

Sala Constitucional

Resolución N° 12662 - 2020

Fecha de la Resolución: 07 de Julio del 2020 a las 09:30

Expediente: 20-010299-0007-CO

Redactado por: Jorge Araya Garcia

Clase de asunto: Consulta legislativa facultativa

Control constitucional: Sentencia desestimatoria

Analizado por: SALA CONSTITUCIONAL

Sentencia con nota separada

Indicadores de Relevancia

Sentencia relevante

Sentencias Relacionadas

Contenido de Interés:

Temas Estratégicos: Derechos de víctimas y testigos en materia penal

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 3. ASUNTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Tema: PENAL

Subtemas:

- NO APLICA.

Tema: CONSULTA LEGISLATIVA FACULTATIVA

Subtemas:

- NO APLICA.

012662-20. Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad del proyecto de "LEY DE ACOSO SEXUAL CALLEJERO", que se tramita bajo el expediente legislativo número 20.299.

"...VII.- **A modo de conclusión.** En consecuencia, debe concluirse que el párrafo segundo del artículo 1 y el artículo 6 del proyecto de ley -y con él, el artículo 388 bis que se pretende adicionar al Código Penal-, distan de ser contrarios a los principios de tipicidad y legalidad penales en los términos aducidos por los diputados consultantes. El primero, porque dista de ser propiamente un tipo penal; y el segundo, porque aún tratándose de un tipo penal, la conducta allí señalada -la cual deriva de la definición que brinda el artículo 1 del mismo proyecto- parte de la comprensión que con base en la experiencia, la sociedad tiene del concepto «connotación sexual», cuya verificación, y la de los otros elementos relacionados -miedo, ofensa, humillación, entre otros- deberá determinarse dentro del propio proceso penal y con base en la valoración que realice la persona juzgadora de todo el acervo probatorio con el que se cuente. Por tal razón, ambas normas consultadas, distan de considerar tipos penales abiertos, y por tanto, distan de ser contrarios a los principios de tipicidad y legalidad penal.

En este sentido, lo que corresponde es evacuar esta consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, señalando que en las normas consultadas no se advierten los vicios de constitucionalidad señalados por los diputados consultantes..."

... **Ver menos**

Sentencias Relacionadas

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 6. LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ANOTADA CON JURISPRUDENCIA

Tema: 096- Consulta Legislativa de Constitucionalidad

Subtemas:

- NO APLICA.

ARTÍCULO 96 INCISO A) DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. I.- Sobre el planteamiento de la Consulta Legislativa de Constitucionalidad. La opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos puede ser requerida de manera preceptiva -inciso a) del artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional- o facultativa -incisos b), c) y ch) de la misma norma -. En este último caso se tienen tres supuestos: en el primero, es el mismo órgano parlamentario quien la realiza -cuando se presente por no menos de diez diputados-; en el segundo, se trata de la consulta de proyectos de ley referidos a la competencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, consulta que debe ser presentada por éstos mismos órganos; y, en el tercero, la consulta la puede presentar el Defensor de los

Habitantes cuando considere que se infringen derechos o libertades fundamentales. De igual manera, señala el artículo 98 de la ley de esta jurisdicción, que en el caso de proyectos de ley distintos de las reformas constitucionales, la Consulta Legislativa deberá interponerse después que el proyecto haya sido aprobado en primer debate y antes de recibir la aprobación definitiva en segundo debate; esta previsión como requisito de admisibilidad de la Consulta Legislativa, encuentra asidero porque es luego del primer debate que logra tenerse mayor certeza sobre las probabilidades de aprobación del texto sometido a consulta –véase, entre otras, sentencias de esta Sala números 193-90 y 2017-11714-.

... **Ver menos**

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 6. LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ANOTADA CON JURISPRUDENCIA

Tema: 099- Contenido de la consulta

Subtemas:

- NO APLICA.

Tema: 101- Pronunciamiento de la Sala

Subtemas:

- NO APLICA.

ARTÍCULOS 99 Y 101 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. Por su parte, es importante señalar, que tratándose de las consultas legislativas facultativas de constitucionalidad –como la que ahora se conoce-, y de conformidad con la aplicación e integración de lo estatuido en los artículos 99 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta Sala ha señalado que su conocimiento se circunscribe únicamente a los argumentos concretos planteados por los diputados consultantes en su escrito de interposición, y no a otros que pudieran derivarse pero que no hayan sido así planteados.

... **Ver menos**

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Nota separada

Rama del Derecho: 3. ASUNTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Tema: PENAL

Subtemas:

- NO APLICA.

VIII. NOTA DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ GUTUIÉRREZ.-

1. Es aplaudible toda iniciativa legislativa encaminada a proteger la dignidad humana como principio rector, y a expulsar o, en su caso castigar aquellas conductas que tengan como efecto o produzcan por resultado su irrespeto, menosprecio o relativización. Ninguna persona está obligada a escuchar o ver actos o conductas que no tiene el deber jurídico de soportar. La protección penal induce a tipificar como delito los atentados a aquel principio o al menos los atentados más graves. Pero la eficaz protección que la iniciativa promueve, exige considerar algunos elementos o aspectos sin los cuales las buenas intenciones que la animan, podría no tener ninguna trascendencia o efecto útil. Es igualmente oportuno tener presente que del principio de proporcionalidad cuya base filosófica política postula una intervención del Estado en la esfera de libertad de las personas solamente en los casos estrictamente necesarios, limitada en sus efectos a lo inexcusable, se deriva otro que es igualmente basilar, como lo es el de seguridad jurídica, entendido en términos simples como el saber a qué atenerse. Sobre este primer principio, expresamente consagrado en el artículo 28, párrafo 2°, de la Constitución Política, según el cual “*Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.*”, la Sala en la clásica sentencia #1739-92 de 11.45 horas de 1 de julio de 1992, expresó:

“De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.”.

