su caso, comanda hasta las aplicaciones de dicha técnica misma¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Jean-Paul Sartre, El existencialismo es un humanismo (Barcelona: Ediciones Folio S.A., 2007), 23.

¹⁷⁸ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 127.

¹⁷⁹ Enrique Pedro Haba, Axiología Jurídica Fundamental (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010), 22- 23.

¹⁸⁰ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 51.

En el derecho, particularmente, se usan palabras que ocasionan un efecto emocional en los receptores; por ejemplo, cuando se habla de Derechos Humanos se repiten conceptos indeterminados de textura abierta, tales como cuando se habla de justicia, del derecho a la vida, libertad de expresión, entre otros. Todos se componen de conceptos que no son previamente definidos, de modo que pueden llegar a ser interpretados de modo distinto al que el Poder Legislativo esperaba, esto debido a la ambigüedad y multivocidad del lenguaje. Al respecto, Kantorowicz como integrante del movimiento del Derecho Libre, hace referencia a las lagunas que se pueden encontrar en las leyes de forma tal que:

...hay tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta en sus últimos elementos; solo pocos han sido definidos y esos pocos solo por medio de otros conceptos a su vez indefinidos. Por ello resulta altamente improbable que un caso dado sea captable mediante la parte indubitada de los diferentes conceptos aplicables y que no nos encontremos con sus contornos borrosos¹⁸¹.

De esta forma, se estaría aceptando el hecho de que los conceptos jurídicos son, en mayor o menor medida, indeterminados, para lo cual requieren que en el acto interpretativo se les dé un contenido. Si se analiza el lenguaje jurídico desde su composición por conceptos indeterminados se debe hacer notar el carácter abierto de estos, cuya concreción se le transfiere a la persona juzgadora. Asimismo, debido a lo difusos que resultan los límites del término, dichos conceptos remiten a valores y reglas extrajurídicas¹⁸².

Es decir, las normas no llegan a tener un alcance real “en cuanto sea objeto de unas *mediaciones* interpretativas, las cuales están más allá de la «letra» de ese discurso. Ellas suelen correr, en buena medida, a cargo de intérpretes autorizados ubicados dentro del aparato estatal¹⁸³.

Como alternativa para rellenar el contenido de dichos conceptos abiertos resulta usual que quienes interpretan las normas acudan a sus expedientes ético-ideológicos o intuitivos de su experiencia o de teorías vulgares de la cotidianidad.

¹⁸¹ Hermann Kantorowicz, La lucha por la ciencia del derecho, En La ciencia del Derecho. Trad. Goldschmidt, W. (Buenos Aires: Losada, 1949), 337.

¹⁸² Horst-Eberhard Henke, La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad, Traducción de Tomas A. Banzhaf, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas EuropaAmérica, 1979), 71 y ss.

¹⁸³ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 59.

Como bien lo menciona Minor Salas al criticar la fundamentación normativa o aquella que se basa en dichos expedientes valorativos:

Sobre este aspecto particular se suelen preocupar muy poco la ciencia jurídica y los operadores del Derecho, quienes se esconden más bien bajo los tecnicismos, las fórmulas vacías o de los “principios generales” para rehuir, así, la responsabilidad ética y política que inevitablemente implica su accionar. Como parte de la fundamentación normativa, los jueces acuden, por lo general, a ciertos expedientes ético (-ideológicos) ocultos, lo que da pie, en la realidad, a un tipo de fundamentación quasi-metafísica de las sentencias. No es inusual que se apele, por esta vía, a determinados valores fundamentales que (supuestamente) se encuentran, o bien en la Constitución Política, o bien fuera del ordenamiento jurídico mismo (Derecho Natural). Independientemente de si esos valores existen o no, lo cierto del caso es que la invocación que de ellos se hace no es, por ende, estrictamente racional, sino una cuestión emotiva, ética o religiosa. Aquí están en juego incontables emociones y pasiones, de manera tal que el juez tiene únicamente la opción de buscar un consenso –relativo y precario– con la comunidad jurídica y sus colegas¹⁸⁴.

Dicha fundamentación permea, no sólo las resoluciones judiciales, si no la mayoría de los criterios de quienes interpretan y trabajan con el Derecho cotidianamente, de forma tal que se cede ante una fundamentación intuitiva, en la que se utilizan conceptos o categorías retóricas tales como justicia, equidad, principios generales del derecho, o proporcionalidad, entre muchas otras, cuyo contenido es predominantemente emotivo, “...aunque con el empleo de estas fórmulas vacías se quiere despertar la impresión de que se acude a realidades óntico objetivas...”¹⁸⁵.

Lo anterior, provoca una falta de diferenciación entre los fenómenos convencionales como el lenguaje, proporcionados por la costumbre de la vida social, y “(...) las uniformidades provenientes de la naturaleza y esto va acompañado, a menudo, de la creencia de que ambas son impuestas por una voluntad sobrenatural”¹⁸⁶. Resulta necesario desprenderse de dichas concepciones que conducen a autoengaños en el ejercicio profesional y académico, cuando se analizan las normas y el resto del discurso jurídico sin

¹⁸⁴ Minor E. Salas, “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N.º. 13, (2006): 11, consultado el 20 de octubre, 2015, <http://dialnet.unirioja.es/revista/2494/A/2006>.

¹⁸⁵ *Ibidem*, 12.

¹⁸⁶ Karl Popper, *La Sociedad Abierta y sus enemigos*, Trad. Eduardo Loedel. (Barcelona: Ediciones Paidós, 1982), 169-170.

tomar en cuenta la posibilidad de elección que se tiene en la interpretación de ese discurso y sin considerar las consecuencias prácticas de la toma de dicha decisión. Como dijo Carlos Vaz Ferreira:

El paralogismo es, en sí mismo, tratar las cuestiones normativas como si debieran forzosamente tener alguna solución sin inconvenientes, y pensar en consecuencia; aunque la causa de eso, es cierto, venga en parte del hábito o actitud habitual con que se trata las cuestiones explicativas, en que si no prácticamente, por lo menos teóricamente, hay una sola solución; y como la palabra solución, en las explicativas, quiere decir averiguar, comprender, explicar cómo es algo, esa solución es teóricamente única y perfecta, en tanto que en las normativas, la palabra solución quiere decir otra cosa; significa o comporta elección; y solo es dado elegir, en la mayor parte de los casos de la práctica, lo menos imperfecto¹⁸⁷.

No es de extrañarse, entonces, que cuando la persona intérprete deba realizar su trabajo, se encuentre con varias opciones y ante estos deba tomar una decisión considerando sus creencias, valoraciones e incluso las presiones sociales. Sin embargo, debe ser consciente de la responsabilidad política o práctica de su elección.

En tales casos, no poco frecuentes, ocurre que en definitiva, por uno u otro motivo, la «voluntad» se impone sobre el «conocimiento»; o bien, en todo caso, aquella tendrá que arbitrar entre conocimientos que pueden conducir respectivamente a soluciones distintas. De cualquier manera, sea cual fuere el dictamen del «conocimiento» - el técnico-jurídico junto con otros- en el foro de la conciencia lingüística del intérprete autorizado, siempre hace falta, para hacer valer tal o cual interpretación, que este mismo decida hacerlo así. Esto es: que él quiera escoger precisamente esta interpretación, no otra, ya sea porque tal es espontáneamente la voluntad suya propia- por sus conocimientos, afectos o lo que fuere- o porque ha sido «presionado» -en la sociedad civil o por otras autoridades estatales- para que se manifieste de esa manera¹⁸⁸.

Es en este punto donde es menester discutir sobre el papel que juegan las creencias o la cabeza de los intérpretes, esto porque son seres humanos que se ven influenciados por la sociedad en la que viven, la crianza, la educación, la religión, la postura política de este, por lo que al momento de interpretar, estos no solo van a ver el texto legal, que de por sí es impreciso, va a ponderar según sus prejuicios y, lo más importante, es que va a decidir según su voluntad.

¹⁸⁷ Carlos Vaz Ferreira, *Lógica Viva* (España: Centro Cultural de España – Montevideo, 2008), 107.

¹⁸⁸ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 64.

Entendiendo todo lo anterior, se pueden discutir aspectos básicos del lenguaje, como es su carácter arbitrario, pues “las palabras son signos convencionales, en contraste con los signos naturales (...) las palabras son signos arbitrarios que se convierten en signos convencionales una vez que los han adoptado los usuarios del lenguaje¹⁸⁹”. No obstante, de lo anterior sí se puede destacar la existencia de cierta convencionalidad, es decir:

Desde el punto de vista *lógico*, cualquier cosa podría ser dicha de cualquier manera y cualquier formulación lingüística podrá ser utilizada para decir cualquier cosa, pues no hay ligamen *necesario* entre lenguaje e ideas o entre lenguaje y realidad. Ello consiste, simplemente, en ciertos hábitos colectivos: son más o menos uniformes, o distintos, en determinado medio social. Por esto, en los hechos unos significados son más comunes que otros¹⁹⁰.

Asimismo, a causa de las múltiples interpretaciones que caben en el derecho a causa de esos conceptos problemáticos se puede afirmar que el lenguaje, a pesar de ser convencional, tiene un carácter no exacto, el cual aumenta en razón de las presuposiciones de los interlocutores tanto por la polisemia como por la vaguedad, porosidad, e inconsistencias dentro del lenguaje. La ambigüedad o polisemia del lenguaje hace referencia al hecho de que: “...la misma palabra cambia de sentido en función de los contextos donde sea utilizada”¹⁹¹; esto es cuando una sola palabra puede significar dos o más cosas distintas y su significado va a variar según el contexto presentado. Cuando se habla de la **vaguedad**, se indica que “un término es vago en la medida en que resulte dudoso si ciertos objetos o situaciones caben aún dentro de la esfera de los significados que tiene esa palabra”¹⁹²; esto sucede cuando no hay certeza sobre el significado que se le debe designar a determinada cuestión.

La textura abierta o la porosidad del lenguaje común, hace referencia a los casos cuando las palabras que se utilizan cotidianamente sin generar ninguna duda, pueden eventualmente suceder “casos ante los cuales el uso actual de dichos términos no nos

¹⁸⁹ John Hospers, Introducción al análisis filosófico, Trad. Julio Cesar Armero (Madrid: Alianza Editorial, 1976), 14-18.

¹⁹⁰ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 90.

¹⁹¹ *Ibidem*, 103.

¹⁹² *Ibidem*, 104.

ilustraría, de una manera concluyente, sobre si estos son o no aplicables a tales situaciones, las nuevas”¹⁹³. Asimismo, están las **inconsistencias** que son cuando:

Falta acuerdo suficiente sobre las reglas para el uso de tal o cual término, ello trae por consecuencia que dichas palabras sean usadas según acepciones diferentes, sin que se sepa muy bien, desde los ángulos meramente lingüísticos, por qué son empleadas unas veces en determinado sentido y otras en otro sentido diferente¹⁹⁴.

Por lo anterior, se requiere estudiar el texto de la reforma introducida por Ley 9161, así como sus antecedentes legislativos, ya que de esa forma será posible percibir el universo simbólico o axiológico del cual parte la redacción de la norma, así como las resoluciones judiciales que interpretan y aplican la norma al caso concreto, ya que permite estudiar el discurso valorativo que se ejecuta en el lenguaje judicial. En palabras de Carrión:

No existe, hasta donde conocemos, ningún método para determinar la significación de un determinado discurso jurídico en el contexto discursivo dominante. (...) En fin ¿cómo puedo controlar el tráfico semántico que va desde la producción, lingüísticamente expresada y detectable, de un presupuesto y original discurso político que organiza el universo semántico social y se intenta institucionalizar en el discurso jurídico legislativo (DJL) y particularizarse en su aplicación efectiva en el discurso jurídico jurisprudencial (DJJ)?¹⁹⁵

Efectivamente, resulta muy complicado responder a la interrogante planteada por el autor mencionado. Sin embargo, la pregunta formulada permite visualizar la interrelación que existe entre el discurso político, el jurídico legislativo y el jurídico jurisprudencial. A partir de dicha relación, es posible analizar los valores que prevalecen en un sistema político o en una comunidad jurídica, la forma en que se relaciona con la normativa positivizada a partir de esos valores y estructuras de poder y, por último, cómo la normativa es interpretada a partir de valores androcéntricos, bastante similares o no, a los que predominan en la sociedad.

Sin embargo, al analizar el discurso jurídico, en general, y de la Ley 9161 en particular, no se puede analizar solamente el componente lingüístico o semántico de las disposiciones legales. Como lo expresa Haba: “(...) del análisis semántico de una

¹⁹³ *Ibidem*, 104, 105.

¹⁹⁴ *Ibidem*, 105.

¹⁹⁵ Roque Carrión Wan, “Elementos de Semiótica Jurídica”, *Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso*, No. 15 (julio- diciembre, 1979): 267.

disposición jurídica, o de un conjunto de ellas, no se conseguirá “deducir” las maneras en que el discurso del derecho funciona, o conocer los otros discursos con que este está combinado, explícita o implícitamente, al aplicarlo”¹⁹⁶. Por ello, resulta necesario, en primer lugar, estudiar el texto de la norma, señalando algunas nociones indeterminadas que contiene y que a su vez inciden en la construcción de la categoría de mujer de la que parte la normativa analizada. Dicho ejercicio de señalar o sacar a la luz las indeterminaciones de la Ley 9161, es necesario para “higienizar” el discurso, evitando los efectos emotivos, persuasivos o retóricos que se vinculan con los términos que se mencionarán.

En el primer capítulo de este trabajo, se pudo demostrar cómo en mucha de la normativa, textos doctrinarios y jurisprudencia de Costa Rica, han existido históricamente sesgos, prejuicios y valoraciones desfavorables en contra de la condición de la mujer; todo lo cual constituye un indicio de la forma en que las estructuras de poder androcéntricas han perpetuado una cosmovisión estereotipada en cuanto a los géneros.

Entonces, el análisis de valores propuesto parte precisamente, de un estudio de las valoraciones jurídicas primarias; es decir, de aquellas que exigen una descripción de los valores socialmente vigentes. Posteriormente, se requiere que se adopte una actitud crítica frente a los actos que impone la norma; es decir, que se revaloren de frente a la finalidad de la norma¹⁹⁷. En este sentido, cabe señalar que la normativa en estudio (Ley N° 9161) hace referencia a que su finalidad es la introducción de proporcionalidad y especificidad de género. Sin embargo, al incorporar dichos términos no se especifica el motivo por el cual se cree que esa legislación traerá una situación de “*proporcionalidad*”. Por lo anterior, a quien interprete la norma no le quedará más que elegir una valoración que tendrá efectos en la realidad social, ya que, de lo contrario, se estaría aceptando una concepción primitiva y mítica del lenguaje que conlleva la reforma. Nótese como incluso actualmente, en el medio del gremio jurídico, se mantienen dichas formas de pensamiento, según las cuales, introduciendo un par de palabras, se cambiará paralelamente la realidad misma.

No se crea, sin embargo, que lo dicho hasta este punto tiene efectos solo en la actividad teórica. Los efectos de los fenómenos descritos son de una importancia

¹⁹⁶ Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamental* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010), 257.

¹⁹⁷ Jose Manuel Delgado Ocando, *Curso de Filosofía del Derecho actual* (Venezuela: CEFD-Luz, 1976), 677-678.

decisiva en la vida jurídica. En la práctica judicial, el naturalismo lingüístico y la magia verbal se evidencian en la tesis de que existen ciertas definiciones propias o reales de los conceptos jurídicos. Igualmente, se manifiesta en el uso de conceptos jurídicos indeterminados (v.g. los principios de razonabilidad y **proporcionalidad**). Finalmente, es de importancia notar las consecuencias fácticas de tales o cuales definiciones asumidas a-críticamente¹⁹⁸.

Por lo anterior, es necesario evidenciar, mediante un análisis pormenorizado del discurso que promovió la reforma introducida por la Ley 9161, no solamente ciertos estereotipos, sino indeterminaciones que son dotadas de contenido por medio de los valores que se encuentran en el contexto socio-jurídico costarricense o al menos, en la práctica tanto legislativa como judicial del país. Así también, se estudiará la influencia de la aplicación de la normativa bajo análisis, en aras de evitar caer en conclusiones basadas en magia verbal; es decir, posterior a la higienización del discurso normativo¹⁹⁹, se tomará en cuenta la realidad social y la influencia del discurso jurídico en esta. Para ello, será útil analizar la forma en que tribunales nacionales aplican la normativa bajo estudio, así como la relación que ello ha tenido en el fenómeno de hacinamiento carcelario que mantiene Costa Rica, como probable causa de la reforma.

Sección B. La postura crítica feminista del Derecho como Discurso

De forma preliminar, es necesario definir qué es el feminismo, ya que socialmente ha sido un movimiento ignorado o incluso mal interpretado. Este como lucha implica:

...la teoría feminista pone al descubierto todas aquellas estructuras y mecanismos ideológicos que reproducen la discriminación o exclusión de las mujeres de los diferentes ámbitos de la sociedad [...] el feminismo ha desarrollado una mirada intelectual y política sobre ciertas dimensiones de la realidad que otras teorías no habían sido capaces de conceptualizar. En este sentido, los conceptos de violencia de género, acoso sexual, feminicidio, género, patriarcado o androcentrismo, entre otros, han sido acuñados por el feminismo. En definitiva, lo que este marco de interpretación de la realidad pone de manifiesto es la existencia de un sistema social en el que los varones ocupan una posición social hegemónica y las mujeres una posición subordinada²⁰⁰.

¹⁹⁸ Minor E. Salas Solís, *Yo me engaño, tú te engañas, él se.... Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*. 2ª Edición. (San José, Costa Rica: Isolma, 2013), 72-73.

¹⁹⁹ Haba, Enrique Pedro. *Metodología Realista Crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa practica al discurso normativista de los jueces)*. Doxa-25. 2002. P. 503-531.

²⁰⁰ Rosa Cobo Bedía, *Aproximaciones a la Teoría Crítica Feminista* (Lima, Perú: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres Boletín del programa de Formación, 2014), 9.

Dicho de otro modo, el feminismo pone en tela de juicio las opresiones que sufren las mujeres en la sociedad patriarcal al denotar que están relegadas a un papel secundario, de lo otro, pues el parámetro de lo humano es el hombre.

Para entender aún más esta lucha es necesario conocer las olas del feminismo vistas desde donde se originaron y contrastarlas con su realización en Costa Rica, estas se dividen en tres. El feminismo tiene un pasado de aproximadamente tres siglos, pese a que esto trate de ser escondido en la historia, Rosa Cobo²⁰¹ señala que su origen se remonta al siglo XVII con François Poullain de la Barre y la publicación de un libro en el cual señalaba que la subordinación de las mujeres no venía de la naturaleza de estas, sino de la sociedad. No se puede evitar señalar cómo alguien pensó en esto en 1673 mientras que todavía hay quienes consideran que las mujeres son débiles por “naturaleza”, y no porque estereotípicamente se les ha hecho creer esto. Un siglo después de esto, con la Revolución Francesa las mujeres cobraron algunos derechos con los que no contaban mientras que los hombres sí. En este momento surgen diversas autoras que empiezan a hablar sobre la desigualdad existente. Se puede hablar de autoras como Mary Wollstonecraft que empiezan a discutir la igualdad de las mujeres frente a los hombres, en específico en razón de los derechos. Esta primera ola feminista tiene un origen en Europa.

La segunda ola feminista tiene mayor enfoque en el continente Americano e Inglaterra, esta tiene que ver con el movimiento sufragista y surgió en Estados Unidos con la Declaración de Sentimientos o Declaración de Seneca Falls en 1848, donde las mujeres exigieron tener los mismos derechos que los hombres. Muchas de estas mujeres participaron en el movimiento del Segundo Gran Despertar, que permitía a las mujeres leer las “sagradas escrituras” y luego también participaron activamente en la lucha de las personas negras para poder votar, con el fin de recibir apoyo de estas cuando las mujeres se incursionaran en la misma lucha, aunque sin éxito²⁰². Esta ola fue más política ya que las mujeres empezaron a luchar por su derecho al voto junto con otros que les eran negados.

El movimiento sufragista finaliza con la Primera Guerra Mundial y a partir de ese momento, el derecho al voto comienza a ser una realidad en algunas sociedades.

²⁰¹ *Ibidem.*

²⁰² *Ibidem.*

En la primera mitad del siglo XX, millones de mujeres votarán en diferentes regiones del mundo. El éxito del sufragismo ha sido incuestionable, pues el derecho a la educación, al ejercicio de diversas profesiones, a la propiedad o al divorcio, entre otros, se ha convertido en una realidad para millones de mujeres²⁰³.

La tercera ola del feminismo se caracteriza por autoras como Simone de Beauvoir con el libro “El Segundo Sexo”, se empieza un feminismo radical de la igualdad. En esta ola surgen diversas autoras y posturas, de modo que también se empezó a hablar del feminismo de la diferencia, el posmoderno, el queer, el multiculturalista y muchos más.

En el libro *Hilvanando Nuestra Historia: relatos feministas del INAMU* se indica que las olas del feminismo son otras, la primera es el movimiento sufragista, la segunda el movimiento de liberación de las mujeres y la tercera la búsqueda de la redefinición de las fronteras de lo privado y lo público²⁰⁴.

En Costa Rica los primeros movimientos feministas se dieron con grupos como: *Colectivo VENTANA*, *CEFEMINA*, *Alianza de Mujeres Costarricenses*, *Colectivo Pancha Carrasco* y Grupo Lésbico Feminista *Las entendidas*. La Alianza de Mujeres Costarricenses, surge en 1949 cuando el país venía saliendo de la guerra civil, y sus primeras acciones fueron a partir de 1952 cuando se empezó a hablar del voto femenino y se planteó en el Registro Civil una propuesta para la cedulación de las mujeres, donde incluso muchas debían pedir permiso a los maridos para poder tomarse la foto de la cédula o que el marido estuviera en la casa para que así le pudieran tomar la foto ahí mismo²⁰⁵.

En los años setenta esta organización buscó el protagonismo de las mujeres, para que en los 80s se ratificara la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la reforma del código de trabajo y la licencia de maternidad²⁰⁶.

En Costa Rica en el año 2000 con la Alianza de Mujeres se enfocaron en la defensa de derechos laborales y económicos de las trabajadoras domésticas y posteriormente sobre

²⁰³ *Ibidem*, 20

²⁰⁴ Instituto Nacional de las Mujeres, *Hilvanando nuestra historia: relatos feministas* (San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2011).

²⁰⁵ Al respecto: *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

los Derechos sexuales, esto quiere decir que hace apenas 17 años en Costa Rica se empezaron a hablar sobre temas que en otros países datan desde los años 70²⁰⁷. Tal como lo menciona la costarricense, Alda Facio:

Hay que acordarse de que la palabra feminista o feminismo era como una mala palabra, y aunque había personas, mujeres que querían luchar por tener más derechos, o que se daban cuenta de la desigualdad que había en ese momento en Costa Rica, no querían tener nada que ver con el feminismo²⁰⁸.

En Costa Rica en los ochenta a penas se estaba empezando a hablar de derechos sexuales de las mujeres, métodos anticonceptivos y mujeres lesbianas, estos eran grupos pequeños de mujeres muy osadas, ya que el feminismo era mal visto; no obstante, en la actualidad todavía hay quienes piensan que el feminismo es igual a misandria y no es de extrañarse escuchar comentarios cargados de ignorancia respecto al tema, por lo que no se puede pensar jamás que el feminismo ya no es necesario en razón de que “ahora existe igualdad”.

En la década de los noventas, los movimientos feministas alcanzan una mayor visibilización desde la especificidad de las mujeres; por lo que, se comienza a discutir sobre mujeres afrodescendientes y lesbianas, se comienza a luchar contra la violencia hacia las mujeres y se empezaron a habilitar mayores espacios que permitieran la reunión de feministas²⁰⁹. En esta época sobresalieron grupos como *Claroscuro*, *Colectiva 25 de noviembre*, *mujeres por una vida sin violencia*, *Radio Internacional Feminista*, *Centro de Mujeres Afrocostarricenses*, *Agenda Política de Mujeres* y la *Asociación de Mujeres en Salud*²¹⁰.

En los dos mil, después del avance de la década anterior, la lucha tendiente a las brechas de género se tornó lenta y difícil. En esta época sobresalió el *Consejo de los 12 Puntos* y la *Red feminista contra la Violencia hacia las Mujeres*, entre otras.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ Alda Facio en: *Ibidem*, 42.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

Conociendo lo que significa el feminismo y el trayecto de este, es necesario aclarar a qué se refiere esta investigación cuando se habla de la Teoría Crítica Feminista, ya que se piensa en esta como la posición crítica desde la visión feminista en la cual se crea “un marco interpretativo que ha dado nombre a las distintas situaciones de desigualdad y opresión que viven las mujeres en razón de su sexo”²¹¹. Este tipo de análisis trajo a colación varios conceptos tales como género:

El género opera como una estructura de poder, de igual forma que la clase, la raza o la cultura. Las sociedades están organizadas a partir de determinadas lógicas sociales de dominio. Pues bien, el género es una categoría que da cuenta de una forma de organizar jerárquicamente las relaciones entre hombres y mujeres en cada sociedad. El concepto de género identifica los espacios materiales y simbólicos en los que las mujeres tienen una posición de desventaja social²¹².

En el anterior párrafo se hace mención de la función del género en cada sociedad, ya que este es un concepto dinámico que se modifica históricamente y culturalmente, este ha servido para análisis más científicos de la situación en la que se encuentran las mujeres. Asimismo, se habla de conceptos tales como patriarcado, concepto del que también se puede discutir, ya que este concepto se introdujo no solo como una mera herramienta para dirigir la crítica, sino que es un concepto que sirve para caracterizar el tipo de sociedades que se basan en un modelo de opresión.

El patriarcado, por tanto, no es una unidad ontológica ni una invariante ajena a la historia sino una antigua y longeva construcción social, cuyo rasgo más significativo es su universalidad. También hay que destacar su carácter adaptativo, al extremo de constituirse en estructura central de todo tipo de sociedades, sean tradicionales o modernas, del norte o del sur, ricas o pobres. Ni las distintas religiones, ni las diferentes formas de Estado, ni los distintos tipos de economía, ni las diversas culturas, organizaciones sociales, formas raciales u otro tipo de estructuras, son un obstáculo en la formación de las sociedades patriarcales. Al revés, en algunos casos, como es el de las religiones, se convierten en fuentes inagotables de sexismo²¹³.

²¹¹ *Ibidem*, 13.

²¹² Rosa Cobo Bedía, Aproximaciones a la Teoría Crítica Feminista (Lima, Perú: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres Boletín del programa de Formación, 2014), 10.

²¹³ *Ibidem*, 11.

Esta característica del patriarcado se puede observar con la vida de los hombres y las mujeres, siendo que a los primeros se les asigna un rol social dentro en una vida mayormente pública, estos controlan los medios de producción y la política; mientras que, a la mujer, tradicionalmente, se le deja un papel más pasivo, doméstico y/o familiar. El patriarcado varía en cada sociedad; por ello, incluso cuando se habló de las olas del feminismo, no se puede dejar de lado cómo estas afectaron la historia costarricense, ya que claramente no fue del mismo modo que donde se originaron.

De ahí la naturaleza androcéntrica de toda construcción social, sea ésta simbólica o material. Y es que los varones, como genérico hegemónico, han definido ideológicamente y han fabricado materialmente todas las formas sociales a la medida de sus intereses como genérico dominante. El patriarcado, en cada sociedad, como el capitalismo, es un sistema que articula y organiza las relaciones de género a partir de diversas variables, como la religión, la cultura, la raza, el desarrollo económico o la organización política, entre otras²¹⁴.

Este último párrafo por ende no deja de lado lo que es el derecho; de modo que, cuando se define la postura crítica feminista del derecho como discurso, esta implica que, siendo que el derecho ha sido creado por hombres o al menos con valores propios de un sistema patriarcal, existe una sociedad donde hay una clara sujeción de las mujeres. Por lo tanto, la política y los instrumentos políticos (tal como el derecho) no pueden estar exentos de esta influencia. Por más que una ley se fundamente bajo el pretexto de ser feminista, tener enfoque de género o proteger a las mujeres; no resulta extraño que se vea influenciada por valores patriarcales o paternos, que en la búsqueda de proteger a un tipo de mujer, la confinan al hogar e invisibilizan a otras mujeres que no cumplen con el estereotipo. Todo lo anterior por cuanto el género funciona como una estructura de poder.

El patriarcado se asienta en un sistema de pactos entre los varones a partir de los cuales se aseguran la hegemonía sobre las mujeres. Es un sistema de prácticas simbólicas y materiales que establece jerarquías y, como señala Celia Amorós, implanta espacios. Y no sólo eso, pues también clasifica las prácticas en anómicas y normales y señala y distribuye el alcance y la fuerza de las voces que se han de oír. Todo sistema de dominación para serlo y para reproducir su hegemonía debe tener la fuerza y el poder suficiente para producir las definiciones sociales. En otros términos, los sistemas de dominación lo son porque los dominadores poseen el poder de la heterodesignación sobre los dominados, el de la autodesignación

²¹⁴ *Ibidem.*

sobre sí mismos y el de la designación sobre las realidades prácticas y simbólicas sobre las que se asienta su dominio²¹⁵.

Tanto las leyes costarricenses como el resto del Derecho cumplen una función de heterodesignación sobre las mujeres, cuyo efecto queda plasmado en los textos jurídicos (normas, doctrina y resoluciones judiciales) en cuanto relegan a la mujer a ciertos roles domésticos o maternales. Así se les asigna un contenido simbólico correspondiente a lo “otro” o lo “secundario”, pues dentro del entramado simbólico que posee el patriarcado, sus estructuras sociales tienden a reproducir este sistema social; por ello, las instituciones costarricenses realizan una actividad socializadora que mantiene una cohesión social patriarcal, ya que se está frente a uno de los sistemas de dominación. “El poder socializador que emana del imaginario simbólico patriarcal es necesario para que esta estructura de dominio se reproduzca ‘consensuadamente’”²¹⁶.

Al hablarse de una postura crítica al derecho como discurso desde el feminismo, se parte de ciertos postulados foucaultianos en torno a los dispositivos de poder y su relación con el discurso. En los términos más concisos y precisos usados por Foucault, el discurso debe analizarse:

... ya no simplemente por su aspecto lingüístico sino, en cierto modo (...), como juegos (games), juegos estratégicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha. El discurso es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro²¹⁷.

Es decir, el discurso no se trata solamente de lo que se expresa lingüísticamente, sino que interfieren ciertas prácticas sociales que funcionan como estrategias dentro de un marco político en el que se desarrollan ciertos juegos y luchas de poder. Tal como se ha señalado a lo largo de este capítulo, el derecho no resulta ajeno a dichas relaciones de poder, puesto que es un instrumento para su ejercicio. A su vez, el derecho se puede analizar desde ambas perspectivas propuestas por Foucault; es decir, desde el punto de vista lingüístico (qué se dice) y desde el punto de vista de la polémica y la estrategia (como se enmarca ese lenguaje

²¹⁵ *Ibidem*, 11-12.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Traducido por Enrique Lynch (Barcelona: Editorial Gedisa, 1996), 16.

en las prácticas sociales y en el esquema político). Dicha situación del derecho como discurso de poder también había sido puesta de relieve por el mismo Foucault, quien indica que el discurso jurídico, desde larga data, era:

(...) el discurso verdadero por el cual se tenía respeto y terror, aquél al que era necesario someterse porque reinaba, era el discurso pronunciado por quien tenía el derecho y según el ritual requerido; era el discurso que decidía la justicia y atribuía a cada uno su parte; era el discurso que, profetizando el porvenir, no solo anunciaba lo que iba a pasar, sino que contribuía a su realización, arrastraba consigo la adhesión de los hombres y se engarzaba así con el destino²¹⁸.

De esa forma, el derecho se estudia como un discurso, pero no se trata de cualquier discurso, sino del discurso oficial del Estado: un discurso del poder. Por ende, se basa en las valoraciones, prejuicios, precomprensiones y necesidades de quienes ostentan el poder en una sociedad; razón por la cual, ese discurso está colmado de contenidos simbólicos, tanto en su origen como en los contextos en que se desarrollan y aplican, aunque se intente dar una apariencia legitimadora con características de generalidad y neutralidad. En palabras de Foucault:

Entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes²¹⁹.

Debido a lo anterior, se forman algunos puntos de enlace entre los postulados sobre el discurso de Foucault y la teoría crítica feminista del derecho, ya que para el análisis de nuevas formas de subjetividad, se centran en las prácticas jurídicas o judiciales. Para el feminismo, resulta de gran relevancia la forma en que el Derecho ha construido la categoría de mujer o mujeres como sujetos del mismo, ya que la construcción mencionada no ha sido en los mejores términos, ello debido a que mantiene de formas aun sutiles la subordinación de lo femenino.

Tanto para Foucault como para el feminismo resulta esencial el análisis del poder, el cual resulta particularmente pertinente cuando se estudia al Derecho como discurso político. Tal como se mencionó en la introducción de este trabajo, y según lo expone Facio,

²¹⁸ Michel Foucault, *El orden del discurso*, Traducción de Alberto González Troyano (Buenos Aires: Tusquets Editores, 1992), 17.

²¹⁹ *Ibidem*, 18.

el discurso autorizado por un Estado refleja la cultura de ese Estado, lo cual redundaría en la promulgación de un derecho androcéntrico y patriarcal. Aun cuando se hayan derogado la mayoría de las normas que expresamente discriminaban contra las mujeres, se mantiene la opresión y la discriminación por medio de prácticas sociales presente en la cultura jurídica²²⁰. Algunas de esas prácticas o concepciones quedaron evidenciadas en el capítulo anterior, tales como el mencionado familismo como forma de sexismo, o la incapacidad de quienes operan el derecho de realizar análisis desde una perspectiva de género partiendo de las necesidades de las mujeres, las causas de su discriminación y las consecuencias en la realidad social. Estas formas de pensar implican que aun la ley protectora termina discriminando a las mujeres, por la manera en que el discurso jurídico se desenvuelve y conlleva de forma latente y manifiesta reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos, que institucionalizan lo que debe ser considerado como legítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado.

En ese orden de ideas, se han señalado otras críticas desde esta postura, si bien geográficamente distantes al Derecho Costarricense, aún útiles para el análisis propuesto del Derecho como un discurso que mantiene un sesgo valorativo sobre el concepto de mujer. Al respecto, Carol Smart²²¹ realiza críticas al derecho señalando que el discurso del derecho es sexista, masculino y tiene género. Al indicar que el “derecho es sexista”²²², se quiere decir que este, en cuanto diferenciaba entre hombres y mujeres, ellas siempre estaban en una condición inferior con relación a ellos. Al decir que “el derecho es masculino”²²³, la autora señala que la mayoría de los legisladores son hombres, por cuanto: “Quienes detentan el poder en unos sistemas políticos que no diseñaron las mujeres y de los que se ha excluido a las mujeres escriben la legislación, que establece los valores dominantes”²²⁴.

