

CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD

Expediente Legislativo número 20.299

Proyecto de Ley: Ley de acoso sexual callejero

SEÑORES MAGISTRADOS

SALA CONSTITUCIONAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Los suscritos en nuestra condición de Diputados de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica para el período constitucional 2018-2022, con fundamento en el artículo 96 inciso b) y concordantes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, respetuosamente formulamos la presente CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD sobre el proyecto “**Ley de acoso sexual callejero**”, tramitado bajo el expediente N° 20.299.

I.- Identificación del proyecto de ley que se somete a consulta constitucional.

Se somete a consideración de los Magistrados de la Sala Constitucional el proyecto “**Ley de acoso sexual callejero**”, expediente legislativo N° 20.299, aprobado en primer debate por el Plenario Legislativo, el día 9 de junio de 2020. La consulta se refiere a los aspectos que más adelante se detallan.

II.- Aspectos del proyecto de ley que se somete a consulta.

A) Violación a los principios de tipicidad y legalidad penal (Art. 39 Constitución Política:

Los principios de tipicidad y legalidad en materia penal han sido ampliamente desarrollados por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, en la que se ha destacado su importancia por la especial relación que éstos tienen con el derecho de la defensa, consagrado por el numeral 39 de la Carta Fundamental. En ese sentido, la Sala ha señalado que los principios mencionados constituyen una

garantía para la persona, pues ésta podrá ser sancionada únicamente cuando cometa aquellas conductas que se encuentren legalmente tipificadas como delito por medio de una ley previa, en la que se debe describir en forma clara y precisa dichas conductas.

Sobre el particular, en la sentencia número 01738-99 de las dieciséis horas doce minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve, se consideró: —El principio de legalidad es un componente fundamental del debido proceso. En sentido amplio, tanto en su dimensión política como técnica se constituye en una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Se expresa en cuatro principios básicos: no hay delito sin una ley previa -legalidad criminal- no hay pena sin ley -legalidad penal- la pena debe ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley -legalidad procesal- y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos -legalidad de ejecución. De manera que para que una conducta constituya delito necesariamente debe estar prevista en una ley previa en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar.

En este mismo sentido, en relación con el principio de legalidad penal, el Máximo Tribunal indicó en el fallo N° 2008-011623 de las 10:16 horas del 25 de julio de 2008, esta Sala señaló:

“El principio de legalidad es consustancial al Estado de Derecho. Tiene su origen histórico en la Revolución Francesa y su origen ideológico en el pensamiento de la Ilustración. Vino a suponer el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, por la voluntad expresada a través de la norma, de la ley. La Constitución Política recepta dicho principio en el artículo 11 al señalar que: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes...” Del principio de legalidad, surge el de reserva de ley, previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, según el cual, sólo mediante norma emitida por el

Poder Legislativo pueden regularse determinadas materias, dentro de las que se encuentra la limitación de derechos fundamentales. Particularmente, en el campo del derecho penal, el principio de legalidad está previsto en el artículo 39 de la Constitución Política, el cual señala: Artículo 39: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”. Tal regulación encuentra origen en el conocido aforismo latino de Feuerbach: “*nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium*”.

Diversos instrumentos internacionales también recogen ese principio. La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en el artículo 11 párrafo segundo: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional.” La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 9 que; “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.” El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15 párrafo primero establece: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.”

El Código Penal lo contempla en el artículo 1, al señalar: “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido” y el Código Procesal Penal al referir en su artículo 1: “Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este

Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas.”

El principio de legalidad se erige entonces como una verdadera garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, que cumple una doble función: la política, al expresar el predominio del Poder Legislativo sobre los otros poderes del Estado y que se traduce en una garantía de seguridad jurídica para el ciudadano, y la técnica, que es donde se puede enmarcar el **principio de tipicidad penal, en el sentido de exigencia para el legislador de utilizar fórmulas taxativas, claras y precisas al momento de creación de las figuras penales**. El principio de legalidad penal debe entenderse inmerso en todas las fases de creación y aplicación de los tipos penales: no hay delito sin ley previa, escrita y estricta; no hay pena sin ley; la pena no puede ser impuesta sin en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley, por ello se habla de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. Se trata por tanto, de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles.”