Estos principios exigen una labor escrupulosa, con la finalidad de mantener ese necesario equilibrio entre libertad y autoridad. Si la libertad se perpetúa en la sociedad, las restricciones, limitaciones o prohibiciones a la esfera de elegir las propias finalidades y a la capacidad de orientarse al logro de los propios objetivos, deben estar claramente establecidas. Es decir, las prohibiciones o mandatos negativos de no hacer (que no), deben ser tanto claros como razonables, idóneos, necesarios para alcanzar los valores presupuestos y los fines supuestos.

2. En la Consulta Legislativa Facultativa formulada se plantean vicios de fondo en la redacción de el proyecto legislativo No. 20299, denominado “Ley contra el acoso sexual callejero”. En primer lugar, las partes consultantes indicaron que existe una posible violación de los principios de tipicidad y legalidad penal. Señalan que el artículo 1 del proyecto es el que define la figura del denominado «acoso sexual callejero», mientras que el artículo 6 del mismo proyecto de ley, que es el que pretende adicionar el artículo 388 bis al Código Penal, también tipifica el delito de acoso sexual, configurándolo como el acto de proferir, dirigir o ejecutar ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes. En segundo lugar, cuestionan la técnica legislativa empleada en la arquitectura normativa respecto a los conceptos indeterminados empleados.

3. Coincido en que el sentido normativo del párrafo segundo del artículo 1 del proyecto, dista de ser un tipo penal en sí mismo. Tal como se advierte, en el epígrafe de la norma señala, dicho artículo se refiere al «Objeto y definición de la ley», y propiamente a eso se refiere el párrafo segundo cuestionado, el cual lo que contiene es la definición de «acoso sexual callejero», y hace referencia a una serie de conductas que se realicen con «connotación sexual», y que causen malestar, humillación, ofensa y otros a las personas a quien van dirigidas.

En relación con la redacción de los artículos 1 y 6 del proyecto de mérito, se hecha de menos una redacción que permita una clara inteligibilidad del elemento normativo. Se aprecia que el artículo primero tiene la función de complemento del tipo penal que se construye en el artículo sexto para adicionar el artículo 388 bis del Código Penal, de ahí que la redacción necesita un grado de determinación que permita alcanzar los objetivos y fines propuestos en el proyecto ley.

4. En cuanto a la redacción de los tipos penales, esta Sala ha destacado que formulación deber ser clara y precisa. En ese sentido en la sentencia No. 2010-16202, señaló 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. Sobre este tema, debe decirse que esta Sala ha admitido la técnica legislativa de las normas penales en blanco, en las cuales se remite a normas del mismo rango para completar el tipo penal; también ha admitido la constitucionalidad de tipos penales con algún nivel de apertura, siempre y cuando, la delimitación de la conducta no dependa absolutamente del criterio subjetivo del juzgador.”

5. El control constitucional preceptivo en la formación de leyes penales tiene especial relevancia. De ahí que la función de este Tribunal Constitucional radica en analizar si los preceptos normativos penales se ajustan o no al Derecho de la Constitución. Es evidente que el Poder Legislativo por virtud del “principio de reserva de ley” es el llamado a desarrollar aquella normativa que tenga ese propósito, quehacer que no le es transferible -o al menos no debiera- a ninguno de los personeros de los otros poderes por impedirlo el “principio de separación de funciones”.

6. Las personas juzgadoras, si bien desarrollan una labor de interpretación normativa, no deben desarrollar, ordinariamente, una labor de construcción normativa, pues únicamente suplen al legislador cuando existan vacíos normativos. De ahí que la certeza de la norma punitiva es relevante desde el derecho constitucional (*nullum crimen sine lege stricta o sine lege certa*). La falta de certeza, la vaguedad o indeterminación de la normativa penal, permite a las personas juzgadoras la interpretación del contenido del tipo penal de acuerdo con diversas aprehensiones, lo que se traduce en una violación del principio de tipicidad (*nullum crimen sine lege scripta*).

El párrafo segundo de la norma propuesta en el artículo 1, indica:

“ARTÍCULO 1- Objeto y definición de la ley.

(...)

Para efectos de esta ley, se entiende por acoso sexual callejero: toda conducta o conductas con connotación sexual y con carácter unidireccional, sin que medie el consentimiento ni la aceptación de la persona o las 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”.

La definición conceptual propuesta para el “acoso sexual callejero”, como ya se indicó, tiene especial relevancia para la interpretación del tipo penal que se propone en el artículo 6 del proyecto de ley, el cual pretende adicionar el artículo 388 bis del Código Penal.

En el artículo primero se aprecia una redacción que tiende a confundir en dos aspectos, en primer lugar, la utilización de “connotación sexual” como caracterización de la conducta socialmente reprochable y, en segundo lugar la utilización de la frase, “con potencial de causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa” a esto último se le aprecia como la intención de la conducta.

La utilización de conceptos indeterminados o elásticos pueden ser necesarios en la construcción normativa y con frecuencia son recursos utilizados por quienes redactan la ley, pero este tipo de recursos no debe conducir a tal grado de generalidad, como para incluir otras conductas ajenas a las que se pretenden sancionar, ni tampoco al grado de restricción que imposibilite la aplicación de la norma, desprotegiendo el bien jurídico tutelado, en este caso las víctimas de acoso callejero.

7. En el supuesto analizado, el término de “connotación sexual” es utilizado como una característica exigida a la conducta objeto de sanción. Así, el precepto no parece indeterminado, pues como se consigna dicho concepto es socialmente comprendido y entendido. Sin embargo, existe una discrepancia entre el concepto dado en el artículo primero y la conducta tipificada en el artículo sexto.

Veamos que cuando se propone el tipo penal en el artículo sexto se indica:

“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, profiera, dirija o ejecute, con connotación sexual, palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes hacia otra persona, sin su consentimiento”.