Es decir, el problema radica en que los valores del derecho han sido masculinos, y tomados como universales, aunque pretendan aplicarse a mujeres y, siendo el derecho un

²²⁰ Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, *Pensamiento Jurídico Feminista*, (2004): 47.

²²¹ Carol Smart, *La teoría feminista y el discurso jurídico*, Trad. Marta Castillo, 1992, consultado el 1 de abril del 2017, <http://derechopublico.pbworks.com/w/file/58932808/Carol%20Smart%20-%20El%20Derecho%20en%20el%20G%C3%A9nero%20y%20el%20G%C3%A9nero%20en%20el%20Derecho%20Pg%2031%20a%2072.pdf>, 31-49.

²²² *Ibidem*, 34.

²²³ *Ibidem*, 36.

²²⁴ Catharine Mackinnon, *Feminism Unmodified* (Londres: Harvard University Press, 1995), 429.

discurso, ve reflejada la influencia de la sociedad en la que se encuentra. Posteriormente, la autora señala que el “derecho tiene género”²²⁵, ante lo cual se plantean interrogantes como: ¿cómo funciona el género dentro del derecho? y ¿cómo el derecho funciona para crear género? Todo eso, para la autora, lleva a la conclusión de que el discurso jurídico crea a la Mujer, o al menos a una categoría jurídica con pretensiones homogeneizadoras de lo que es ser mujer.

Mujer y Mujeres no son términos intercambiables, para esta autora. El término “mujer” es término de elaboración patriarcal, que conlleva una serie de características y valoraciones que han sido tomadas de otros discursos sesgados y que han girado, en su mayoría, en torno a las necesidades masculinas. En cambio, el término mujeres no connota características dadas, por lo que se reafirma el papel del Derecho como un elemento más a favor de la heterodesignación en perjuicio de las mujeres²²⁶. Continuando con la crítica de algunas legislaciones, Smart concluye que:

(...) estas reglamentaciones tal vez parezcan muy diferentes de las leyes aprobadas en 1623 o en el siglo XIX, pero se erigen sobre una concepción de la categoría de Mujer de la cual el Derecho es, en parte, autor. Es esta Mujer del discurso jurídico la que el feminismo debe continuar desconstruyendo, pero sin crear una Mujer normativa que vuelva a imponer una homogeneidad (...) ²²⁷.

Este pensamiento parte de que el discurso es un juego de poder, específicamente del poder estatal y la incidencia de este frente al derecho, ya que este va a ser patriarcal no solo desde sus textos sino también desde su formación y aplicación pese a que, como se indicó reglones arriba, la norma se autoproclame como una búsqueda a la “protección” a las mujeres.

Por todo lo anterior, resulta pertinente realizar un análisis del discurso jurídico alrededor de la Ley 9161²²⁸, tanto desde la norma como desde su aplicación y antecedentes

²²⁵ Carol Smart, *La teoría feminista y el discurso jurídico*, Trad. Marta Castillo, 1992, consultado el 1 de abril del 2017, <http://derechopublico.pbworks.com/w/file/58932808/Carol%20Smart%20-%20El%20Derecho%20en%20el%20G%C3%A9nero%20y%20el%20G%C3%A9nero%20en%20el%20Derecho%20Pg%2031%20a%2072.pdf>, 39.

²²⁶ *Ibidem*, 41.

²²⁷ *Ibidem*, 48.

²²⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 9161. Reforma 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

legislativos. Por lo que se procederá en primera instancia a estudiar la normativa y los conceptos utilizados, desde la perspectiva del feminismo que analiza el derecho como discurso.

La norma que se pretende estudiar establece una penalidad menor para aquellas mujeres en condiciones de “vulnerabilidad” que sean autoras o cómplices del delito de introducción de drogas a centros penitenciarios, en comparación con el mismo delito cuando es cometido por otras personas, en cuyo caso la pena oscilaría entre los ocho y veinte años. En este artículo se exige que la mujer cumpla con ciertos requisitos para ser sujeta de la aplicación de la ley: la condición de pobreza, que sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad, tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad dependientes, o que sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad. Si se analiza el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 9161, que introduce la atenuante, resulta evidente que visibiliza solo un tipo de mujer: la doméstica, frágil, aquella que cumple con obligaciones de cuidado de otras personas del grupo familiar o quien se encarga del hogar mismo. La misma mujer construida típicamente por el patriarcado, a partir de la heterodesignación sexista.

Pese a que se puede aducir a favor de la norma que no avala o reafirma los estereotipos que giran en torno a las mujeres, si no que busca visibilizarlos para tomar en cuenta la condición de muchas mujeres en la sociedad costarricense y, así, legislar en su favor; debe hacerse la salvedad que la legislación no busca protegerlas, en realidad, procura una pena menor, sin preocuparse por eliminar los sesgos patriarcales en torno al rol de la mujer en la sociedad. En términos más sencillos, pareciera ser que el fin tácito que se busca de esta ley, es reducir o eliminar el tiempo en prisión; mientras que las causas coyunturales y estructurales que llevan a las mujeres a delinquir se mantienen, esto es que siguen siendo jefas de hogar, estando a cargo de familiares y manteniendo un hogar en condiciones de pobreza o vulnerabilidad, siendo víctimas de violencia de género, como parte de una sociedad patriarcal, generando una sexualización de las labores.

proporcionalidad y especificidad de género, 23/09/2013”, Sinalevi: artículo 1, consultado el 12 diciembre del 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75699&nValor3=93995&strTipM=TC.

Ciertamente la legislación en comentario pretende brindar cierta protección a las mujeres que encajan en dichas descripciones, reduciendo las penas bajo pretexto de lograr una mayor proporcionalidad, aunque este último concepto resulta conflictivo y demasiado abierto. En este sentido parece ser que el artículo funciona como mediada paliativa a estas discriminaciones que llevan a las mujeres a delinquir, y no es, como se considera en muchas ocasiones, una acción afirmativa por el solo hecho de tomar en cuenta en el ámbito de aplicación subjetiva a las mujeres.

Asimismo, la normativa al hablar de género, cae en ciertas imprecisiones; por ejemplo, el uso del concepto de género parece representar en términos de la retórica legislativa un sinónimo de mujer. Si bien, el concepto de género emergió desde los discursos feministas, como se explicó páginas atrás, el mismo se puede definir en los términos previamente expuestos en la introducción de este trabajo. Esto es como “aquellas características, roles, actitudes, valores, y símbolos que son impuestos dicotómicamente a cada sexo a través de la socialización y que nos hacen creer que los sexos son diametralmente opuestos”²²⁹. Es decir, el género como construcción sociocultural no hace referencia solo a las mujeres, si no a la forma en que socialmente se crean categorías normativas de lo que significa ser mujer y hombre.

Aunado a lo anterior, cuando se analiza el ámbito de aplicación objetiva de la norma, este se circunscribe a aquellos casos de condenas por el delito de introducción de drogas, sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas en centros penitenciarios. Lo anterior plantea una contradicción con el mismo título de la Ley 9161 que habla de la especificidad de género que busca inspirar la norma, pues como indica Aguado Correa:

A la vista de estas cifras y de la realidad que comparten estas mujeres privadas de libertad, no entendemos por qué la reforma limita su ámbito de aplicación a las mujeres sentenciadas por delitos de introducción de drogas a los centros penitenciarios y no al resto de la población femenina condenada por otros delitos de tráfico de drogas (venta de drogas a pequeña escala) e incluso por otros delitos. En realidad, esta reforma tan solo supone un primer paso en un camino aún muy

²²⁹ Alda Facio, “Género e igualdad Jurídica entre los sexos”, Comisión de Género y Secretaría Técnica de Género, Poder Judicial. 23 de Marzo de 2012. Consultado el 26 de enero de 2016. http://www.poder-judicial.go.cr/genero/index.php?option=com_phocadownload&view=file&id=35:genero-e-igualdad-juridica-entre-los-sexos&start=20&Itemid=181: 313.

largo por recorrer pues tan solo afecta a la mitad de la población penitenciaria sentenciada por tráfico de drogas²³⁰.

Es decir, que aun cuando las personas que legislan creen que el concepto de género se circunscribe solamente a las mujeres, dejan de lado a muchas integrantes de dicho grupo. Poco hace una normativa con ostentar un título que se autoproclama como portador de especificidad de género, cuando la realidad es que el mismo sistema penitenciario nacional no parte de valores que visibilicen las necesidades de las mujeres. Incluso, ese sistema, en ciertos ámbitos reproduce los estereotipos que deberían eliminarse según la normativa internacional señalada en el capítulo anterior. Al respecto, Marilyn Carvajal y Carolina Mendoza indican que:

Se constata que el Sistema Penitenciario Nacional, se encuentra inmerso en el andocentrismo (sic), provocando consecuentemente, que los establecimientos penitenciarios como el investigado, se construyan bajo modelos y programas que tienen como base primordial al hombre, discriminando a las mujeres, y omitiendo todas aquellas necesidades y características particulares propias del género²³¹.

Asimismo, en el estudio que realizan las mencionadas autoras, también indican que las privadas de libertad en el Centro Penitenciario estudiado tienen la posibilidad de recibir “(...) lecciones de educación primaria o secundaria. Asimismo, otras tienen la posibilidad de realizar cursos de manualidades, belleza o cocina, los cuales son impartidos por instituciones como el INA o el IPEC(...)”²³². Lo anterior, es un hecho que enmascara la ideología sexista que permea al sistema, ya que a las mujeres privadas de libertad se les inculcan labores de cocina o de belleza, que las confinan al papel que el mismo patriarcado ha diseñado para ellas, de forma tal que se les deja en un papel secundario en las economías, a diferencia de los hombres. La anterior asignación de roles se da dentro de un proceso de heterodesignación, en que el género, como se dijo, sirve como sistema de dominación.

²³⁰ Teresa Aguado Correa, “Proporcionalidad y especificidad de género: A propósito de la Reforma de la Ley de Psicotrópicos”, Revista de la Maestría en Ciencias Penales, No. 5. UCR. (2013): 334, Consultado el 26 de marzo, 2017, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12447/11701>.

²³¹ Marilyn Carvajal Pérez y Carolina Mendoza Álvarez, “Análisis de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas. Su incidencia en el centro penitenciario Calle Real, en relación con el Derecho a la salud de las mujeres”, Tesis para optar por el Grado de Licenciatura. (San José: Facultad de Derecho, UCR, 2013), 243.

²³² *Ibidem*, 198.

En otras palabras:

Los sistemas de género –no importa en qué período histórico– son sistemas binarios que oponen la hembra al macho, lo masculino a lo femenino, rara vez sobre la base de la igualdad, sino, por lo general, en términos jerárquicos. Si bien las asociaciones simbólicas con cada uno de los géneros han variado enormemente, han incluido el individualismo versus la crianza, lo instrumental o construido versus lo naturalmente procreativo, la razón versus la intuición, la ciencia versus la naturaleza, la creación de nuevos bienes versus los servicios, la explotación versus la conservación, lo clásico versus lo romántico, la universalidad de los rasgos humanos versus la especificidad biológica, lo político versus lo doméstico, lo público versus lo privado. Lo interesante en estas antinomias es que escamotean procesos sociales y culturales mucho más complejos, en los que las diferencias entre mujeres y hombres no son ni aparentes ni tajantes. En ello, claro, reside su poder y su relevancia. Al estudiar sistemas de género aprendemos que ellos no representan la asignación funcional de roles sociales biológicamente prescritos sino medios de conceptualización cultural y de organización social²³³.

Por todo lo anterior, es que aun cuando la legislación en comentario hace referencia a la introducción de especificidad de género, las necesidades de las mujeres siguen siendo invisibilizadas, ya que no se soluciona su situación de desventaja histórica en el sistema patriarcal y androcéntrico en el que se enmarcan, y que a la vez, las construye como mujeres domésticas, madres o cuidadoras que encajan en esos estereotipos; tal como se indicó párrafos anteriores, este tipo de solución no ataca el patriarcado de raíz, sino que más bien funciona como medida paliativa a un conflicto preexistente y creciente. En palabras de Alda Facio:

Las leyes formalmente promulgadas son otro ejemplo típico del sexismo en su forma androcéntrica, cuando –parten de las necesidades y experiencias del sexo, masculino o cuando se promulgan leyes "protectoras para la mujer que parten de las necesidades que tienen los hombres" de que la mujer se mantenga en su rol estereotipado. Obviamente, esta forma de sexismo no se soluciona con agregar un capítulo o un artículo sobre la mujer, ni se soluciona con presentar el punto de vista de una mujer alibi o mujer coartada, ni tampoco con enumerar los terribles sufrimientos que padecieron las mujeres ante determinado hecho. Tampoco se

²³³ Jill K. Conway, Susan C. Bourque y Joan W. Scott, *El concepto de género. El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. Traducción de Jessica McLaughlan y Mirko Lauer. (Michigan: Ann Arbor The University of Michigan Press, 1996), 30.

soluciona eliminando esas "protecciones", sin reemplazarlas por acciones correctivas que partan de las verdaderas necesidades de las mujeres²³⁴.

Nótese como la autora concluye la frase citada haciendo referencia a las verdaderas necesidades de las mujeres. Lo anterior, resulta de gran importancia puesto que no se puede hablar de una legislación con principios género-sensitivos cuando esa misma ley deja de lado, en primer lugar, las necesidades de las mujeres como personas humanas (no como madres o cuidadoras) y, en segundo lugar, las necesidades y características de las mujeres que no encajan en el presupuesto subjetivo de la ley, pero que aun así están inmersas en los paradigmas de violencia simbólica que las restringen dentro de las instituciones patriarcales.

Asimismo, cuando se estudia la norma en su último párrafo, que versa sobre las medidas alternativas a la prisión para las mujeres que resulten beneficiadas por el atenuante, incurre nuevamente en el uso del masculino como genérico; es decir, se usa el término masculino "juez" como si el mismo incluyera tanto a los hombres como a las mujeres.

El lenguaje se relaciona con la sociedad, refleja y perpetúa formas de pensamiento. (...) El uso del masculino como genérico es producto de la relación jerarquizada entre los sexos. Es necesario cuestionar su validez para las necesidades de representación de la sociedad actual y sobre todo para las necesidades de expresión de las mujeres. Puesto que el texto legal debe ser lo más claro y lo menos ambiguo posible, es necesario que en su redacción se incluyan formas alternas al uso del masculino/genérico, que permitan visualizar lo femenino²³⁵.

En vista de lo anterior, la misma legislación de corte protector hacia la mujer, deja en evidencia que no parte de una perspectiva de género, puesto que su mismo lenguaje oculta, no solo a muchas mujeres que en las mismas condiciones de vulnerabilidad o desventaja no se verán beneficiadas por la norma, sino que también manifiesta el uso del masculino genérico como parámetro de lo humano.

Asimismo, la normativa en estudio manifiesta a aquellas mujeres que cumplen con las funciones estereotípicamente asignadas dentro del patriarcado; sin embargo, no busca

²³⁴ Alda Facio Montejo, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 78 - 79.

²³⁵ Yadira Calvo Fajardo, El sexismo Lingüístico y el lenguaje jurídico (San José: ILANUD-Programa Mujer, Justicia y Género, 2001), 18.

más que reducir la pena u optar por otras medidas diferentes a la prisión que no alejen a las mujeres de las familias, con lo cual se refuerza la idea de que la mujer debe quedar confinada al hogar, la familia o sus hijos.

Una legislación considerada desde una perspectiva de género no puede utilizarse como un parche que se coloca sobre un problema muchísimo más grande. Se deben tomar en cuenta las necesidades y experiencias de ambos sexos frente al tema que se pretende legislar, identificar los estereotipos que emergen cuando se habla de mujeres y hombres, y “deconstruirlos” tal como lo expresaba Smart.

Por tanto, bajo la postura crítica feminista del Derecho como discurso, se puede pensar que, siendo que se vive en una sociedad patriarcal y que el derecho como tal es un instrumento político, cuando se crea un atenuante a un tipo penal, este puede tener como finalidad oculta el interés en la disminución del hacinamiento carcelario, que determinado partido gane adeptos o, pues bien, mantener la dominación sobre las mujeres y continuar con la estructura de poder existente.

Capítulo III. Análisis del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos introducido por Ley 9161 y su aplicación judicial.

La Ley N° 9161 en estudio consta de un solo artículo que introduce como reforma al artículo 77bis de la ley 8204 y su título asevera que se trata de una normativa para introducir la proporcionalidad y la especificidad de género. Esta se promulgó en el 2013, reformando la Ley 8204 conocida como la Ley de Psicotrópicos²³⁶, estableciendo una atenuante para el delito de introducción de drogas a centros penitenciarios, que actualmente se encuentra en el Artículo 77 bis de la mencionada Ley 8204. Dicho artículo introducido por la reforma 9161 estipula lo siguiente:

Artículo 77 bis.-

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 bajo 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 prisión²³⁷.

Dicha reforma establece una variación de la pena para el delito de introducción de droga a centros penitenciarios, misma conducta que, en términos generales, tendría una penalidad de 8 a 20 años, en caso de que la persona autora o participe no encaje en el ámbito de aplicación subjetiva de la norma. Pero, ¿cómo se ha justificado el texto de la reforma? ¿Mediante cuáles hechos o valoraciones se ha sostenido la necesidad de que las

²³⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 8204 Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, 11 enero, 2002”, Sinalevi, consultado el 16 de abril de 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC

²³⁷ *Ibidem*. Artículo 77 bis.

mujeres reciban una penalidad menor? ¿Cuál ha sido la aplicación de dicha normativa y cuáles son sus efectos prácticos? El presente capítulo pretende responder a estas preguntas para evidenciar la forma en que el discurso jurídico en Costa Rica continúa impregnado de mitos jurídicos en la utilización de vocablos tales como “proporcionalidad” o “género”, mientras se expone que el lenguaje jurídico sigue incorporando estereotipos que, lejos de erradicarse, se han afianzado en la cultura jurídica del país.

Sección A. Análisis de los antecedentes a nivel legislativo de la Reforma introducida por 9161.

La Ley N° 9161, cuyo nombre es “Reforma 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”²³⁸ se incorporó a la normativa vigente en Costa Rica el 23 de setiembre del año 2013. Previamente, su sanción y promulgación se tramitó en la Asamblea Legislativa de Costa Rica bajo el número de expediente 17.980, posterior a la iniciativa del Diputado Justo Orozco Álvarez. En la redacción del texto original de la propuesta legislativa se indicaba que:

Artículo 77 bis.- La pena de prisión será de seis meses a tres años, cuando en las conductas descritas en el artículo 58 concurra la siguiente circunstancia:

Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en establecimientos penitenciarios.

La pena de prisión será de ocho años a veinte años cuando quien introduzca o difunda drogas en establecimientos penitenciarios sea un funcionario de hecho o de derecho o un oficial de seguridad de alguno de los centros de reclusión del país²³⁹.

Tal como se puede apreciar la normativa propuesta originalmente es bastante diferente a la que se sancionó y promulgó. Entre las diferencias principales se encuentra

²³⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 9161. Reforma 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, 23 setiembre de 2013”, Sinalevi, consultado el 12 diciembre del 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75699&nValor3=93995&strTipM=TC.

²³⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Exposición de motivos en Expediente Legislativo 17.980” (Expediente Legislativo 17.980 Reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento en Asamblea Legislativa, 2011), 22.

que el ámbito de aplicación subjetiva no se limitaba a las mujeres en ciertas condiciones, pues no se exige que se trate de jefas de hogar, que estén a cargo de hijos o demás personas, ni que sean adultas mayores en condiciones de vulnerabilidad, ya que incluso entre la fundamentación que brindaba este diputado era que toda persona se beneficiara de este artículo. Asimismo, la pena del proyecto de ley original oscilaba entre los seis meses y los tres años, salvo para el caso de oficiales de seguridad de los centros o quienes fungieran de hecho o de derecho para dichos centros. De hecho, la primera de las diferencias apuntadas no era gratuita. En la exposición de motivos del proyecto presentado por el diputado Orozco Álvarez se dice expresamente:

No se pretende la creación de un tipo penal exclusivo para féminas, con esta propuesta se verán beneficiados tanto los hombres como las mujeres que cometan dicho ilícito, sin embargo con lo ya expuesto se puede visualizar que efectivamente, será la sociedad costarricense la mayor favorecida²⁴⁰.

A pesar de ello, se hace referencia durante la exposición de motivos a la situación carcelaria de las mujeres en Costa Rica, los delitos por los que usualmente se les sanciona o imputa, así como los efectos de la privación de libertad en la vida familiar. Por el análisis de las situaciones anteriores se concluye que la penalidad establecida en el artículo 77 de la Ley de Psicotrópicos es desproporcionada, así también por el hecho de que una persona que sea descubierta introduciendo droga a centros penitenciarios, incluso si el hecho queda en grado de tentativa, tendrá penas similares a quienes se dediquen a comercializar, difundir o transportar grandes cantidades de sustancias psicotrópicas. No obstante, esta misma aseveración aplica para las penas existentes por la venta de droga, ya que quienes venden “al menudeo” reciben una misma sanción que los grandes vendedores. Al respecto, se puede ejemplificar con un estudio realizado por el periódico *Semanario Universidad*:

La vida de este muchacho está plagada de errores, propios y ajenos. Los propios: a un destino de pobreza y baja escolaridad, le buscó solución en la piedra y la violencia; los ajenos: un Estado que no le dio oportunidades de insertarse y, al primer error, lo sumergió en el sistema carcelario. Un ojo a su expediente arroja una radiografía muy similar a la de la mayoría de jóvenes reclusos en los centros penitenciarios costarricenses por delitos relacionados con drogas.

Ellos son los narcopeones, no negocian los grandes cargamentos de drogas, no tienen caletas con millones empotradas en las paredes de sus casas, ni compran

²⁴⁰ *Ibidem*, 20.

mansiones o autos de lujo, pero sus funciones son claves para proteger al rey. Son vendedores, choferes, boteros, pilotos y punteros de territorio²⁴¹.

Este mismo artículo señala cómo el segundo número más alto de hombres detenidos en los centros penitenciarios se deben a infracciones a la ley de Psicotrópicos, superado únicamente por delitos contra la propiedad; en el caso de las mujeres, más de la mitad cayeron por delitos de drogas. Para el presente estudio, es importante ver que este cálculo engloba toda infracción a la ley, no solo a quienes ingresaron con drogas a un centro penitenciario, lo que hace ver que esta “*desproporcionalidad*” no surge únicamente en dicho caso, sino que en la totalidad de la ley²⁴².

En el registro de la Fiscalía sobre causas relacionadas con estupefacientes, de los 2.512 procesos ingresados en el 2013, la mayoría (45,5%) son de vendedores, 15% transportistas y 11,1% cayeron por introducción de droga a un centro penal.

Menos de la mitad de esos expedientes terminaron en sentencias con penas de prisión y, de estos, la mayoría se sometieron a procesos abreviados para lograr condenas más bajas -de alrededor de cinco años de cárcel, pues la ley establece un rango de ocho a 20 años²⁴³.

Por otro lado, en los datos de los que parte la fundamentación de la exposición de motivos se encuentra un extenso análisis estadístico sobre la feminización de la pobreza y sobre los hogares jefados por mujeres. Se hace referencia a como ellas asumen un rol socialmente asignado en torno a su género, consistente en tener que cuidar a hijos e hijas menores de edad así como otras personas que dependen de ellas. Se toma como ejemplo de lo anterior el décimo informe del Estado de la Nación, en el que señaló que Costa Rica logró reducir el porcentaje de hogares vulnerables al cambiar sus índices de pobreza del 15.7% en 1990 a 11.5% en el 2003. A pesar de ello, aumentó el porcentaje de hogares pobres con jefaturas femeninas que pasó de un 23,4% a un 32.5% en el 2003. Los anteriores datos resultan de interés como motivo de la reforma por cuanto:

Las mujeres a menudo son las únicas responsables de sus hijos e hijas y cumplen dobles o triples jornadas laborales para poder fungir como sustento económico y, al mismo tiempo, no desatender las responsabilidades que les son asignadas como madres o abuelas. El peso de los cuidados de niños, niñas y a veces personas de la tercera edad recae enteramente sobre ellas, empujándolas a veces a buscar en la

²⁴¹ Hulda Miranda Picado, “Narcopeones”, Semanario Universidad, (21 de Septiembre de 2016), Consultado el 10 de abril de 2017, <http://semanariouniversidad.ucr.cr/impreso/narcopeones/>

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*.

venta de drogas una manera de combinar sus múltiples obligaciones. Esta situación se refleja en el perfil de las mujeres encarceladas por delitos de drogas en América Latina: muchas de ellas son madres solteras que entran al negocio de las drogas solamente para poder alimentar a sus hijas e hijos²⁴⁴.

Es decir, existen situaciones producto de la estructura social, no solo costarricense sino también de América Latina, que han provocado el mencionado fenómeno de feminización de la pobreza y, a su vez, ha movido a las mujeres a participar de cierto tipo de delincuencia, en aras de continuar satisfaciendo el estereotipo de cuidadora, de mujer doméstica, de madre. Sin embargo, es necesario aclarar en este punto que lo problemático no es que una mujer sea madre o tenga personas que dependan de ella, sino en asumir que la mujer debe *naturalmente* arrogarse ese rol. Como producto de dicha creencia sexista se ha subordinado a lo femenino, incluso en el ámbito económico. En palabras de Simone De Beauvoir:

La feminidad es una especie de «infancia continua» que aleja a la mujer del «tipo ideal de la raza». Ese infantilismo biológico se traduce en una debilidad intelectual; el papel de ese ser puramente afectivo es el de esposa y ama de casa; no podría competir con el hombre: «ni la dirección ni la educación le convienen»²⁴⁵.

Por lo anterior, no resulta extraño que muchas de las mujeres que cumplen el rol doméstico o de amas de casa, tengan un patrón de baja escolaridad y de trabajos mal remunerados, razones todas por las que la mayoría de estas mujeres que han cometido este delito. Incluso este fenómeno lo narra Simone de Beauvoir, al discutir el círculo vicioso en que se encuentran las mujeres que desean su realización como individuos mediante trabajo o estudios pero se encuentran con la vida familiar y sus “deberes” de madre y esposa, que las llevan a decidir, esta situación la plasma del siguiente modo:

Aquí se establece un círculo vicioso: con frecuencia nos asombramos de ver con qué facilidad una mujer puede abandonar la música, los estudios, una profesión, tan pronto como ha encontrado marido; la causa está en que había comprometido demasiado poco de sí misma en sus proyectos para hallar mucho provecho en su realización. Todo concurre a frenar su ambición personal, y, sin embargo, una enorme presión social, una justificación. Es natural que no trate de crearse por sí misma un puesto en este mundo o que lo busque tímidamente. Mientras no se

²⁴⁴ Corina Giacomello, Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina (Londres: Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas, 2013), 2.

²⁴⁵ Simone De Beauvoir, El Segundo Sexo, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 50.

logre una perfecta igualdad económica en el seno de la sociedad y mientras las costumbres autoricen a la mujer a beneficiarse, en tanto que esposa y amante, de los privilegios ostentados por algunos hombres, se mantendrá en ella el sueño de un éxito pasivo y frenará sus propios logros²⁴⁶.

En razón de ello, es evidente que la exposición de motivos visibiliza la forma en que los estereotipos de género con respecto a las mujeres, han incidido en la participación que estas han tenido en la sociedad. Asimismo, la reforma se propulsa mediante la idea de que la encarcelación de la mujer, contribuye a dejar “desprotegida una población tan vulnerable como lo es la niñez y la adolescencia”²⁴⁷. Evidentemente, esto se dice tomando en consideración los roles asignados a las mujeres por razón de género y la procreación biológica, así como encargarse de la limpieza, abastecimiento, cuidado y atención emocional a los miembros de la familia, personas menores de edad, personas adultas mayores y personas enfermas²⁴⁸. Sin embargo, debe notarse que este discurso del cual partía el Proyecto de Ley, gira en torno a las necesidades de la familia, y no de las mujeres como personas o seres humanos, cayendo en argumentos familistas, ergo, sexistas. Asimismo, en la misma exposición de motivos del proyecto de ley se hace referencia a instrumentos de derecho internacional, tales como la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, mismos que sancionan la discriminación contra las mujeres y evidencian la situación de desventaja histórica en la que se han colocado en las sociedades patriarcales. La mención que se hace a estos instrumentos es bajo la pretensión de que el proyecto de ley 17.980 posibilita cumplir en parte ciertas obligaciones del Estado costarricense en materia de derechos de las mujeres²⁴⁹.

Empero, se deja de lado que dichas normativas buscan la creación de marcos generales que, no sólo evidencian dichas construcciones estereotipadas que afectan la formación social del contenido de los géneros, sino que imponen obligaciones a los Estados para erradicar dichos estereotipos. En este sentido es menester mencionar como los

²⁴⁶ *Ibidem*. 310.

²⁴⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Exposición de motivos en Expediente Legislativo 17.980” (Expediente Legislativo 17.980 Reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento en Asamblea Legislativa, 2011), 4.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Ibidem*, 6.

estereotipos interiorizados en el imaginario colectivo constituyen una forma de ejercer la violencia simbólica. En términos de Pierre Bourdieu, padre de la teoría sobre este tipo particular de la violencia, esta es “...esa violencia que arranca de sumisiones que ni siquiera se perciben como tales apoyándose en unas «expectativas colectivas», en unas creencias socialmente inculcadas”²⁵⁰.

El proyecto también partía de ciertos conceptos altamente indeterminados en su fundamentación inicial y exposición de motivos, puesto que hacía referencia a que mediante la implementación de dicha normativa se introduciría proporcionalidad y razonabilidad en las sanciones, tal como si dichos conceptos tuviesen un referente óntico; es decir, como si existiera un objeto o un hecho en la realidad que puede recibir el nombre de “la proporcionalidad” y mediante la introducción de dicho objeto, la realidad misma hubiese cambiado. En términos más prácticos, el vocablo proporcionalidad no es más que un término con poco contenido analítico, que suele ser mitificado por las personas operadoras de las normas. En este sentido, en la fundamentación inicial del Proyecto se aducía que dicha razonabilidad o proporcionalidad en el quantum de las sanciones penales se daría porque en el Proyecto presentado por el Licenciado Justo Orozco se manejaba una pena entre los seis meses y los tres años de prisión:

...dándole de esta forma la oportunidad a las personas condenadas de aspirar, por lo menos, al beneficio de ejecución condicional de la pena, e incluso pensar en penas alternativas, cuando se trate de una persona primaria en materia de los delitos contenidos en dicha ley, como podría serlo la prestación de servicios de utilidad pública (...)²⁵¹.

En otras palabras, se identifican los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción penal con la oportunidad de acceder al beneficio de ejecución condicional de la pena o del cumplimiento de sanciones alternativas. Bajo dicha tesitura, la normativa actual carecería de la proporcionalidad mencionada ya que la pena en la norma vigente oscila entre los tres y los ocho años de prisión, lo cual significa que existe la posibilidad de que las personas sancionadas no puedan acceder a los beneficios o penas alternas mencionadas.

²⁵⁰ Pierre Bourdieu, *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, 2ª edición (Barcelona: Anagrama, 1999), 173.

²⁵¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Expediente Legislativo 17.980 Reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento” (Exposición de Motivos en Asamblea Legislativa, 2011), 17.

Evidentemente, como se menciona en muchos de los documentos legislativos²⁵², que la pena debería configurarse atendiendo a la relevancia del ilícito cometido. En palabras de Aguado Correa:

En estos casos, el peligro para el bien jurídico colectivo puede revestir una intensidad tan insignificante- si atendemos a las propiedades y clase de droga, la cantidad encontrada, así como el resto de circunstancias relevantes en relación con el peligro-, que los motivos de prevención general que son los que justifican la amenaza con una sanción penal, perderían peso cediendo ante las necesidades de prevención especial²⁵³.

Sin embargo, no puede dejarse de lado que las nociones de “bien jurídico colectivo”, “proporcionalidad” o “razonabilidad” son términos que tienen importancia en los discursos jurídicos, aunque tengan poco o nulo contenido analítico. Un ejemplo del poco o nulo contenido descriptivo analítico que tienen los términos proporcionalidad o razonabilidad se manifiesta cuando en torno al estudio del mismo proyecto de ley del Expediente Legislativo 17.980, el Departamento de Servicios técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica refirió en su informe que:

La reforma rompe los principios constitucionales de proporcionalidad y de razonabilidad de las normas, así como el principio de tipicidad que exige que la sanción debe ser proporcional al valor del bien que se protege. En el caso bajo estudio, se estaría sancionando con penas más favorables ilícitos que lesionan el mismo bien jurídico tutelado que ya está sancionado de manera más gravosa en otras normas del ordenamiento jurídico y del mismo texto de la ley que se pretende reformar²⁵⁴.

²⁵² Marta Iris Muñoz Cascante, “Ponencia sobre Expediente Legislativo 17.980” (Ponencia en Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980, en Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 11. Cfr. Subcomisión encargada del estudio de Proyecto Legislativo 17.980, “Informe afirmativo de subcomisión” (Informe para Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980., Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 22, 19 y 31.

²⁵³ Teresa Aguado Correa, “Proporcionalidad y especificidad de género: A propósito de la Reforma de la Ley de Psicotrópicos”, Revista de la Maestría en Ciencias Penales, No. 5. UCR. (2013): 342-343, Consultado el 26 de marzo, 2017, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12447/11701>.

²⁵⁴ Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Informe Jurídico sobre Proyecto de Ley: Oficio ST-088-2012-J” (Expediente N.º 17.980, Informe Jurídico sobre Proyecto de Ley: “Reforma del Artículo 77 de la Ley de Estupefacientes, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo”, 24 de Abril, 2012), 22.

Tal como lo expresa Haba, cuando comenta la noción de justicia, se trata de conceptos *supralegales*, en el sentido:

... no de que por fuerza (y ni siquiera en general) la ley refleje mal (o no refleje en absoluto) dicho contenido, sino porque puede darse tal eventualidad. Decir solución del derecho positivo y calificarla de “justa” son dos juegos de lenguaje que coinciden posible pero no necesariamente. (...) ni basta con eso para que las cosas dejen de ser como son: lo real es que “la idea... que expresa la norma”, llámesele o no “justa”, tolera, cuando se presentan casos discutidos, pluralidad de interpretaciones. (...) para lo que de hecho sirve: (*es*) para cubrir retóricamente, con un manto emotivo-persuasivo cualquier solución jurídica en que el respectivo intérprete crea. Cada interprete dirá, naturalmente, que la suya propia es *la* (única) interpretación “justa”, *la* (única) verdadera²⁵⁵.