II.- Al hacer referencia el constituyente en el citado artículo 39 al término "delito", se está refiriendo a una acción típica, antijurídica y culpable, a la que se le ha señalado como consecuencia una pena. De esos predicados de la acción para que sea constitutiva de delito, interesa ahora la tipicidad y su función de garantía ciudadana. Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica -contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a

exigencia insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, **en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito**, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además este es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido, así, por ejemplo, el homicidio simple se encuentra cabalmente descrito en el artículo 111 del Código Penal: "Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años".

La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en voto 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben

tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal”.

El principio de tipicidad, como se indicó, exige que las conductas se encuentren claramente descritas y que contengan al menos tres elementos esenciales: el sujeto activo, el verbo o acción, que se refiere a la conducta desplegada u omitida por el autor y la consecuencia punitiva a imponer. Reiteramos que la redacción de los tipos penales debe ser lo suficientemente clara y precisa, a fin de evitar ambigüedades o interpretaciones antojadizas o arbitrarias por parte de los aplicadores del derecho.

El artículo 1 del proyecto de ley en discusión, aprobado en Primer Debate, define la figura de acoso sexual callejero como *“Toda conducta o conductas con connotación sexual y con carácter unidireccional, sin que medie el consentimiento ni aceptación de la persona o personas a la que está dirigida con potencial de causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa, que proviene generalmente de una persona desconocida para quien la recibe y que tiene lugar en espacios públicos o de acceso público”.*

El artículo 1 que define el objetivo y definición de la ley, presenta falencias graves, precisamente a partir del párrafo 2 que establece el significado del acoso sexual callejero, elemento esencial de toda la ley.

Analicemos el contenido de esa norma:

- 1- Toda conducta o conductas con “connotación sexual”. No hay descripción adecuada del tipo penal. Cuál es la acción constitutiva de la infracción. Qué significa “con connotación sexual”. De acuerdo con la teoría finalista de la acción, se debe verificar el dolo y la palabra connotación no referencia una interiorización de la conducta.
- 2- ...”y con carácter unidireccional”. tampoco se comprende ese agregado (en una sola dirección) cuando acto seguido se dispone: “sin que medie el consentimiento ni aceptación de la persona a la que está dirigida”, esto por cuanto si hay consentimiento de mayor de edad capaz, no sería una acción

antijurídica, no habría delito. Con lo cual, ese carácter unidireccional agregado se vuelve confuso, para la calificación penal.

- 3- La norma continua expresando que esa conducta, debe ser “con potencial de causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa...” De nuevo se emplea un término indeterminado, y subjetivo respecto al verbo o acción, que se refiere a la conducta desplegada u omitida por el autor, agregando un modo “CON POTENCIAL” cuyo significado y alcance no es claro para la determinación de la constitución del delito
- 4- Por último agrega la norma, que la acción “... proviene generalmente de una persona desconocida para quien la recibe”. Qué sucede si es una persona conocida? Por qué se agrega las palabras “generalmente desconocida”, qué efecto tiene en la definición del hecho y de la pena ese aspecto. Todo ello rodea de una nebulosa a la composición del tipo penal, que hace ininteligible el deber ser del presupuesto.

La propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo ha dispuesto en su jurisprudencia:

“...III.- Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinada condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal...” Voto Nº 01877-90 de las 16:02 hrs. del 19 de diciembre de 1990 (subrayado es nuestro). Véase también Voto 1876-90 de las 16:00 hrs. del 19 de diciembre de 1990.