Esta norma restringe la conducta sancionada a quien (sujeto activo), en un espacio público, de acceso público o en un medio de

transporte remunerado de personas (circunstancias), profiera, dirija o ejecute, con connotación sexual, palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes (acción o conducta) hacia otra persona (sujeto pasivo). Si analizamos cada uno de los elementos y comparamos las disposiciones normativas propuestas, notamos que el artículo sexto carece de la *intención*, elemento circunstancial que se contempló en el concepto indicado en el artículo primero (con potencial de causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa), es decir, no se necesita que exista una intención implícita en la conducta que se pretende sancionar, pero sí es necesario para la configuración del tipo penal la connotación sexual de palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes. De otra parte, en el artículo primero se extraña una adecuada conceptualización de la conducta que se pretende sancionar, este artículo no define claramente cuál es la conducta reprochable, y en el artículo sexto se indica que la conducta es proferir, dirigir o ejecutar, palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes con connotación sexual.

El problema evidenciado es cómo se definen las palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes de connotación sexual. La conceptualización debería indicar si la connotación sexual incluye, por ejemplo, las palabras, gestos u otras conductas de contenido erótico, libidinoso u obsceno. Sin embargo, se definió la conducta con el mismo término, lo cual no aporta elementos adicionales para una interpretación unívoca del concepto.

Existen palabras que aún sin contenido sexual, implícito o explícito, podrían configurar algún supuesto de acoso callejero, al menos en los supuestos del concepto indicado en el artículo primero, pues estas podrían tender a causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa. Además, es poco probable que se pueda determinar con facilidad la connotación sexual de un silbido, si es que esto puede existir. Aún así, estos elementos son necesarios en la construcción de un tipo penal como el que se propone.

8. Según lo indicó la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de la No. 570-F-93 de las 09:40 hrs. del 22 de octubre de 1993:

“En un sistema democrático como el nuestro la creación, derogatoria y reforma del tipo legal corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, y así lo establece el artículo 39 de la Constitución Política, como una garantía ciudadana de que nadie podrá ser penado por acciones no previstas como delito. Bajo este concepto, el ideal es contar con un catálogo de tipos penales cerrados, esto es que definen plenaria y herméticamente una acción como delito. Debido a una interpretación extrema del concepto de tipo cerrado y a la diversidad de relaciones intersubjetivas que surgen cada día, muchas acciones lesivas de los bienes jurídicos de mayor importancia social quedarían fuera de la protección penal. Por ello se conciben los denominados tipos abiertos que no individualizan totalmente la conducta punible, pero dan los elementos descriptivos y normativos para que los tribunales -a través de la hermenéutica- determinen si la conducta bajo su conocimiento tiene identidad con la previsión legal; y los tipos penales en blanco, que al igual que los abiertos no determinan totalmente la acción penal, pero brindan los elementos necesarios para individualizarla, concretamente remitiendo a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Extremar la creación de tipos abiertos al punto de generalizar de tal modo que sea posible encuadrar cualquier conducta en la prohibición penal, sería violatorio del principio de legalidad; pero la enunciación general de la conducta prohibida dando las pautas o reglas» para que el juez individualice la conducta en cada caso concreto, no atenta contra el principio *nullum crimen sine lege*. (Sobre el particular *v. ZAFFARONI*, Eugenio Raúl: Manual de derecho penal. Parte general.», EDIAR, Buenos Aires, 1978, pp. 374-375.)”

Por lo expuesto, debe definirse adecuadamente el elemento normativo del tipo penal de manera inequívoca. Lo anterior permite a las personas conocer, cuáles conductas son reprochables en una sociedad y por ende objeto de sanción penal; y faculta a los operadores aplicar de manera adecuada la normativa penal, así evitar resoluciones distintas frente a supuestos fácticos idénticos.

En los términos planteados en el proyecto de ley, el tipo penal propuesto no es claro, lo cual contraviene lo dispuesto en los artículos 11, 28, párrafo 2º, y 39 constitucionales.

9. En este mismo sentido, esta Sala ha indicado que el legislador tiene la obligación de describir con claridad la conducta que prohíbe. El artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que es presupuesto esencial para tener como legítima la actividad represiva del Estado y a su vez determina que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. El objeto de este principio es proporcionar seguridad a los individuos en el sentido de que solo podrán ser requeridos y eventualmente condenados por conductas que están debidamente tipificadas en el ordenamiento jurídico (En este sentido, véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 6660-93 de las 09:33 hrs. de 17 de diciembre de 1993).

Además, en relación con las características de los tipos penales se indicó en la decisión N° 2950-94 de las 8:57 horas del 17 de junio de 1994 que:

“...la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tienen una estructura básica conformada con sujeto activo y verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos muy amplios o con una gran capacidad de absorción lo que puede presentar problemas de comprensión de la norma pero no roces con las exigencias de la tipicidad como garantía. Debe tenerse en cuenta que este Tribunal se pronunció además, sobre la constitucionalidad de las normas que requieren de otra norma para su complemento y que la doctrina denomina “norma penal en blanco” (ver sentencia número 1876-90 de las 16:00 hrs. de 19 de diciembre de 1990). Lo que no ha admitido la Sala es la utilización de los denominados “tipos penales abiertos” que la doctrina más autorizada del derecho penal define como aquellos en los que la materia de prohibición no se encuentra establecida por el legislador y la misma es dejada a la determinación judicial. Estos tipos -ha dicho la Sala- en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad de los delitos (ver fallo número 0490-94 de las 16:15 hrs. de 25 de enero de 1994)”.