En otro de los puntos más relevantes de la exposición de motivos presentada por el diputado Orozco Álvarez, se hace hincapié en que, con base en las estadísticas presentadas, las mujeres son un grupo específico que funge como sujeto activo de dicho delito máxime cuando se desarrollan en condiciones de desigualdad y pobreza. A partir de dicha premisa, es el Estado quien debe evitar que dicho grupo sea compelido o inducido, por las condiciones sociales, a cometer la infracción, y, a su vez, proveer los recursos para que salga de la problemática de desventaja producida por la carencia de recursos²⁵⁶. A pesar de realizar dicha afirmación, que resulta totalmente válida, no se sabe qué relevancia pueda tener el proyecto de Ley que se estaba promoviendo en dicho momento, o cuál es el alcance práctico de la redacción actual, puesto que, si se procura evitar la encarcelación de quienes se encarguen del sustento familiar se evita que empeore la pobreza de la familia, pero no erradica la situación de pobreza en que ya se encontraban.

Ejemplo de lo anterior, es que aún en estudios recientes, realizados por el Observatorio de la Coyuntura Económica y Social de la Escuela de Economía de la Universidad Nacional, es un hecho que se ha disminuido la brecha salarial por sexo en Costa Rica, ya que en 2016 esa diferencia salarial para las mujeres se redujo a 6,9% siendo que en 2014 las mujeres llegaron a recibir un 15,5% menos de salario que los hombres por

²⁵⁵ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 411.

²⁵⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Expediente Legislativo 17.980 Reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento” (Exposición de Motivos en Asamblea Legislativa, 2011), 5.

hacer el mismo trabajo en iguales condiciones. Sin embargo, como comenta Flórez-Estrada, sobre el mismo resultado del Observatorio:

(...) esto es solo un efecto engañoso, pues la mala noticia es que la reducción en esta brecha se debe a que un mayor número de mujeres, mayoritariamente con poca educación y que laboraban en empleos mal pagados –como trabajadoras domésticas o en la informalidad-, se desalentaron y decidieron retirarse del mercado de trabajo. (...) Son varias las causas por las cuales ellas se vieron impedidas a ejercer su derecho al trabajo pagado (...). Pero uno de los factores que más pesa es que en los hogares y en la sociedad se asume que las mujeres deben hacerse cargo gratuitamente del trabajo doméstico y del cuidado de la infancia, de las personas adultas mayores y de las personas discapacitadas, cuando el ingreso del hogar no alcanza para pagar a una trabajadora o servicios externos²⁵⁷.

Lo anterior, se traduce en que, a tres años después de la promulgación de la Ley N° 9161, la situación de las mujeres no ha cambiado mucho, siguen sujetas a las obligaciones familiares, domésticas o de cuidado, lo que limita su inclusión en el mercado laboral y en el contexto educativo. Por ello, a pesar de que la fundamentación inicial de la Ley 9161 haga referencia a que dicha ley es un instrumento para que el Estado pueda evitar que las mujeres sean inducidas por sus condiciones socioeconómicas a cometer el ilícito penal, en cumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente, la verdad es que resulta evidente como la Ley tendría un efecto lenitivo en esas condiciones particulares de las mujeres, pues a lo sumo provocaría una evasión a la encarcelación femenina o reducirla a períodos menores a los que se contemplaba anteriormente en la Ley de Psicotrópicos²⁵⁸.

Esa línea de pensamiento se manifiesta en otros documentos legislativos consultados, tales como el Informe afirmativo de la subcomisión encargada de estudiar y analizar el Proyecto de ley: “Reforma del artículo 77, de la Ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento”, expediente N.º 17.980²⁵⁹. Dicha

²⁵⁷ María Flórez-Estrada Pimentel, “Cuando las buenas noticias son malas”, Semanario Universidad, (22 de marzo, 2017). Consultado 8 de abril, 2017, <http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/cuando-las-buenas-noticias-malas/>

²⁵⁸ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 8204 Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, 11 enero, 2002”, Sinalevi, Artículos 58 y 77 Consultado el 16 de abril de 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=N_RTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC

²⁵⁹ Subcomisión encargada del estudio de Proyecto Legislativo 17.980, “Informe afirmativo de subcomisión” (Informe para Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea

subcomisión fue integrada en el Primer Período de sesiones ordinarias del 2012, el 21 de junio del 2012 por quienes integraban la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico²⁶⁰. En la siguiente sesión ordinaria posterior a la conformación de la subcomisión, se rindió el Informe Afirmativo, en el cual se proponía otra redacción bastante diferente a la inicial, que fuese aprobada por unanimidad de la Comisión de Seguridad y Narcotráfico, misma que a la fecha se mantiene como la versión vigente del artículo 77 bis de la Ley 8204²⁶¹.

Dichas modificaciones fueron realizadas debido a varios criterios de las instituciones consultadas tales como Ministerio de Gobernación y Policía, de Seguridad Pública²⁶² y Corte Suprema de Justicia²⁶³, que consideraron que el Proyecto debía ser reformulado, eliminando la formulación genérica que comprendía, debiendo hacerse la distinción de que el ámbito de aplicación subjetiva comprendería solo a las mujeres, para evitar el conflicto de doble regulación con el Artículo 77 de la Ley de Psicotrópicos. Otras instituciones se opusieron al Proyecto debido a que además de los criterios anteriores, no consideraban adecuada la disminución de la pena pues afectaría los fines resocializadores y ejemplarizantes de la prisión, e incluso se temía que el Proyecto de ley fomentara la realización de esta clase de actividad ilegal, incrementando la utilización de mujeres para introducir drogas a centros penales. Este era el criterio del Procuraduría General de la República²⁶⁴, Ministerio Público²⁶⁵, el Instituto Costarricense sobre Drogas²⁶⁶ y del Ministerio de Gobernación y Policía²⁶⁷.

Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980., Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 23 y ss.

²⁶⁰ Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, “Sesión Ordinaria” (Acta en Asamblea Legislativa de Costa Rica. Acta de la sesión ordinaria N.º 2, 21 de junio de 2012), 8 y ss.

²⁶¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 8204 Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, 11 enero, 2002”, Sinalevi, Artículo 77 bis Consultado el 16 de abril de 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=N_RTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC

²⁶² Ministerio de Gobernación y Policía y Seguridad Pública, “Oficio N.º 1863-2011 DM” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 23 de agosto de 2011).

²⁶³ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “Informe N.º SP-180-12” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, de 30 de mayo de 2012). Cfr. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. “Acta de sesión extraordinaria 19-2012” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 28 mayo, 2012).

²⁶⁴ Procuraduría General de la República, “Oficio N.º OJ-094-2011” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 16 de diciembre de 2012).

Asimismo, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica realizó diversas consideraciones sobre la pertinencia de reformular el Proyecto de Ley, puesto que en su redacción original presenta vicios de antinomia, contradicción y duplicidad de regulación, al sancionar las mismas conductas con penas de prisión menores, lo que resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, asimismo porque en dicho informe jurídico se consideró que la propuesta para atenuar la pena no había tomado en cuenta la peligrosidad de la reforma y las posibles implicaciones sociales²⁶⁸.

Producto de los anteriores criterios, brevemente, mencionados de diversas instituciones, se introdujeron modificaciones a lo interno de la Subcomisión encargada del estudio del Proyecto de Ley. Tales cambios se vieron reflejados en el aumento en la penalidad, puesto que originalmente el intervalo de las penas privativas de libertad era entre seis meses y tres años, mientras que en el texto de la Subcomisión la pena de prisión oscila entre los tres y los ocho años. Asimismo, se introdujo la modificación en el ámbito de aplicación subjetiva para que se beneficiará exclusivamente a las mujeres que contarán con ciertas condiciones tale como que se encuentre en condición de pobreza, sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad, tenga bajo 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; o sea, una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

Como fundamento del Informe afirmativo de la subcomisión se aducía que el Proyecto de Ley venía a responder a tres problemáticas específicas, tales como: el problema de proporcionalidad y exceso de reproche por las altas penas y la falta de diferenciación entre las personas que cometían esos delitos y sus características personales; un problema de género, por la falta de visualización de las mujeres en las practicas, valores, normas,

²⁶⁵ Fiscalía General de la República, Ministerio Público-Poder Judicial, “Oficio N° 1036-01-FAN-11” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 20 de setiembre de 2011).

²⁶⁶ Instituto Costarricense sobre Drogas, “Oficio ICD-DG-472-2011” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 9 de agosto de 2011).

²⁶⁷ Ministerio de Gobernación y Policía y Seguridad Pública, “Oficio N.º 1863-2011 DM” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980 , 23 de agosto de 2011).

²⁶⁸ Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Informe Jurídico sobre Proyecto de Ley: Oficio ST-088-2012-J” (Expediente N° 17.980, Informe Jurídico sobre Proyecto de Ley: “Reforma del Artículo 77 de la Ley de Estupefacientes, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo”, 24 de Abril, 2012), 22-24.

roles y patrones de comportamiento dentro de la sociedad costarricense y el sistema penitenciario costarricense; y por último, como un problema de cumplimiento de normativa e instrumentos internacionales²⁶⁹.

Sobre el tema de la proporcionalidad y el reproche jurídico, ya se hizo suficiente mención en las páginas precedentes. En cuanto al abordaje de la problemática de encarcelación femenina como un problema de género, ciertamente es necesario visibilizar a las mujeres dentro de un sistema marcadamente sexista y androcéntrico. En palabras de quienes redactaron el Informe Afirmativo de la subcomisión encargada del estudio del Proyecto de Ley: “*La perspectiva de género se traduce en un obligado análisis de la criminalidad femenina*”²⁷⁰. Sin embargo, no se trata solamente de visibilizar a ciertas mujeres que cumplen en rol socialmente asignado en las sociedades patriarcales, puesto que:

(...) cuando se dice que hay que incorporar al género en una determinada actividad o estudio no se está hablando de incorporar a la mujer, aunque el resultado de incorporar la visión de género sea visibilizar a la mujer al hacer visibles las relaciones de poder entre los sexos. Incorporar la visión o perspectiva de género en las actividades humanas y los análisis que se hagan de las mismas no es tan sencillo como "agregar" a las mujeres. Es mucho más complejo que eso (...) ²⁷¹.

No se trata solo de hablar de mujeres incorporándolas en la legislación, sino que se debe hablar de las necesidades y características de las mujeres dentro de las relaciones de poder que se marcan entre los sexos. Si la normativa partiera de una perspectiva de género, no sólo manifestaría la construcción de la mujer dentro del estereotipo diseñado para ellas en la sociedad patriarcal, sino que buscaría “atacar” o erradicar dichas creaciones culturales. En este aspecto, la legislación costarricense se ha quedado corta, máxime cuando se trata de mujeres que se insertan en un sistema penitenciario marcadamente sexista que se rige sin que se tomen en cuenta sus necesidades, y que cuando toma en cuenta a las mujeres, lo sigue haciendo con base en los patrones estereotipados de mujeres.

También debe hacerse notar cómo el mismo Informe afirmativo de subcomisión alude a que por medio de la ley se estaría “(...) poniendo a disposición de los jueces y

²⁶⁹ Subcomisión encargada del estudio de Proyecto Legislativo 17.980, “Informe afirmativo de subcomisión” (Informe para Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980., Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 32-34.

²⁷⁰ *Ibidem*, 32.

²⁷¹ Alda Facio Montejo, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 31.

juezas elementos para disponer el cumplimiento de la ejecución de la pena a fin de humanizar e introducir la posibilidad de que ellas puedan reinsertarse socialmente mientras cumplen la sanción penal”²⁷². Es decir, que luego de un discurso sobre cómo la mujer debe permanecer a cargo de las obligaciones familiares, se hace referencia a su reinserción social²⁷³, a pesar de que en el mismo Informe de Subcomisión y en la exposición de motivos se defiende la idea de que esas mujeres no son delincuentes. Tiene sentido negarles la condición de delincuente cuando se trata de personas en situación de pobreza que se han visto en cierto estado de necesidad a la hora de cometer el delito, pero se cae en contradicciones cuando se alega que no son delincuentes (quizá por la falta de profesionalidad en el delito, habitualidad o reincidencia), y a la vez, se afirma que mediante la pena reducida propuesta se logrará reinsertar a la sociedad a dichas mujeres. El sinsentido se encuentra en decir que se requiere reinserción social para las personas a las que se les niega la condición de delincuente. Sin embargo, parece que esa reinserción social se trata de una manera camuflada de decir “*reinserción familiar*”, puesto que se trata de una idea que se presenta a lo largo del Expediente legislativo.

Esas consideraciones son igualmente procedentes cuando se entra a analizar el argumento en favor de la promulgación de la Ley en estudio referente al cumplimiento de obligaciones internacionales. La legislación poco se ha ocupado de reivindicar o empoderar a las mujeres, puesto que continua relegándolas a las posiciones domesticas o familiares, como si no tuvieran otra opción. De cierta forma, las legislaciones de este tipo naturalizan la idea de que los hombres tienen menores responsabilidades a lo interno del hogar y que las mujeres son quienes *naturalmente* deben encargarse del cuidado y atención del grupo familiar. Cabe recordar que, son precisamente los tratados internacionales como la CEDAW o la Convención Belem Do Pará los que establecen obligaciones para los Estados parte, en pro de conseguir la erradicación de los estereotipos que rodean la construcción del género femenino²⁷⁴. Otro aspecto que es de especial importancia en torno a la justificación

²⁷² Subcomisión encargada del estudio de Proyecto Legislativo 17.980, “Informe afirmativo de subcomisión” (Informe para Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980., Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 38.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ Asamblea General de la ONU, “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 3 de septiembre de 1981”, Naciones Unidas, Artículo 5 y 10, Consultado el 14 de abril del 2017, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>. Asamblea

del Proyecto de Ley es la importancia que se le da al tema de la situación carcelaria costarricense. En este sentido, el mismo Informe Afirmativo de la Subcomisión asevera que:

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, manteniendo a esas mujeres fuera del presidio, les diera las herramientas necesarias para salir adelante sin necesidad de caer en este tipo de ilícitos²⁷⁵.

El problema social que se comenta hace referencia a dos aspectos: en primer lugar, se habla de la problemática que surge cuando se rompe o se separa el grupo familiar, tomando en consideración el rol de la mujer en esas relaciones familiares; en segundo lugar, se considera el tema del gasto estatal en cuanto al mantenimiento del sistema penitenciario femenino. En este último sentido, en la Sesión Ordinaria No. 3 de la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico se le dio audiencia a la Licenciada María de los Ángeles Chaves Villalobos, en calidad de Directora del Centro Penitenciario femenino antes llamado El Buen Pastor, quien trajo a colación que con la reforma propuesta por la subcomisión:

Existiría una relativa disminución en el gasto del Estado por la atención a la población por introducción de drogas a penales, en cuanto a que si no se dicta la ejecución condicional de la pena, lamentablemente esas personas tendrían que ir a prisión, independientemente de las medidas que se indican, que vayan a un centro de confianza, que tenga una libertad asistida, etcétera, siempre habrá un gasto ahí y si hubiese un aumento en la utilización de mujeres para este tipo de delitos, todavía existe la posibilidad de que a estas personas le den una ejecución condicional de la pena. (...) Quiero terminar indicando que más pena o menos pena no implica que haya menos delitos pero sí como impacto o qué nos beneficiaría más al sistema penitenciario, lógicamente sería la propuesta del diputado Justo Orozco, en cuanto a que la condena es de seis meses a tres años; o sea que esas personas no irían nunca a prisión. (...) Mucha gente no sabe cuánto nos aumentó a nosotros la población, porque lógicamente todas iban a prisión. Era

General de la OEA, “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará, 1994”, OEA, Artículo 6, Consultado el 14 de marzo del 2017, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

²⁷⁵ Subcomisión encargada del estudio de Proyecto Legislativo 17.980, “Informe afirmativo de subcomisión” (Informe para Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980., Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 24.

muy rápido. Los delitos de flagrancia, es automático. O sea, van y rápido le imponen la pena y nos ingresan al sistema penitenciario²⁷⁶.

Este tipo de argumentos referidos a la situación de la población carcelaria ha sido un tema de cierto interés y polémica en cuanto se trata de políticas de disminución de pena o imposición de medidas alternas en materia de drogas. Sin embargo, incluso en los documentos oficiales se puede leer como existe un gran interés en producir alguna influencia en el sistema penitenciario nacional. Al respecto, la Prensa Libre en 2012, mismo momento en que se entraba a discutir este proyecto, hacía referencia a algunos datos estadísticos sobre la incidencia de la legalización o flexibilización de sanciones penales, alegando que: “Desde este punto de vista, pues la población penitenciaria no sería disminuida en gran número, por lo menos la masculina, porque en el caso de las mujeres el 70% de las que están detenidas es por delitos relacionados con drogas”²⁷⁷. En el mismo Informe de la Corte Suprema de Justicia sobre el Proyecto de Ley se indicaba la importancia que tendría incorporar normativa con una penalidad inferior para este tipo de conductas, puesto que:

(...) mediante el establecimiento de una pena privativa de libertad para esta conducta, que permita la ejecución condicional de la condena, se facilitaría que las autoras del hecho se acojan a institutos procesales mediante los cuales se mejore su situación personal, al incorporarse necesariamente a programas educativos y formativos, **evitando así la sobrepoblación de los centros penitenciarios, mediante medidas alternas a la prisión**²⁷⁸.

Es decir, que además de la visualización de ciertas mujeres en el cumplimiento del rol socialmente asignado, uno de los intereses políticos más grandes ha sido el tema de la reducción del hacinamiento carcelario, que se ha venido gestando en la agenda política del país. Si se toma en consideración la estadística, para el 2012 existían 518 mujeres recluidas en El Buen Pastor por delitos en infracción a la Ley de Psicotrópicos y, de esa cantidad,

²⁷⁶ María de los Ángeles Chaves Villalobos. “Ponencia sobre expediente legislativo N° 17.980”. (Ponencia ante Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, en Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 8, 9 y 20.

²⁷⁷ Jarmon Noguera Gonzales, “5.000 Reos Quedarían en Libertad ante Despenalización de Drogas”, La Prensa Libre, (5 de marzo de 2012).

²⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. “Acta de sesión extraordinaria 19-2012” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 28 mayo, 2012), 4.

había 110 mujeres sentenciadas y 13 indiciadas²⁷⁹. Todo lo cual representa un gran logro político al reducir la población carcelaria femenina, sacando o evitando que lleguen mujeres a un sistema penitenciario creado con base en el parámetro de lo masculino como principal referente. Sin embargo, no puede obviarse, aun así, que el sistema penitenciario ha invisibilizado las necesidades de las mujeres como personas y reforzando papeles afines al estereotipo de género que se cierne sobre estas en las sociedades patriarcales. Incluso fuera del sistema penitenciario, muchas de las concepciones sexistas, familistas o paternalistas continúan arraigadas en el imaginario colectivo de la comunidad jurídica, configurando espacios para el ejercicio de la violencia simbólica.

Son necesarias políticas y programas integrales de las instituciones del Estado para la atención específica de las mujeres en condición de vulnerabilidad, no solamente para la prevención de la comisión de delitos, sino para garantizarles mejores condiciones laborales o educativas, que les permitan salir de la línea de pobreza que se mantiene si se les recargan las funciones domésticas o de cuidado.

La norma en estudio presenta, entonces, dos finalidades, tal como se ha introducido en el capítulo. En primer lugar, la finalidad manifiesta o aparente se refiere a que las mujeres no deben ir a prisión ya que la asunción del rol socialmente asignado a las mujeres, como encargadas del cuidado familiar y labores domésticas, se vería comprometida con el encarcelamiento. Todo lo anterior, provocaría una “ruptura en el tejido social” por la desintegración familiar que eso conllevaría. Si bien, lo dicho hasta aquí parece ser cierto, no se puede dejar de lado que las necesidades de las mujeres son tomadas en cuenta, si y solo sí, se trata de mujeres madres o mujeres que tienen a su cargo a otras personas. En síntesis, la mujer que se toma como parámetro es la que responde al estereotipo del género femenino, lo cual provoca que se deje de lado a otras mujeres, que se ven involucradas en procesos penales y en el sistema penitenciario androcéntrico, pero no que no cumplen con el rol socialmente asignado.

²⁷⁹ María de los Ángeles Chaves Villalobos. “Ponencia sobre expediente legislativo N° 17.980”. (Ponencia ante Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, en Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 5 y 6.

Por otra parte, existe una finalidad latente o no declarada que se relaciona directamente con el fenómeno de hacinamiento carcelario. No resulta extraño notar como se recurre a datos estadísticos que demuestran que el delito de introducción de drogas a centros penitenciarios es el delito por el cual la mayoría de las mujeres se encontraban procesadas o condenadas²⁸⁰.

Ciertamente, la ley, en ese sentido, viene a ser una medida paliativa, ya que evita que muchas mujeres vayan a prisión a empeorar su situación de vida, pero no se resuelve la situación de géneros, a nivel social o a lo interno del sistema penitenciario, a pesar de que se justifica la reforma como un tema de género.

Sección B. Análisis de la jurisprudencia en que se aplica el atenuante 77 bis de la Ley de Psicotrópicos.

Es menester comenzar a analizar cómo se ha ido aplicando jurisprudencialmente el artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos, introducido mediante Ley 9161, siendo que hasta este momento solo se ha hablado de los antecedentes que llevaron a su creación, pero una vez creada esta ley, con todas las falencias que se han tratado de señalar, se debe estudiar cómo se han llenado estos vacíos por parte de las personas juzgadoras. ¿Cómo se define en la práctica lo que es ser mujer? ¿Cómo se determina qué es una condición de pobreza? ¿Qué es ser jefa de hogar? ¿Qué es ser vulnerable? ¿Cuándo se indica que debe tener personas a su cargo, cuántas personas deben ser? Con la investigación jurisprudencial, se pretende analizar cuál utilización le es dada a estos conceptos, ya que como se ha indicado anteriormente, los mismos al valerse del lenguaje son indeterminados y, por ende, llenados de contenido por quien le corresponda su aplicación.

De forma preliminar, cabe traer a colación sentencias anteriores a la introducción de la Reforma de la Ley 9161, en las que tribunales superiores en Costa Rica han interiorizado la noción básica de la realidad de desigualdad y vulnerabilidad en que viven muchas mujeres, confirmando absolutorias en aquellos casos en que han existido amenazas o coacción²⁸¹ como causas de exculpación o cuando ha mediado; por ejemplo, un estado de

²⁸⁰ María de los Ángeles Chaves Villalobos. “Ponencia sobre expediente legislativo N° 17.980”. (Ponencia ante Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, en Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 8, 9 y 20.

²⁸¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 4573 Código Penal, 15 noviembre, 1970”, Sinalevi, Artículo 38, Consultado el 25 de marzo del 2017,

necesidad exculpante²⁸². Lo anterior es una muestra de cómo se ha visualizado la realidad de muchas mujeres en contextos sexistas cuando las personas juzgadoras entran a conocer de dichos casos.

En estos casos, la jurisprudencia nacional ha abordado estos casos como supuestos en los que se encuentra viciada la voluntad de la persona, a través de la aplicación de los postulados generales de la teoría del delito y ha arribado a sentencias absolutorias, se trata de supuestos en los cuales se estaría en presencia de una causa de exculpación de la conducta²⁸³. Por ejemplo, siempre en casos anteriores a la Ley 9161 tratándose de delitos de Introducción de Drogas a centros penitenciarios, en la resolución **2007-131 de las 12:15 horas, de 23 de febrero de 2007**, se observa el caso en el que la imputada portaba droga para introducirla al centro penal La Reforma; según ella, bajo amenaza y coacción, habiéndose acreditado que vivía inmersa en una relación de violencia doméstica. Sin embargo, en primera instancia se negó la posibilidad de realizar una pericia psicológica para acreditar las características de un caso de violencia doméstica, aunque luego la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia reconoció la necesidad de diligenciar la pericia psicológica solicitada por la defensa técnica. Lo anterior es de gran relevancia puesto que toma en consideración como existen condicionantes que inducen a las personas a cometer este tipo de delitos y como la violencia contra las mujeres puede ser un factor importante para determinar la responsabilidad penal²⁸⁴.

Otro ejemplo anterior a la Reforma introducida por Ley 9161, tratándose de un delito de introducción de droga a centro penitenciario es la **sentencia número 2004-1446 de las 11:40 horas, de 17 de diciembre de 2004 de la Sala Tercera**, en la que incluso se absolvió del delito en cuestión, por no existir posibilidad de descartar, con certeza absoluta, una coacción ejercida sobre la imputada que alegaba ser víctima de violencia doméstica por parte de su compañero marital, privado de libertad en el centro penitenciario donde se llevó a cabo el ilícito²⁸⁵. Al respecto, la Sala Tercera ha insistido sobre la obligación de analizar

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=96389&strTipM=TC

²⁸² *Ibidem*. Artículo 27.

²⁸⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación: voto No. 2007-131; 23 de febrero, 2007 12:15 horas”, Expediente: 01-202082-0305-PE.

²⁸⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Casación: Voto No. 2004-1446; 17 de diciembre, 2004 11:40 horas”, Expediente: 00-001264-0061-PE.

con detalle este tipo de situaciones y ha tenido oportunidad de pronunciarse al establecer que:

(...) la violencia intrafamiliar es un problema de primer orden en nuestro país, que constituye todo un reto para el quehacer jurisdiccional que interviene en dicha problemática. Esto no significa más que debe valorarse cada episodio a la luz de las reglas de la experiencia y la psicología, que en este campo tienen reglas especiales, que se han ido construyendo gracias a estudios y al aporte de las víctimas y de personas que se han dedicado a atender esta problemática. Lo dicho significa que debe haber una lectura especial de los acontecimientos que es precisamente aquella que le deviene del propio contexto en que se produce, a saber, la violencia intrafamiliar, las relaciones de poder y dominación, el componente socio cultural que existe detrás de cada episodio y que permite visualizar un patrón de control, de dominación –que contribuye a comprender y valorar la conducta del agresor- y un rol de receptor (a) de la agresión –que contribuye a comprender y valorar la conducta de las víctimas-. Indiscutiblemente detrás de cada evento de agresión hay factores sociales, culturales, políticos, que están presentes y que deben ser visualizados y tomados en consideración por los juzgadores²⁸⁶.

Asimismo, desde esa perspectiva, no puede obviarse que la demostración de una situación paupérrima como motivante de la acción, para el sujeto activo puede constituir una causa de justificación de la conducta excluyendo la antijuridicidad por la existencia de un estado de necesidad, lo que evidentemente debería conducir también a una conclusión absolutoria²⁸⁷. Lo anterior implica que incluso antes de la aplicación de la Reforma introducida a la Ley 8204 por Ley 9161 existían mecanismos dentro de la teoría general del delito que permitían excluir o aminorar la responsabilidad de las personas autoras y partícipes de algunos de estos delitos. Sin embargo, al introducirse la Reforma a la Ley 8204 se contó con un marco normativo específico que beneficiaba no solo a las mujeres que se encontraban en situación de extrema pobreza o en relaciones de violencia doméstica, sino también a aquellas que fuesen jefas de hogar en condición de vulnerabilidad y tuvieran bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores, o personas con cualquier tipo de discapacidad que dependan de ella, o que se trate de mujeres adultas mayores en condiciones de vulnerabilidad. La misma jurisprudencia de la Sala Tercera ha señalado la primera delimitación, al indicar que el primer supuesto para

²⁸⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Casación: voto No. 2003-00982; 31 de octubre, 2003 10:05”, Expediente: 01-201833-0275-PE.

²⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. “Acta de sesión extraordinaria 19-2012” (Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 28 mayo, 2012).

que este atenuante sea aplicado es ser mujer, sin definir a qué se refiere con mujer; no obstante, se puede entender que hace referencia a sexo biológico. Como se ejemplifica en el **voto 2014-00959 de la Sala Tercera**:

Dicha norma modificó la penalidad del delito tipificado en el ordinal 76 de ese cuerpo normativo, fijando la sanción entre tres a ocho años, en el supuesto de que sea una mujer la autora o participe en el ilícito de introducción de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas en establecimiento penitenciarios, 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; e) tenga bajo 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; o d) que sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad. En estos supuestos, la legislación autoriza al Juez competente o al Juez de Ejecución de la pena, disponer el cumplimiento de la sanción²⁸⁸...

En aplicación de la Ley N° 9161, la **Sala Tercera en el voto 2014-01004** hace referencia a la razón de la creación de esta reforma de ley, al señalar:

Cabe resaltar que la ley n° 9161 surge en aplicación de políticas de género, con las cuales se busca brindar un trato más favorable a las mujeres que se encuentren en ciertas condiciones de pobreza, vulnerabilidad o tengan bajo su cargo menores de edad, adultos mayores o personas con discapacidad²⁸⁹.

En este párrafo se hace mención a que la ley surgió como un modo de aplicar políticas de género, pero en la redacción inicial del Proyecto presentado por Justo Orozco no se hacía mención en absoluto a ser mujer para que se aplique el artículo. Asimismo, se utilizó como argumentación que por este delito se encontraban la mayoría de mujeres en el Centro Penitenciario El Buen Pastor, razón por la cual se alivianaría el hacinamiento carcelario y se evitaría la ruptura familiar. Al hacer esta mención no se quiere dar a entender un rasgo punitivista en este trabajo, sino únicamente se señala con el fin de denotar que no se originó con un estudio de género completo; es decir, que el estudio de género permite ver un análisis de la criminalidad femenina pero aun así es un ejemplo de las construcciones sociales sexistas.

²⁸⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2014-00959; 27 de junio, 2014 8:45 horas”, Expediente: 14-000046-0006-PE.

²⁸⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2014-01004; 27 de junio, 2014 9:31 horas”, Expediente: 13-000517-0006-PE.

Al respecto del significado de vulnerabilidad, **la Sala Tercera en la resolución 2016-00275²⁹⁰**, lo plasma introduciendo la reforma con el artículo 48 de la Constitución Política de Costa Rica sobre el derecho de toda persona a que sus garantías sean protegidas, al igual que sus Derechos Humanos; además, señala la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, que dentro de sus objetivos estratégicos señala la revisión de procedimientos penales para eliminar la discriminación contra la mujer, en el caso de los delitos que les afecten de manera desproporcional. Luego de realizar dichas consideraciones introductorias, señala las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad; como parámetro para determinar dicha condición, en la sección segunda describe:

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico²⁹¹.

Ante la cita anterior, se fundamenta lo que se define por estado de vulnerabilidad cuya conceptualización igualmente se vale de conceptos indeterminados e incluso concluye que sus características específicas dependerán del país en concreto; no obstante, previo a dictarse una sentencia, no se realizan estudios concretos de qué se tiene por condición de pobreza, es un vacío que debe ser llenado acorde a las nociones que maneje quien aplique la norma.

Posterior a la definición que se le asignó a vulnerabilidad, en el voto se recurre a mencionar las reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes o conocidas como Reglas de

²⁹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2016-0027; 1 de abril, 2016”, Expediente: 15-000417-0006-PE.

²⁹¹ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, “Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en estado de vulnerabilidad; 5 de marzo del 2008”, Secretaría permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana, consultado el 16 de abril de 2017, http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124.

Bangkok²⁹² sobre la elaboración de medidas alternativas a la prisión en mujeres delincuentes, misma normativa que igual deja a las posibilidades del país, las medidas que se vayan a tomar que sirvan como discriminación positiva. Al respecto, cabe reiterar la crítica que se ha venido realizando a lo largo de este trabajo, en el sentido de que la normativa bajo estudio (Ley 9161) beneficia solamente a un grupo de mujeres que caerían en prisión por el delito de introducción de drogas a un centro penitenciario, sin considerar a otras mujeres que cometen otros ilícitos y que son encarceladas por ellos, insertándolas en un sistema penitenciario que se erige sobre construcciones sociales sexistas. Por todo lo anterior, se considera que no es del todo válido aludir a la Ley 9161 como la panacea mediante la cual se soluciona los problemas de género en cuanto a la criminalidad femenina en Costa Rica.

En otro voto, la **Sala Tercera en la resolución 2015-01398** define el concepto de “*jefa de hogar*” al citar:

El Instituto Nacional de Estadística y Censos (I.N.E.C.), define a la jefa de hogar como “la persona considerada como tal por los demás miembros del hogar; es quien tiene la mayor responsabilidad en la toma de decisiones del hogar y generalmente aporta la mayor parte de los recursos económicos del hogar, aunque no necesariamente. En los grupos no familiares jefe es la persona que tiene la autoridad máxima, la que lleva la administración, la que tiene más tiempo de residir ahí o, por último, la de más edad. Si una persona vive sola, ella misma es jefe del hogar”²⁹³.

Esta definición, si bien aplicó al caso concreto del voto, siendo este el de una mujer que mantenía con su ingreso a su familia, es igual una definición muy indeterminada, ya que en una casa, quien tenga mayor edad o tome mayor cantidad de decisiones, no es necesariamente quien aporte mayor dinero; por ejemplo, en las casas donde la madre es quien decide en cuanto al cuidado de sus hijos y su casa, no obstante, siendo que esta no labora y por tanto no aporta dinero, no será considerada “jefa de hogar”, por un aspecto monetario.

²⁹² Asamblea General de las Naciones Unidas, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito, 16 de marzo del 2011, consultado el 16 de abril de 2017, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

²⁹³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal, Voto N° 2015-01398; de 6 de noviembre de 2015 de las 10:31:00 a.m”, expediente 15-000191-0006-PE.

El Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, sección primera en el voto 2015-00273²⁹⁴ incurre en una mayor investigación al solicitar el criterio de la Sala Constitucional de previo a resolver una apelación de sentencia. En esta ocasión la consulta iba dirigida a si únicamente se va a centrar en si es autora o partícipe del delito de introducción de drogas a un centro penitenciario, ya que los incisos del artículo 77 bis contiene condiciones que se pueden presentar en mujeres autoras o partícipes de otros delitos relacionados con el narcotráfico. Dicha consulta se motiva en la apariencia de ser contraria al principio de igualdad del artículo 33 de la Constitución Política, ya que impide la resocialización de otras mujeres. No obstante, no es de extrañarse que a raíz de dicha consulta no se diera modificación alguna. Incluso, cabría reflexionar sobre la pertinencia de ampliar la consulta en aras de que la normativa no solo aplique a las mujeres que hayan cometido un delito descrito en la Ley 8204, sino también hombres que lo hayan hecho y cumplan con los incisos del artículo 77 bis; esto porque, tal como se indicó anteriormente, la Ley de Psicotrópicos tiene márgenes de penas muy altas para muchas otras personas y si bien la encarcelación de mujeres afecta más a los grupos familiares (producto de estereotipos de género arraigados en la cultura jurídica costarricense), no son la única población cuya privación de libertad los mina. Por ello, cabe recordar el artículo citado del *Semanario Universidad* sobre los Narcopeones, en que se indica que esta ley y sus penas afectan tanto a las mujeres como a los hombres que son víctimas de una sociedad que tampoco les ha permitido crecer:

Para buscar algunas respuestas, Cortés, con ayuda de la Defensa Pública, analizó 202 expedientes de personas condenadas por infracciones a la Ley de Psicotrópicos. El perfil que encontraron dista mucho de los de aquellos conocidos criminales. Se trata principalmente de minoristas que vendían marihuana, cocaína y crack, de los cuales, siete de cada diez se dedicaban al narcomenudeo, es decir, a distribuir pequeñas cantidades (en más de la mitad de los casos les decomisaron menos de 10 gramos). A estos les siguen los transportistas del narco: choferes de autos, trailers, pescadores, pilotos de aeronaves o simplemente “burros” que intentaron pasar por aeropuertos con droga oculta en sus maletas o cuerpos. La mayoría son hombres, muchachos como Javier, que tienen entre 20 y 25 años, carecen de educación formal porque la mitad solo fue a la escuela y, para complicar más su situación, el 43% son consumidores de drogas, al punto de que algunos son conocidos como “robots” porque solo venden para mantener su vicio.