La Sala también ha indicado, “queda claro que únicamente es inconstitucional, por infringir el principio de tipicidad contenido en el artículo 39 de la Constitución Política, el tipo penal que no permita establecer con claridad cuál es la conducta

constitutiva de la infracción punible...” (subrayado es nuestro). Voto N° 2001-09748 de las 14:37 hrs. del 26 de setiembre del 2001.

Esa situación, de graves defectos ocurre en la descripción de la conducta a tipificar como acoso callejero, lo que lo haría inconstitucional. Por el uso de términos abiertos, de contenido indeterminado, imprecisos y de alcances totalmente subjetivos

Los tipos penales deben describir la conducta en forma clara, precisa, concisa, definir la conducta en todos sus elementos extrínsecos e intrínsecos; las personas deben conocer, comprender y entender la conducta prohibida, según los requisitos que establece el Principio de Legalidad, instaurado en el artículo 39 de la Constitución Política, que garantiza que todas las personas conozcan, comprendan y entiendan cuáles actuaciones son ilícitas, esto constituye un derecho humano esencial respecto al poder del Estado. Se trata de un principio de seguridad jurídica.

Al observar la redacción propuesta, se infiere que su aplicación, dependería de la manera en la que la persona juzgadora interprete o no la pena sub examine, dada la apertura del tipo penal, situación que no es posible en el ordenamiento jurídico costarricense ni en la aplicación del derecho penal, pues para que una norma pueda ser aplicada debe estar claramente tipificada y descrita, la conducta no puede dejarse a consideraciones subjetivas, debe existir certeza y seguridad jurídica tanto para las personas imputadas como para las personas juzgadoras.

Este problema apuntado se reproduce a lo largo de la pretendida reforma legal penal, nótese que en todos los artículos que se modifican o crean se repite el empleo el mismo término calificativo “con connotación sexual”. A saber en la Sección IV- Acoso sexual en espacios públicos o de acceso público, artículo 175 Ter que crea la figura de Exhibicionismo o masturbación en espacios públicos, de acceso público o en un medio de transporte remunerado de personas, establece que “Quien en un espacio público, de acceso público o en un medio de transporte remunerado de personas, se masturbare a sí mismo, exhibiere o mostrase sus genitales *con connotación sexual*, a otra persona sin su consentimiento, será reprimido con una pena de prisión de seis meses a un año o de treinta a cuarenta

y cinco días multa, siempre que la conducta no constituya un delito con una pena mayor.(lo resaltado es propio). Este tipo penal está mal construido, porque no define el ofendido. El acto de masturbarse a sí mismo debería especificar por ejemplo, que debe ser "en presencia de otras personas y sin el consentimiento de ellas". También debería determinarse que el espacio público o de acceso público, y el medio de transporte público, debe estar en uso o función, cuando ocurren los hechos, porque podríamos tener un caso en donde no existe la intención de exhibirse, y sin embargo el acto de masturbación sucede en un medio de transporte público, sin presencia de personas o en un local de acceso público, cerrado o no operando en un momento dado. Pero es captado por cámaras donde alguno pueda sentirse ofendido sin que exista la intención de ser observado, constituyéndose en delito

Lo mismo ocurre con el Artículo 175 Quáter que se denomina Persecución o acorralamiento y que indica que: "Quien en un espacio público, de acceso público o en un medio de transporte remunerado de personas, persiquiere o acorralare con connotación sexual a otra persona sin su consentimiento, será reprimido con una pena de prisión de ocho meses a un año o de treinta a cuarenta y cinco días multa, siempre que la conducta no constituya un delito con una pena mayor. Entonces nótese que la persecución o acorralamiento debe ser "con connotación sexual"

En el caso del artículo 175 Quinquies, denominado "Producción de material audiovisual" instituye que "Quien en un espacio público, de acceso público o en un medio de transporte remunerado de personas, grave, capte, o produzca material de audio, visual o audiovisual con connotación sexual de otra persona sin su consentimiento, será reprimido con una pena de prisión de diez meses a dieciocho meses o de treinta a cuarenta y cinco días multa, siempre que la conducta no constituya un delito con mayor pena de prisión.