Cuando una norma penal se redacta en términos ambiguos, es el juez y no el legislador quien al final de cuentas define la conducta penalmente reprimida. La traslación de esa competencia presenta varios y serios inconvenientes, bajo la óptica del Derecho de la Constitución. En primer término, si es el juez quien dice cuáles conductas están prohibidas y seguidas por una sanción, de ello se

tendrá noticia con la emisión del acto jurisdiccional prototípico: la sentencia. Es decir, temporalmente habría una anteposición de la conducta a su categorización como penalmente sancionable con evidente contravención del principio de legalidad criminal y su postulado de *lex previa*. En segundo lugar, no tendrían los miembros de la comunidad la seguridad de cuáles son los comportamientos que les pueden acarrear responsabilidad penal, en detrimento del enunciado de *lex certa*. Por último, es característico de los regímenes democráticos el respeto escrupuloso del principio de reserva de ley en varias materias, entre las cuales destaca la penal, entendiendo que el órgano parlamentario, como destinatario inmediato de la potestad legislativa propia del pueblo, es el único legitimado para decretar las intromisiones más severas del poder público en la esfera individual. Es por ello que las penas, el régimen de los derechos fundamentales, los impuestos, entre otros ámbitos materiales, se confían al legislador, quien, por demás, no puede renunciar al mandato popular que se le ha conferido (En este sentido, véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 2008-013852 de las 14:39 hrs. del 17 de septiembre de 2008).

10. En conclusión, en los términos expuestos la normativa propuesta no podrá alcanzar los fines u objetivos propuestos dada la indeterminación normativa, elemento necesario y mandatorio en la construcción de tipos penales. Por lo anterior, resulta oportuno y conveniente la indicada delimitación conceptual y normativa, de manera que la ley que se pretende sea acorde con el Derecho de la Constitución y con ello se proteja adecuadamente el bien jurídico tutelado y se adopten las medidas necesarias para garantizar la dignidad e integridad de las personas víctimas de violencia referente a todo acto de acoso sexual callejero.

... **Ver menos**

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: 2. PRINCIPIOS CON JURISPRUDENCIA

Tema: Tipicidad

Subtemas:

- NO APLICA.

V.- SOBRE LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y LEGALIDAD PENAL. La jurisprudencia de la Sala es amplia y reiterada en señalar el contenido del principio de tipicidad, y con él, del así llamado principio de legalidad penal, los cuales son una manifestación y derivación del principio de seguridad jurídica, en la medida que para el adecuado ejercicio de la actividad punitiva del Estado en resguardo de bienes jurídicos concretos, las conductas perseguibles deben estar claramente señaladas bajo enunciados precisos que eviten todo margen de interpretación subjetiva. Se trata de que la norma penal establezca de manera clara la conducta que se estima contraria al ordenamiento, y defina, también de manera clara y precisa, la consecuencia por la realización de esa conducta. La tipicidad así entendida, evita que existan los denominados «tipos penales abiertos», que son aquellos donde lejos de encontrar una precisa definición de la conducta, la misma queda liberada al arbitrio del intérprete y, más aún, de la sociedad; se trata de conceptos indeterminados y poco determinables, por lo que ante su existencia, se vulnera ciertamente el llamado principio de tipicidad, y consiguientemente la seguridad jurídica. De ahí que se exija del legislador, una definición pulcra, certera y concreta del «tipo penal», tanto para que la sociedad en general conozca e identifique la conducta regulada, como para que la persona juzgadora conozca los parámetros de su actuación en el ejercicio de la actividad penal.

... **Ver menos**

Texto de la Resolución

Revisión del Documento

200102990007CO

Exp: 20-010299-0007-CO

Res. N° 2020012662

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas treinta minutos del siete de julio de dos mil veinte .

Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad interpuesta por los diputados Xiomara Rodríguez, Mileidy Alvarado Arias, Giovanni Gómez, Otto Vargas, David Gourzong, Luis Antonio Aiza Campos, Melvin Núñez, Paola Valladares Rosado, Óscar Cascante, Jorge Fonseca, Carlos Avendaño y Floria Segreda Sagot, respecto del proyecto de “Ley de acoso sexual callejero”, que se tramita bajo el expediente legislativo número 20.299.

Resultando

1.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala el 10 de junio de 2020, las Diputadas y los Diputados firmantes presentan Consulta Legislativa Facultativa de Constitucionalidad respecto del proyecto de “Ley de acoso sexual callejero”, que se tramita bajo el expediente legislativo número 20.299, aduciendo un motivo de consulta por razones de fondo, estimando que de aprobarse dicho proyecto de ley, se violentaría los principios de tipicidad y legalidad penal. Señalan que el artículo 1 del proyecto es el que define la figura del denominado «acoso sexual callejero», mientras que el artículo 6 del mismo proyecto de ley, que es el que pretende adicionar el artículo 388 bis al Código Penal, también tipifica el delito de acoso sexual, configurándolo como el acto de

proferir, dirigir o ejecutar ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes. Afirman que ambas definiciones están plagadas de conceptos jurídicamente indeterminados que impiden su precisión y clara determinación como parte de un hecho punible, y citan jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sobre la necesidad de ese tipo de precisión. Destacan el vocablo «connotación» que se utiliza en ambos artículos del proyecto de ley, y refieren que según la Real Academia de la Lengua Española, dicha palabra implica un significado remoto, muy distinto al nivel de concreción que debe caracterizar una norma penal. Agregan que “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”. Señalan que la misma situación se presenta 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”, tanto así que estiman que en casos de aglomeraciones, sería casi imposible determinar la procedencia de tales actos, y a pesar de ello, proceder a un juicio sin conocer el motivo o significado de lo realizado. Así, aducen que la redacción del proyecto de ley podría estar violentando los principios constitucionales citados.

2.- Por oficio de la Presidencia de esta Sala, número PSC-PSC-0086-2020, de 11 de junio de 2020, se comunica al señor Presidente de la Asamblea Legislativa de la presentación de esta Consulta Legislativa Facultativa de Constitucionalidad.

3.- Mediante resolución de la Presidencia de esta Sala, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del 11 de junio de 2020, se admite esta Consulta Legislativa Facultativa de Constitucionalidad, y se solicita al Directorio de la Asamblea Legislativa la remisión del expediente legislativo número 20.299.

4.- Por escrito agregado al expediente el 12 de junio de 2020, el señor Diputado Óscar Cascante Cascante, retira su firma de la consulta legislativa sobre el expediente legislativo número 20.299.