²⁹⁴ Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, sección primera, “Recurso de apelación de sentencia penal, Voto N° 2015-00273; del 7 de mayo de 2015 de las 09:45”, expediente 11-000023-0511-TP.

“Son los eslabones más débiles, los más fáciles de reemplazar, sin duda, no parece que estemos agarrando peces gordos, capos, ni afectando directamente al crimen organizado”, concluye Cortés²⁹⁵.

Estas personas reciben la misma pena que una persona que venda o distribuya grandes cantidades de drogas, aunque su realidad particular indique que la mayoría de personas detenidas son los que se encuentran más abajo de la cadena de venta de drogas. Al respecto de la situación de violencia este mismo **Tribunal en el voto 2014-00480** realiza un aporte respecto al enfoque de género que se espera sea brindado ante la aplicación del artículo 77bis, al indicar:

Al respecto, en primer lugar hay que señalar que hay que ponderar con amplitud y conforme a las reglas de la experiencia y la psicología, los impactos que las distintas situaciones de violencia intrafamiliar o de género, pueden tener en las personas, pero en particular, desde luego, en las mujeres que son víctimas de ella. La posibilidad de que la violencia mine la autoestima de la afectada y le impida con claridad ser consciente del problema que padece, pero más aún con una invalidez aprendida, que produce un Síndrome con ese mismo nombre, que provoca una imposibilidad de resistirse a la violencia y buscar una salida, asumiéndose con pasividad el comportamiento de agresión y sobrellevándolo como situación "normal", está acreditada por numerosos estudios de esta problemática y reconocida incluso por la jurisprudencia nacional. Por eso es que el juzgador debe ser cuidadoso de valorar toda la información disponible, teniendo presentes las reglas antes mencionadas y la realidad de las situaciones de violencia, para lo cual necesariamente debe tener en cuenta el contexto de la relación, las características de las personas involucradas y todos los demás elementos que arrojen luces sobre el asunto²⁹⁶.

A pesar de esas consideraciones sobre la definición de “*jefa de hogar*” y de las condiciones de vulnerabilidad, existen pronunciamientos en los que, a pesar de existir múltiples antecedentes de violencia doméstica y problemas de salud, a una mujer divorciada no se le aplicó la atenuante del 77 bis debido a que no se acreditó la situación de pobreza²⁹⁷; sin embargo, para la aplicación de la normativa en estudio solamente se requiere que se pueda acreditar al menos una de las condiciones descritas.

²⁹⁵ Hulda Miranda Picado, “Narcopeones”, Semanario Universidad, (21 de Septiembre de 2016), Consultado el 10 de abril de 2017, <http://semanariouniversidad.ucr.cr/impreso/narcopeones/>

²⁹⁶ Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, sección primera, “Recurso de Apelación de Sentencia Penal, Voto N° 2014-00480; del 18 de agosto de 2014 de las 16:25:00” Expediente 11-001205-0305-PE.

²⁹⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de Revisión de Sentencia Penal, Voto N° 00608- 2015; 11:45:00 del once de mayo del 2015”, expediente 13-000485-0006-PE.

Según la definición que se dio líneas atrás de vulnerabilidad, dentro de ese “*concepto sombrilla*”, caben muchos otros tales como edad, género, estado físico o mental, circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la **victimización**, la migración, el desplazamiento interno, la pobreza, e incluso la misma privación de libertad. También dentro del concepto sombrilla de jefa de hogar, si se toma en cuenta la definición del INEC, la imputada en el caso en comentario hubiese podido verse beneficiada, ya que era una mujer divorciada que fungía como jefa de hogar y que había estado múltiples ocasiones sometida a situaciones de violencia doméstica, con lo cual era altamente probable que se enmarcara en las características del Síndrome de Invalidez Aprendida, mismos que pueden subsistir a pesar del transcurso del tiempo; todo lo cual, puede incidir en la posible comisión de un delito, produciendo victimización, aun cuando la persona ya no se encuentra en la relación de violencia doméstica. Sobre dicho Síndrome, Pérez Vargas señala que:

Estar expuesta a estímulos dañinos tiene un profundo impacto sobre las percepciones y expectativas que se tiene de las capacidades de uno y de la situación que se está enfrentando. **Llegan a crearse expectativas y creencias difíciles de cambiar:** "no tengo ninguna capacidad para resolver las cosas que me pasan", "esta situación es inevitable"; "no hay salida"; es mi destino, no hay nada que pueda hacer." El daño que se da en la capacidad de juicio o en la forma en que se representan las cosas es tan serio, que la expectativa o creencia puede o no ser exacta y la persona sigue creyendo que no tiene control sobre la situación. Las posibilidades reales que se tengan para resolver un hecho no importan, ya que el mayor peso lo tendrá la creencia y la expectativa²⁹⁸.

Asimismo cuando se alude a la victimización de las mujeres como una de las condiciones de la vulnerabilidad que sirve de fundamento para la aplicación de la atenuante, se debe tomar consciencia de que la violencia de género se ejerce más allá del ámbito familiar. Sobre este aspecto es necesario ahondar un poco más, debido a que muchas veces se considera que se trata de sinónimos, lo que puede provocar que se obvien escenarios de violencia de género que no se dan como violencia intrafamiliar, esto podría incidir en casos concretos excluyendo la aplicación de la norma.

²⁹⁸ Johnny Alberto Pérez Vargas, “La Violencia Doméstica en las Relaciones de Pareja” (Tesis de Grado para optar al título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999), 88-93.

En este sentido, María Luisa Maqueda señala que:

En efecto, no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia. Nada empece (*sic*) a esta afirmación el que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género. También lo es la pareja y, sin embargo, no agota las posibilidades de realización de esa clase de violencia. Son situaciones de riesgo no ya sólo por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, sobre todo, porque constituyen un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer los clásicos valores de subjetividad, cuidado y subordinación a la autoridad masculina²⁹⁹.

A pesar de la útil diferenciación que realiza la autora mencionada, se podría ampliar la noción de violencia de género aún más. Lo anterior por cuanto el género funciona como un sistema básico de dominación que se trata de construcciones y expectativas sociales en torno a los sexos, de forma tal que podría afectar también a ciertos grupos de hombres que escapan del patrón que se les ha asignado socialmente. Efectivamente, en las relaciones de poder marcadas por la violencia de género, típicamente quienes se encuentran en la posición de subordinación han sido las mujeres. Pero haciendo referencia a la definición que se ha aportado inicialmente en este trabajo, cabe la posibilidad de ampliar el sujeto de referencia un poco.

Resulta menester que la jurisprudencia considere los alcances amplísimos de la violencia de género y las formas en las que este fenómeno puede incidir en la delincuencia femenina, puesto que se trata de una variable esencial para comprender que no se centra solamente en la diferencia entre sexos, ni tampoco en una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja, sino que es consecuencia de una situación de discriminación atemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal.

Es importante analizar los casos en concreto para así poder aplicar el artículo 77bis de manera género-sensible; no obstante, la jurisprudencia deja un gran vacío al indicar que “hay que ponderar con amplitud y conforme a las reglas de la experiencia y la psicología”,

²⁹⁹ María Luisa Maqueda Abreu, “La violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 08-02, (2006): 5. Consultado el 27 marzo del 2017, <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>.

siendo que si se espera aplicar las reglas de la experiencia, las personas juzgadoras deben ser víctimas de violencia para conocer, por experiencia, cómo se da este síndrome, o pues bien deben estos manejar nociones psicológicas para poder aplicar correctamente este artículo. Por lo anterior, este tipo de conceptos redundan en nociones indeterminadas, acudiendo al cielo de los conceptos para así fundamentar la aplicación de esta ley. En términos concretos de su aplicación se repiten razonamientos como el siguiente:

En cuanto al primer párrafo del artículo 77 bis, no existe discusión pues la persona sentenciada es una mujer y la condena se dictó por introducir droga a un centro penal, por lo que el interés de la presente demanda de revisión recae en la determinación de las circunstancias subjetivas bajo las cuales se cometió el ilícito³⁰⁰.

Este párrafo lo que señala es que como requisito inicial la persona sentenciada debe ser mujer, en el caso concreto se hace referencia a una mujer que haya nacido con el sexo femenino. En las sentencias se deja un gran vacío con respecto a la aplicación de mujeres trans que se encuentren en estado de vulnerabilidad, quienes pueden tener el cuidado niños, adultos mayores, poseer enfermedades que le imposibiliten o dificulten el ejercicio de sus derechos; no se hace mención alguna en sentencias al respecto, por lo que únicamente se está aplicando a quienes hayan nacido con sexo biológico femenino, sin tomar en cuenta que el género, como sistema básico de dominación, a pesar de tener un componente de corte biológico, también tiene aspectos relevantes en cuanto a la identidad de las personas y la forma en que esta es construida mediante las expectativas sociales.

En este sentido, debería reconocerse la posibilidad de aplicar la normativa a mujeres trans en la medida en que existen diversos pronunciamientos tanto de la Sala Constitucional como a nivel internacional que recogen y avalan la noción de identidad sexual. Por ejemplo, la **sentencia 7128 del año 2007 emitida por la Sala Constitucional** hace referencia a que:

Según la doctrina, por transexual o síndrome transexual se entiende, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el síndrome sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómica y registralmente le corresponde por sus órganos, lo que le hace recurrir, generalmente, a un tratamiento médico quirúrgico para corregir aquella

³⁰⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de Revisión de sentencia penal, Voto N° 2014-00917; del 17 de junio de 2014 de las 03:38:00p.m.”, Expediente 13-000508-0006-PE.

discordancia, procurando posteriormente que su nueva realidad psicosomática cobre realidad en todos los demás ámbitos de su vida, **lo que no puede ser ajeno a valoraciones de carácter jurídico**. También se ha definido la transexualidad o transexualismo como una forma extrema de “Disforia de Género” que es una diferencia entre identidad/rol de género por un lado y las características físicas del cuerpo por otro³⁰¹.

Consideró la Sala Constitucional que la Caja Costarricense del Seguro Social debía ampliar la cobertura del seguro de salud, ya que la salud es un estado de completo bienestar psíquico, mental y social. Si bien el amparo fue desestimado atendiendo a la inexistencia de profesionales destacados para realizar la operación de reasignación de sexo, se dejó abierta la posibilidad para que en aplicación de los principios sentados, la Caja Costarricense del Seguro Social valore el caso particular del recurrente y reforme el “Reglamento para el Otorgamiento de Ayudas para Tratamiento Médico en el Exterior” para que pueda tutelar el derecho a la identidad sexual que ha reclamado el recurrente en este amparo, concediendo la ayuda que esa normativa posibilita. Por otra parte los Magistrados Vargas y Jinesta salvaron el voto declarando el amparo con lugar y ordenando a la institución practicarle al amparado la operación de cambio o reasignación de sexo, sea en un centro hospitalario nacional o del extranjero.

A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana resolvió el caso Atala Riffo y niñas contra el Estado de Chile conociendo los argumentos sobre la discriminación por razón de orientación sexual y de identidad sexual. Al respecto se argumenta que, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales varias resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra todos aquellos tratos o actos discriminatorios que se fundamenten en su orientación sexual e identidad de género³⁰²,

³⁰¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo, Voto N° 7128- 2007; del 23 de mayo del 2007 de las 16:38:00”, Expediente 06-001874-0007-CO. Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo, Voto N° 16877- 2009; del 4 de noviembre del 2009 de las 13:56:00”, Expediente 09-000646-0007-CO.

³⁰² Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Resolución N° 2653 (XLI-O/11). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. 7 de junio de 2011. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Resolución N° 2600 (XL-O/10). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género. Celebrada el 8 de junio de 2010. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Resolución N° 2504 (XXXIX-O/09). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. 4 de junio de 2009. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Resolución N° 2435 (XXXVIII-O/08). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. 3 de junio de 2008.

mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios hacia los grupos que han sido tradicionalmente discriminados por esas razones³⁰³.

Asimismo, la Corte resaltó que aunque no haya un consenso al interior de algunos países sobre el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales, ello no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos o para perpetuar la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido³⁰⁴.

Del estudio del expediente se logra constatar que concurren en la sentenciada varias de las condiciones a que alude la norma. La prueba documental aportada acredita que el contexto de la sentenciada Y, la ubica en situación de vulnerabilidad, misma que se remonta a la fecha de ocurrencia de los hechos. Consta que es madre de tres niños que actualmente cuentan con edades comprendidas entre los dos y los diez años. Del expediente administrativo del Centro de Atención Institucional Buen Pastor, se deriva que la sentenciada es jefe de familia, pues según refirió ante el Consejo Técnico, el vínculo con su último compañero, padre de los dos hijos menores, se rompió. Además, la sentenciada cursó educación primaria hasta el quinto grado desertando ante las limitaciones económicas de su familia, debiendo considerarse adicionalmente que carece de oficio, o medios para ganarse el sustento propio y el de su familia, por lo que se ubica en condición de pobreza al no tener medios de subsistencia estables. De lo expuesto se concluye que efectivamente las condiciones de la sentenciada la ubican en una situación de vulnerabilidad por tratarse de una mujer jefa de hogar con hijos menores de edad y en situación de pobreza...³⁰⁵

Este es el tipo de argumentación que se encuentra en las sentencias en las que se aplica este artículo, se hace un análisis de las particularidades de la imputada y se revisa si cumple o no con los requisitos del artículo 77 bis, y como fundamentación se copia el texto del artículo, y se cita la convención de Bangkok, de Tokio y las reglas de Brasilia, sin mayor análisis. De cierta forma, se asume que con la aplicación de la norma se estará mejorando la condición de las mujeres, por el simple hecho de que esta se pregona como introductora de una especificidad de género o de perspectivas de género para el Derecho penal, dejando de lado que las mujeres beneficiadas por la normativa al salir de prisión o

³⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso internacional, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Párr. 86.

³⁰⁴ *Ibidem*, Párr. 96.

³⁰⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de Revisión de sentencia penal, Voto N° 2014-00917; del 17 de junio de 2014 de las 03:38:00p.m.”, Expediente 13-000508-0006-PE.

evitándola continuarán en un sistema que les resulta desventajoso pues subordinan sus intereses a los de la familia o a los mismos valores androcéntricos.

Capítulo IV. Metodología realista de frente al artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos introducido por Ley 9161

De previo a iniciar este capítulo, es necesario retomar algunas ideas sobre qué es el realismo jurídico. Esta metodología surge como modo de contrarrestar el pensamiento fundado en el mito jurídico básico, el cual se puede encontrar definido en *Law and The Modern Mind* de Frank del siguiente modo:

...It is taken absolutely for granted that there is somewhere a rule of known law which will cover the facts if the dispute now litigated, and that, if such a rule be not discovered, it is only that the necessary patience, knowledge or acumen, is not forthcoming to detect it. The uninformed listener would conclude that court and counsel unhesitatingly accept a doctrine that somewhere, in nubibus, or in gremio magistratum, there existed a complete, coherent, symmetrical body of...law, of an amplitude sufficient to furnish principles which would apply to any conceivable combination of circumstances³⁰⁶.

Este párrafo anterior, traducido por quien redacta, indica que:

Se toma absolutamente por sentado que hay en algún lugar una regla de ley conocida que va a cubrir los hechos de la disputa que están siendo litigados, y si esta regla no es descubierta, es porque la paciencia necesaria, el conocimiento o perspicacia, no está disponible para detectarla. El oyente desinformado va a concluir que la corte y el abogado aceptaron sin dudar una doctrina que en algún lugar, “*in nubibus*” (en las nubes) o “*in gremio magistratum*” (en la magistratura), existe un cuerpo de ley completo, coherente y simétrico, de amplitud suficiente para proporcionar principios que puedan aplicar a cualquier combinación de circunstancias concebible”.

Siendo así, se considera ingenuamente entonces que el juez ostenta un papel pasivo, únicamente aplicando estas normas, ante esto indicó Frank:

...there is no hypocrisy. The Lawyers pretenses are not consciously deceptive. The lawyers, themselves, like the laymen, fail to recognize fully the essentially plastic and mutable character of law. Although it is the chiefest function of lawyers to make the legal rules viable and pliable, a large part of the profession believes, and therefore encourages the laity to believe, that those rules either are or can be made essentially immutable. And so you will find lawyers saying that “The judicial process in ascertaining or applying the law is essentially similar to the process by

³⁰⁶ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (London: Stevens & Sons Limited, 1949), 9.

which we acquire our knowledge of geometry...In the great majority of cases the solution of them (legal problems) is as certain and exact as an answer to a problem in mathematics.

Esto significa:

“no hay hipocresía. Las pretensiones de los abogados no son conscientemente engañosas. Los abogados tal como los laicos, fallan en reconocer plenamente, el esencialmente plástico y mutable carácter del derecho. Aunque es la función principal de los abogados hacer las leyes viables y flexibles, una gran parte de la profesión cree, y por tanto, alienta al laicado a creer, que esas reglas o son o pueden hacerse esencialmente inmutables. Entonces se puede encontrar abogados que digan “el proceso judicial para averiguar o aplicar la ley es esencialmente similar al proceso en el cual se adquiere el conocimiento de geometría...en la gran mayoría de los casos la solución de estos (los problemas legales) es tan seguro y exacto como una respuesta a un problema matemático³⁰⁷”.

Partiendo de esta noción del Derecho como estático y como un conocimiento que simplemente se accede y no se crea, surgen métodos de análisis para no dejarse engañar por este mito, ante esto surge el realismo jurídico que para Haba debe ser del tipo negativo-heurístico³⁰⁸, que conlleva inevitablemente a una crítica que ayuda a desenmascarar la retórica del discurso jurídico³⁰⁹.

Así, los estudios de Teoría realista del Derecho resultan ser negativos, pues no pueden menos que des-fabular los discursos jurídicos corrientes. No menos sirven esos estudios para subvertir también otro «cielo», todavía más artificioso, el de las fantasías racionalistas que tejen, sea mediante unos u otros tipos de aproximaciones, las Teorías del Derecho ilusionistas actuales: lógica deóntica, racionalidad práctica procedimental, semántica estructural, argumentación «razonable», ius novelas «hercúleas», técnicas de «ponderación», y mucho más³¹⁰.

Esto quiere decir que quien asuma una posición realista, estudiará y aplicará las normas jurídicas tal y como estas son; es decir, que se muestran la diferencia entre lo que se espera del Derecho y lo que es en realidad, cuales son sus efectos sociales. Para Haba es necesario hacer un énfasis en los siguientes puntos:

1. El lenguaje es convencional, por tanto, no existen leyes a las que hay que acceder con el conocimiento para aplicarlas, sino que es el intérprete el que decide cómo hacerlo y es el jurista el que crea las mismas.

³⁰⁷ *Ibidem.* 9-10.

³⁰⁸ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. III. (San José: Editorial UCR, 2012), 106.

³⁰⁹ *Ibidem.* 107.

³¹⁰ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. II. (San José: Editorial UCR, 2012), 590.

2. Hay cuestiones de hecho y de palabra; es decir, las realidades y las alternativas ante estas.
3. Se debe distinguir entre lo que “es” y lo que “debe ser”; es decir, en el caso de la normativa en estudio, sería ver el hecho fáctico de que muchas mujeres ingresan a un centro penitenciario y la otra sería que las mujeres “no deberían estar en una cárcel en razón de que los convenios ratificados indican que no debe ser así”.
4. Los conceptos jurídicos son indeterminados, por lo que se encuentran frases o palabras con contenido retórico o argumentativo que tienden a persuadir.
5. Conociendo todo lo anterior, se puede entonces tomar precauciones a la hora de ver el discurso jurídico, ya que se empezaría a observar desde una visión más sociológica y lingüística.
6. Sabiendo esto, las cosas no se aceptan tal cual son presentadas, sino que deben ser examinadas con detenimiento y los resultados prácticos en la realidad.
7. Analizar el derecho desde varias perspectivas, no únicamente desde la visión del jurista sino de una manera interdisciplinaria con el fin de estudiar los efectos reales.
8. Entender el discurso jurídico, no desde las fórmulas que son enseñadas, que en palabras de Frank, citadas anteriormente, se utilizan como una fórmula matemática en aras de una única solución, sino que se deben ver los aspectos prácticos del derecho bajo la lupa de un análisis interdisciplinario ³¹¹:

No es que por tratar de manera realista-crítica las cuestiones jurídicas se pretenda decir que no hay normas de derecho positivo, ni sostener que estas por lo general carecen de importancia práctica. Al contrario, para ser verdaderamente realista en este terreno, es necesario empezar por reconocer que, tanto en la actividad del jurista profesional como en las conductas sociales en general, las normas en que se cree llegan a tener influencias considerables. Tales normas intervienen como unas guías- no guías herméticas, pero guías al fin- de nuestra conducta³¹².

El realista reconoce que el derecho es creado y aplicado por seres humanos, por tanto hay elementos racionales y no racionales, no son herméticos y estables como se cree con el mito jurídico básico, una vez conociendo esto, es que se puede sacar a la luz el verdadero efecto de este discurso ya que es un juego del lenguaje.

³¹¹ *Ibidem*. 594-596.

³¹² *Ibidem* 600-601.

Haciendo este análisis se deja de caer en la noción mágica de las palabras y en mitos, ya que en la realidad cuando se interpretan normas, estas no tienen un único sentido. Cuando se analizaron las sentencias se pudo observar incluso interpretaciones diferentes, ante esto, por lo que Haba recomienda las siguientes premisas³¹³: 1. No hay un espíritu de la ley, quien decide es quien interpreta el derecho. 2. El intérprete, por tanto, toma decisiones propias, pero esto no quiere decir que la decisión que tome no sea razonada; es decir, puede seguir lo que indique determinada teoría o puede escoger por sí mismo, higienizar el discurso de técnicas innecesarias.

Para lo anterior, señala como primer paso ver el marco de interpretaciones que se dan dentro de la doctrina jurídica, los preceptos de derecho positivo, jurisprudencia y doctrina, esto implica ubicarse dentro del mismo derecho. Como un segundo paso, hay que detectar los discursos dentro de cada precepto de derecho aplicable, como una manera de hacer más transparente el derecho. Ello implica ver la indeterminación propia del lenguaje, buscando una manera de traducirlo de modo preciso para poder ver las soluciones prácticas, implica poder determinar cuestiones de “ser” y “deber ser”, determinar las falacias en el discurso, si hay magia verbal, etc. El tercer paso es ver la finalidad que tiene el intérprete, conforme a la cual tomará una decisión que debe escoger ante las posibilidades existentes. En síntesis, quien interpreta la norma debe analizar los fines prácticos que se buscan cumplir y decidir. El cuarto paso implica relacionar todos los pasos y ponderar cuál de las opciones funciona con el fin práctico esperado por el intérprete para realizar en la práctica.

En síntesis: si bien el pensamiento científico no está en condiciones de establecer por sí mismo, como tampoco de arbitrar entre, juicios de valor categóricos, aquel está en condiciones de suministrar, sí, elementos de juicio que son de lo más decisivos para dilucidar racionalmente si son en realidad acertadas unas u otras valoraciones instrumentales³¹⁴.

Tomando en consideración los pasos propuestos por dicho autor, el presente capítulo busca dar una propuesta de una metodología de análisis de los casos que llegan a ventilarse ante los estrados judiciales de Costa Rica, de forma tal que quienes aplican el Derecho no se vean inducidos al autoengaño mediante fórmulas vacías o el constante recurrir a frases reiterativas sobre normativa o sobre la condición de la mujer, que no

³¹³ *Ibidem* 612-636

³¹⁴ *Ibidem*, 636.

provocan ningún cambio en la realidad social. Es necesario aclarar que cuando se lleva a cabo esta propuesta se trata de eso: una mera propuesta, cuya puesta en práctica dependerá de la voluntad de quien tome en cuenta la norma. En este sentido cabe decir que:

El principal instrumento de que se vale el realismo jurídico de Haba, como teoría básica del derecho, es de una metodología de corte negativo-heurístico, una semiótica desencantadora. El propósito de esta metodología no es ofrecerle al jurista unas recetas –prefabricadas y certeras– para aplicar la norma (cosa que resulta, en todo caso, imposible hacer), sino más bien auxiliar al jurista para que se equivoque lo menos posible y piense lo menos falaciosamente que pueda³¹⁵.

En síntesis, lo aquí propuesto no es más que lo que Vaz Ferreira denominaría una propuesta de pensamiento por ideas para tener en cuenta, evitando “... sacar de ella, consciente o inconscientemente, un sistema destinado a aplicarse en todos los casos...”, orientada a “... reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que tener en cuenta cuando se reflexione en cada caso sobre los problemas reales y concretos”³¹⁶. Es decir, se trata de algunas ideas no estandarizantes para tener en cuenta al resolver casos concretos.

Sección A. Examen del discurso utilizado en la fundamentación de la Ley 9161 como marco de la interpretación.

Tal como se ha expuesto en la introducción de este capítulo, se partirá de la metodología realista propuesta por Enrique Pedro Haba, considerando los pasos anteriormente citados. Una premisa básica de dicha metodología es el reconocimiento de que los textos jurídicos cabe entenderlos de maneras distintas, debido a la existencia del carácter arbitrario del lenguaje, que permite que se den polisemias, ambigüedades, inconsistencias, entre otros. Por lo anterior, se requiere que se parta de la realidad de que la interpretación es un acto propio de quien interpreta por lo que no viene de Dios, ni del espíritu de la ley, ni de la voluntad del legislador entendida en un sentido único y dogmático.

Ahora bien, es posible percatarse de que a lo largo del presente estudio se ha tomado en consideración el discurso que se manejó en torno a la fundamentación de la Ley

³¹⁵ Minor E. Salas Solís, “Debate Sobre La Utilidad De La Metodología Jurídica: Una Reconstrucción Crítica De Las Actuales Corrientes Metodológicas En La Teoría Del Derecho”, *Isonomía*, No. 27 (2007): 125, consultado el 17 de abril del 2017, <http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/salas-minor-e-8816>.

³¹⁶ Carlos Vaz Ferreira, *Lógica Viva* (España: Centro Cultural de España – Montevideo, 2008), 154.

Nº 9161 a nivel legislativo. Sin embargo, ello no se puede equiparar con la “voluntad del legislador”, puesto que se parte de la idea de que el discurso jurídico no se trata del texto normativo únicamente, si no que se relaciona con las formas de hablar sobre la realidad concreta que tienen quienes crean, aplican y utilizan las normas. Por ello, si se habla del análisis del discurso jurídico no resulta pertinente hacer referencia únicamente al texto de la ley y de la forma en que presenta variedades interpretativas.

Cuando se habla de la interpretación de conformidad con el espíritu de la ley o del legislador, se suele hacer referencia a que existe una única solución o interpretación del texto normativo; empero, en este estudio se busca hacer lo contrario, esto es, desenmascarar el hecho de que la norma puede admitir varias interpretaciones en cuanto a los términos que usa. Al respecto, es importante traer a colación las consideraciones de Pedro Haba en cuanto a la interpretación bajo criterios de la voluntad de quienes legislan, puesto que resulta de interés al momento de continuar con el análisis de la normativa y su aplicación. Sobre ello, el mencionado autor hace referencia a que:

Cuando se habla de la “voluntad” del legislador, este término comprende generalmente tres cosas: la *letra* que dicha voluntad ha querido establecer como texto legal, el *contenido preceptivo*- las reglas mismas- que esta ha querido prever, y también los *finés* perseguidos por medio de tal reglamentación, sin embargo, no siempre se está en condiciones de averiguar todo lo que el intérprete quisiera saber. Las comprobaciones sobre una VL (*voluntad legislativa*) pueden ser más o menos completas. Ello depende, primero, de la medida en que los propios miembros del parlamentos (o de otros órganos) hayan tomado efectivamente consciencia de la multiplicidad de los aspectos implicados en la ley respectiva; grado de consciencia que no es el mismo en todos los casos, luego, está la cuestión de poder probar la existencia de dichos contenidos de voluntad; en función de los materiales de que el intérprete disponga al efectuar la indagación, estará o no en condiciones de determinar que hubo unas líneas de pensamiento relativamente netas del legislador respecto a los puntos examinados³¹⁷.

De lo anterior se puede colegir que existen múltiples variables a tomar en cuenta a la hora de interpretar una normativa bajo la idea de la voluntad perseguida al momento de su redacción; entre ellas, el texto mismo así como los fines que se pretendían lograr mediante las normas. Incluso, partiendo de esa línea de pensamiento es posible percatarse que se presentan problemas cuando se intenta determinar el contenido específico de

³¹⁷ Enrique Pedro Haba, Metodología (Realista) del Derecho. Vol. III. (San José: Editorial UCR, 2012), 282.

vocablos como la voluntad de la ley, ya que en el proceso de redacción legislativa intervienen múltiples personas, las cuales plasman parte de sus ideologías en el texto:

¿hay que atenerse principalmente a la opinión de los redactores del proyecto aprobado, o a la del miembro infórmate en el plenario o a la de algunos otros individuos bien determinados que tuvieron reconocida importancia en el proceso legislativo, o más bien averiguar lo que pensaron todos aquellos que votaron en definitiva la sanción de esa ley? No hay respuesta única para estas distintas posibilidades, una solución que tenga igual validez para todos los casos y desde todos los puntos de vista. Depende de la concepción que se tenga de la voluntad por ser indagada, y también de las circunstancias en que esta se haya manifestado: en función de tales bases, variables, es como se determina quienes son considerados como los depositarios legítimos del pensamiento llamado a proporcionar contenido concreto a la ley, a los ojos de quien interpreta el texto³¹⁸.

Es por lo anterior, y en razón de que el presente trabajo parte del análisis del derecho como discurso, que se considera pertinente el estudio crítico de los documentos que se dieron dentro del procedimiento legislativo del proyecto de Ley 17980 (actual Ley Número 9161) para evidenciar las valoraciones que contiene ese discurso, y así posteriormente confrontarlas con la finalidad de la norma, ofreciendo una interpretación consciente y sin autoengaños.

De la mano con lo anterior, no se puede generalizar en cuanto a la argumentación cuando se aplica una norma, diciendo que toda referencia a la voluntad legislativa es mera retórica, ya que el discurso legislativo puede ser útil para sacar a la luz los componentes del universo simbólico y el contenido axiológico de quienes intervinieron en la creación de la norma, lo cual resulta necesario para realizar el análisis *teleológico* que propone la metodología negativo-heurística de Haba. Esto en palabras de Haba, implica que:

(...) cabe afirmar que no hay ninguna imposibilidad de principio para conocer la VL, a veces con buen grado de certeza y otras en medida menor. Es verdad, naturalmente que no faltan casos donde el intérprete presenta como VL tales o cuales ideas sin suministrar pruebas satisfactorias de que es así. (...) Si bien a la VL (presunta) puede recurrirse como simple figura retórica en la interpretación jurídica, esto no quita que, en otros casos, cierta voluntad legislativa se tome en cuenta por haber existido realmente³¹⁹.

Bajo esta tesitura, se debe analizar el discurso que impulsó la normativa, ya no solo para estudiarlo y criticarlo sino como pauta para interpretar la legislación en comentario, ya

³¹⁸ *Ibidem*, 283.

³¹⁹ *Ibidem*, 285.

que es parte del discurso jurídico que manejan quienes crean la norma y, asimismo, resulta útil para exponer las ideologías supra-jurídicas o los universos simbólicos que se vinculan con los otros discursos jurídicos (llámese, al menos, doctrina, jurisprudencia y derecho positivo) y demuestran las ideologías que manejan quienes legislan.

Tal como se mencionó en el capítulo anterior, la exposición de motivos del que en su momento fue el Proyecto de Ley 17.980³²⁰ hacía referencia a numerosos datos estadísticos de la situación de muchas mujeres privadas de libertad. Sobre dicha situación se menciona que:

Según el Informe 10 del Estado de la Nación, Costa Rica logró reducir el porcentaje de hogares vulnerables al caer en la pobreza. Del 15.7% en 1990 a 11.5% en el 2003. Sin embargo, durante esta década hubo un fuerte aumento del porcentaje de hogares pobres con jefaturas femeninas, que pasó de un 23,4% a un 32.5% en el 2003, incremento que se produjo tanto en las áreas urbanas como en las rurales, pero especialmente en las urbanas donde el porcentaje llegó a 40,3% en el 2003, esto significa que dos de cada 5 hogares pobres en Costa Rica tienen como jefe a una mujer³²¹.

Es decir, se visibiliza a las mujeres en cuanto sean jefas de hogar, en cuanto a mujeres pobres. Evidentemente, esos factores son indicadores de la situación de desventaja en que se han encontrado las mujeres históricamente; sin embargo, la fundamentación de la reforma propiamente parte de esa idea. En otras palabras, la legislación en comentario toma a este tipo de mujeres como paradigma de ser humano³²². A partir de esa idea, menciona que:

Conociendo los datos anteriores respecto del incremento de los hogares jefeados por mujeres y la feminización de la pobreza, el traslado de los efectos adversos de la pena privativa de libertad a la familia de la condenada, es uno de los factores que vienen a justificar el análisis urgente del cambio en la legislación vigente; aunado ello a las condiciones de vulnerabilidad y desigualdad de las mujeres en razón de su sexo³²³.

³²⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Exposición de motivos en Expediente Legislativo 17.980” (Expediente Legislativo 17.980 Reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento en Asamblea Legislativa, 2011).

³²¹ *Ibidem*, 5.

³²² Alda Facio Montejó, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 12.

³²³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Exposición de motivos en Expediente Legislativo 17.980” (Expediente Legislativo 17.980 Reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias

De conformidad con este discurso, el traslado de los efectos adversos de la pena privativa de libertad a la familia de la condenada son la clave para justificar la reforma, lo cual produce interrogantes ya que se visualiza a la mujer como sujeto inferior económicamente, dejándola encerrada en el rol doméstico.

No es de extrañarse que se asuma esta postura si tanto social como religiosamente se ha enaltecido a la mujer en cuanto es madre; al respecto, Simone de Beauvoir lo plasma diciendo: “Si a María se le niega su carácter de esposa, es para exaltar en ella más puramente la Mujer-Madre³²⁴”. En las leyes costarricenses no se excluye esta postura ya que, como se indicó anteriormente, cuando se le ha brindado una tutela especial a la mujer a nivel constitucional, se hace poniéndola a la par de los niños o las personas con alguna discapacidad, como si tuviesen capacidad de actuar relativa; “y puesto que ha sido en calidad de Madre como ha sido sometida, será primeramente en tanto que madre como será querida y respetada”³²⁵.