De nuevo indica el calificativo que los verbo, constitutivos de la acción, (grave, capte, o produzca material de audio, visual o audiovisual) debe hacerse con connotación sexual), pero además establece un agravante, en caso de que

dicho material fuera enviado, mostrado o transmitido a una tercera persona, con fines de lucro o no, siempre que la conducta no constituya un delito con mayor pena de prisión

Las conductas grabar, captar, o producir material de audio, visual o audiovisual en relación con personas de edad ya constituyen delitos, así como la reproducción con otras personas, denominado: difusión de pornografía, por lo que estaríamos frente a una duplicidad de normas, que produciría un grave problema de aplicación, y desde luego de seguridad jurídica. En este sentido, debe tomarse en cuenta también, que las contravenciones, por hecho contra las buenas costumbres se mantienen (art. 392), por lo que una misma conducta puede ser constitutiva de varios delitos o hasta de contravención.

Aunque cuando se establece una subsidiariedad expresa, cuando se dice que se aplicará la norma siempre que no constituya un delito más grave, lo cierto es que una redacción tan amplia no permite diferenciar cuando será este delito y cuando otro.

El artículo 175 Sexies, que establece en forma específica Agravantes, instaura que los extremos de las sanciones privativas de libertad y de días multa previstas en los artículos 175 Ter, 175 Quáter y 175 Quinquies de la presente sección, se incrementarán en un tercio cuando concorra una de las siguientes circunstancias:

- 1) La conducta es cometida por dos o más personas.
- 2) En perjuicio de una persona menor de edad.
- 3) En perjuicio de una persona mayor de sesenta y cinco años.
- 4) En perjuicio de una persona con discapacidad.

Sin embargo, por ejemplo, porque no es el único caso, cuando este delito se comete contra una persona menor de edad, ya el Código Penal, tiene una pena específica mayor, con un tipo penal ya definido dentro del Código Penal, por lo que es inconveniente y resulta inconstitucional esa duplicidad, esa antinomia pudiéndose, y además perjudica el fin mismo que persigue la ley.

La producción de material audiovisual del Código Penal ya define y penaliza la producción de material audiovisual con connotación sexual, que es pornografía: "Artículo 173.- Fabricación, producción o reproducción de pornografía

Será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años, quien fabrique, produzca o reproduzca, por cualquier medio, material pornográfico infantil.

Será sancionado con pena de prisión de tres a seis años, quien transporte o ingrese en el país este tipo de material.

Para los efectos de este Código, se entenderá por material pornográfico infantil toda representación escrita, visual o auditiva producida por cualquier medio, de una persona menor de edad, su imagen o su voz, alteradas o modificadas, dedicada a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de una persona menor de edad con fines sexuales.

Para esos delitos en agravantes la pena es mucho mayor por el mismo delito, sin embargo, en aplicación del principio indubio pro reo, el juzgador tendría aplicar la pena menor

Lo mismo sucede en el ARTÍCULO 6 del proyecto que adiciona un artículo 388 Bis a la Sección I del Libro III de Contravenciones del Código Penal, Ley N.º 4573 de 4 de mayo 1970; con el siguiente texto:

(...)

Acoso sexual en espacios públicos o de acceso público

Artículo 388 Bis Acoso sexual

Se le impondrá una pena de quince a treinta días multa a quien, en un espacio público, de acceso público o en un medio de transporte remunerado de personas, profiriere, dirigiere o ejecutare, con connotación sexual, palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes hacia otra persona sin su consentimiento.

La pena será de veinticinco a treinta y cinco días multa si las conductas descritas en el párrafo anterior se hicieran mediante el uso de redes sociales o medios electrónicos de comunicación.

(...)

Esta norma que también tipifica el delito de acoso sexual, señala que tal conducta lo configura el acto de proferir, dirigir o ejecutar ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes.