5.- Por oficio recibido en la Secretaría de la Sala el 16 de junio de 2020, el Presidente de la Asamblea Legislativa remite copia certificada del expediente legislativo número 20.299. En consecuencia, el plazo para evacuar la consulta vence el 16 de julio de 2020.

6.- Mediante resolución de la Presidencia de esta Sala, de las catorce horas cuarenta y seis minutos de 16 de junio de 2020, se tiene por recibida la copia certificada del expediente legislativo número 20.299 y se turna esta consulta para su debido conocimiento.

7.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el 18 de junio de 2020, los Diputados Nielsen Pérez, Carolina Hidalgo, Catalina Montero, Paola Vega, Laura Guido, Patricia Villegas, Shirley Díaz, María Inés Solís, Karine Niño, Ana Lucía Delgado, Yorleny León, María José Corrales, Franggi Nicolás, Silvia Hernández, María Vita Monge, Nidia Céspedes, Marulín Azofeifa, Enrique Sánchez, Víctor Morales, Mario Castillo, José María Villalta y Roberto Thompson, refieren los antecedentes del proyecto de ley consultado, y exponen que el tema del acoso sexual callejero es un problema de derechos humanos que debe ser regulado por el Estado en cumplimiento de la Convención de Belem do Pará, de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Refieren datos estadísticos sobre el acoso sexual callejero, y afirman que el proyecto cumple con los precedentes de la Sala en cuanto al contenido del principio de tipicidad, asegurando que el concepto «connotación sexual» no es un concepto jurídico indeterminado ni que dependa del criterio subjetivo de la persona juzgadora. Señalan que ese concepto se encuentra precisado por la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, y que incluso se encuentra ya definido en el Diccionario de la Real Academia Española. Agregan que se trata de utilizar lenguaje común en un texto normativo penal, lo cual no es anormal ni infrecuente, pues lo que se pretende es la correcta aplicación del Derecho Penal por parte del juzgador, quien en cada caso concreto y con las respectivas pruebas, puede determinar si la conducta acusada se adecua al tipo penal. Solicitan declarar sin lugar las objeciones de constitucionalidad planteadas por los diputados consultantes

8.- En los procedimientos se han observado las disposiciones de ley.

Redacta el Magistrado **Araya García**; y,

Considerando

I.- Sobre el planteamiento de la Consulta Legislativa de Constitucionalidad. La opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos puede ser requerida de manera preceptiva -inciso a) del artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional- o facultativa -incisos b), c) y ch) de la misma norma -. En este último caso se tienen tres supuestos: en el primero, es el mismo órgano parlamentario quien la realiza -cuando se presente por no menos de diez diputados-; en el segundo, se trata de la consulta de proyectos de ley referidos a la competencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, consulta que debe ser presentada por éstos mismos órganos; y, en el tercero, la consulta la puede presentar el Defensor de los Habitantes cuando considere que se infringen derechos o libertades fundamentales. De igual manera, señala el artículo 98 de la ley de esta jurisdicción, que en el caso de proyectos de ley distintos de las reformas constitucionales, la Consulta Legislativa deberá interponerse después que el proyecto haya sido aprobado en primer debate y antes de recibir la aprobación definitiva en segundo debate; esta previsión como requisito de admisibilidad de la Consulta Legislativa, encuentra asidero porque es luego del primer debate que logra tenerse mayor certeza sobre las probabilidades de aprobación del texto sometido a consulta -véase, entre otras, sentencias de esta Sala números 193-90 y 2017-11714-.

II.- Sobre la admisibilidad de la Consulta Legislativa que ahora se conoce. El caso bajo estudio es una consulta legislativa facultativa de constitucionalidad. De conformidad con lo indicado en el considerando anterior, y según lo dispuesto en el inciso b) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, este tipo de consulta debe ser planteada por diez diputados(as) o más, una vez que el proyecto ha sido aprobado en primer debate. En este caso, 12 legisladores suscribieron la consulta, de manera que este requisito de admisibilidad se tiene por cumplido, aún y cuando con posterioridad a su presentación, uno de los firmantes originales retiró su adhesión a la consulta formulada. Asimismo, el proyecto de ley que se tramita bajo el expediente legislativo No. 20.299 fue aprobado en primer debate por el Pleno de la Asamblea Legislativa, en la sesión plenaria extraordinaria número 14, de 9 de junio de 2020, por 49 votos a favor y ninguno en contra -ver folio 3.558 del tomo XIII del expediente legislativo-. De esta manera, al encontrarse debidamente fundamentada y cumplidos los requisitos de admisibilidad señalados, la Sala entra a conocer la consulta planteada.

Por su parte, es importante señalar, que tratándose de las consultas legislativas facultativas de constitucionalidad –como la que ahora se conoce-, y de conformidad con la aplicación e integración de lo estatuido en los artículos 99 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta Sala ha señalado que su conocimiento se circunscribe únicamente a los argumentos concretos planteados por los diputados consultantes en su escrito de interposición, y no a otros que pudieran derivarse pero que no hayan sido así planteados. En efecto, mediante sentencia número 2001-11643 –reiterada, entre otras, en sentencia número 2012-9253 y 201711714-, señaló la Sala:

“Ha de recordarse también que la misma ley dispone en su artículo 101 que la Sala evacuará la consulta dictaminando "sobre los aspectos y motivos consultados o sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista constitucional", **pero el tribunal interpreta que "los aspectos y motivos consultados" son los que, de acuerdo con el artículo 99, cuestionan u objetan el proyecto, o fundamentan la duda que pudieran tener los legisladores acerca de éste.** Dado, pues, que la consulta se aparta de lo legalmente establecido, no es de recibo; **si el tribunal, no obstante, la admitiera y absolviera, se colocaría en situación que está fuera de los alcances de sus atribuciones.**” –énfasis añadido-