Lo primero que se debe hacer con esta clase de frases es tomar en consideración que no vienen de la “*naturaleza*” de las mujeres, si no de las condiciones y espacios que la sociedad patriarcal generan para ellas. En palabras de Simone De Beauvoir:

Así, pues el hombre puede persuadirse de que ya no existe entre los sexos una jerarquía social, y de que, en conjunto, a través de las diferencias, la mujer es una igual. Como, no obstante, observa ciertas inferioridades- la más importante de las cuales es la incapacidad profesional-, las atribuye a la naturaleza³²⁶.

Lo anterior es de gran relevancia puesto que permite dejar de lado los prejuicios sexistas que existen en torno al concepto de mujer, puesto que se ha construido como un sinónimo de debilidad. Asimismo, existen engaños en cuanto a la finalidad de la norma puesto que, además de la condición familiar que se vería afectada por la reclusión de la madre, se justifica la reforma como un cambio urgente en la legislación nacional, considerando las condiciones de vulnerabilidad y desigualdad de las mujeres en razón de su sexo.

psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento en Asamblea Legislativa, 2011), 5.

³²⁴ Simone De Beauvoir, *El Segundo Sexo*, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 174.

³²⁵ *Ibidem*. 175.

³²⁶ *Ibidem*. 28.

A pesar del discurso mantenido formalmente, se puede notar el uso retórico que se le da a los términos de vulnerabilidad y de desigualdad en razón del sexo, ya que la normativa no viene a modificar las estructuras sexistas existentes en la sociedad que han permitido la proliferación de espacios sociales en que se reproduce dicha desigualdad. A lo sumo, se le podría aplaudir a la Ley 9161 el que evita la encarcelación de las mujeres lo cual empeoraría su situación de desigualdad y desventaja; sin embargo, no muestra interés en eliminar las razones estructurales de su condición de subordinación. Simplemente, supedita los intereses y necesidades de la mujer a las del núcleo familiar, tal como si la mujer solo tuviera relevancia en ese ámbito tan reducido de la vida social.

Este es uno de los principales puntos que quienes interpretan la norma deberían considerar, ya que la normativa, aunque se promueva con fines de beneficiar a las mujeres tomando en cuenta las relaciones de poder que androcéntricamente se han sostenido en su contra, realmente sus efectos prácticos sobre esas relaciones son pocos o nulos. Asimismo, resulta extraño que se haga referencia constantemente a la asignación de roles y estereotipos de género para fundamentar la reforma pero en ningún momento se haga mención a la necesidad de someter al análisis esas ideologías sexistas.

De esta forma se evidencia como se utilizan recursos retóricos en la fundamentación de la normativa, que no deberían influir en una interpretación realista de la misma, puesto que de lo contrario, se estaría afianzando una situación mítica, por la presencia de ideologías ocultas dentro del discurso jurídico aplicable. En palabras de Luis Warat:

Pensados los mitos en términos políticos, puede decirse que su función básica es la de crear para la sociedad, la sensación de despolitización y neutralidad. Función ésta muy importante, ya que por su intermedio se puede lograr la presentación de la fuerza social en términos de legalidad. En un sentido un tanto despectivo, puede pensarse los mitos políticos como la expresión sacramentada de los valores sociales predominantes³²⁷.

De esa manera es como se reproducen ciertas ideologías partidistas o que se configuran en la agenda política como metas, dejando que se enmascaren detrás de apariencias de neutralidad o como si fuesen a cumplir otro tipo de metas. Es decir, se

³²⁷ Luis Alberto Warat, *El derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*. (Buenos Aires, Argentina: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976), 147.

escudan tras el tema de perspectiva de género tal como si el concepto por sí mismo fuera lo único importante para producir un cambio en la realidad.

En este sentido, cabe recordar cómo en varios de los documentos legislativos se hace referencia a la motivación género-sensitiva de la propuesta de Ley³²⁸; sin embargo, en cuanto se busca alguna definición de lo que ha de entenderse por perspectiva de género, según el discurso legislativo, se repite la frase de que la perspectiva de género hace necesario un análisis de la criminalidad femenina. Dicho análisis se evidencia a lo largo de los documentos legislativos, e igualmente hace referencia en múltiples ocasiones a los estereotipos de género que rodean al concepto de mujer, pero no se detienen a analizar los medios, ya sea mediante políticas públicas o medidas normativas que incidirían directamente en el fenómeno de la criminalidad femenina, puesto que el análisis que se efectúa parece dar por sentado que las obligaciones domésticas y de cuidado son propias de las mujeres, por lo que no se atacan dichas causas, sino que se actúa sobre el efecto de dichas condiciones sociales; es decir, se busca disminuir la encarcelación femenina.

Dentro de la metodología de corte negativo- heurística que propone Enrique Pedro Haba exige como **punto de partida** evitar los autoengaños, es decir, quien aplica la norma debe estar consciente, no solo del hecho de que el acto interpretativo se efectúa bajo su responsabilidad y dentro de su cabeza, sino también del hecho de que existen múltiples opciones a elegir a la hora de interpretar la norma, y la elección depende de varios factores:

Puede decidir con base en una toma de posición razonada, lo más científica y autoconsciente posible. O bien, en cambio, puede decidir a “pálpito”, o algo por el estilo. O puede limitarse a seguir una línea de soluciones acostumbrada, sin reflexionar mayormente sobre ella, ya sea la de determinada jurisprudencia o la doctrina que le enseñaron a acatar ciertos profesores prestigiosos. O, también, puede decidir en función de unas presiones sociales, o directamente personales, a que se encuentre sometido. Etcétera... ¡Hay maneras y maneras de elegir!³²⁹

Por todo lo anterior, cuando se considera interpretar la norma del 77 bis de la Ley N° 8204, cuyo nombre es Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias

³²⁸ Subcomisión encargada del estudio de Proyecto Legislativo 17.980, “Informe afirmativo de subcomisión” (Informe para Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980., Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 32.

³²⁹ Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamental* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010), 287.

psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación capitales y financiamiento del terrorismo, introducido mediante la Ley 9161, quien la interprete deberá considerar que no se puede escudar tras el frecuente uso retórico y político de los términos relativos al género, puesto que la norma no produce mayor avance en cuanto a introducir mecanismos para reivindicar la posición de la mujer en los ámbitos sociales, económicos o culturales, sino que reproduce un universo simbólico en que las mujeres figuran como jefas de hogar y cuidadoras, tal como si ese rol fuese natural de ellas; puesto que, a pesar de que se menciona que dichos roles se basan en asignaciones sociales en torno al género, no se cuestiona si deben o no subsistir. Evidentemente, todas estas consideraciones deben ser tomadas en cuenta solo si se quiere interpretar la norma de una manera realista, “razonada” y autoconsciente, en palabras de Haba.

Otro de los puntos que cabe mencionar como argumento de la idea de que la normativa en estudio no ha sido abarcada o fundamentada desde un profundo análisis con perspectiva de género es el mismo título de la norma. La Ley número 9161 se titula Reforma 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. En este sentido se hace referencia a la especificidad de género puesto que la normativa pretende beneficiar a las mujeres, a pesar de que en la exposición de motivos se dijera lo contrario. Pero si se estudia un poco más a fondo la noción de especificidad es posible percatarse como se hace referencia a que las mujeres son lo específico, “lo otro”, mientras que los hombres son lo general, la norma, o el patrón de lo humano. En palabras de Alda Facio:

Es así que la teoría jurídica ha creado una verdadera imposibilidad de igualdad entre hombres y mujeres; ha hecho que el concepto de igualdad jurídica presuponga semejanza o desigualdad y como el concepto de sexo presupone diferencia mutua, la igualdad sexual es imposible.

Los valores que fundamentan esta concepción de igualdad, garantizan entonces, que sólo los varones pueden ser tratados como seres humanos plenos porque fue a éste a quién se tomó como paradigma de lo humano. Esta concepción de la igualdad ante la ley responde a un patrón masculino porque el referente siempre es el sexo masculino.

Bajo este patrón las leyes se consideran neutrales, genéricas, iguales para ambos sexos; cuando nuestro ser corresponde al ser masculino y cuando nuestro ser no

corresponde con el ser masculino, se dictan leyes “especiales”. Pero en ambos casos el referente es el sexo masculino³³⁰.

Por todo lo anterior, se demuestra como los términos referidos al género se utilizan con contenido político o retórico, mitificándolos y alejándolos de los discursos académicos más avanzados en la materia y que disfraza la intención política que se mueve tras el impulso de ciertas legislaciones. Incluso, se suele tomar la noción de género como sinónimo de mujer, lo cual deja de lado que el género funciona como un sistema de asignación de roles y de contenidos simbólicos que no representa únicamente a las mujeres, precisamente porque no se centra únicamente en factores biológicos. Al hablar de género, si se entiende en el sentido previamente apuntado, se puede entrar en las discusiones sobre identidades de género (que alude a la forma en que la persona se identifica o se siente, ya sea como hombre o mujer, o incluso fuera del sistema binario de géneros, aún en discordancia con el sexo biológico) y expresión de género (que hace referencia a la forma en que una persona comunica su identidad de género mediante su conducta, características corporales, vestimenta, etc...) ³³¹.

Por otra parte, gran cantidad de argumentos, tanto legislativos como judiciales hacen referencia a la normativa internacional y la forma en que la Ley N° 9161 coadyuva al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de género. Dentro de las obligaciones internacionales que se suelen citar se encuentran las Reglas de Bangkok, o Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes³³². Dichas Reglas se fundamentan concretamente en el hecho de que los sistemas penitenciarios han sido diseñados para la “atención” de la población masculina, y a partir de valores androcéntricos considerando las necesidades de estos. Sin embargo, el aumento de la población penitenciaria femenina es un hecho que ha provocado que las características y requerimientos de las mujeres sean invisibilizadas en los centros penitenciarios. Por todo lo anterior, las Reglas de Bangkok

³³⁰ Alda Facio Montejó, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 19.

³³¹ American Psychological Association, “Las personas trans y la identidad de género”, sitio web, consultado el 19 de abril del 2017, <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgenero.aspx>.

³³² Asamblea General de las Naciones Unidas, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito, 16 de marzo del 2011, consultado el 16 de abril del 2017, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf, Reglas 48 a 52.

buscan establecer un mínimo normativo que considere las particularidades del género femenino a lo interno de los centros de reclusión. Así también, buscan establecer un marco general en cuanto a la imposición de medidas no privativas de libertad “Reconociendo que cierto número de mujeres delincuentes no plantean un riesgo para la sociedad y que, como ocurre en el caso de todos los delincuentes, su encarcelamiento puede dificultar su reinserción social”³³³.

Esto implica que la propuesta de medidas no privativas de libertad no funge únicamente en razón de su sexo, si no que parte de una estructura generalizada de problemática penitenciaria que alcanza tanto a hombres como a mujeres, y que en el caso de estas últimas, la imposición de medidas no privativas de libertad se hará “(...) teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”³³⁴.

Asimismo, en la Resolución en que se aprueban las Reglas de Bangkok, la Asamblea General de las Naciones Unidas hace referencia a la preocupación por los efectos nocivos del encarcelamiento de los padres en las personas menores de edad. Sobre este tema, brevemente y como una de las razones de ser de este tipo de resoluciones para el tratamiento de la persona delincuente y prevención del delito, se afirma que se ha tenido:

(...) presente también su resolución 63/241, de 24 de diciembre de 2008, en la que exhortó a todos los Estados a que tuvieran en cuenta los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de los padres y, en particular, que determinaran y promovieran buenas prácticas en relación con las necesidades y el desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los bebés y los niños afectados por la detención y el encarcelamiento de los padres³³⁵.

De la cita anterior, resulta menester destacar que se hace referencia al encarcelamiento de los padres. En primer lugar, debe señalarse que es lamentable que la frase recurra al uso de falsos genéricos lingüísticos, en el sentido en que:

Según la norma gramatical el masculino posee un carácter general que está ausente del femenino, y este carácter es muy semejante al que hemos reconocido en el masculino, singular y plural, llamado genérico: los padres pueden significar padre y madre; hijo puede significar hijo o hija; hijos puede significar hijos e hijas, pero nada de esto es posible con el femenino. Y nada de esto es posible con el femenino en el lenguaje porque nada de esto es posible con el femenino en la cultura. Es

³³³ *Ibidem*, 2.

³³⁴ *Ibidem*, regla 57.

³³⁵ *Ibidem*, 2.

común a muchas lenguas que los vocablos masculinos se estimen como genéricos; es decir, se supone que nos engloban o comprenden a mujeres y hombres; en tanto que los vocablos femeninos comprenden exclusivamente a las mujeres³³⁶.

Pero si se dejase de lado esa precisión lingüística, es decir, si se interpretara que el término “padres” al que se refieren las Reglas de Bangkok³³⁷ hace referencia tanto a padre como a madre, se puede vislumbrar como existe cierto interés en reconocer que los roles relativos a la familia no le pertenecen exclusivamente a la mujer. A pesar de ello, cuando se analiza la fundamentación legislativa de la Reforma introducida por Ley 9161, es posible percatarse que el discurso pone especial énfasis en la relevancia de las mujeres en las labores familiares, tal como si fuesen propias de ellas.

Posteriormente, las Reglas de Bangkok dedican un apartado particular para hacer referencia a los efectos que la detención o encarcelamiento tienen sobre los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad³³⁸, pero lo hace dentro del segundo apartado que se refiere a Reglas aplicables a categorías especiales. Es decir, el parámetro de lo que significa ser mujer no se circunscribe a la maternidad, sino paralelamente a la categoría de reclusas embarazadas, lactantes y con hijos, existen otras categorías tales como mujeres extranjeras, indígenas, integrantes de grupos minoritarios. Además, esas categorías especiales surgen precisamente para particularizar las características y necesidades de estas, luego de haber esgrimido todo un catálogo de reglas que resultan aplicables a todas las mujeres. Lo anterior resulta importante desde el punto de vista del feminismo, pues la singularización de lo femenino “(...) en “la mujer” y la pluralización de “los hombres” dan cuenta de la estrategia de naturalización y homogenización del sistema de dominación masculina para meter dentro de un mismo saco a todas las mujeres independientemente de sus diferencias”³³⁹.

³³⁶ Yadira Calvo Fajardo, “De las Leyes de la lengua y la Lengua de las leyes”, en Género y Derecho (Santiago de Chile: La Morada-Corporación de Desarrollo de la Mujer, 1999), 102.

³³⁷ Debe notarse que el defecto lingüístico señalado se presenta en la traducción oficial al español, puesto que en inglés el término “*parents*” si engloba tanto a la madre como al padre.

³³⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito, 16 de marzo del 2011, consultado el 16 de abril de 2017, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf, Reglas 48 a 52.

³³⁹ Alda Facio Montejó y Lorena Fries Monleón, “Feminismo, Género y Patriarcado” en Género y Derecho (Santiago de Chile: La Morada-Corporación de Desarrollo de la Mujer, 1999), 10.

La cita previa permite cuestionarse si realmente con la Ley N° 9161 se cumple con las obligaciones internacionales establecidas en ese cuerpo normativo en particular, puesto que no se están usando las Reglas de Aplicación General³⁴⁰ ni aún las Aplicables a Categorías Especiales³⁴¹, ya que el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 9161 cubre únicamente a las mujeres indiciadas o condenadas por el delito de introducción de droga a centro penitenciario.

Cuando se aplica la atenuante contenida en el 77 bis de la Ley de Psicotrópicos es posible percatarse como existe una repetición de la normativa internacional, sin realizar un análisis más pormenorizado sobre la relación que pueden tener esas normas. Eso implica que cuanto se interpreta se le da un contenido a la norma que esta no posee, tal como si cumpliera metas y fines para los cuales no es idónea, y aun así se ignorase ese hecho. Lo anterior se puede explicar de conformidad con la confluencia de diversos componentes del discurso jurídico, señalados por Facio³⁴². Para esta autora, el discurso del Derecho se puede explicar cómo la interrelación entre varios componentes tales como el componente formal-normativo, el estructural, y el político cultural. En palabras de la autora costarricense, cada uno de esos componentes puede definirse de la siguiente manera:

En el componente formal-normativo, para que las leyes existan y sean reconocidas como tales, tienen que estar escritas y formalmente promulgadas. En otro, el componente estructural, las leyes existen aunque no estén reconocidas como tales cuando emanan del contenido que les den las instituciones que formalmente han sido establecidas para crear, aplicar o interpretar las leyes. En el tercero (*político-cultural*), las leyes no dependen para su vigencia, eficacia o efectividad del que sean formalmente promulgadas por una Asamblea Legislativa o interpretadas por una Corte formalmente creada, sino que son aquellas que la gente cree que existen y por tanto obedecen³⁴³. (El texto entre paréntesis no pertenece al documento original.)

De conformidad con lo anterior, se dan múltiples relaciones entre esos componentes que moldean al derecho y al resto de los componentes mencionados. Así, por ejemplo, el componente estructural, que se puede estudiar como el discurso de las instituciones

³⁴⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito, 16 de marzo del 2011, consultado el 16 de abril de 2017, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf, Reglas 1 a 39.

³⁴¹ *Ibidem*, Reglas 40 a 56.

³⁴² Alda Facio Montejó, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999).

³⁴³ *Ibidem*, 64.

llamadas a interpretar o aplicar la norma, influye en el contenido del componente formal normativo, limitándolo y definiéndolo, pues:

(...) los contenidos que se le dan a las leyes del componente formal normativo al crearlas, combinarlas, aplicarlas e interpretarlas, se convierten a su vez en leyes tan efectivas y vigentes como las de ese componente, sólo que no se encuentran escritas en ese componente formal normativo sino que se encuentran no escritas en el componente estructural. (...) la interpretación o aplicación de una manera específica y en forma reiterativa que se haga de una ley, le va dando un significado a esa ley³⁴⁴.

En ese sentido, tanto el discurso legislativo como el judicial combinan y aplican la Ley 9161, que introdujo el artículo 77 bis a la Ley de Psicotrópicos, con las Reglas de Brasilia, las de Tokio y las de Bangkok, tal como si esas normas internacionales pudieran darle mayor contenido o fuerza a los argumentos presentados. Sin embargo, no se percatan que la relación entre las normas no fue estudiada con mayor detenimiento o profundidad, puesto que, en primer lugar, resulta evidente que la Ley en estudio deja por fuera muchas de las aparentes intenciones de esa normativa internacional y, en segundo lugar, se termina ignorando que la norma nacional no es la panacea para el tema de subordinación de géneros, por cuanto subsisten las estructuras socio-culturales y jurídicas sexistas señaladas, especialmente, en el primer capítulo de este trabajo. Asimismo, esa situación se repite en otras esferas del discurso jurídico. Ejemplo de esto es la Circular Número 12 del 2013 emitida por la Dirección de la Defensa Pública de Costa Rica en la cual se le dan directrices a quienes ejercen la defensa técnica de mujeres indiciadas o condenadas por el delito de introducción de droga a centro penitenciario. Al respecto, la mencionada directriz menciona que:

En la tramitación de los casos, cada defensor y defensora **deberá** incorporar a su argumentación los preceptos legales que contienen los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. (Reglas de Tokio, Reglas de Brasilia, Reglas de Bangkok, Convención Belén Do Pará, y demás instrumentos internacionales que son obligatorios para el Estado Costarricense, entre otros)³⁴⁵.

Con la anterior frase, se da a entender que quienes trabajen en la Defensa Pública ejerciendo la defensa técnica de las mujeres mencionadas, se les impone la obligación de

³⁴⁴ *Ibidem*, 65 y 71.

³⁴⁵ Dirección de la Defensa Pública, “Circular 12-2013: Directrices para la implementación de la Ley 9161 que reduce la pena a mujeres en condición de vulnerabilidad por introducción de drogas a Centros Penales”, 27 de setiembre 2013.

hacer uso de tales recursos retóricos y argumentativos, lo cual puede conllevar a que no se haga un ejercicio autoconsciente de la aplicación de las normas por parte de quienes laboran en la Defensa Pública. Nada más alejado de una interpretación realista de las normas que recitar una argumentación por costumbre o imposición, sin considerar el caso concreto y la realidad práctica.

Por otra parte, se deja de lado el hecho de que incluso en esas disposiciones normativas internacionales existe un lenguaje, que como tal no puede ser totalmente claro y unívoco. Por ejemplo, las Reglas de Brasilia brindan una definición de vulnerabilidad que hace referencia a otros conceptos y categorías que a su vez deben ser definidas, puesto que según dichas normas se pueden considerar condiciones de vulnerabilidad: la edad, género, estado físico o mental, circunstancias sociales, económicas, étnicas y culturales, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, y la privación de libertad. Lo que implica que si se parte de esta definición o concepto sombrilla de vulnerabilidad para aplicar la norma, se deberán buscar los parámetros más científicos (esto es, intersubjetivos) dentro de las ciencias sociales, para cada una de las categorías que son cubiertas por el término. Evidentemente, se podría también hacer una referencia a esos términos a título de intuición, lo cual generaría en la jurisprudencia que aplica la norma, un terrible aumento en la incerteza, ya que en algunos casos la pobreza será definida de una forma y, en otros podría excluir a la definición previamente aceptada, produciendo innumerables contradicciones a lo interno del discurso judicial.

Todo ello, resulta de utilidad para la persona que interpreta la ley en el sentido en el que podrá tomar en cuenta la congruencia entre las normas y las finalidades que las promovieron, estudiando, por ende, si a la hora de interpretar la norma resulta pertinente traer a colación los argumentos relacionados con vocablos de género o sobre el cumplimiento de obligaciones internacionales como punto de partida para su justificación. En caso de que decida hacerlo, deberá comprender que los alcances de esos argumentos son limitados y debe cuestionarse hasta qué punto Costa Rica ha cumplido esa normativa internacional o hasta qué punto se tomó en consideración una perspectiva género sensitiva, cuando la ley no hace nada, o muy poco, para erradicar los estereotipos que giran en torno a los géneros y toma como parámetro de las mujeres solo a aquellas que cumplen con la

función típica y socialmente asignadas para ellas en la sociedad patriarcal. En palabras de Enrique Pedro Haba, el discurso judicial:

Se presenta como una interpretación del DP, como ligada por la letra de este mismo, o en todo caso por su “espíritu”; como si el discurso del juez tuviera las manos “atadas”, y este no hiciera más que re-conocer lo ya pre-determinado en DP (*DERECHO POSITIVO*). (...) (El derecho positivo) se trata de un lenguaje fijado, “congelado”, está como petrificado en su letra, mientras se halle vigente el precepto en cuestión. Ha de ser aceptado tal cual por el intérprete. Este no puede introducirle variaciones de manera expresa; a diferencia de lo que se da en los otros dos tipos, donde la versión lingüística es más contingente, pues no la doctrina ni la jurisprudencia tienen necesidad de repetirse a sí mismas al pie de la letra. (...) Ahora bien, lo que queda realmente “fijado” por ese discurso es su letra, no el programa mismo³⁴⁶.

Por lo anterior, quien interprete y aplique la norma no debería caer en repeticiones de normativa internacional o de supuestos estudios de género solo por el hecho de que se citen en los documentos legislativos o que se mencionen en los argumentos de quienes ejercen la defensa técnica, máxime cuando estas personas solo cumplen con la obligación que les ha sido impuesta en este tipo de casos, ya que todo ello parece hacer referencia a una teoría cotidiana o vulgar que se fundamenta en la creencia de que la ley ha modificado radicalmente la realidad, introduciendo legislación con perspectiva de género o haciendo al Estado costarricense merecedor de galardón por el cumplimiento de normativa internacional en materia de mujeres. Sobre estas teorías cotidianas se puede mencionar:

Además, aun con independencia de cuanto tiene que ver con ese lenguaje técnico, el jurista se conforma, siempre o casi siempre que se halla ante asuntos cuya resolución depende de conocimientos sobre cuestiones empíricas, con atenerse a unas ideas vulgares, *extracientíficas*, sobre esas materias. En alemán, a ese tipo de “conocimientos” se le llama “teorías cotidianas” (*Altagstheorien*): son las maneras comunes como la gente concibe que factores influyen o cuales son las consecuencias de ciertas conductas o circunstancias que se presentan en la vida social; p.ej., la creencia, tan común, de que la criminalidad se puede hacer disminuir con solo aumentar las penas³⁴⁷.

Tal como se ha insistido previamente, esas consideraciones sobre la finalidad presuntamente perseguida por la norma según el discurso legislativo para evitar el

³⁴⁶ Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamental* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010), 295 -296.

³⁴⁷ *Ibidem*, 298.

autoengaño a la hora de interpretar y aplicar la norma pueden o no ser tomadas en cuenta. Pero son, al menos, un punto de partida para la interpretación realista de la norma.

Sección B. Descomposición del lenguaje utilizado en la redacción de la reforma 9161 a contraluz de la finalidad de la misma.

Siendo que anteriormente se discutió sobre el discurso que promulgó la creación y utilización del artículo en estudio, es cardinal prestar atención al contraste entre lo deseado, lo plasmado y cómo es aplicado. En palabras de Haba:

Quiere decir que es necesario empezar por reconstruir el planteamiento de cada interpretación presente, hasta donde sea indispensable para determinar a ciencia cierta cuales son específicamente las soluciones *PRÁCTICAS* que cada una implica. Para ello habrá que re-formularlas en un lenguaje netamente *intersubjetivo* y de inequívoca referencia empírica. (...) En este “momento” responde, pues, a una dirección que fundamentalmente es de carácter discursivo-analítico y realista-crítico. *ANALÍTICO*: en cuanto “desmenuza”, por así decir, las interpretaciones doctrinarias presentes, sacando a luz unas indeterminaciones claves que afectan básicamente la posibilidad de discernir en forma intersubjetiva a qué apunta en la practica la formulación lingüística examinada. *CRÍTICO*: porque ese examen sirve para poner de manifiesto, a la vez, unos vicios de pensamiento; lleva a advertir variadas falacias implícitas que se “montan”, por así decir, en confusiones típicas dominantes en el entendimiento lingüístico vulgar, de donde suelen ser incorporadas sin más a variadas formulaciones lingüísticas³⁴⁸.

En razón de lo anterior, en la presente sección se hará un análisis de la normativa en estudio desde esta perspectiva analítica crítica, es decir desmenuzando los vocablos y revelando que ahí se introducen valoraciones latentes para llenar las lagunas o las ambigüedades que surgen a la hora de aplicar la norma, siendo que esas valoraciones latentes producen fallos sin una verdadera fundamentación práctica, es decir, que esos vicios de pensamiento han producido sistemas que buscan encasillar los casos que se conocen ante los estrados judiciales y se evalúan sin ningún fundamento empírico, dejando la definición de los términos de la ley sin ningún sustento intersubjetivo, lo que implica, *contrario sensu*, que se interpreta la norma de conformidad con teorías vagas y cotidianas que rondan la cabeza de la persona juzgadora.

³⁴⁸ Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamental* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010), 290.

Se puede comenzar analizando el título de la reforma 9161 el cual indica “para introducir la proporcionalidad y especificidad de género”³⁴⁹, es importante preguntarse qué se entiende por proporcional, al respecto la Real Academia Española lo define como “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”³⁵⁰. Esta definición no supe el interrogante de qué es entendido por proporcionalidad; consecuentemente, al consultar a este mismo diccionario qué es proporcional, se define como “dicho de una cantidad o de una magnitud: Que mantiene una proporción o razón constante con otra.”³⁵¹, en ambas ocasiones se hace relación a una de las partes con un todo.

Sobre este tipo de análisis, Alda Facio explica que en el caso de los estudios de género, estos se deben hacer no analizando a las mujeres por un lado y a los hombres por otro como dos grupos distintos para después ver cómo les afecta cada particularidad, sino que implica ver cómo afecta a los hombres y a las mujeres la pobreza, la drogadicción, la baja escolaridad y ver las relaciones de poder existentes entre ellos, cómo se ven afectadas de diferente manera, no creyendo que las mujeres son un grupo homogéneo³⁵². No obstante, la definición de previo señalada viene de manejos coloquiales del lenguaje y, cómo se analizó anteriormente, el lenguaje es convencional, siendo que el Derecho se compone al lenguaje, este es también convencional; por ello, es menester ver también una de las definiciones que usualmente se asocian con la palabra convencional, por ello el Diccionario del Español Jurídico señala: “Principio inspirador del procedimiento sancional por el que la

³⁴⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 9161. Reforma 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, 23/09/2013”, Sinalevi: artículo 1, consultado el 12 diciembre del 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75699&nValor3=93995&strTipM=TC.

³⁵⁰ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, 2014, consultado el 12 de marzo del 2017, <http://dle.rae.es/?id=UOVZutf>.

³⁵¹ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, 2014, consultado el 12 de marzo del 2017, <http://dle.rae.es/?id=UOVZutf>.

³⁵² Facio Montejó, Alda. “Con los lentes del género, se ve otro “Derecho”, Ponencia No. 34, Conferencia Centroamericana y del Caribe: Reducción de la pobreza, Gobernabilidad democrática y Equidad de género. Agosto 2002”. Conferencia Centroamericana y del Caribe. Consultado el 1 de febrero del 2016, http://www.justiciaviva.org.pe/genero_justicia/documentos/con_los_lentes.pdf

imposición de las sanciones disciplinarias ha de graduarse guardando la debida adecuación con la gravedad y circunstancias de la infracción³⁵³”.

Cuando se menciona que la ley es introducida para brindar proporcionalidad, esto quiere decir que la medida anterior, de previo a la reforma del artículo era desproporcional, pero únicamente en los casos en los que la persona que introdujo drogas a un centro penitenciario, cumpliera con los requisitos señalados en alguno de los incisos. No obstante, tomando a modo de ejemplo los dos estudios del Semanario Universidad sobre los “Narcopeones”³⁵⁴ y “La llaga de ser mujer en un centro penitenciario”³⁵⁵, ambos señalan una realidad de personas con baja escolaridad, criadas bajo violencia familiar, con una familia que mantener y terminan encarceladas por vender sustancias ilícitas “al menudeo” o ingresar pequeñas cantidades a un centro penitenciario, siendo que la pena impuesta es igual de gravosa que para quienes ingresan con grandes cantidades o son narcotraficantes. Considerándolo de ese modo, la pena por aplicar siempre va a ser “desproporcional” si se toma como criterio la alta penalidad de frente a la cantidad de droga ingresada, máxime si se toma en consideración las particularidades con las que cuente el imputado o la imputada; no obstante, para las mujeres se consideraba en una desproporción, en los términos de esta reforma, en relación con los hombres y las condiciones que estos tenían.

A pesar de lo anterior, en la exposición de motivos no hubo un análisis que demostrara que la pena es proporcional para los hombres pero para las mujeres no, ya que las penas de la Ley de Psicotrópicos como tal son desproporcionales para ambos. No obstante, tampoco se realizó un análisis de las diferencias entre hombres ni mujeres y cómo les afectan las particularidades propias de los incisos dentro de dicho artículo.

Tal como se mencionó en capítulos precedentes, el uso de los términos relativos a la proporcionalidad de la pena resultan lo suficientemente vagos para que la persona intérprete pueda trasladar sus valoraciones propias al contenido del concepto. Ejemplo de tal situación es que en el Proyecto presentado por el Licenciado Justo Orozco se asimilaba la idea de

³⁵³ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario del Español Jurídico, 2016, consultado el 24 de abril del 2017, <http://dej.rae.es/#/entry-id/E200090>.

³⁵⁴ Hulda Miranda Picado, “Narcopeones”, Semanario Universidad, (21 de Septiembre de 2016), Consultado el 10 de abril de 2017, <http://semanariouniversidad.ucr.cr/impreso/narcopeones/>

³⁵⁵ Noelia Esquivel Solano, “La llaga de ser mujer en el sistema penitenciario”, Semanario Universidad, (20 de Julio de 2016): 4-6

proporcionalidad al rango de penas que originalmente oscilaba entre los seis meses y los tres años de prisión, de forma tal que existía la posibilidad de optar por el beneficio de ejecución condicional de la pena, en todos los casos o en penas alternativas³⁵⁶. Sin embargo, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica analizó el proyecto presentado y concluyó que el proyecto rompía los principios de proporcionalidad, razonabilidad y tipicidad que exigen que la sanción debe ser proporcional al valor del bien que se buscaba proteger³⁵⁷. Por lo anterior, el proyecto aprobado en la subcomisión encargada del estudio del proyecto 17.980 no sólo modificó la redacción del artículo, sino también el intervalo de penas dejándolo entre tres y ocho años de prisión. Por lo anteriormente expuesto, resulta evidente que cuando se hace referencia al término de proporcionalidad, tanto en la esfera legislativa como en los estrados judiciales, se busca enmascarar, consciente o inconscientemente, el contenido valorativo, político y emotivo que el término conlleva. Quien hace uso de estos conceptos altamente indeterminados lo hace para cubrir retóricamente cualquier solución jurídica en que esa persona crea, y bajo la idea, ingenua o no, de que únicamente la solución que da al caso en concreto cumple con la idea de “proporcionalidad”, aunque existan muchísimas personas utilizando el mismo concepto de forma diferente³⁵⁸.

Tal como se menciona en muchos de los documentos legislativos³⁵⁹ y en parte de la doctrina sobre la Ley 9161³⁶⁰, los postulados generales del derecho penal exigen que la

³⁵⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Expediente Legislativo 17.980 Reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento” (Exposición de Motivos en Asamblea Legislativa, 2011), 17.

³⁵⁷ Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Informe Jurídico sobre Proyecto de Ley: Oficio ST-088-2012-J” (Expediente N° 17.980, Informe Jurídico sobre Proyecto de Ley: “Reforma del Artículo 77 de la Ley de Estupefacientes, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo”, 24 de Abril, 2012), 22.

³⁵⁸ Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. I. (San José: Editorial UCR, 2012), 411.

³⁵⁹ Marta Iris Muñoz Cascante, “Ponencia sobre Expediente Legislativo 17.980” (Ponencia en Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980, en Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 11. Cfr. Subcomisión encargada del estudio de Proyecto Legislativo 17.980, “Informe afirmativo de subcomisión” (Informe para Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo 17.980., Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012), 22, 19 y 31.

³⁶⁰ Teresa Aguado Correa, “Proporcionalidad y especificidad de género: A propósito de la Reforma de la Ley de Psicotrópicos”, *Revista de la Maestría en Ciencias Penales*, No. 5. UCR. (2013): 342-343, Consultado el 26 de marzo, 2017, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12447/11701>.

pena sea configurada atendiendo a la relevancia del ilícito cometido, excluyendo aquellos casos insignificantes. Pero no existe un criterio realmente intersubjetivo que permita conocer la cantidad exacta de droga con la cual el hecho se puede calificar de insignificante, por lo que cada abordaje que se busca dar a los términos contiene la semilla de su propia destrucción. Es así como el concepto de proporcionalidad tiene un fin notoriamente retórico, al igual como en la mayoría empleados en el artículo 77 bis. Incluso se espera que con citarlo (magia verbal) este va a producir un efecto en la realidad. Empero, con la introducción del vocablo “proporcionalidad” no mágicamente aparecen condiciones igualitarias para todas las personas. En la práctica, la utilización de estos conceptos sombrilla solo sirve para que la persona intérprete los rellene con el contenido que considere mejor, de modo que no es posible saber qué es proporcionalidad para el legislador o el derecho costarricense, sino que lo que se puede hacer es analizar el criterio empleado por los jueces y juezas de la república, que no sería de extrañarse, manejen conceptos distintos.