Como podrá observarse, ambas definiciones están plagada de conceptos jurídicamente indeterminados que impiden su precisión y clara determinación como parte de un hecho punible, el cual debe ser claro y objetivo de conformidad con lo dicho por la Sala Constitucional en su sentencia N° 2010-016202 de las 15:50 horas del 28 de septiembre de 2010:

“La Sala ha señalado que los principios de tipicidad y legalidad penal constituyen una garantía para la persona, pues ésta podrá ser sancionada únicamente cuando cometa aquellas conductas que se encuentren legalmente tipificadas como delito por medio de una ley previa, en la que se debe **describir en forma clara y precisa dichas conductas.**

Sobre el particular, en el voto N° 01738-99 de las 16:12 horas del 9 de marzo de 1999, el Máximo Tribunal profundizó:

“El principio de legalidad es un componente fundamental del debido proceso. En sentido amplio, tanto en su dimensión política como técnica se constituye en una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Se expresa en cuatro principios básicos: no hay delito sin una ley previa -legalidad criminal- no hay pena sin ley - legalidad penal- la pena debe ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley -legalidad procesal- y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos - legalidad de ejecución-. De manera que para que una conducta constituya delito necesariamente debe estar prevista en una ley previa **en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar**“

Asimismo, Sala Tercera en su resolución N° 1824-2014, de las 10:25 horas del 13 de noviembre de 2014, ha manifestado que

“(…) las acciones que constituyen delito deben estar previamente definidas, lo que nos ubica en el momento de la elaboración de los tipos penales, **labor a cargo de los legisladores, de quienes se espera utilicen las “técnicas adecuadas que permitan la tipificación correcta de las acciones catalogadas como delitos, de tal forma que propicien la comprensión del contenido de la disposición por parte del ciudadano”**; en atención a principios constitucionales de legalidad criminal y tipicidad”.

Nótese que la definición de acoso sexual (que dentro de la legislación costarricense al menos encontramos 4) tanto en el artículo 1 como en el 6 del proyecto de ley señalan que el hecho punible es una conducta o conductas con “connotación sexual”, que además debe “tener potencial” de causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa y que se manifiesta a través de ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes.

Ahora bien, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, la palabra connotación implica un significado remoto, todo lo contrario al nivel de concreción conceptual que debería caracterizar a una norma penal. Además, los términos humillación, inseguridad y miedo no remiten a hechos objetivos sino al mundo de los sentimientos, los cuales el operador jurídico no está capacitado para juzgar, de forma tal que se violentarían los principios de legalidad y tipicidad penal pues deja prácticamente al arbitrio del juez interpretar en qué ámbito se da la ofensa.

Lo mismo ocurre con los ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes, pues no hay forma de que el operador jurídico pueda tener certeza absoluta de la intención, propósito u objetivo con que se realizaron, pues el sentido dependerá de la persona afectada. Incluso es casi imposible individualizar con total seguridad, en casos como las aglomeraciones, la proveniencia de un ruido, silbido, jadeo o gemido, pudiéndose prestar esto para acusar injustamente a una persona que no

realizó tal acto o, peor aún, juzgándosele sin conocer el motivo y significado con el que se desarrolló, ya que podría ocurrir que un ruido determinado represente algo muy distinto a lo que la supuesta víctima interpreta.

Por ello vale la pena recordar la sentencia N° 08678-2019 las 12:15 horas del 15 de mayo de 2019, mediante la cual se explica que