Este criterio fue reiterado y consolidado por la jurisprudencia de la Sala, al determinar, en la ya citada sentencia número 2012-9253 que:

“[E]sto es así por cuanto «tratándose de consultas legislativas de tipo facultativo, **«la competencia de la Sala Constitucional tiene origen en las dudas o reparos de constitucionalidad que formulen los legisladores»** -sentencia 2001-12459-, de forma que si tales argumentos no existen como tal, o bien, cuando los propios diputados consultantes manifiesten carecer de dudas sobre la constitucionalidad de las normas o proyectos consultados, **resultaría impropio para la Sala emitir criterio alguno, pues se estaría en supuestos que trascienden las competencias de la Sala en materia de consultas legislativas de constitucionalidad** -sentencia 2002-3460-.” –el destacado no es del original-

En este sentido, es necesario indicar que esta Sala se avocará a estudiar únicamente los alegatos planteados en forma puntual por los consultantes y no otras cuestiones generales de constitucionalidad del proyecto de ley en alusión, de conformidad con lo regulado en el artículo 99 de la ley que rige esta jurisdicción, por lo que se omite todo pronunciamiento sobre vicios de procedimiento y de fondo no alegados en tiempo por los(as) diputados(as) consultantes.

III.- Objeto de la consulta. Las y los diputados consultantes plantean un concreto motivo de consulta sobre las definiciones contenidas en el segundo párrafo del artículo 1 del proyecto de ley, y la adición que el artículo 6 del mismo proyecto pretende introducir como el artículo 388 bis del Código Penal, aduciendo que las mismas resultan contrarias a los principios de tipicidad y legalidad penal, al estimar que los conceptos allí considerados, distan de ser precisos y concretos, y como tales, quedan abiertos a la interpretación de quien llaman como «operador jurídico».

El artículo 1, del cual se consulta su segundo párrafo, señala:

“ARTÍCULO 1- Objetivo y definición de la ley

La presente ley tiene como objetivo garantizar el igual derecho, a todas las personas, de transitar o permanecer libres de acoso sexual en espacios públicos, en espacios privados de acceso público y en medios de transporte remunerado de personas, ya sean públicos o privados, estableciendo medidas para prevenir y sancionar esta expresión de violencia y discriminación sexual que atentan contra la dignidad y seguridad de las personas.

Para efectos de esta ley, se entiende por acoso sexual callejero: toda conducta o conductas con connotación sexual y con carácter unidireccional, sin que medie el consentimiento ni la aceptación de la persona o las 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.”

Por su parte, la formulación normativa del artículo 6 del proyecto de ley, dispone:

“ARTÍCULO 6- Se adiciona el artículo 388 bis a la sección I del libro III, De Las Contravenciones, de la Ley 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970. El texto es el siguiente:

?...?

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, profiera, dirija o ejecute, 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 son cometidas por dos o más personas, o mediante el uso de medios electrónicos de comunicación.”

Las y los legisladores consultantes, plantean su consulta de constitucionalidad en torno a la presunta ambigüedad de la frase *connotación sexual*, a partir de la cual se deriva el tipo penal que se describe en ambas normas, así como a otros vocablos relacionados con ambas definiciones, como lo serían, en su criterio, las palabras *ruidos*, *silbidos*, *jadeos*, *gemidos*, *gestos* o

ademanes. Así, refieren que la frase *connotación sexual* carece de concreción conceptual, mientras que los términos *humillación, inseguridad y miedo*, no remiten a hechos objetivos «sino al mundo de los sentimientos». Es decir, que se trata de ruidos, silbidos y demás, con connotación sexual y que causa miedo, humillación e inseguridad, sin que en momento alguno, en su criterio, ninguno de esos conceptos logre concretarse ni definirse con exactitud, y de ahí la presunta vulneración a los principios de tipicidad y legalidad penal.

IV.- Breves consideraciones sobre la tramitación general del proyecto de ley y su relevancia normativa. El proyecto de ley que se tramita bajo el número de expediente 20.299, denominado “Ley contra el acoso sexual callejero”, se presentó a la corriente legislativa el 8 de marzo de 2017, y se publicó en el Alcance número 145 al Diario Oficial La Gaceta, número 14, de 16 de junio del mismo año 2017. El 20 de junio siguiente inició su trámite en la Comisión Permanente Especial de la Mujer, y fue consultado al Instituto Nacional de las Mujeres, el Ministerio de Justicia, Gracias y Paz, el Patronato Nacional de la Infancia, el Ministerio Público, la Defensa Pública, la Corte Suprema de Justicia, entre otros. Evacuadas dichas consultas y realizadas audiencias con representantes del Instituto Nacional de las Mujeres, la Escuela Judicial, el Ministerio de Seguridad Pública, la Fiscalía General de la República y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el 11 de noviembre de 2019, la Comisión Permanente Especial de la Mujer, aprobó un texto sustitutivo, y rindió su Dictamen Afirmativo Unánime. Este Dictamen fue conocido por el plenario de la Asamblea Legislativa, y, finalmente, en sesión plenaria extraordinaria número 14, de 9 de junio de 2020, se aprobó en primer debate por 49 votos a favor y ninguno en contra.

El proyecto de ley pretende regular lo concerniente al tema de la violencia sexual desde su perspectiva de acoso callejero, en la medida que estima que dicho fenómeno es una práctica cultural, cotidiana y sistemática, y lesiona los derechos a la libertad de tránsito, la integridad personal, la imagen y la seguridad personal, y, por supuesto, la dignidad humana, toda vez que obliga a quienes lo sufren, a modificar sus rutas y horarios habituales, su manera de vestir, cambiar el medio de transporte, y, en ocasiones, hasta adoptar medidas que implican el abandono de estudios o actividades habituales.