En las sentencias judiciales, cuando se habla de proporcionalidad, se debe considerar que no se trata de un objeto tangible, sino que este es un concepto y, como tal, puede encontrar diversas acepciones: ¿cuándo la aplicación de una pena es proporcional? ¿Qué es proporcional? Para evitarse el problema de resolver este asunto se puede acudir a lo que “el legislador quería” tomando nociones de los documentos legislativos, acogiendo una interpretación a corazonada, bajo la creencia de que esa es la única interpretación justa; otros verán las razones históricas como fundamento de su interpretación; habrá quienes recurren a sus “padres”, o sus superiores; es decir, consulta lo resuelto por determinada Sala de Casación y, aun así, copiando textualmente lo que se señaló en un voto, lo adecua y moldea según su pensamiento y creencias personales. Es decir, primero deciden y luego fundamentan con base en la jurisprudencia que le reafirmara su creencia. Esto se debe a que no existe tal cosa como jueces imparciales, que son únicamente intérpretes que aplican lo que “el legislador” deseaba, los jueces deciden, porque dentro de una única normativa, como la que se estudia, hay diversas opciones de aplicación esto debido a que el artículo 77bis a primera vista pareciera ser un documento claro; no obstante, este se encuentra compuesto por conceptos indeterminados. Es decir, metafóricamente se puede pensar que lo que se entrega es un formulario que puede ser rellenado y argumentado como plazca.

Siendo así, dentro de la teoría crítica del derecho como discurso, previamente mencionada, donde este es, al fin y al cabo, una disertación, pese a que se caiga en el mito jurídico básico. Esa disertación puede componerse de los prejuicios propios de la persona, los cuales fueron conformados en parte por la cultura en la que fue criado, piénsese en la sociedad patriarcal.

Por otro lado, cuando se habla de especificidad de género tampoco se sabe qué se entiende por género. Al respecto, se pueden tomar diferentes posturas; sin embargo, la que parece aplicar en la normativa en estudio es en la que los términos “especificidad de género” hacen referencia directamente a haber incluido una normativa que es aplicable a algunas mujeres, lo que le otorga al texto de la norma un tinte androcéntrico, ya que parte de que las mujeres son “lo otro”, denota un análisis que no incluye a las mujeres dentro de la generalidad de la población, las mujeres se ubican fuera del parámetro de lo humano, como si fuesen minoría. Se cae en la creencia de que el discurso que se refiera a algunas mujeres se convierte en estudio de género, porque cualquier otra clasificación fuera de lo masculino, de lo general, es lo otro, es lo específico.

Para la Real Academia Española, especificidad se refiere a algo específico o sino, “adecuación de algo al fin al que se destina³⁶¹” y por género este mismo diccionario entiende: “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico³⁶²”; es decir, cuando se habla de especificidad de género, en términos coloquiales, se haría referencia a la adecuación de la normativa a las particularidades de cada grupo que son creadas de conformidad a cada sexo. En esta ocasión si se hablara de género tal y como este es enseñado en las ciencias sociales se entendería como una construcción social asignada a cada sexo biológico.

En realidad, el género en el sentido de "gender" o género sexual, hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, que hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos. Es así que a partir de una exagerada importancia que se da a las diferencias biológicas reales, se construyen roles para cada sexo. Peor aún, las características con que se define a uno y otro sexo gozan de distinto valor y legitiman la subordinación del sexo

³⁶¹ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, 2014, consultado el 12 de marzo del 2017, <http://dle.rae.es/?id=GWuT7Lq>

³⁶² Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, 2014, consultado el 12 de marzo del 2017, <http://dle.rae.es/?id=J49ADOi>

femenino, subordinación que no es dada por la naturaleza. Es decir, mientras que el concepto de "sexo" podría afirmarse que es fisiológico, el de género es una construcción social. Esta distinción es muy importante ya que nos permite entender que no hay nada de natural en los roles y características sexuales y que por lo tanto pueden ser transformados³⁶³.

En el caso de mujeres transexuales, estas igual entran dentro de los roles asignados para las personas según su sexo; siendo así, una mujer transexual, igual sería víctima de una cultura sexista, una cultura misógina, y puede verse envuelta en situaciones sociales en las cuales sufra violencia en razón de su género, por la falta de identidad entre su identidad, expresión de género y sexo biológico, razón por la cual este tipo de conceptos relacionados al género vienen a romper con la dicotomía de los roles asignados; es decir, la categoría de género no es binaria como se espera.

Al inicio de este trabajo se discutía cómo para definir un concepto tan “común” como mujer, es difícil llegar a un acuerdo ya que el mismo no es tan estricto como se consideraba que era, en la medida que muchos de los argumentos que se esgrimían se pueden reducir al absurdo, tales como que mujer es quien pare, mientras que habrán aquellas que por decisión propia o una condición física no pueden hacerlo y no por ello son menos mujeres. Asimismo, el género se adecua al país en el que se estudia e incluso dentro de diferentes clases sociales; por lo que, también es un concepto difícil de definir de modo que se debe recurrir a análisis sociales y un estudio más completo y empírico o interdisciplinario, como indicaba Haba al inicio de este capítulo.

Así mismo, no está de más recordar que posteriormente en el artículo se menciona que el atenuante se aplica a una mujer autora o partícipe en la introducción de drogas a un centro penitenciario, pero ya que “mujer” es un concepto (aunque se quiera creer que no lo es) que puede generar un impasse dependiendo de quién lo aplique y en qué caso en particular se hace, surge la interrogante, ¿se refiere al sexo femenino o al género femenino?

Tal como menciona Haba: “Ese marco varía históricamente en cada país, no solo por modificarse allí los textos positivos (Constitución, leyes, y otros), sino también porque cambian las maneras de interpretarlos al compás de nuevas doctrinas jurídicas y de las

³⁶³ Alda Facio Montejo, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 39.

variantes ideológicas”³⁶⁴. Es decir, las interpretaciones son susceptibles a cambiar por la modificación de diversos factores en la práctica discursiva del Derecho, tales como el texto normativo, la doctrina o las ideologías supra-jurídicas que giran en torno a los conceptos de las leyes. Un ejemplo de eso, es precisamente el término mujer el cual puede mutar con el transcurso del tiempo o dependiendo de los discursos que se tomen en consideración para definirlo. En palabras de Simone De Beauvoir:

Pero, en primer lugar, ¿qué es una mujer? “*tota mulier in utero*: es una matriz”, dice uno. Sin embargo, hablando de ciertas mujeres, los concedores decretan: “No son mujeres”, pese a que tengan útero como las otras. Todo el mundo está de acuerdo en reconocer que en la especie humana hay hembras; constituyen hoy, como antaño, la mitad, aproximadamente, de la Humanidad; y sin embargo, se nos dice que “la feminidad está en peligro” (...) Así, pues, todo ser humano hembra no es necesariamente una mujer; tiene que participar de esa realidad misteriosa y amenazada que es la feminidad. Esta feminidad ¿la secretan los ovarios? ¿o está fijada en el fondo de un cielo platónico?³⁶⁵.

Incluso desde la época de la redacción del conocido texto de Simone de Beauvoir, ya se planteaban interrogantes sobre lo que significaba la categoría de mujer y se discutía si debía prevalecer una concepción biologicista, constructivista, nominalista o esencialista. Por lo anterior, es que se debe cuestionar sobre la interpretación de esta clase de términos cuyo contenido se suele dar por sentado, sin considerar que estos conceptos se pueden aplicar a casos de forma indudable pero también en casos en los que resulta dudosa su aplicación, ya que tienen un núcleo y una zona de penumbra.

Nada puede eliminar del todo la dualidad del todo la existencia de tal dualidad entre “núcleo” y “penumbra”, pues siempre es posible que esta última surja a partir de algún punto relativo a la aplicación del concepto considerado. Además de esa dependencia con respecto al lenguaje empleado, intervienen otros dos importantes factores de incertidumbre en la aplicación de las normas: la circunstancia de que siempre nuestro conocimiento de los hechos a los cuales una norma pueda aplicarse es solo relativo y también que el fin perseguido por ella es relativamente indeterminado³⁶⁶.

³⁶⁴ Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamental* (San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010), 288.

³⁶⁵ Simone De Beauvoir, *El Segundo Sexo*, (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014), 15.

³⁶⁶ Enrique Pedro Haba, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico* (Costa Rica, San José: Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica/Editorial Vlamarán, 2003), 109.

Siendo que el artículo indica que se realiza con el fin de introducir proporcionalidad de género, ¿debería aplicarse este atenuante a quienes se identifiquen con el género femenino? Por un lado se hace la mención de que el estudio es con especificidad de género, pero, por otro, el discurso que impulsó esta reforma se hizo pensando en la mujer-madre, mujer procreadora, por lo que el texto legal puede producir diversos aspectos que parecieran ser “adversos” al discurso con sesgo machista con el cual se impulsó la reforma.

Señala posteriormente cuatro condiciones con base a las cuales se puede aplicar la atenuante: primero, indica que debe ser una mujer en condición de pobreza. Siendo “pobreza” un concepto, su delimitación puede variar ya que dentro de las cabezas de Magistrados y Magistradas hay desacuerdos al respecto de cuándo aplica el atenuante cuando una persona es pobre y cuándo no. Por lo anterior, se debería buscar una utilización del concepto lo más científica e intersubjetiva posible; por ejemplo, haciendo uso de la línea de pobreza calculada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). Dicha metodología parte de considerar un “umbral establecido para clasificar un hogar como pobre o no pobre, representa el monto mínimo requerido para que una persona pueda satisfacer las necesidades básicas “alimentarias y no alimentarias”³⁶⁷. Con base en esa metodología para determinar la pobreza se puede diferenciar entre diversos tipos de hogares, entre ellos:

- Hogares en pobreza extrema: son aquellos hogares con un ingreso per cápita igual o inferior al costo per cápita de la CBA, que para junio de 2016 se estimó en ₡48 399 para la zona urbana y de ₡40 433 para la zona rural. Se utiliza el mes de junio, pues los ingresos en la ENAHO tienen como referencia dicho mes (mes anterior al de entrevista).
- Hogares en pobreza no extrema: son aquellos hogares que tienen un ingreso per cápita igual o inferior a la línea de pobreza, pero superior al costo per cápita de la CBA o línea de extrema pobreza.
- Hogares no pobres por LP: son aquellos hogares con un ingreso per cápita que les permite cubrir sus necesidades básicas alimentarias y no alimentarias; es decir, su ingreso per cápita es superior al valor de la línea de pobreza. Para junio de 2016, este valor es de ₡105 937 para la zona urbana y de ₡81 685 para la zona rural³⁶⁸.

Con lo anterior, se tiene un criterio “intersubjetivo” y un poco más científico para aplicar el concepto de pobreza, evitando así una interpretación del término con base en

³⁶⁷ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Encuesta Nacional de Hogares-Resultados generales (San José, Costa Rica: INEC, Octubre del 2016), 19.

³⁶⁸ *Ibidem*, 20.

corazonadas o teorías cotidianas, puesto que con estas teorías podría llegar a decirse que alguien que trabaja no se encuentra en situación de pobreza, a pesar de que la remuneración que reciba pueda no sea suficiente para sobrepasar la línea de pobreza.

En el segundo inciso, el artículo hace la mención de ser jefa de hogar en condición de vulnerabilidad, concepto que para rellenar se acude a normativa internacional que lo que hace es el mencionado efecto de entrega de un formulario a la persona juzgadora, escudándose en la idea de que cumple con la normativa internacional a la que el país se encuentra obligado. Como se ha dicho previamente, se busca ignorar que es el juez o la jueza, quien decide al fin y al cabo, dentro de sus pre comprensiones, lo que es ser vulnerable, mismas que usualmente vienen cargadas de ideologías sexistas propias de la sociedad en la que vive.

Sobre la noción de vulnerabilidad, tal como ya se ha dicho previamente en este trabajo, se incluyen demasiados conceptos tales como género, edad, condiciones económicas, sociales, culturales, pobreza e, incluso, la misma privación de libertad. También se ha sostenido a lo largo de este trabajo, la noción de que esos mismos conceptos referidos a la hora de definir la vulnerabilidad siguen siendo parte de un lenguaje arbitrario e indeterminado. Si se hace referencia a la vulnerabilidad por razón de pobreza, *supra* se propuso un criterio intersubjetivo para la aplicación de la atenuante por pobreza; sin embargo, en cuanto a los otros criterios quien interprete la norma deberá darles un contenido lo más intersubjetivo posible. Así, por ejemplo, si se trata de una mujer con alguna discapacidad o padecimiento físico deberá informarse sobre el discurso jurídico o de otras áreas de las ciencias sociales o naturales en torno al contenido de esa situación para poder aplicarla.

Sobre este punto referente a la vulnerabilidad, cabe mencionar que en algunos discursos de las ciencias sociales se busca utilizar otra terminología, pues si se afirma que existen individuos o grupos vulnerables dicha condición se toma como natural o inherente al grupo. Concretamente, si se afirma que las mujeres son un grupo vulnerable, se estaría diciendo que la característica de fragilidad siempre estará presente en la condición biológica de las mujeres:

Tomamos la expresión “vulnerabilizados” (...) en tanto consideramos que expresa mejor que “vulnerables” una condición que afecta a vastos sectores de las

poblaciones urbanas. Esa condición es el resultado histórico y (esperamos) reversible de procesos sociales que producen como efecto la situación de vulnerabilidad: los grupos no “son” vulnerables por alguna condición propia que los haga tales, sino que están colocados en situación de vulnerabilidad por efecto de procesos de concentración de la riqueza, de explotación económica, de segregación en la participación política y de desigualdad en el acceso a los bienes culturales³⁶⁹.

Es decir, existirán tantos grupos vulnerables como característica individualizadora de esos mismos grupos. Por ello, sería simplista decir que una población en específico es vulnerable, sin que se tome en cuenta a qué tipo de riesgos están expuestos y si éstos son producto de una conducta individual o bien, de una situación externa, ya sea de tipo genético o de tipo social.

En el caso de las mujeres, la determinación de su condición de vulnerabilidad dependerá del análisis de variables que no abarcan únicamente su sexo biológico, sino que se deberá tomar en consideración aspectos históricos y estructuralmente se les ha limitado el ejercicio de libertades y derechos dentro de una sociedad patriarcal. Como parte de eso y, como se mencionó anteriormente, la asunción de roles domésticos y de cuidado pueden constituirse en un factor de vulnerabilidad en el ejercicio de los derechos, ya que dichas imposiciones en el universo simbólico de hombres y mujeres han limitado la inclusión de las mujeres en mercados laborales en igualdad de condiciones.

Asimismo, en el mismo segundo inciso se hace referencia al concepto de jefa de hogar, alguna que otra sentencia menciona la definición del INEC³⁷⁰; sin embargo, en otras sentencias se puede ver que dichos criterios no se aplican. Sobre la definición de este término complejo no existe unanimidad a nivel doctrinario, pero se presentan dos corrientes.

De manera explícita o implícita, el criterio más general que subyace a la determinación de la identidad del jefe de hogar a los fines estadísticos es el desempeño del rol de sostén económico. Los valores culturales prevalecientes en torno a la división de roles por género en la familia, y el hecho de que en la mayoría de los casos el hombre es quien hace el mayor aporte económico al hogar, determinan que la mujer sólo sea registrada como “jefa” por las estadísticas cuando no tiene cónyuge o, en general, cuando en el hogar no hay un hombre

³⁶⁹ Flavia Terigi, “Segmentación urbana y educación en América Latina. Aportes de seis estudios sobre políticas de inclusión educativa en seis grandes ciudades de la región”, *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, Volumen 7, Número 4, (2009):29, consultado el 29 de mayo del 2017, <http://www.rinace.net/reice/numeros/arts/vol7num4/art2.pdf>.

³⁷⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal, Voto N° 2015-01398; de 6 de noviembre de 2015 de las 10:31:00 a.m”, expediente 15-000191-0006-PE.

adulto. Ello implicaría subestimar el peso de los hogares económicamente a cargo de una mujer –muchas veces “cónyuge” y no “jefa”–. De manera especial, pero no única, en las familias “reconstituidas” formadas por una segunda o sucesiva unión de la madre, es ella quien suele mantener la responsabilidad por el sostén económico de sus hijos de uniones anteriores. En otras palabras, la jefatura femenina registrada podría ser sólo “una punta del iceberg”³⁷¹.

Esta es la línea de pensamiento que se suele utilizar cuando se estudian algunos argumentos doctrinarios sobre la fundamentación legislativa del Proyecto 17980, ahora Ley N°9161, al momento de referirse a estos términos de jefatura de hogar se dice que:

La mayor parte de las mujeres que han cometido el delito de introducción de drogas en centros penitenciarios son madres jefas de hogar, son el sostén económico de su casa al ser hogares normalmente monoparentales. El encarcelamiento de las madres es un factor que perturba en gran medida la vida familiar, pues en la mayoría de los casos los hijos viven con ellas. En concreto, del estudio de la Defensa Pública se deduce que el 95% de las mujeres privadas de libertad no tienen pareja pero el 97% de estas mujeres han reportado tener hijos³⁷².

Dicho de otra manera, en esta clase de argumentos se le da preponderancia al factor económico (ser el “*sostén económico del hogar*”) así como a la idea de que para ser jefa de hogar se requiere tener hijos o hijas. Si se analiza la finalidad de la norma de reducir el encarcelamiento de mujeres por el delito de introducción de drogas a un centro penitenciario, esta clase de argumentos que reducen la jefatura de hogar a la manutención de una familia con hijos e hijas, limitan el alcance de la norma a la hora de conseguir la finalidad buscada.

Por otra parte, otra crítica que se puede realizar contra esa clase de argumentos es que se fundamentan en una forma de sexismo, que se ha abordado desde el primer capítulo de esta investigación: el familismo. Lo anterior por cuanto supedita los intereses, derechos y necesidades de las mujeres a las de la familia y los hijos, sin mencionar que se fundamenta en un solo tipo de familia y de mujer, dejando de lado que las tipologías familiares han sido modificadas con el transcurso del tiempo, por lo cual no todo hogar o familia se encuentra vinculada con la existencia de progenie. Por otra parte, hacer ver a las mujeres en tanto cumplen el papel que estereotípicamente se les ha asignado a los hombres

³⁷¹ Rosa Geldstein, *Mujeres jefas de hogar: familia, pobreza y género*, (Argentina: UNICEF, 1997), 11 y 12.

³⁷² Teresa Aguado Correa, “Proporcionalidad y especificidad de género: A propósito de la Reforma de la Ley de Psicotrópicos”, *Revista de la Maestría en Ciencias Penales*, No. 5. UCR. (2013): 340, Consultado el 26 de marzo, 2017, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12447/11701>.

y darles importancia solo en tanto sean proveedoras, implica que existe androcentrismo en este tipo de argumentos. Por ello, resulta contradictorio interpretar una legislación introducida desde una supuesta perspectiva de género o con base en supuestos estudios de género, si continua cargando las concepciones simbólicas que subyugan a las mujeres en la sociedad patriarcal. Por todo lo anterior, existe otro concepto más amplio de lo que significa ser jefa de hogar, mismo que se basa en las siguientes ideas:

(...) en no pocos casos se registra como jefe a una persona que no aporta ingresos, pero a la cual los restantes miembros consideran así por razones de autoridad moral o de respeto, o por tratarse del titular de la vivienda. Ello ocurre por ejemplo cuando se registra como jefes a personas de edad avanzada, con frecuencia mujeres viudas que conviven con hijos casados. Un caso especial es el constituido por los hogares unipersonales, en su mayoría por mujeres mayores que viven solas y no tienen, por lo tanto, hijos a su cargo en el hogar³⁷³.

Como se puede observar, según la anterior conceptualización del término jefa de hogar permite visualizar otros factores que no necesariamente se relacionan con el aspecto económico. Por otra parte, esta definición no conlleva necesariamente consigo las nociones familistas y androcéntricas que carga la definición anterior. Asimismo, permite analizar los casos de jefatura de hogar de mujeres que viven solas y sin hijos o hijas a su cargo, lo cual no viene en demerito de la finalidad de la normativa, ya que lo que se busca es evitar la encarcelación de las mujeres por el delito de introducción de droga a centro penitenciario, con base en la idea de que la prisión tiene efectos adversos en las familias y prole de la mujer privada de libertad. Sin embargo, cabe recordar que la fundamentación de la Reforma introducida por Ley N° 9161 radica en las Reglas de Bangkok, mismas que tienen un ámbito de aplicación subjetiva mucho más amplio pues abarca a todas las mujeres, de forma tal que pueda utilizar la interpretación extensa en este sentido coadyuva a cumplir con la finalidad de la norma.

En el tercer inciso señala que debe tener a cargo personas menores de edad, adultas mayores, o con alguna discapacidad; no obstante, este punto también trae efectos contrarios en términos prácticos ya que como se indicó anteriormente y se mencionará en la próxima sección, se resuelve pensando que si la imputada tiene directamente al cuidado, bajo su techo a la persona que requiere cuidado. Sin embargo, no se toma en cuenta la posibilidad de que

³⁷³ Rosa Geldstein, *Mujeres jefas de hogar: familia, pobreza y género*, (Argentina: UNICEF, 1997), 12.

por agentes externos o ajenos a la voluntad de la mujer, dichas personas no convivan bajo el mismo techo. Cabe aclarar que la norma indica en este inciso que deben existir personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad bajo el cargo de la mujer de forma tal que ameriten la dependencia. De lo anterior se puede colegir que no se requiere que la mujer tenga el cuidado directo de las personas que menciona el inciso, puesto que puede estar a cargo de ellas económicamente, enviando dinero, o de otras maneras; de forma tal que, la encarcelación de la mujer produciría igualmente un menoscabo en su situación y la de esas personas que tiene a su cargo, aunque no estén bajo su cuidado y supervisión directa, contrario a la creencia popular y de cierta parte de la doctrina sobre este artículo, que indican que

Las mujeres no solo suelen tener a su cargo los hijos menores, sino también el cuidado de personas mayores, enfermos, etc. Esta tarea no se realiza de forma compartida sino que la suelen asumir solas, según viene asignado por el rol tradicional de género, motivo por el cual es otro de los factores de exclusión social a tener en cuenta, puesto que se asumen en detrimento de otras actividades como pueden ser laborales, de ocio, etc... La falta de apoyo institucional y de redes sociales, unida al carácter monoparental de las familias de la mayoría de las mujeres privadas de libertad, implica la necesidad de tener presente, a la hora de redactar las leyes y elaborar las políticas penitenciarias, no solo la maternidad sino también el cuidado de otras personas que pudieran tener a su cargo³⁷⁴.

A partir de la anterior cita textual se puede vislumbrar la existencia de una verdad a medias, ya que ciertamente las obligaciones de cuidado familiar han sido asignadas al género femenino; sin embargo, la autora equipara los términos de cuidado con el de tener a cargo, incurriendo en una diferenciación que se hace ahí donde la ley no diferencia. Por ejemplo, la hija de una imputada puede vivir en el Salvador y la imputada en Costa Rica trabajando en territorio costarricense con el fin de enviar dinero para sustentarla. Por este tipo de ejemplos es que se debe recordar que **no todos los casos son iguales**, todos tienen sus particularidades. De la mano de lo anterior, en ocasiones, tal como cuando la Defensa Pública emite circulares de cómo armar una estrategia de defensa o qué normativa aplicar, lo que hace es un intento de homogeneizar las particularidades heterogéneas de cada caso, ya que tiene que ver con seres humanos, cuyas situaciones son cambiantes. Al respecto,

³⁷⁴ Teresa Aguado Correa, “Proporcionalidad y especificidad de género: A propósito de la Reforma de la Ley de Psicotrópicos”, Revista de la Maestría en Ciencias Penales, No. 5. UCR. (2013): 341, Consultado el 26 de marzo, 2017, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12447/11701>.

cabe traer a colación lo que indica Carlos Vaz Ferreira, en cuanto a la diferencia entre pensar por sistemas y pensar por ideas a tener en cuenta y la pertinencia de esta segunda forma de pensamiento, pues manifiesta que:

A primera vista, parece que en el primer caso (*pensar por sistemas*) estamos habilitados para pensar mejor que en el segundo (*pensar por ideas a tener en cuenta*), puesto que tenemos una regla fija, tenemos una norma que nos permite, parece, resolver todas las cuestiones. Cuando se nos presente un caso, no tenemos más que aplicar nuestro sistema. (...) En cambio, parece que del segundo modo nos hemos quedado en la incertidumbre. “Hay que tener en cuenta esa idea...” ¿en qué casos? ¿Hasta qué grado? ¿Dentro de qué límites?... todo esto nos parece vago. Pero, en la práctica (fíjense en esto, que es fundamental), el que se ha hecho, consciente o inconscientemente, su sistema, para casos como éstos, se ha condenado fatalmente a la unilateralidad y al error; se ha condenado a pensar teniendo en cuenta una sola idea, que es la manera fatal de equivocarse en la gran mayoría de los casos (basta, para que el error sea casi fatal, que la realidad de que se trate no sea de una gran simplicidad)³⁷⁵.

De conformidad con lo anterior, al configurar la resolución de los casos judiciales de conformidad con sistemas o ideas fijas y preestablecidas se cae en el error de una pretendida uniformidad. Por ello, resulta poco útil formular sistemas sin que se tome en cuenta que la realidad concreta presenta multiplicidad de aspectos que esos intentos de sistematicidad dejan de lado.

El último inciso explica que se aplica cuando la imputada sea adulta mayor en condición de vulnerabilidad, lo que permitiría interpretar que se refiere a aquellas mujeres por arriba de los 65 años y nuevamente se recurre al concepto vacío de “vulnerable” así que se puede suponer que pensarán en los mismos prejuicios que se pensaban cuando el término se utilizó en el inciso anterior. Parte de la doctrina sobre este inciso se limita a citar datos estadísticos y argumentar que la población que se refleja en dichas estadísticas compone un sector particularmente vulnerable. Al respecto se indica que:

El 2,5% de las mujeres privadas de libertad condenadas por delito de introducción de drogas en centros penitenciarios tiene más de 60 años y el 14% tiene 51 años en adelante, siendo un sector de la población penitenciaria especialmente vulnerable en razón de su edad y de las condiciones de sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios³⁷⁶.

³⁷⁵ Carlos Vaz Ferreira, *Lógica Viva* (España: Centro Cultural de España – Montevideo, 2008), 155 y 156.

³⁷⁶ Teresa Aguado Correa, “Proporcionalidad y especificidad de género: A propósito de la Reforma de la Ley de Psicotrópicos”, *Revista de la Maestría en Ciencias Penales*, No. 5. UCR. (2013): 342,

Sin embargo, es menester considerar que el término de persona adulta mayor tiene como referente el artículo dos de la Ley Integral Para La Persona Adulta Mayor en el discurso jurídico costarricense, misma normativa que preceptúa que “Para los efectos de esta ley, se definen los siguientes términos: Persona adulta mayor: Toda persona de sesenta y cinco años o más³⁷⁷. Por lo que los datos que se reflejan en la cita doctrinaria transcrita sobre el último inciso del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos, carecen de idoneidad para reforzar el argumento a favor de la no encarcelación de mujeres adultas mayores. Sin embargo, cuando la doctrina y la documentación legislativa hace referencia a tantísimos datos estadísticos para analizar o fundamentar una ley, es posible percatarse que la preocupación puede ser más que todo cuantitativa; es decir, que la finalidad de la norma se orienta también a reducir la población carcelaria. Asimismo, el último párrafo del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos introducido por Ley N° 9161, dispone que:

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 prisión³⁷⁸.

Por lo anterior, se puede interpretar que la normativa no resulta solamente aplicable mediante el proceso penal ordinario, en sus fases preparatoria hasta la de juicio, sino que es plausible que se aplique en etapa de ejecución de la pena. Para ello deberían probar ante la persona juzgadora de la etapa de ejecución de la pena que cumplen con alguna de las categorías enumeradas por el artículo en comentario. Sin embargo, se produce una situación muy interesante en torno a los incisos b y d, que exigen que la mujer se encuentre en condición de vulnerabilidad, ya sea como jefa de hogar o como persona adulta mayor. En

Consultado el 26 de marzo, 2017,
<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12447/11701>.

³⁷⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 7935: Ley Integral Para La Persona Adulta Mayor, 15/11/1999”, Sinalevi, Artículo 2, consultado el 1 de mayo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43655&nValor3=95259&strTipM=TC.

³⁷⁸ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 8204 Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, 11 enero, 2002”, Sinalevi, consultado el 16 de abril de 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC

torno a estos incisos se crea una especie de beneficio adicional, alrededor de un argumento circular, ya que las mujeres que sean personas adultas mayores o sean jefas de hogar sin que se haya podido comprobar su situación de vulnerabilidad antes de sentencia, podrían argüir que con la privación de libertad que implica su sentencia condenatoria se encuentran en un evidente estado de vulnerabilidad de conformidad con la definición y categorías enumeradas en las Reglas de Brasilia. Ante este análisis se puede recordar las palabras de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca: “toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual³⁷⁹”; es decir, las leyes se componen de lenguaje, mismo que surge de un acuerdo de esta comunidad intelectual, en este caso, los abogados. Aún así, tal como se vio anteriormente y se estudiará en la próxima sección de este capítulo, no existe tal consenso siendo que en una misma Sala de Casación existen criterios diversos por lo que muchas de las sentencias cuentan con votos salvados o entre una y otra sentencia operan criterios diferentes. Por este motivo, es que no es necesaria únicamente la suposición de que hay acuerdos dentro de los mismos abogados, sino que “el contacto que se produce entre el orador y el auditorio no se refiere únicamente a las condiciones previas a la argumentación: también es esencial en todo su desarrollo³⁸⁰”. Cuando se habla de auditorio se piensa en quien se quiere dirigir con la fundamentación.

Tanto en la exposición de motivos como en el cuerpo del artículo, el discurso va dirigido a cierto auditorio, se puede pensar que se buscaba adhesión por parte de la población femenina o feminista, para así alivianar el hacinamiento carcelario. Como se verá más adelante, también esto pasa en el dictado de las sentencias, muchas partes del proceso, ya sea defensores o fiscales, se dirigen hacia los jueces de primera instancia, quienes a su vez se dirigen a los de segunda al redactar el texto de su sentencia, posteriormente estos van encaminados hacia la Sala Tercera. Siendo así, se van a seguir buscando aplicar las mismas fórmulas vacías y el mismo discurso indeterminado, sin “aventurarse” a desviarse de este patrón. Por ejemplo, en el caso de un defensor que tenga a una mujer transexual en la situación descrita por la norma en estudio, se sabe que dentro de los parámetros impuestos por su jefatura y los jueces de primera instancia, es más probable obtener una sentencia

³⁷⁹ Chaïm Perelman; Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, (Madrid: Editorial Gredos, 1989), 48.

³⁸⁰ *Ibidem*. 54.

absolutoria argumentando con otra normativa y no aplicando el artículo 77 bis, a sabiendas de que si lo hace, puede perjudicar a la imputada. Dicha situación le puede suceder a la persona que ejerza como juez de primera instancia ya que tiene dos decisiones, o aplicarlo o no hacerlo, no obstante, si lo hace, hay mayores posibilidades de que su sentencia sea apelada.

Para quien argumenta, el presunto auditorio siempre es una construcción más o menos sistematizada. Se puede intentar determinar sus orígenes psicológicos o sociológicos; pero, para quien se propone a persuadir efectivamente a individuos concretos, lo importante es que la construcción del auditorio sea la adecuada para la ocasión³⁸¹.

Este autor hace la mención de que se puede determinar sociológicamente debido a que las opiniones de las personas van a depender también de su medio social, si se vive en una sociedad cuyo pensamiento mayoritario es de corte punitivista, puede encontrar gran desistimiento a medidas que se quieran tomar para optar por penas diversas al encarcelamiento.

Sección C. Estudio de los efectos prácticos de la aplicación del atenuante del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos introducido por la Ley N° 9161

Al realizarse la crítica a la Ley N° 9161, no se quiere dejar ver una postura en desacuerdo con la visibilización de las mujeres, ya que el hecho de que se incluya a las mujeres en una normativa es un avance; no obstante, que en este artículo se mencione a las mujeres, no significa que haya un análisis de género, al menos del modo en el que se ha venido estudiando en las ciencias sociales, pese a que este artículo indique que se creó para introducir especificidad de género. Esto porque, las mujeres no son una minoría, ya que conforman la mitad de la población, de modo que el análisis que se le haga a estas no es como el que se le haría a una población en específico que sea minoritaria, consecuentemente:

La implementación de una estrategia o política hacia las mujeres, vistas como un grupo homogéneo, para mejorar su acceso a la justicia siempre va a resultar insuficiente. Menos cuando el análisis de la situación de las mujeres se hizo por un lado, y el de la problemática de los otros sectores por otro, como si en ellos no se dieran relaciones de poder entre hombres y mujeres o como si en ellos no pesara la

³⁸¹ *Ibidem.* 55.

construcción de la identidad de género o no les afectaran las estructuras de género³⁸².

Consecuentemente, en la norma en estudio no necesariamente se aplicó una perspectiva de género, analizar la exposición de motivos que conllevó a su promulgación es una demostración de esto. Para autoras como Alda Facio, para que exista un análisis de género se requiere que se analice cómo impacta de diferente modo una pena a hombres que a mujeres, hecho que se pudo realizar con cualquier normativa jurídica ya que las mujeres históricamente se encuentran en cierta desventaja; no solo en esta normativa en particular que se impulsó en razón de que es uno de los delitos por los cuales se encontraban más mujeres en el centro penitenciario, “por eso cuando no se ha hecho un diagnóstico de género de cualquier situación humana, lo que se ha hecho es un diagnóstico androcéntrico³⁸³”, ya que un análisis de género implica incluir ambos géneros y las desigualdades entre estos. Al introducir el artículo y señalar que se hace con el fin de introducir “proporcionalidad y especificidad de género” se estaría afirmando que hay entonces una desproporcionalidad que en ningún lugar de la fundamentación se llegó a analizar.