“(…) en el caso de que se pretenda producir una norma que contemple un concepto normativo con un desproporcionado espectro de ambigüedad y de nulo conocimiento y reconocimiento social, el legislador deberá de describir de forma total y por más compleja que esta sea, los supuestos de hecho que su concepto normativo pretende abarcar, porque es la única forma, en primera instancia, de no ceder su competencia al juzgador, acto éste, prohibido en el artículo 9 constitucional. La anterior garantía opera en el sentido, evitar que, el administrado, sea puesto en una condición de desventaja que le hará vulnerable a ser perseguido por el despliegue de acciones que, en principio, nunca le fueron claramente advertidas como merecedoras de reproche penal por parte del Estado, ya sea, porque no formaban parte de las conductas que el legislador pretendía prohibir o tutelar, o, porque no se relacionan con los bienes jurídicos a tutelar. Si el legislador falla en su obligación constitucional u omite la correcta construcción de los preceptos sancionatorios, de la forma en la que se indicó en el anterior párrafo, no puede el operador del derecho, por prohibición constitucional (artículo 9), solventar las falencias legislativas o variar de contenido la norma, ya que tal acción implicaría que no exista conexidad alguna, entre la resolución jurisdiccional y el espíritu del legislador”.

B) Violación al principio de conexidad

Otro aspecto que podría resultar inconstitucional es la falta de conexidad del párrafo segundo de esta norma, que fue incluida con posterioridad dentro de la

comisión y que no se enmarca, como el título de la norma y su contenido indica, Acoso sexual en espacios públicos o de acceso público, porque agrava la pena si las conductas descritas en el párrafo anterior se hicieran mediante el uso de redes sociales o medios electrónicos de comunicación, que de igual manera, ya están definidos en otras figuras penales.

B) Violación a los principios de legalidad penal, proporcionalidad y razonabilidad

En general, se considera violatoria al principio de legalidad penal y de la mínima certeza jurídica, la falta de definición sobre la calificación de la acción pública o privada al que estarían sometidos estos nuevos delitos creados. Otros delitos sexuales con penas mayores se especifica que son delitos públicos perseguibles a instancia privada. No así con el acoso callejero.

Por otra parte el artículo 175 Septies, titulado “Penas accesorias” estatuye que los delitos previstos en esta sección, serán sancionados “**además**” con penas accesorias que se aplicarán junto con la pena de prisión o de multa, y consistirán en:

- a) Someter a la persona a un programa de tratamiento de adicciones para el control del consumo de alcohol, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas enervantes, cuando dicha adicción esté relacionada con la conducta sancionada o sus circunstancias.
- b) Someter a la persona a un programa especializado para ofensores, orientado al control de conductas violentas, la reeducación y sensibilización sobre las masculinidades tóxicas, equidad de género y respeto por los derechos humanos de las mujeres.

Para los efectos de ejecutar estas penas, el Instituto Nacional de las Mujeres y el Ministerio de Justicia enviarán cada año, a la Corte Suprema de Justicia, la lista de instituciones acreditadas, públicas y privadas, a las cuales la

autoridad judicial competente podrá remitir para el cumplimiento de estas penas. Los gastos en que se incurra por este tratamiento correrán a cargo del Estado, salvo si la persona condenada cuenta con recursos suficientes para sufragarlos.

Este artículo 175 SEPTIES parte siempre de la existencia de una pena privativa de libertad o multa, previamente impuesta por el juez sentenciador, y que forma parte unívoca de esa pena. Pero la garantía de legalidad penal también adquiere plenitud durante el cumplimiento de la pena, cuando ésta implica la privación de libertad del condenado, puesto que en el transcurso de su ejecución debe alcanzar su finalidad de prevención especial, reeducando o resocializando al condenado, sin necesidad de aplicar tratamientos crueles o inhumanos... Así; tanto el Pacto de San José de Costa Rica como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen expresamente los siguientes principios rectores: a) dignidad; b) resocialización; c) personalidad, y d) régimen penitenciario.

Estamos en presencia de flamantes garantías constitucionales, incorporadas a nuestro sistema de derechos y garantías por los tratados internacionales, que vienen a regular detalladamente los principios que deben observarse durante la ejecución de una pena y durante la privación de libertad de una persona, de lo cual carece esta norma.

No se clarifican las condiciones bajo las cuales es factible implementar los programas como pena accesoria a la prisión o multas, propiamente contenidas en los incisos a) y b) del artículo 175, lo que es claramente violatoria del principio de legalidad penal, de certeza en la pena.