Se parte de la premisa que existe un vacío legal en materia de prevención y sanción del acoso sexual callejero, lo que afecta notoriamente a las víctimas de dicha forma de violencia, por lo que resulta imperativo adoptar mecanismos legales que prevengan y brinden garantía a las víctimas. Así, tal como lo refiere la Comisión Permanente Especial de la Mujer, se trata de «garantizar el igual derecho a todas las personas de transitar o permanecer libres de acoso sexual en espacios públicos, en espacios privados de acceso público y en medios de transporte remunerado de personas, ya sean público o privados, estableciendo medidas para prevenir y sancionar esta expresión de violencia y discriminación sexual que atentan contra la dignidad y la seguridad de las personas».

Bajo estas consideraciones, es criterio de la Sala que el abordaje de esta problemática resulta de particular interés en el contexto de un Estado Democrático y Social de Derecho, en el que debe garantizarse el pleno respeto de los derechos humanos bajo égidas de igualdad y equidad para todas las personas. En este sentido, dada la existencia de concluyentes estudios de carácter sustantivo y estadístico sobre la presencia social de este fenómeno, y la afectación que el mismo produce en un ámbito generalizado de la sociedad, al punto que ha suscitado el interés del legislador para la definición de situaciones jurídicas donde la intervención del Estado resulte plausible, ciertamente reviste de particular interés la intervención del Derecho, y con él del legislador, para propender hacia una mejor convivencia social en un marco de respeto a la dignidad humana. En palabras de la Procuraduría General de la República:

“El acoso sexual callejero es un tema que necesita ser abordado y eliminado de nuestra sociedad, debido a que ha ido cercenando de manera vil el derecho a la autodeterminación y libre circulación de los individuos -hombres y mujeres- y el desenvolvimiento de los mismos con su entorno, que repercute en cambios de sus patrones de vida para evitar ser objeto de estas conductas ~modificaciones de vestimenta, rutas de tráfico, etc.-, porque los acosadores aprovechan las actitudes y/o preferencias de la víctima. para realizar actos lascivos y/o ofensivos no consentidos. A su vez, la falla de respuesta del aparato estatal ante este tipo de conductas, puede permitir una escalada a delitos de mayor gravedad como abusos sexuales o hasta violaciones, de ahí la importancia de sancionar estos comportamientos.” (sic) -ver pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, número OJ-162-2019-.

De tal manera, la Sala reconoce la importancia e interés social de este tema, y de conformidad con el Derecho de la Constitución, se analiza esta consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, de conformidad con las siguientes consideraciones.

V.- Sobre los principios de tipicidad y legalidad penal. La jurisprudencia de la Sala es amplia y reiterada en señalar el contenido del principio de tipicidad, y con él, del así llamado principio de legalidad penal, los cuales son una manifestación y derivación del principio de seguridad jurídica, en la medida que para el adecuado ejercicio de la actividad punitiva del Estado en resguardo de bienes jurídicos concretos, las conductas perseguibles deben estar claramente señaladas bajo enunciados precisos que eviten todo margen de interpretación subjetiva. Se trata de que la norma penal establezca de manera clara la conducta que se estima contraria al ordenamiento, y defina, también de manera clara y precisa, la consecuencia por la realización de esa conducta. La tipicidad así entendida, evita que existan los denominados «tipos penales abiertos», que son aquellos donde lejos de encontrar una precisa definición de la conducta, la misma queda liberada al arbitrio del intérprete y, más aún, de la sociedad; se trata de conceptos indeterminados y poco determinables, por lo que ante su existencia, se vulnera ciertamente el llamado principio de tipicidad, y consiguientemente la seguridad jurídica. De ahí que se exija del legislador, una definición pulcra, certera y concreta del «tipo penal», tanto para que la sociedad en general conozca e identifique la conducta regulada, como para que la persona juzgadora conozca los parámetros de su actuación en el ejercicio de la actividad penal.

Bajo estas consideraciones, en sentencia número 2008-16098, señaló la Sala que:

“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 exigencias 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 deben 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 éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido (...) **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" (sentencia #1877-90 de las 16:02 horas del 19 de diciembre de 1990. Vid. en similar sentido los pronunciamientos #6660-93 de las 9:33 horas del 17 de diciembre de 1993 y #6962-94 de las 14:48 horas del 24 de noviembre de 1994)

Además, en relación con las características de los tipos penales se indicó en la decisión #2950-94 de las 8:57 horas del 17 de junio de 1994 que:

"...la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tienen una estructura básica conformada con sujeto activo y verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos muy amplios o con una gran capacidad de absorción lo que puede presentar problemas de comprensión de la norma pero no roces con las exigencias de la tipicidad como garantía. Debe tenerse en cuenta que este Tribunal se pronunció además, sobre la constitucionalidad de las normas que requieren de otra norma para su complemento y que la doctrina denomina "norma penal en blanco" (ver sentencia número 1876-90 de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa). Lo que no ha admitido la Sala es la utilización de los denominados "tipos penales abiertos" que la doctrina más autoriza del derecho penal define como aquellos en los que la materia de prohibición no se encuentra establecida por el legislador y la misma es dejada a la determinación judicial. Estos tipos -ha dicho la Sala- en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad de los delitos (ver fallo número 0490-94 de las dieciséis horas quince minutos del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro)".