Como parte de los movimientos feministas, se debe tener claro que las mujeres no son un grupo homogéneo, ya que dentro de las mismas mujeres hay diversos sectores. una interpretación con base en pretensiones homogeneizadoras, de las que encasillan a las mujeres dentro de un parámetro, resultan en análisis poco completos, ya que no se puede esperar realizar una investigación sobre las mujeres en la cárcel, el delito por el que se encuentran y por aparte, discutir la pobreza. En este sentido, cabe traer a colación algunas reflexiones de Pedro Haba en torno al último paso de su metodología negativa-heurística, pues menciona que:

(...) se trata de situaciones donde las medidas consideradas se examinan en relación con un fin, el de producir ciertas consecuencias prácticas, para las cuales dichas medidas pueden constituir- ¡o no!- un medio idóneo. El científico social está, o debiera estar, ahí para aclarar si el medio en cuestión sirve o no sirve para

³⁸² Facio Montejó, Alda. “Con los lentes del género, se ve otro “Derecho”, Ponencia No. 34, Conferencia Centroamericana y del Caribe: Reducción de la pobreza, Gobernabilidad democrática y Equidad de género. Agosto 2002”. Conferencia Centroamericana y del Caribe. Consultado el 1 de febrero del 2016, http://www.justiciaviva.org.pe/genero_justicia/documentos/con_los_lentes.pdf 4

³⁸³ *Ibidem.* 5

la finalidad perseguida. (...) Tal, ni más ni menos, es también el caso de los fines perseguidos mediante una regulación jurídica. Cuando los medios para lograr esos fines no son obvios, o sea, el conocerlo no está simplemente al alcance del “buen juicio” del ciudadano común, entonces nadie mejor que el científico social, de la rama pertinente, para aclarar cual o cuales de las distintas soluciones jurídicas presentes, entre las interpretaciones posibles de las normas invocadas, pueda (n) estar en condiciones realmente de impulsar el efectivo cumplimiento de cierto fin práctico, si está formulado con suficiente precisión³⁸⁴.

En la sección anterior, fue posible percatarse como el uso de los términos referidos a género y a proporcionalidad se utilizan con fines retóricos, sin consideración de factores intersubjetivos que permitan llenar sus vacíos o su contenido. Sin embargo, es posible identificar varias finalidades latentes o aparentes. Como finalidad aparente, surge la idea de implementar legislación desde una perspectiva de género, aunque se desconozca a ciencia cierta, lo que implica eso. Como finalidad latente aparece la idea de que, en razón de ciertas construcciones sociales que han girado en torno a las mujeres tales como la asignación de labores domésticas y de cuidado que redundan en pobreza y “vulnerabilidad”, se les debe excluir de la población carcelaria, lo cual conllevaría beneficios a la sociedad, en el sentido en que se podrá reducir el hacinamiento carcelario en cuanto a las mujeres indiciadas o condenadas por el delito de introducción de droga a centro penitenciario, y por otro lado, esas mujeres que son excluidas del sistema penitenciario gracias a la reforma por Ley N° 9161, podrán volver a sus labores domésticas y de cuidado que redundan en pobreza y “vulnerabilidad”.

Tal como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, la Reforma introducida por Ley N° 9161 ha hecho poco para modificar las estructuras sexistas y androcéntricas que se mueven en la sociedad costarricense, a pesar de que se fundamente como una forma de cumplir con las obligaciones internacionales que preceptúan precisamente que se deben destruir los estereotipos de género, que han sido la causa histórica de la subordinación de las mujeres.

En el caso de la ley en estudio, se puede contrastar, *grosso modo*, varios tipos de mujeres, aquellas que no son pobres ni fungen como cabeza de hogar, pero tiene al cuidado personas, por lo que al cumplir con uno de los incisos del artículo 77 bis se le debería aplicar el atenuante. Por otro lado, se encuentran mujeres, en condición de pobreza, que a la

³⁸⁴ Axiología 292.

vez pueden asumir la jefatura de hogar y que también podrían tener al cuidado personas menores de edad.

Para la aplicación de la normativa en estudio se recomienda tomar en consideración, la condición particular de la mujer imputada en el caso concreto analizando la presencia de violencia (aunque no sea estrictamente doméstica o intrafamiliar), si se encarga de personas que no conviven con ella, si tiene problemas de salud o adicciones, y otros factores que puedan incidir en la condición en la que se encuentra frente a la administración de justicia, que puedan tener relación con su género. Asimismo, se deberá considerar el uso de criterios más intersubjetivos a la hora de definir términos tales como pobreza o jefa de hogar, puesto que una interpretación por “corazonada” puede terminar afectando a la mujer que se presente reclamando la aplicación del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos, ya que si en la cabeza de las personas juzgadoras existen criterios prejuiciosos o estereotipados sobre los conceptos de la ley, serán estos criterios los que se aplicarán al caso concreto, lo cual incide negativamente en el cumplimiento de las finalidades aparentes y latentes de la norma.

A simple vista, tal y como se analizó en el capítulo anterior, se creería que el atenuante se debería aplicar a cualquiera que pueda cumplir una o varias de las condiciones ya se puede aplicar el atenuante, no obstante, en la práctica esto no es así, por lo que se puede recordar el voto 00608-2015 de la Sala Tercera el cual se mencionó anteriormente, que no se aplicó el atenuante por cuanto no se logró acreditar la condición de pobreza³⁸⁵, situación contradictoria de conformidad con lo señalado en el precedente capítulo.

De igual forma, surge la pregunta si ponderar la situación de vida de una mujer es suficiente como estudio de “género”. Es necesario volver al punto del tipo de mujeres, ejemplificado con aquella que si se encuentra en condición de pobreza, siendo jefa de hogar. Al menos esta puede disponer de su dinero, pero en el caso de las mujeres que sí cuentan con dinero y no son jefa de hogar, quizás sean víctima de violencia patrimonial de su marido, razón por lo que tampoco puede acceder a bienes que otras personas sí podrían acceder.

...muchas veces hasta el hombre más pobre tiene más acceso a la justicia que algunas mujeres adineradas porque puede buscar ayuda legal gratuita contra su

³⁸⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de Revisión de Sentencia Penal, Voto N° 00608- 2015; 11:45:00 a.m. del once de mayo del 2015”, expediente 13-000485-0006-PE.

empleador, sus colegas, su víctima o contra cualquier persona que le haya violado sus derechos... Además, aún las mujeres de clase alta tienen menos poder simbólico que los hombres pobres, y por supuesto, menos poder económico y de todo tipo que los hombres de su misma clase. Por eso un análisis del factor económico sin perspectiva de género no nos da un diagnóstico real de la incidencia del factor económico en el acceso a la justicia porque nos hace deducir que las clases más adineradas tienen más acceso a la justicia y ya hemos visto que para el cincuenta por ciento de la clase adinerada, esto no es necesariamente cierto. Un análisis así conduce a la implementación de políticas equivocadas tanto para hombres como para mujeres.

Si se deja de lado esa situación a la hora de interpretar la norma, aunque la aplicación de la norma se propugne como género-sensitiva, se perpetúan las construcciones estereotipadas en torno a la asignación de roles en la sociedad, invisibilizando la situación de muchas mujeres, todo lo cual no podría ser más contrario a un análisis de género. Por ello, no es tan sencillo ponderar un análisis en el cual se pretenda introducir una proporcionalidad si no se conoce cuán desproporcional es, con base en la situación práctica concreta, y lo que se hace es una comparación entre la condición de una mujer y otra. Al aplicarse el derecho hay que recordar que son los **seres humanos** los que deciden, es el juez, no el legislador, no dios, es el ser humano el que toma una norma indeterminada y decide de qué manera aplicarla, y esa decisión tendrá efectos prácticos en la realidad concreta.

Dentro de la cabeza de la persona juzgadora se pueden encontrar los estereotipos de género, la visión maternalizada de la mujer, la del sujeto activo del artículo que implica un estereotipo de mujer débil, cuidadora, cabeza de hogar, frágil; no obstante, ¿Qué sucede cuando esa imagen visualizada es diferente? ¿Cómo resolverían los jueces y juezas si el caso que se les presenta tiene una persona trans cuya identidad de género se adecua a la de una mujer? ¿Cómo resuelven cuando se trate de una mujer adinerada que sufre violencia? Si se les varía el parámetro o se varía el machote: ¿Cómo se enfrentan a este desafío?

Por eso, es importante entender que de poco sirve mejorar el acceso a la justicia si la justicia que se imparte es sesgada a favor de los hombres. Es obvio que el contenido que el derecho tiene responde en gran parte al que se va creando en los tribunales, ya que es en ellos donde los y las ciudadanas pueden constatar si sus derechos son realmente tales. Es lógico pensar que un acceso sesgado hacia los hombres produce un derecho androcéntrico, pero que también un derecho

androcéntrico es una barrera más que impide a las mujeres un acceso igualitario a la justicia³⁸⁶.

En términos prácticos, se pueden observar resoluciones como la sentencia de **la Sala Tercera 2014-000959**, la cual hace mención del caso de una mujer que solicitó la revisión de su sentencia ya que al momento de ser condenada no existía aún la ley posterior que le beneficiara, de modo que no hizo ver a la persona juzgadora en su momento la vulnerabilidad de la imputada por cuanto no existía el atenuante legal. En este caso, la parte solicitante de la revisión de sentencia, enunció precepto aplicable y alegó que era vulnerable por ser madre y jefa de hogar, no obstante, esta revisión fue rechazada ya que la Sala Tercera argumentó que por ser estudiada, funcionaria pública, con una hija con la que no vive, no se le aplicó el atenuante al no encontrarse dentro del sujeto pasivo esperado.

Para la fecha en que cometió el ilícito, contaba con 29 años de edad, era soltera, laboraba en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, como tramitadora de licencias. c) La condenada es madre de una niña de 4 años de edad al momento en que delinque; sin embargo, la menor tenía tres años de vivir con sus abuelos maternos que residen en Honduras. d) Tiene estudios universitarios, era estudiante de arquitectura en la Universidad del Diseño, carrera que abandonó cuando quedó embarazada. e) Según informó, ha laborado como profesora de inglés en un centro infantil, en diferentes centros de llamadas -call center-, promotora en una agencia de bienes raíces, tuvo una empresa propia de venta de productos naturales y médicos y, cuando es detenida trabajaba en el Ministerio indicado. g) En prisión, gestionó atención médica en un centro privado, asumiendo el costo del tratamiento. h) Posee vehículo propio. i) No posee antecedentes penales³⁸⁷.

En el citado voto no se hace un análisis si la imputada trabajaba para enviar dinero a su familia en Honduras, hacen ver que era funcionaria pública mas no se analiza cuánto ganaba esta, si poseía deudas, si tenía condiciones económicas o emocionales que la impulsaron a cometer el ilícito; en realidad, hubo una limitante, no solo de los juzgadores sino también de los defensores y las defensoras que se afrentan a este tipo de casos para los cuáles son adoctrinados para conocer qué normativa citar, mas no cómo realizar un análisis a fondo con enfoque de género.

Los defensores y defensoras citan todas las normas de derecho internacional de modo perfecto y su esfuerzo culmina al citar conceptos tan indeterminados como lo son “jefa de

³⁸⁶ *Ibidem.* 8

³⁸⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2014-00959; 27 de junio, 2014 8:45 horas”, Expediente: 14-000046-0006-PE.

hogar” o “vulnerable”, ya que incluso las mismas resoluciones judiciales tratan de llenar este contenido con otras definiciones vacías, de modo que es la labor de quien solicita este atenuante, tanto como quien lo aplica, el llenar de contenido estas fórmulas vacías.

Dicho voto no es el único en que no se le aplica el atenuante a una mujer, pese a cumplir con uno de los incisos, hecho que el mismo artículo permite; por ejemplo, **el voto 2014-00973 de la Sala Tercera** se fundamentó en la sentencia que no se logró comprobar que tuviese labores de cuidado.

...invoca como causal de aplicación del artículo 77 bis citado, la concurrencia del inciso b), al aducir como situación personal que es una mujer joven, de 24 años, separada, jefa de hogar, con estudios secundarios inconclusos y en estado de vulnerabilidad por presentar precisamente las condiciones de mujer en privación de libertad, perteneciente a una minoría con condiciones sociales, económicas y familiares limitadas, según las reglas 1, 57, 58, 60, 61 y 62 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de Libertad para Mujeres Delinquentes y las normas 8.1 y 8.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad o Reglas de Tokio. Por último, la justiciable esboza como agravio el mantenerse descontando una privación de libertad de seis años y seis meses, cuando el artículo 77 bis a aplicar en este caso, contempla para la misma conducta el beneficio de ejecución condicional de la pena o cualquier medida alternativa a la prisión, mientras que como petición solicita el reenvío de la causa para la imposición de un abreviado de dos años con el beneficio de ejecución condicional o en su defecto la aplicación de una medida alternativa a la prisión o al juicio ordinario³⁸⁸.

En el anterior caso no se le acreditó el cuidado de sus hijos, pese a que en la misma exposición de motivos para la creación del atenuante, se señala la no separación de la madre con los hijos, asimismo, en votos citados atrás, se pone a las mujeres encarceladas como vulnerables, no obstante, esto para efectos de la aplicación de la ley, no es así, de modo que incluso utilizan argumentos contradictorios con las actuaciones realizadas por las personas juzgadoras. En este caso solo hubo un voto salvado del Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez alegando lo siguiente: “el “espíritu de la ley” no sólo debe analizarse con respecto a los derechos de la sentenciada, pues ese “espíritu” se motivó también en relación a los derechos de los menores hijos de las sentenciadas y a los derechos de la familia como tal³⁸⁹”.

³⁸⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2014-00973; 27 de junio, 2014 8:59 horas”, Expediente: 13-000496-0006-PE.

³⁸⁹ *Ibidem*.

El atenuante tampoco fue aplicado en el **voto 2014-1024 de la Sala Tercera** a una imputada que era ama de casa, sin estudios, con dos hijos, a quien el PANI decidió que sus hijos los cuidara su abuela y esta era mantenida por su madre, sin padecer de ninguna discapacidad; no obstante, la Magistrada Doris Arias hizo la aclaración de que sus hijos estaba al cuidado de la abuela en razón de que la imputada padecía de una adicción a las drogas, hecho que por sí solo implica una enfermedad y la encasilla a ella es un estado de vulnerabilidad, en el cual se le debió aplicar el atenuante. Es decir, en dicho voto se analiza someramente que la imputada no era cabeza de hogar ni cuidaba a sus hijos, no se analizaron circunstancias como por qué los cuidaba su abuela o el origen de su drogadicción; la Magistrada Doris Arias solo hizo la salvedad e incluso indicó que tenían en conocimiento una condición de vulnerabilidad. Nuevamente, la mujer es más valiosa en cuanto esta ejerza labores de cuidado, ante estos ejemplos se pueden observar los estereotipos de género propios dentro de los prejuicios de los y las magistradas. El Magistrado José Manuel Arroyo sí hizo otro voto salvado al señalar:

Para quien suscribe este voto de minoría no puede haber duda de que una mujer sin pareja estable, con 21 años de edad, habiendo procreado dos hijos, sin empleo ni ingresos y con problemas de adicción a las drogas, es, insisto, una persona pobre (inciso a., del numeral de cita); es también sin ninguna duda persona vulnerable, según lo definen los tratados y compromisos internacionales suscritos por nuestro país (y que se citan en abundancia y con corrección en las consideraciones previas del voto mayoritario); y que, a pesar de que no cuidaba ni protegía a sus hijos al momento de ocurrir el hecho, la ley le sigue otorgando derechos que no pueden ser alienados por decisiones administrativas como las impuestas por el Patronato Nacional de la Infancia (incisos b., y c., del mismo artículo 77 bis citado). Hay, además, dos consideraciones de fondo que no pueden dejarse de lado: primero, estamos ante un problema claramente de género; y segundo, no puede seguir viéndose a la cárcel como mecanismo remedial de males sociales y culturales. Ambas cuestiones están a la base de la reforma que se hizo de la Ley No. 8204 mediante su numeral 77 bis. Nadie puede dudar de que esta reforma procuró enmendar una respuesta absolutamente abusiva, por parte del poder punitivo del Estado, contra mujeres que, en razón de sus circunstancias socio-económicas y afectivas, terminaban introduciendo sustancias prohibidas a los centros penitenciarios del país. No puede obviarse que estas acciones se producían precisamente por su condición de género, por ser mujeres vinculadas a ciertos hombres (los presos) y por mantener con ellos relaciones de dependencia afectiva y socio-económicas. Ese fue el motivo esencial para pretender la reforma de la citada ley; pero además, no puede dejarse de lado que precisamente esa modificación legal buscó alternativas a la privación de libertad para una importante cantidad de mujeres que purgaban años de cárcel, en razón del alto

monto de penas impuestas, y que el legislador quiso, en un momento de lucidez, racionalidad y proporcionalidad, tratar de remediar³⁹⁰.

Estos ejemplos incluso demuestran cómo hay criterios diferentes dentro de los mismos magistrados y cómo hay conceptos indeterminados que afectan al momento de aplicar la normativa, ya que en el voto mayoritario se señala que ella no es pobre puesto que no trabaja y la mantiene su madre; no obstante, el Magistrado señaló que, a su parecer, ella sí cuenta como persona en estado de pobreza, precisamente por las mismas circunstancias por las que se rechazó en el voto de mayoría.

Asimismo, se puede pensar que en la cabeza de la persona juzgadora se hace una ponderación entre el sujeto activo al que creen que en la Asamblea Legislativa se tenía previsto al crear este atenuante y a quien están aplicándolo, se hace una comparación entre un tipo de mujer y otro tipo de mujer, en vez de hacer un estudio de género que implica ver las condiciones de las mujeres y de los hombres y ver las condiciones de desventaja en la que se encuentran las primeras.

Tal como se ha venido indicando, si hay una posición de desventada para la mujer, esta viene desde antes de la creación de la norma y después de esta, ya que se encuentra presente en la sociedad, consecuentemente la llamada desproporcionalidad no únicamente surge en este delito; asimismo, tal a como se ha ido aplicando, sigue prolongando el sesgo androcéntrico que se traía anteriormente, ya que de igual forma se parte de un patrón de sujeto activo en esta y en el cual si la persona no encaja, simplemente no se le aplica el atenuante.

La reforma permitió a 150 mujeres salir de la cárcel y esfumó también el hacinamiento de El Buen Pastor, pero aún persiste el enfoque punitivo y represivo en el sistema costarricense que busca minimizar los problemas de drogas y de pobreza aplicando penas de cárcel. En este momento, son 550 mujeres las que guardan prisión en la cárcel El Buen Pastor, en una infraestructura que se deteriora cada vez más³⁹¹.

En noticias como estas, resaltan historias de mujeres que delinquieron y al salir volvieron a hacerlo para terminar ingresando una segunda o tercera vez en la cárcel, se

³⁹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2014-01024; 27 de junio, 2014 9:52 horas”, Expediente: 13-000513-0006-PE.

³⁹¹ Noelia Esquivel Solano, “La llaga de ser mujer en el sistema penitenciario”, *Semanario Universidad*, (20 de Julio de 2016): 4-6

señala incluso que muchas vienen entrando y saliendo del centro penitenciario desde que este se encontraba en la administración por unas monjas religiosas que estuvieron hasta 1985³⁹².

Costa Rica presenta una peculiaridad respecto a países como Panamá, Uruguay, Chile y República Dominicana, porque no existe una institución encargada de la atención post-penitenciaria, lo que deja abierto el ciclo necesario para superar la pena.

“Nosotros no tenemos injerencia en lo post-penitenciario, aunque tenemos el deber de preparar a las personas para el egreso”, indica Reynaldo Villalobos. Según él, Marielos Chaves y Marta Iris Muñoz, es necesario pensar en la creación de un órgano exclusivo para la atención luego del cumplimiento de la pena.

Una post-penitencia que para la mayoría de mujeres significa regresar a sus hogares y hacerse cargo de sus hijos. Quizás vuelven al mismo ambiente pobre que las llevó a delinquir, pero ahora con una hoja de delincuencia manchada, lo cual reduce la posibilidad de que encuentren empleo y que más bien acentúa el círculo vicioso de la pobreza³⁹³.

En la exposición de motivos de la ley se señaló que esta reforma se introducía como una acción afirmativa; no obstante, cuando se piensa que estas consisten en el posicionamiento de la mujer en un cierto beneficio que le va a ayudar en relación con la desventaja histórica que estas llevan, el sacar a las mujeres de un centro penitenciario, no es de una de las primeras ideas que surgen ya que primero se debería consultar por qué es que las mujeres llegaron a estar en esa condición de “vulnerabilidad” en primer lugar y por qué esta acción no se inició capacitando a estas mujeres antes de terminar en la cárcel y no después. Claro está, no se puede dejar de lado que Instituto Nacional de la Mujer creó la Red de Coordinación Interinstitucional en noviembre de 2014 para crear este efecto resocializador en las mujeres en conflicto con las leyes penales, ya que cuando estas salen de la cárcel siguen siendo vulnerables, con poca escolaridad y con mayor dificultad para conseguir un trabajo por sus antecedentes penales³⁹⁴.

Con dicha red se buscó la colaboración institucional del estado con el fin de garantizar que se reintegren a las mujeres víctimas a la sociedad. Como parte de las fortalezas con que cuenta la Red está la existencia de un acuerdo entre las instituciones (Instituto Sobre Alcoholismo Y Farmacodependencia, Defensa Publica, Instituto Mixto De

³⁹² Al respecto, *ibídem*.

³⁹³ *Ibídem*. 6

³⁹⁴ Al respecto: Instituto Nacional de la Mujer, INAMU, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre del 2015 <http://www.inamu.go.cr/web/inamu/inicio>.

Ayuda Social, Instituto Nacional De Aprendizaje) para que la colaboración interinstitucional hacia los casos que entran a través de la Red sea ofrecida con la mayor prontitud, así como los esfuerzos del Instituto de Control de Drogas en el proyecto denominado “Casa Media”, con el cual se busca la creación de un albergue que acoja de manera temporal a las mujeres y a sus familias, una vez que egresan de la prisión³⁹⁵. No obstante los grandes esfuerzos que se realizan a lo interno de la “Red Interinstitucional para la Atención Integral de Mujeres Vinculadas a un Proceso Penal y sus Familiares Dependientes en Situaciones de Vulnerabilidad” persisten desafíos y aspectos que se deben tomar en cuenta en aras de mejorar la esta propuesta. Algunos de esos desafíos son la necesidad de fortalecimiento y afianzamiento, ya que al tratarse de una iniciativa reciente o incipiente debe mejorar su coordinación con el fin de llegar a acuerdos más eficientes³⁹⁶.

Asimismo, se debe señalar que al tratarse de una red que funciona mediante acuerdos institucionales, esta dependerá siempre de la voluntad política que tengan los y las jerarcas de las instituciones como del conocimiento que puedan tener en materia de género para abarcar la problemática que enfrentan muchas de esas mujeres y sus familias.

De la mano con lo anterior, aún se pueden incorporar muchas otras instituciones a la red, tanto públicas como privadas, para abarcar las necesidades y demandas que presentan grupos específicos de la población que se pretende beneficiar con la Red, tomando en consideración que actualmente existe una falta de regionalización lo cual produce un perjuicio para mujeres que viven lejos de ciertas instituciones de la Red, limitándoles la posibilidad de ciertos beneficios³⁹⁷.

Un adecuado abordaje de la problemática de género en torno a los casos de mujeres en conflicto con la ley penal, debería tomar en cuenta las limitaciones que los modelos patriarcales o androcéntricos han impuesto al género femenino, y mediante esa consideración, erradicar dichas limitaciones. Sin embargo, se puede ver como a lo interno de la Red no existe un adecuado abordaje ya que, la situación de las mujeres, máxime

³⁹⁵María Fernanda Acuña Reyes , Francia Charpentier Alvarado y Rocío Martínez Almanza, “Análisis y diseño de Servicios Sociales: Red Interinstitucional Para La Atención Integral A Mujeres Vinculadas A Un Proceso Penal Y Sus Familiares Dependientes En Situaciones De Vulnerabilidad” (Informe Final, Escuela de Trabajo Social, Universidad de Costa Rica, 2016), 28.

³⁹⁶ *Ibíd.*, 29.

³⁹⁷ *Ibíd.*, 29.

aquellas que se limitan en el ejercicio de sus derechos por la asunción del rol socialmente asignado, no puede ser evaluada de la misma forma en que se aborda el grueso de los casos. En ese sentido es necesario adecuar las políticas de las instituciones parte de la Red:

Esto es particularmente necesario en el caso del INA, donde muchas de las mujeres que desean ingresar a los cursos y capacitaciones quedan excluidas al no contar con estudios de educación primaria, los cuales son parte de los requerimientos para optar por ellos. De manera que, es necesario, que la oferta institucional se ajuste a las necesidades de las mujeres, y no viceversa, reconociendo las limitaciones que caracterizan a esta población. Se necesita más compromiso y voluntad política desde los altos niveles de las instituciones³⁹⁸.

A pesar de los esfuerzos en aras de beneficiar a las mujeres en conflicto con la ley penal, y evitar su reincidencia, surge la duda si al visibilizar a este tipo de población, se pueda crea un efecto adverso en su fin original, que es que mujeres que ingresaron drogas a un centro penitenciario ya sea por coacción o amenaza por parte de su pareja, puedan recibir un atenuante en razón de sus características particulares, pues al entrar en el ámbito de aplicación subjetiva de la norma y al tener igual condiciones paupérrimas antes y después de ingresar a la cárcel, ¿es posible que se empiece a utilizar a mujer en condición de vulnerabilidad para que estas ingresen drogas a un centro penitenciario a sabiendas de que tienen un tratamiento mas beneficioso por parte de la ley penal? Esto crearía un efecto contrario al fin que se buscaba, por ello surge la duda si no será más bien un impulso político que iba dirigido a determinada audiencia la cual “conquistó” señalando que se realizó un estudio de género, cuando lo que verdaderamente se buscaba era reducir el hacinamiento carcelario.

No está demás señalar que, para quienes redactan, la cárcel no trae ninguna solución a los males sociales y que, más bien, en los casos estudiados las soluciones no eran “encarcelar al indeseable” sino más bien, educarle, protegerle, orientarle, piénsese en el caso de la imputada que tenía una drogadicción, ¿no es más bien la sociedad la que la impulsa a que esta misma termine en una cárcel? ¿Por qué en vez de confinar a las mujeres a determinado rol, no se busca reasignar los mismos? Con este estudio se pretendía mostrar estas falencias, estos vacíos, como se ha venido indicando, no auto engañarse y tomar decisiones de manera consciente.

³⁹⁸ *Ibíd.*, 30.

Asimismo, a lo largo de la búsqueda jurisprudencial no se encontró aplicación de la ley en mujeres transexuales, tanto porque son una población minoritaria como porque quizás quienes ejercían la defensa técnica de estas personas decidieron no aplicar dicho atenuante en estos casos conociendo que había mayores oportunidades alegando otros preceptos legales que el mismo, y esto se debe a que todavía se vive en una sociedad con sesgos patriarcales que afectan en toda coyuntura del derecho.

Pese a que el hecho de que se le aplique el atenuante a estas mujeres les permita no vivir la doble pena que tendrían que sufrir al ingresar a una cárcel de hombres donde son repetidamente violadas, ya que no se puede (dentro de nuestra sociedad machista) meter a una mujer transexual a una cárcel de mujeres que no son, ya que no la consideran mujer y pueden creer que esta viole más bien a las otras mujeres (como si la integridad de ella valiera menos).

Nataly Monge Brenes, de 22 años, es un hombre (acá debió haber dicho mujer) transgénero oriundo de Liberia, Guanacaste, y como ella misma indica, por errores su vida cambió de la noche a la mañana. Si para un reo en condiciones normales es difícil la vida en “Las tumbas”, a Monge el destino le jugó una pasada que ha marcado su vida por los constantes abusos de los que ha sido víctima estando recluido en cuatro paredes con hombres de difícil convivencia. “Como chica transexual el sistema penitenciario y la población penal no están aptas para nosotras. Son constantes los abusos sexuales, discriminaciones, pero como ser humano lucho y me mantengo fuerte, esperando que cierren Máxima vieja porque esto es inhabitable”, denunció. Según ella, es sometida a todo tipo de torturas, así consideradas porque las hace bajo amenazas y siempre en clara desventaja, sin embargo las cosas han cambiado y busca luchar por sus derechos. “Yo gané un recurso y la Sala autorizó que se me permitiera ingresar maquillaje, ropa de mujer y ese tipo de cosas. Yo soy una mujer encerrada en el cuerpo de un hombre y en una cárcel de hombres, por lo que la gente no te entiende, pero por lo menos a nivel penitenciario sí se me respetan mis derechos y pronto estaré en libertad”, explicó. Agregó que uno de los momentos más difíciles es la visita conyugal porque el resto de la población penitenciaria no ha aceptado su condición de mujer y la humilla cuando ingresa a las covachas con su pareja³⁹⁹. La aclaración entre paréntesis es agregada por quien redacta.

El caso mencionado es de una mujer transexual a quien ingresaron en lo que anteriormente se llamaba “las tumbas” que implicaban una aislación total de los presos más

³⁹⁹ Gustavo Retana. “Quejas en Sala IV cierran “tumbas” de La Reforma: Máxima vieja deja de existir tras 45 años”. Diario Extra, (25 de agosto de 2016). Consultado el 22 de abril, 2017, http://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/304856/quejas-en-sala-iv-cierran-tumbas-de-la-reforma?fb_comment_id=1038888182832460_1038993036155308#f1e35106cde98f8

peligrosos; no obstante, Nataly no se encontraba ahí por tener problemas de comportamiento, sino que se le colocó en dicho lugar para protegerla de los abusos que estaba sufriendo, hecho que es más que violatorio de sus derechos humanos.

El caso más dramático que encontramos fue el de Nataly, una mujer transexual para cuyas permanentes agresiones físicas y sexuales, de las que era objeto, en las cárceles a las que era llevada, la solución fue expulsarla casi que de cualquier contacto social, expulsarla como un retorcido pasaje del Medioevo por su identidad sexual. En el Ámbito F, se estaba en aislamiento permanente, celdas de unos 15 m² cuadrados, oscuras y con apenas ventilación; se podía salir fuera solo una hora cada día⁴⁰⁰.

Tal como se indicó al inicio de esta investigación, las leyes lo que hacen es reflejar la sociedad y sus valores, no constituye una nueva, es decir, se cree que con este tipo de leyes se mejora la condición de vida de las mujeres del país y que se puede solucionar la desigualdad existente, pero hay desigualdad desde el hecho de que ser mujer implica directamente tener útero y procrear, una mujer como Nataly no es una mujer para los ojos de la sociedad costarricense, pese a que igual se encuentra en una condición de vulnerabilidad en razón del género, si el caso de ella fuese que ingresó drogas a un centro penitenciario ¿Se hubiese aplicado el atenuante? Muy probablemente no se haría o incluso el defensor o defensora no se atrevería a solicitarlo. No obstante, siendo que quien decide tiene efectos en las personas, se podría empezar abriendo horizontes en análisis sociológicos donde se pueda estudiar la posición de subordinación de una mujer dentro de la familia y la sociedad, para poder analizar no solo viendo si esta mantiene o no a sus hijos, sino observando la baja escolaridad, las razones de que se diera así, por qué esta mujer fue madre adolescente, qué influencia tuvo la pareja en ese momento, cómo fue la figura materna o paterna de esta persona.

Consecuentemente se puede pensar que los efectos prácticos de la aplicación de esta ley no son tan grandes y esperados como pensaron quienes impulsaron esta reforma, incluso surge la interrogante en futuros estudios si la misma no tiene consecuencias adversas al utilizar mujeres vulnerables para ser explotadas al introducir drogas en centros

⁴⁰⁰ Marco Feoli. “América Latina: Cárcel y alternativas tardías”. Eldiario.es, (1 de enero, 2017). Consultado el 22 de abril, 2017, http://www.eldiario.es/tribunaabierta/America-Latina-Carcel-alternativas-tardias_6_597100287.html

penitenciarios teniendo el conocimiento de que pueden salir sin penas privativas de libertad.

Pese a que con esta ley se posiciona al país entre uno de los pocos de Latinoamérica que ha tomado medidas para cumplir con la normativa internacional al respecto de las mujeres infractoras de las leyes penales, al país aún le falta mucho por avanzar iniciando por el hecho de que cuando se resuelve una sentencia no se piensa sobre los motivos que llevaron a la mujer a delinquir, entre los cuales puede repercutir la existencia de violencia de género o de estereotipos que la actual norma (Ley N°9161) no permite visibilizar; únicamente se considera si se cumple con las fórmulas previamente establecidas, ante esto es importante recordar a Rosalía Camacho en la presentación del libro “Cuando el género suena cambios trae” al indicar:

...es un llamado para que desarrollemos creatividad legal con perspectiva de género, es decir que esta metodología no es más que la clave que nos permite abrir la puerta si logramos descifrar la combinación, si somos conscientes de que la perspectiva de género va mucho más allá de la simple inclusión de la mujer en las leyes, en las investigaciones, en los discursos, en la doctrina. No se trata únicamente de que logremos comernos un pedazo más grande del pastel (que haya más leyes “a favor de la mujer”, más mujeres abogadas, juezas, diputadas, más estudios que hablen del sector femenino de la población), sino realmente de lo que debernos ocuparnos para lograr verdaderos cambios, es de cambiar la receta, o sea, de buscar e incluir otros ingredientes hasta ahora ausentes (la perspectiva de género, los métodos no sexistas de investigación), de manera que seamos parte de todos los pedazos del pastel y no nos conformemos únicamente con una repartición más “igualitaria” de un pastel preparado con una receta androcéntrica⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Alda Facio Montejo, Cuando el género suena, cambios trae, (San José, Costa Rica: ILANUD, 1999), 5.

Conclusiones

Ante esta temática se pueden plasmar diversos estudios doctrinales, tales como el análisis del tipo penal, la comparación con otro delito o maneras “correctas” de aplicar la atenuante; no obstante, estos estudios no son minoritarios, ya que se pueden apreciar diversas circulares, directrices y análisis que proponen (imponen) maneras de aplicar los artículos de leyes, de “la manera correcta” apegada al “espíritu de la ley” (como si existiera tal cosa), de conformidad con la “voluntad del legislador” , etc.

Con el estudio plasmado, se realizó un análisis realista-crítico que diferenciara lo que se esperaba de la norma y lo que esta verdaderamente es, ya que por más que se pretenda con la impulsión de ciertos artículos que traen una “pomada canaria” o panacea que curara la desproporcionalidad de la pena considerando el género, lo que causa es un efecto disimulador de la realidad existente, este tipo de artículos hace poco para solucionar la desigualdad y las actitudes misóginas de las sociedades patriarcales. Concretamente, a partir del estudio de la Ley 9161 de conformidad con la teoría crítica feminista del Derecho como discurso es posible llegar a las siguientes conclusiones:

I.

Mediante el estudio del discurso jurídico es posible desenmascarar el universo simbólico o el contenido axiológico sobre el cual se fundamenta una comunidad jurídica. Por lo anterior, resulta evidente que subsisten estructuras patriarcales que se reproducen a través del discurso jurídico, ya sea a nivel doctrinario, jurisprudencial o normativo. No obstante, esas estructuras han ido cambiando con los años, ya que el concepto de mujer ha ido evolucionando. por ello, la mujer dentro del derecho pasó de ser objeto a sujeto de derecho. A pesar de ello, se puede descubrir que se vive en una sociedad patriarcal ya que dentro de los ejemplos analizados se observa el concepto de mujer utilizado en cada una, en la cual la mujer es cuidada y protegida de conformidad con el papel estereotipado que estas ejercen en la sociedad y subordinadas al hogar.