Este elenco de penas accesorias no tiene un régimen claro para su aplicación, en los supuestos en que las personas condenadas están en prisión, porque no en todos los establecimientos carcelarios hay programas, de hecho el artículo 175 párrafo 2 determina que para los efectos de ejecutar estas penas, el Instituto Nacional de las Mujeres y el Ministerio de Justicia enviarán cada año, a la Corte Suprema de Justicia, la lista de instituciones acreditadas, públicas y privadas, a las

cuales la autoridad judicial competente podrá remitir para el cumplimiento de estas penas.

Aparte de la preocupación sobre el gasto que esto significaría, la falta de señalamiento de las fuentes de financiamiento, así como la ausencia de información del impacto económico y la capacidad de asumir nuevos programas por parte del Ministerio de Justicia, la indeterminación de qué sucede si no puede cumplirse las penas accesorias que se aplicarán junto con la pena de prisión o las penas de multa, que no son no sustitutiva ni alternativas, por falta de recursos, del condenado, del Estado, o por falta de los programas, ya que no pueden existir penas perpetuas, constituyen graves quebrantos al principio de legalidad penal.

Ya que en estos casos, debe haber quedado establecida en la sentencia cuál es la pena principal y las accesorias, para los efectos de un incumplimiento de las penas accesorias, cuándo se acredita el incumplimiento durante la fase de ejecución de la pena?, cómo existiría un parámetro para computar la pena que falta por cumplir? pues en dicho momento la sentencia ya se encontraría firme y sin posibilidad de imponerse una nueva sanción en dicho momento.

Por otra parte, las penas accesorias deben tener relación directa con el tipo penal, como parte de la función de la pena, respetando siempre la proporcionalidad y la objetividad que debe resguardarse en ella. Por ello, no pueden ser aplicadas automáticamente para la generalidad de los casos. Puede que un caso no tenga relación alguna con drogas o cualquier otro tipo de adicción y sin embargo se ordena aplicar la pena accesoria para todos los casos. Sobre el particular, huelga aclarar un aspecto esencial: en primer lugar, a pesar de que efectivamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (inciso 6) del artículo 5º), es lo cierto que lo más idóneo es hablar de que esos propósitos los debe asumir el tratamiento, tal

y como correctamente lo indica el inciso 3) del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

"3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados..."

Con relación al Principio de Proporcionalidad, según la Sala Constitucional, en sentencia No. 1420-1991, al respecto indica:

7 "En efecto, el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecúe en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución.- Quiere ello decir que deba existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución.-" Cuando se habla de la proporcionalidad, se hace referencia a la relación entre la culpabilidad del autor de una conducta delictiva y la sanción que se debe aplicar por tal conducta. En cuanto el principio de Razonabilidad Este principio consiste en que la restricción a ciertos derechos solo debe justificarse por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio de igualdad. Resulta de esta manera válida que el legislador imponga una limitación a los derechos de un determinado individuo, cuando se demuestra que atienden al cumplimiento de otros fines que son más importantes a nivel constitucional. Se considera además de un abuso del derecho penal, la creación de este tipo de islas normativas que casi siempre tienen un fin simbólico y no práctica.

III.- De conformidad con los elementos expuestos, los suscritos diputados estimamos que con la redacción del proyecto de ley votado en Primer Debate se podrían estar violentando los principios constitucionales ya señalados, razón por la cual lo sometemos ante ese Tribunal Constitucional para que en definitiva se nos indique si se infringe o no la Carta Superior.

IV.- Notificaciones: Las atenderemos en la Asamblea Legislativa, Edificio Principal, en el Despacho del Diputado Carlos Luis Avendaño Calvo o bien al correo electrónico carlos.avendano@asamblea.go.cr

San José, _____.

NOMBRE	FIRMA
1.-	
2.-	
3.-	
4.-	
5.-	
6.-	
7.-	
8.-	
9.-	
10.-	