II.

En el segundo capítulo se pactaron los márgenes del estudio y la creencia de la que se partió al analizar y esta es que el derecho se basa de lenguaje, que este como tal es indeterminado y consensual, refleja aspectos de la cultura predominante y de los efectos políticos que se pretendan causar. En el caso del estudio feminista plasmado, esta situación puede traer efectos adversos a las mujeres dentro de una normativa, siendo que la cultura predominante es patriarcal y de dominación.

Asimismo, se puede aseverar que el derecho como discurso es cambiante, las nociones que en este se manejan vienen como resultado a que se vale del lenguaje, el cual es cambiante dentro de una sociedad, una cultura y una política. Lo que quiere decir que las normas no son absolutas sino que por el contrario estas son creadas por personas para las personas y refleja la sociedad en la que se encuentran.

III.

En el tercer capítulo se plasmó, cómo el proyecto inició por el diputado Justo Orozco con el fin de que el artículo fuera utilizado por todas las personas sin distinción de género, no obstante este se fue modificando hasta que el sujeto activo en este fueran mujeres que cumplieran con ciertos requisitos.

No obstante, esta fundamentación no está exenta de análisis o crítica, ya que se pudo observar todo un entretrejo de valoraciones tácitas y expresas tendientes al porqué las mujeres no deberían estar en la cárcel, ya sea porque se ha naturalizado un rol de la mujer como cuidadora, como ama de casa y como parte de la estructura de poder a la que es sometida en razón de la sociedad patriarcal, como individuo dominado, es mantenida bajo un control, el cual implica este rol de hogar, de madre, de cuidadora. Se valora incluso cuánto costaría a la sociedad costarricense mantener a una mujer en un centro penitenciario y los efectos que esto podría ocasionar a su núcleo familiar, es decir, se mantienen argumentos familistas, ergo sexistas, que no resaltan la importancia de la mujer como persona sino como madre subordinando sus intereses a los de la familia. En síntesis, la argumentación que motivó la reforma en estudio deja ver una finalidad aparente o

manifiesta que es evitar el encarcelamiento femenino en aras de que la mujer continúe con el cuidado y asunción de tareas domésticas estereotípicamente asignadas. Por otra parte, otra de las finalidades de la norma, es de índole latente o no declarada. Esta última se basa en la reducción de la población carcelaria femenina reduciendo las penas, o evitándolas, en aquel delito en el cual existe mayor criminalidad femenina.

Asimismo, como fundamento retórico se narra que este artículo viene a introducir proporcionalidad y especificidad de género, palabras que son utilizadas como método de ganar adeptos, o vender la idea de una solución a los problemas de discriminación que surgen las mujeres, no obstante, este tipo de soluciones, tienen un efecto metafórico de apagar un fuego cuando este ya comenzó, es decir, no cumple con el fin de acción afirmativa esperado, ya que, de ser así, se trataría de ayudar a solucionar el problema de raíz.

A favor de la Ley 9161, que introduce la atenuante para ciertas mujeres que introducen droga a centros penitenciarios, se puede decir que se visibilizó a cierta población femenina que anteriormente se encontraba oculta, dentro del sistema penitenciario sumido en el androcentrismo, y eliminó para ellas el problema de encarcelamiento, tornando la situación de la mujer imputada sea menos gravosa al impedir la encarcelación, por lo cual no se puede quitar el mérito. Asimismo, a diferencia de la tendencia legislativa, se realizó un análisis estadístico con la colaboración de varias instituciones como la Defensa Pública, y se solicitó el criterio de múltiples instituciones, cuyos argumentos colaboraron a la modificación del texto original. Sin embargo, en cuanto a evitar el encarcelamiento femenino existen otros mecanismos que funcionan también cuando se aplica cualquier otra sanción que no implique la institucionalización de las personas imputadas, partiendo de la idea de que la cárcel no cumple su papel “socializador” que se maneja en el discurso formal o como se quiere hacer creer.

Asimismo en coadyuvancia de la Reforma en estudio se busca el fortalecimiento de Redes institucionales para que las mujeres en conflicto con la ley penal, puedan tener una vida digna, matriculándolas en cursos o buscando estas superen sus adicciones, no obstante, como programa nuevo que es, tiene ciertas falencias derivadas de la falta de inclusión de

nuevos actores institucionales, la falta de sensibilización de algunas instituciones sobre la condición particular a la que se encuentran sujetas las mujeres dentro de una sociedad que las relega a las tareas domésticas o de cuidado, así como la falta de regionalización lo cual produce un perjuicio para mujeres que viven lejos de ciertas instituciones de la Red, limitándoles la posibilidad de ciertos beneficios.

El “deber ser” que se quiso plasmar en la norma, es que las mujeres no deben estar en la cárcel; asimismo, se entrevió el fin oculto que era alivianar el hacinamiento carcelario, que en el caso en concreto de las cárceles de mujeres, era el delito que mantenía a más de estas en este centro. Se aprecia cómo había una necesidad política de la aplicación de normativa internacional ratificada al respecto.

El artículo únicamente se enfoca en un tipo de mujer, basándose en estereotipos de género para conformar a la sujeto activo, a quienes puede traerle un beneficio, únicamente en cuanto cumplan con dicho estereotipo, consecuentemente no resuelve el problema de “desproporcionalidad de género” que el artículo afirma hay al inicio de su reforma.

Por otro lado, con el análisis jurisprudencial, se pudo contraponer dicho fin con los efectos prácticos, tales como la disminución del hacinamiento carcelario, se solucionó uno de los problemas de este grupo de mujeres que era la cárcel pero, no se solucionó la desproporcionalidad existente que proviene de que las mujeres se encuentran en desventaja con los hombres porque hay un juego de poder presente entre ambos.

Políticamente se posicionó al país en uno de los primeros en crear normativa acorde con la ratificada internacionalmente al respecto del encarcelamiento de mujeres, pero no se creó un cambio en la realidad de estas y más bien dejó entrever las falencias en la aplicación por las personas juzgadoras de un análisis de género, que deje ver la realidad y no solo se deje llevar por fantasías esperadas propias de la magia verbal existente en los conceptos jurídicos.

IV.

Ante esa realidad, existen posibles soluciones para no dejarse engañar, por mitos sobre el lenguaje en el artículo y cómo higienizar el mismo hasta que por último se pueda observar el efecto en la realidad social.

Si bien es cierto, las opciones de las personas juzgadoras no son ilimitadas, sí hay un campo de opciones para su aplicación, no solo una única. Ante esta circunstancia se puede observar que es la persona juzgadora quien decide cuál decisión tomar, por lo que su conocimiento en materia de género es importante. Enseñar a las personas juzgadoras sobre estudios de género, para que cuando dicho termino sea utilizado, no se utilice como retórica jurídica sin mayor contenido, también ocasionaría un acercamiento de quienes ejercen y aplican el derecho a otras ramas sociales. Un estudio más interdisciplinario implicaría que quienes interpreten el derecho, no se dediquen a repetir fórmulas prediseñadas acríticamente, con base en teorías vulgares de la cotidianidad, sino que más bien se critique y se observen los efectos prácticos de la interpretación que se toma en el caso concreto.

Por lo anterior es necesario percatarse que no hay un único significado verdadero del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos, sino opciones de aplicación e ideas a tomar en cuenta.

Esto quiere decir que con la metodología realista propuesta para la resolución judicial de casos concretos, se propone el estudio de los efectos prácticos y tomar decisiones en relación con estos, no en relación con conceptos e idealizaciones. Por ello, la interpretación que se utilice debería considerar el fin de la norma (manifiesto y aparente), para así determinar la idoneidad teleológica de la decisión tomada. Asimismo, se deberá considerar el uso de criterios más intersubjetivos a la hora de definir términos tales como pobreza o jefa de hogar, puesto que una interpretación por “corazonada” puede terminar afectando a la mujer que se presente reclamando la aplicación del artículo 77 bis de la Ley de Psicotrópicos, ya que si en la cabeza de las personas juzgadoras existen criterios prejuiciosos o estereotipados sobre los conceptos de la ley, serán estos criterios los que se aplicarán al caso concreto, lo cual incide negativamente en el cumplimiento de las finalidades aparentes y latentes de la norma.

Claro está, en efectos prácticos, siempre será más sencillo recurrir a la receta de costumbre, heredada por los abuelos y que pasa de generación en generación, que se cree trae efectos seguros; que cuando se busca crear su propia receta y tomar responsabilidad por las consecuencias de la misma, como se señaló en capítulos anteriores, es por ello que se utilizó un análisis de corte negativo-heurístico o crítico⁴⁰² que implica un análisis consciente de que es la persona defensora o fiscal así como la juzgadora, quien decide, no es simplemente un sujeto cuyo oficio es solo aplicar.

Sabiendo esto, se puede enfocar en tomar decisiones con cierto grado de cientificidad, no valiéndose de conceptos que el efecto que tienen es cobijar las intenciones propias de quien elige, sino que se aventure en un análisis mayormente interdisciplinario que pueda llenar estos vacíos y se empiece a pensar en el efecto social que tendrían y sobre cuál efecto social se prefiere.

Lo anterior, excluye todo tipo de razonamiento repetitivo o elaborado por sistemas fijos, partiendo de la consciencia de que no se disminuye la discriminación contra las mujeres. Es por esta situación que del presente estudio no se puede esperar una propuesta de aplicación del artículo o una posible solución a la sociedad patriarcal existente, lo que se puede hacer es instar a las personas a no engañarse con las nociones del derecho como único y perfecto, sino que analicen, investiguen y decidan.

⁴⁰² Al respecto, recordar: Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. III. (San José: Editorial UCR, 2012), 106.

Bibliografía

Libros:

- Bodelón González, Encarna. “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en *Género, violencia y derecho*, Coords. P. Laurenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Bourdieu, Pierre; Jean Claude Passeron. *Fundamentos de una teoría de la violencia simbólica, en la Reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza, Libro 1*. España: Editorial Popular, 2001.
- Bourdieu, Pierre. *La domination masculine*, Trad. De Joaquín Jordá. París, Francia : Éditions du Seuil, 1998.
- Bourdieu, Pierre. *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. 2ª edición. Barcelona, Anagrama, 1999.
- Calvo Fajardo, Yadira. “De las Leyes de la lengua y la Lengua de las leyes”, en *Género y Derecho*. Santiago de Chile: La Morada-Corporación de Desarrollo de la Mujer, 1999.
- Calvo Fajardo, Yadira. *El sexismo Lingüístico y el lenguaje jurídico*. San José: ILANUD-Programa Mujer, Justicia y Género, 2001.
- Calvo Fajardo, Yadira. *Las líneas torcidas del Derecho*, 2ª Edición. San José, ILANUD: Programa Mujer Justicia y Género, 1996.
- Cárcova, Carlos María. *Derecho, Política y Magistratura*. Buenos Aires: Biblos, 1996.
- Cobo Bedía, Rosa. *Aproximaciones a la Teoría Crítica Feminista*. Lima, Perú: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres Boletín del programa de Formación, 2014.
- Conway, Jill K.; Susan C. Bourque; Joan W. Scott. *El concepto de género. El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. Traducción de Jessica McLaughlan y Mirko Lauer. Michigan: Ann Arbor The University of Michigan Press, 1996.
- Cook, Rebecca; Simone Cusack. *Estereotipos de género Perspectivas Legales Transnacionales*, Trad. Andrea Parra. Colombia: Profamilia, 2010.
- Copi, Irving; Carl Cohen. *Introducción a la Lógica*. México: Limusa-Noriega Editores, 1997.
- De Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2014.

- Delgado Ocando, Jose Manuel. *Curso de Filosofía del Derecho actual*. Venezuela: CEFD-Luz, 1976.
- Facio Montejo, Alda. *Cuando el género suena, cambios trae*. San José, Costa Rica: ILANUD, 1999.
- Facio Montejo, Alda; Lorena Fries Monleón. *Feminismo, Género y Patriarcado*. Chile: LOM Ediciones, 1999.
- Facio Montejo, Alda; Lorena Fries Monleón. “Feminismo, Género y Patriarcado” en *Género y Derecho*. Santiago de Chile: La Morada-Corporación de Desarrollo de la Mujer, 1999.
- Florián, Eugenio. *De las pruebas penales: de las pruebas en particular*. Bogotá: Temis, 1982.
- Fontan Balestra, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.
- Foucault, Michel. *El orden del discurso*, Traducción de Alberto González Troyano. Buenos Aires: Tusquets Editores, 1992.
- Foucault, Michel. *Historia de la Sexualidad. La voluntad de saber*, Edición No. 25. Madrid España: Siglo XXI Editores. 1998.
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Traducido por Enrique Lynch. Barcelona: Editorial Gedisa, 1996.
- Frank, Jerome. *Law and the Modern Mind*. Massachusetts: Peter Smith, 1970.
- Frank, Jerome. *Law and the Modern Mind*. London: Stevens & Sons Limited, 1949.
- Gallano Petit, Carmen. *La alteridad femenina*. Medellín. Colombia: Asociación Foro del Campo Lacaniano de Medellín, 2000.
- Geldstein, Rosa. *Mujeres jefas de hogar: familia, pobreza y género*. Buenos Aires, Argentina: UNICEF, 1997.
- Giacomello, Corina. *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina*. Londres: Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas, 2013.
- Gómariz Moraga, Enrique. “Las familias centroamericanas ante el cambio de siglo”, en: *Realidad Familiar en Costa Rica. Aportes y Desafíos desde las Ciencias Sociales*. Ed. Isabel Vega y Allen Cordero. Costa Rica: FLACSO, 2007.
- Gottlieb, Gidon. *The logic of choice: An investigation of the concept of rule and rationality*. Londres: Georg Allen & Unwin, 1968.
- Guzmán Stein, Laura. “Los estudios sobre la familia en Costa Rica: una mirada crítica desde los estudios de la mujer”, en: *Realidad Familiar en Costa Rica. Aportes y*

- Desafíos desde las Ciencias Sociales*. Ed. Isabel Vega y Allen Cordero. Costa Rica: FLACSO, 2007.
- Haba, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental*. San José, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica, 2010.
- Haba, Enrique Pedro. *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*. Costa Rica, San José: Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica/Editorial Vllamarán, 2003.
- Haba, Enrique Pedro. *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. I. San José: Editorial UCR, 2012.
- Haba, Enrique Pedro. *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. II. San José: Editorial UCR, 2012.
- Haba, Enrique Pedro. *Metodología (Realista) del Derecho*. Vol. III. San José: Editorial UCR, 2012.
- Hassemer, Winfried; Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- Henke, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, Traducción de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas EuropaAmérica, 1979.
- Hidalgo Xirinachs, Roxana. *Historias de las mujeres en el espacio público en Costa Rica ante el cambio del siglo XIX al XX*. Costa Rica: FLACSO, 2004.
- Hospers, John. *Introducción al análisis filosófico*, Trad. Julio Cesar Armero. Madrid: Alianza Editorial, 1976.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. *Encuesta Nacional de Hogares-Resultados generales*. San José, Costa Rica: INEC, Octubre del 2016.
- Instituto Nacional de las Mujeres, *Hilvanando nuestra historia: relatos feministas*. San José, Costa Rica: Instituto Nacional de las Mujeres, 2011.
- Kantorowicz, Hermann. *La lucha por la ciencia del derecho*, En *La ciencia del Derecho*. Trad. Goldschmidt, W. Buenos Aires: Losada, 1949.
- Kolakowski, Leszek. *La presencia del mito*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu, Buenos Aires. 1975.
- Larrauri Pijoan, Elena. “Desigualdades Sonoras, Silenciosas Y Olvidadas: Género Y Derecho Penal”, en *Género y Marginación: Victimización y Delincuencia*. México: UAM, 2008.
- Lerner, Gerda. *La creación del Patriarcado*. Nueva York: Oxford University Press, Inc., 1986.

- Lobo Wiehoff, Tatiana. *Entre Dios y el Diablo*. San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica, 2009.
- Mackinnon, Catharine. *Feminism Unmodified*. Londres: Harvard University Press, 1995.
- Marí, Enrique. “Moi, Pierre Riviere...y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales” en *Papeles de Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 1993.
- Molina Petit, Cristina. *Dialéctica Feminista de la Ilustración*. Barcelona, España: Anthropos, 1994.
- Perelman, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*. Madrid: Editorial Gredos, 1989.
- Popper, Karl. *La Sociedad Abierta y sus enemigos*, Trad. Eduardo Loedel. Barcelona: Ediciones Paidós, 1982.
- Ruíz Limón, Ramón. *Historia y Evolución del pensamiento científico*. México: Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas, 2006.
- Rincón Soto, Lucía. *Bases histórico-filosóficas de la teoría feminista*, Heredia, Costa Rica: Universidad Nacional, Escuela de Filosofía, 2009.
- Rodríguez Sáenz, Eugenia. “Tiyita Bea lo que me han hecho. Estupro e incesto en Costa Rica”, En *El paso del cometa. Estado, política, social y culturas populares en Costa Rica (1800/1950)*, Ed. Molina, Iván y Steven Palmer. San José: Porvenir-Plumsock Mesoamerican Studies, 1994.
- Sáenz Carmonell, Jorge. *Elementos de historia del derecho*. San José, Costa Rica: ISOLMA, 2012.
- Salas Solís, Minor. *Yo me engaño, tú te engañas, él se.... Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*. 2ª Edición. San José, Costa Rica: Isolma, 2013.
- Sartre, Jean-Paul. *El existencialismo es un humanismo*. Barcelona: Ediciones Folio S.A., 2007.
- Sau Sánchez, Victoria. *Diccionario ideológico feminista*, vol. I, 3.a ed. Barcelona, España: Icaria, 2000.
- Trejos Salas, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*, Tomo I, 4ª Edición. San José Costa Rica: Editorial Juricentro, 1990.
- Nuria Varela, *Feminismo para principiantes*, 1.ª edición. Barcelona, España: Ediciones B, S. A. Barcelona S.A, 2008.
- Vaz Ferreira, Carlos. *Lógica Viva*. España: Centro Cultural de España – Montevideo, 2008.

Villanueva Monge, Zarela. “Acciones, obstáculos y logros en la incorporación de la perspectiva de género”, en: *Por una Justicia de Género. San José, Costa Rica: ILANUD- Programa Mujer, Justicia y Género- Corte Suprema de Justicia*, 2001.

Warat, Luis Alberto. *El derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

Artículo de revista:

Aguado Correa, Teresa. “Proporcionalidad y especificidad de género: A propósito de la Reforma de la Ley de Psicotrópicos”, *Revista de la Maestría en Ciencias Penales*, No. 5. UCR. (2013). Consultado el 26 de marzo, 2017, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12447/11701>.

Carrión Wan, Roque. “Elementos de Semiótica Jurídica”. *Revista de Ciencias Sociales de Valparaiso*, No. 15 (julio- diciembre, 1979): 260-320.

Facio Montejo, Alda. “Hacia otra teoría crítica del derecho”. *Pensamiento Jurídico Feminista*, (2004): 33-53.

Haba, Enrique Pedro. “Metodología Realista Crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)”. *Doxa* No. 25 (2002): 503-531.

Laurenzo Copello, Patricia. “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 07-08, (2005). Consultado el 27 de marzo del 2017, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>.

Lévy, Danièle. “Lacan, el feminismo y la diferencia de sexos (México)”. *Revista Debate Feminista*, Vol. 31. (Abril 2005): 261-266.

Maqueda Abreu, María Luisa. “La violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 08-02, (2006). Consultado el 27 marzo del 2017, <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>.

Méndez, Haydée. “La teoría discursiva del derecho desde la perspectiva de género (Costa Rica)”, *Pensamiento Jurídico Feminista*, (2004): 25-31.

Pastor Carballo, Rosa; D’oon Giménez, Ana. “Impacto de la Biología en la Representación de los Sexos: Pensamiento Crítico y Metáforas del Género”. *Revista de Historia de la Psicología*, No. 3-4. (1996): 280-287.

Rojas Roldán, Abelardo. “El lenguaje y los conceptos del Derecho”, *Revista Facultad de Derecho- UNAM*. No. 193-194. Consultado el 23 de mayo del 2016, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/193/tyo/tyo10.pdf>.

Salas Solis, Minor E. “Debate Sobre La Utilidad De La Metodología Jurídica: Una Reconstrucción Crítica De Las Actuales Corrientes Metodológicas En La Teoría Del Derecho”. *Isonomía*, No. 27 (2007). Consultado el 17 de abril del 2017, <http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/salas-minor-e-8816>.

Salas Solís, Minor E. “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, No. 13, (2006). Consultado el 20 de octubre, 2015, <http://dialnet.unirioja.es/revista/2494/A/2006>.

Terigi, Flavia. “Segmentación urbana y educación en América Latina. Aportes de seis estudios sobre políticas de inclusión educativa en seis grandes ciudades de la región”. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*. Volumen 7. Número 4. (2009):29. Consultado el 29 de mayo del 2017, <http://www.rinace.net/reice/numeros/arts/vol7num4/art2.pdf>.

Documento digital:

Cruz Castro, Fernando. “La mujer, víctima y cómplice. La mitología de un discurso inhumano, Tribuna Democrática, 2011”. *Tribuna Democrática*. Consultado el 25 de marzo 2017, <http://www.tribunademocratica.com/2011/11/%E2%80%98la-mujer-victima-y-complce%E2%80%99-la-mitologia-de-un-discurso-inhumano/>.

Facio Montejo, Alda. “Con los lentes del género, se ve otro “Derecho”, Ponencia No. 34, Conferencia Centroamericana y del Caribe: Reducción de la pobreza, Gobernabilidad democrática y Equidad de género. Agosto 2002”. *Conferencia Centroamericana y del Caribe*. Consultado el 1 de febrero del 2016, http://www.justiciaviva.org.pe/genero_justicia/documentos/con_los_lentes.pdf

Facio Montejo, Alda. “Género e igualdad Jurídica entre los sexos, Comisión de Género y Secretaría Técnica de Género, Poder Judicial. 23 de Marzo de 2012”. *Comisión de Género y Secretaría Técnica de Género*. Consultado el 26 de enero de 2016. http://www.poder-judicial.go.cr/genero/index.php?option=com_phocadownload&view=file&id=35:genero-e-igualdad-juridica-entre-los-sexos&start=20&Itemid=181

Lacan, Jacques. “Seminario XIX; 12 de enero, 1972”. *Literatura Psicoactiva*. Consultado el 12 de julio de 2016, <http://www.literaturapsicoactiva.com/2015/03/jacques-lacan.html>.

Smart, Carol. *La teoría feminista y el discurso jurídico*, Trad. Marta Castillo, 1992. Consultado el 1 de abril del 2017, <http://derechopublico.pbworks.com/w/file/58932808/Carol%20Smart%20->

[%20El%20Derecho%20en%20el%20G%C3%A9nero%20y%20el%20G%C3%A9nero%20en%20el%20Derecho%20Pg%2031%20a%2072.pdf](#), 31-49.

Tesis:

Carvajal Pérez, Marilyn; Mendoza Álvarez, Carolina. “Análisis de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas. Su incidencia en el centro penitenciario Calle Real, en relación con el Derecho a la salud de las mujeres”. Tesis para optar por el Grado de Licenciatura, Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho, 2013.

Pérez Vargas, Johnny Alberto. “La Violencia Doméstica en las Relaciones de Pareja”. Tesis de Grado para optar al título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

Acuña Reyes, María Fernanda; Charpentier Alvarado, Francia y Martínez Almanza, Rocío. “Análisis y diseño de Servicios Sociales: Red Interinstitucional Para La Atención Integral A Mujeres Vinculadas A Un Proceso Penal Y Sus Familiares Dependientes En Situaciones De Vulnerabilidad”. Informe Final, Escuela de Trabajo Social, Universidad de Costa Rica, 2016.

Sitio web:

American Psychological Association. “Las personas trans y la identidad de género”. Sitio web. Consultado el 19 de abril del 2017. <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgenero.aspx>.

Asociación Costarricense de judicatura, ACOJUD, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre del 2015 <http://www.acojud.org/historia/>.

Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, CONAMAJ, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre del 2015, <http://www.conamaj.go.cr/index.php/conamaj/preguntasfrecuentes>.

Instituto Nacional de la Mujer, INAMU, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre del 2015 <http://www.inamu.go.cr/web/inamu/inicio>.

Poder Judicial República de Costa Rica, Comisión de Género y Secretaría Técnica de Género, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre de 2015, <http://www.poder-judicial.go.cr/genero/>.

Real Academia de la Lengua Española, Diccionario del Español Jurídico, 2016, consultado el 24 de abril del 2017, <http://dej.rae.es/#/entry-id/E200090>.

Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23ª Edición, 2014, consultado el 12 de marzo del 2017, <http://dle.rae.es/?id=L8txPOp>.

Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Pensamiento Jurídico Feminista, sitio web, s.f., consultado el 20 de octubre de 2015, <http://www.pensamientojuridicofeminista.com/inicio.html>.

Norma jurídica:

Asamblea Constituyente, “Constitución Política de Costa Rica; 8 noviembre, 1949”, Sinalevi. Consultado el 13 enero del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=FN

Asamblea General de las Naciones Unidas, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito, 16 de marzo del 2011, consultado el 16 de abril de 2017, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

Asamblea General de la ONU. “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 3 de septiembre de 1981”. Naciones Unidas. Consultado el 14 de abril del 2017, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

Asamblea General de la OEA, “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará, 1994”. OEA. Consultado el 14 de marzo del 2017, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

Asamblea legislativa de Costa Rica, “Ley 2, Código de Trabajo; 29 agosto, 1943”. Sinalevi. Consultado el 13 enero del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=0&strTipM=FN.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 63. Código Civil de Costa Rica. 01 enero, 1888”. Sinalevi. Consultado el 30 de marzo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=FN.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 4573 Código Penal, 15 noviembre, 1970”. Sinalevi. Consultado el 25 de marzo del 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=96389&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Ley N° N° 5476: Código de Familia de Costa Rica; 5 agosto, 1974”. Sinalevi. Consultado el 5 de marzo del 2016.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 5811 Regula Propaganda que Utilice la Imagen de la Mujer; 2 octubre, 1975”. Sinalevi. Consultado el 16 de noviembre del 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=5762&nValor3=81318&strTipM=FN&strNoVolver=no.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 7142 de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer; 26 marzo, 1990”. Sinalevi. Consultado el 14 de marzo del 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=10806&nValor3=0&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 7899 contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, 17 agosto, 1999”. Sinalevi. Consultado el 27 de marzo del 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=45006&nValor3=47457&strTipM=FN.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 7935: Ley Integral Para La Persona Adulta Mayor, 15/11/1999”. Sinalevi. Consultado el 1 de mayo del 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43655&nValor3=95259&strTipM=TC.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 8204 Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, 11 enero, 2002”. Sinalevi. Consultado el 16 de abril de 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley No. 8590 para el Fortalecimiento de la Lucha contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, 30 agosto, 2007”. Sinalevi. Consultado el 27 de marzo del 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=60869&nValor3=68812&strTipM=TC.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley N° 8589, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, 30 mayo, 2007”. Sinalevi. Consultado el 3 marzo del 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=60183.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley N° 9161. Reforma 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, 23 setiembre de 2013". Sinalevi. Consultado el 12 diciembre del 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=75699&nValor3=93995&strTipM=TC.

Caja Costarricense del Seguro Social. "Reglamento del Seguro de Salud, publicado en La Gaceta número 25 del 5 de febrero de 1997". Sinalevi. Consultado el 3 de abril del 2017,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=43463&nValor3=102505&strTipM=FN.

Dirección de la Defensa Pública. "Circular 12-2013: Directrices para la implementación de la Ley 9161 que reduce la pena a mujeres en condición de vulnerabilidad por introducción de drogas a Centros Penales; 27 de setiembre 2013".

Hernández Valle, Rubén. Constitución Política de la República de Costa Rica. Actualizada. Comentada, anotada y con citas de jurisprudencia. Costa Rica: Editorial Juricentro, 2007.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. "Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en estado de vulnerabilidad; 5 de marzo del 2008", Secretaría permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana, consultado el 16 de abril de 2017, http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124.

Periódicos:

Esquivel Solano, Noelia. "La llaga de ser mujer en el sistema penitenciario". *Semanario Universidad*, (20 de Julio de 2016): 4-6.

Feoli, Marco. "América Latina: Cárcel y alternativas tardías". *El diario*, (1 de enero, 2017). Consultado el 22 de abril, 2017, http://www.eldiario.es/tribunaabierta/America-Latina-Carcel-alternativas-tardias_6_597100287.html

Flórez-Estrada Pimentel, María. "Cuando las buenas noticias son malas". *Semanario Universidad*, (22 de marzo, 2017). Consultado 8 de abril, 2017, <http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/cuando-las-buenas-noticias-malas/>

Miranda Picado, Hulda. "Narcopeones". *Semanario Universidad*, (21 de Septiembre de 2016). Consultado 10 de abril, 2017, <http://semanariouniversidad.ucr.cr/impreso/narcopeones/>

Noguera Gonzales, Jarmon. "5.000 Reos Quedarían en Libertad ante Despenalización de Drogas". *La Prensa Libre*, (5 de marzo de 2012).

Retana, Gustavo. “Quejas en Sala IV cierran “tumbas” de La Reforma: Máxima vieja deja de existir tras 45 años”. *Diario Extra*, (25 de agosto de 2016). Consultado el 22 de abril, 2017, http://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/304856/quejas-en-sala-iv-cierran--tumbas-de-la-reforma?fb_comment_id=1038888182832460_1038993036155308#f1e35106cde98f8

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso internacional, Caso Artavia Murillo contra Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso internacional, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad: voto No. 1998-03933; 12 de junio, 1998 09:50 horas”. Exp. 97-007831-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad: voto No. 2008-02129; 14 de febrero, 2008 10:30 horas”. Exp. 07-002870-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad: voto No. 2012- 1966; 17 de febrero del 2012 09:32 horas”. Exp. 10-006667-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad, Voto No. 2013- 010404; 31 de julio, 2013 de las 16:00 horas”. Exp. 13-003150-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Acción de inconstitucionalidad: voto No. 2014- 8013; 21 de julio, 2004 16:23 horas”. Exp. 14-006895-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad: voto No. 2016-02007; 10 de febrero, 2016 09:30 horas” Exp. 15-017807-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad: voto No. 2016-02007; 10 de febrero, 2016 09:30 horas”. Exp. 15-017807-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Consulta Judicial: voto No. 2000-11516; 21 de diciembre, 2000 14:40 horas”. Exp. 00-009015-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo, Voto N° 7128-2007; del 23 de mayo del 2007 de las 04:38:00 p.m.”, Expediente 06-001874-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo, Voto N° 16877- 2009; del 4 de noviembre del 2009 de las 01:56:00 p.m.”, Expediente 09-000646-0007-CO.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Casación: voto No. 2003-00982; 31 de octubre, 2003 10:05”. Exp. 01-201833-0275-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Casación: voto No. 2004-1446; 17 de diciembre, 2004 11:40 horas”. Exp. 00-001264-0061-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación: voto No. 2005-573; 10 de junio, 2005 08:50 horas”. Exp. 01-000425-0636-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación, voto No. 2005-972; 26 de agosto, 2005 10:15 horas”. Exp. 00-200772-0306-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación: voto No. 2006-729; 11 de agosto, 2006 08:45 horas”. Exp. 02-001522-0369-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación: voto No. 2007-131; 23 de febrero, 2007 12:15 horas”. Exp. 01-202082-0305-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación, Voto No. 2007-701; 29 de junio, 2007 15:45 horas”. Exp. 02-201518-0396-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Casación: voto No. 2008-00924; 27 de agosto, 2008 10:50 horas”. Exp. 06-000436-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de Revisión de sentencia penal, Voto N° 2014-00917; del 17 de junio de 2014 de las 03:38:00p.m.”, Expediente 13-000508-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2014-00973; 27 de junio, 2014 8:59 horas”. Exp. 13-000496-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2014-00959; 27 de junio, 2014 8:45 horas”. Exp. 14-000046-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Revisión de sentencia penal: voto No. 2014-01004; 27 de junio, 2014 9:31 horas”. Exp. 13-000517-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de revisión de sentencia penal: voto No. 2014-01024; 27 de junio, 2014 9:52 horas”. Exp. 13-000513-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de Revisión de sentencia penal, Voto N° 2015-01398; de 6 de noviembre de 2015 de las 10:31:00 a.m”, expediente 15-000191-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Procedimiento de Revisión de Sentencia Penal, Voto N° 00608- 2015; 11:45:00 a.m. del once de mayo del 2015”, expediente 13-000485-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Revisión de sentencia penal: voto No. 2016-0027; 1 de abril, 2016”. Exp. 15-000417-0006-PE.

Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, sección primera, “Recurso de apelación de sentencia penal, Voto N° 2015-00273; del 7 de mayo de 2015 de las 09:45 a.m.”, expediente 11-000023-0511-TP.

Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, sección primera, “Recurso de Apelación de Sentencia Penal, Voto N° 2014-00480; del 18 de agosto de 2014 de las 04:25:00 p.m.” Expediente 11-001205-0305-PE.

Actas y otros documentos:

Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Exposición de Motivos en Expediente Legislativo 17.980”. Reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento en Asamblea Legislativa, 2011.

Chaves Villalobos, María de los Ángeles. “Ponencia sobre expediente legislativo N° 17.980”. Ponencia ante Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, en Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012.

Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico. “Sesión Ordinaria”. Acta en Asamblea Legislativa de Costa Rica. Acta de la sesión ordinaria N.º 2, 21 de junio de 2012.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. “Acta de sesión extraordinaria 19-2012”. Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 28 mayo, 2012.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. “Informe N° SP-180-12”. Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, de 30 de mayo de 2012.

Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Informe Jurídico sobre Proyecto de Ley: Oficio ST-088-2012-J”. Expediente N° 17.980, Informe Jurídico sobre Proyecto de Ley: Reforma del Artículo 77 de la Ley de Estupefacientes, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, 24 de Abril, 2012.

Fiscalía General de la República. Ministerio Público-Poder Judicial. “Oficio N° 1036-01-FAN-11”. Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 20 de setiembre de 2011.

Instituto Costarricense sobre Drogas. “Oficio ICD-DG-472-2011”. Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 9 de agosto de 2011.

Ministerio de Gobernación y Policía y Seguridad Pública. “Oficio N.º 1863-2011 DM”. Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 23 de agosto de 2011.

Muñoz Cascante, Marta Iris. “Ponencia sobre Expediente Legislativo 17.980”. Ponencia en Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Expediente Legislativo 17.980 en Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012.

Procuraduría General de la República. “Oficio N.º OJ-094-2011”. Consulta a instituciones sobre Proyecto de Ley 17.980, 16 de diciembre de 2012.

Subcomisión encargada del estudio de Proyecto Legislativo 17.980, “Informe afirmativo de subcomisión”. Informe para Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Expediente Legislativo 17.980. Acta de la sesión ordinaria N.º 3, 28 de junio de 2012.