Cuando una norma penal se redacta en términos ambiguos, es el juez y no el legislador quien al final de cuentas define la conducta penalmente reprimida. La traslación de esa competencia presenta varios y serios inconvenientes, bajo la óptica del Derecho de la Constitución. En primer término, si es el juez quien dice cuáles conductas están prohibidas y seguidas por una sanción, de ello se tendrá noticia con la emisión del acto jurisdiccional prototípico: la sentencia. Es decir, temporalmente habría una anteposición de la conducta a su categorización como penalmente sancionable con evidente contravención del principio de legalidad criminal y su postulado de lex previa. Asimismo, no tendrían los miembros de la comunidad la seguridad de cuáles son los comportamientos que les pueden acarrear responsabilidad penal, en detrimento del enunciado de lex certa. Por último, es característico de los regímenes democráticos el respeto escrupuloso del principio de reserva de ley en varias materias, entre las cuales destaca la penal, entendiéndose que el órgano parlamentario, como destinatario inmediato de la potestad legislativa propia del pueblo, es el único legitimado para decretar las intromisiones más severas del poder público en la esfera individual. Es por ello que las penas, el régimen de los derechos fundamentales, los impuestos, entre otros ámbitos materiales, se confían al legislador, quien, por demás, no puede renunciar al mandato popular que se le ha conferido." -énfasis agregado-

VI.- Sobre la tipicidad penal en las normas consultadas del proyecto de "Ley contra el acoso sexual callejero". En el caso del proyecto de "Ley contra el acoso sexual callejero", se consulta de manera directa sobre la inconformidad que con los principios de tipicidad y legalidad penal representa la utilización de la frase «*connotación sexual*», utilizada en el segundo párrafo del artículo 1 del proyecto de ley, y en la incorporación al Código Penal del artículo 388 bis, que contempla el artículo 6 del mismo proyecto de ley, frase que según se ha señalado, los diputados consultantes estiman como un tipo penal abierto al carecer de una definición precisa de lo que realmente significa.

El principio de tipicidad penal, según lo señalado en el anterior considerando, evita aquellos ámbitos o márgenes ambiguos o ambivalentes de conductas poco claras e imprecisas. Esa tipicidad penal se logra, preferentemente, desde la propia configuración canónica de la norma, es decir, desde su redacción, en la cual se señala la conducta concreta que se define como ilícita, y también de manera concreta se define la consecuencia por la comisión de aquella conducta. Esa definición se obtiene partiendo de la utilización de conceptos o vocablos relativamente unívocos, que dan seguridad a la sociedad y al llamado «operador del derecho» sobre la conducta y la consecuencia. No obstante, en ese proceso de búsqueda y utilización de la univocidad, debe tenerse presente que existen conceptos que desde el punto de vista canónico -normativo- pudiera entenderse como relativamente limitados en cuanto a su concreción, lo cierto es que su significado y contenido goza de una aceptación y comprensión social innegable, por lo que sin mayor dificultad se logra su entendimiento por parte de la población meta -sociedad y «operadores jurídicos»- y de ahí que se tenga esa noción clara de las conductas que se quiere calificar como ilícitas y lo que se quiere evitar.

Sobre el particular, resulta ilustrativa y plenamente aplicable al caso, la reciente definición contenida en la sentencia 2020-10160, al señalar que:

"[E]l estudio del uso de preceptos legales genéricos dentro de la estructura del tipo penal, su conformidad constitucional obedece, a que, dichas normas, que describen acciones que implican amplios escenarios de cobertura, de cierta forma, **son claramente reconocidos y de comprensión sencilla para el administrado;** es decir, **son normas que la sociedad reconoce, comprende y legitima, mediante la labor legislativa** (principio de representación). Ante dichas normas, **la labor del juez se limita, a realizar el ejercicio de tipicidad del hecho acusado, partiendo del "encuadre" de la acción dentro del precepto**

genérico, cuando la conducta es ampliamente, y claramente reconocida por la sociedad, como una de las acepciones o especies del concepto genérico.

En cambio, 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 pretende 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.” -el destacado no es del original-

De tal manera, pueden existir preceptos que aún pudiendo ser genéricos, distan de configurar un tipo penal abierto o en blanco, por dos razones concretas. La primera, porque se trata de conceptos cuyo contenido resulta socialmente conocido y aceptado, pues es la experiencia la que señala ese contenido. La segunda, porque es en la aplicación jurisdiccional donde queda plenamente precisado el concepto, a partir de la determinación y valoración que del material probatorio realice la persona juzgadora.

Este es propiamente el caso de la consulta que ahora se conoce respecto de la frase «connotación sexual», y por cuya utilización, los diputados consultantes estiman que existe una inconformidad constitucional en el segundo párrafo del artículo 1 del proyecto de ley, y en la reforma del artículo 388 bis que introduce el artículo 6 del mismo proyecto.

Sin embargo, de la lectura del párrafo segundo del artículo 1 del proyecto, se advierte claramente que el mismo dista de ser un tipo penal en sí mismo. El propio epígrafe de la norma señala que dicho artículo se refiere al «Objeto y definición de la ley», y propiamente a eso se refiere el párrafo segundo cuestionado, el cual lo que contiene es la definición de «acoso sexual callejero», y a continuación cita una serie de conductas que se realicen con «connotación sexual», y que causen malestar, humillación, ofensa y otros en la persona a quien van dirigidas. De tal forma, resulta impropio aducir que una norma contiene un tipo penal abierto y contrario al principio de tipicidad, cuando dicha norma dista en sí misma de ser un tipo penal -ver, en el mismo sentido, la ya citada sentencia 2020-10160-. Y, por otra parte, la Sala aprecia que dicha norma ciertamente contiene una definición que se origina en un concepto socialmente aceptado y conocido, como lo sería la realización de actos con «connotación sexual». En efecto, se entiende que socialmente es diferenciable una mirada, un gesto o un silbido emitido sin connotación sexual, a uno que sí tenga ese tipo de connotación, sin que sea dable que el legislador entre a un nivel de precisión tal que termine alterando ese conocimiento social que con base en la experiencia se tiene de determinado tipo de conductas, precisamente porque en la aplicación del tipo propiamente dicho, será la persona juzgadora quien culmine esa tipificación partiendo de la valoración de todo el acervo probatorio con que cuente para el conocimiento y resolución del caso concreto.

Es aquí donde se valora el artículo 6 del proyecto de ley en la medida que es consultado por los promotores de esta consulta legislativa. Tal como se ha indicado, el artículo 6 del proyecto adiciona el Código Penal al incorporar el artículo 388 bis, y, en este sentido, sí es propiamente un tipo penal que señala una conducta ilícita y una consecuencia de carácter penal. En esta norma se define la conducta ilícita partiendo de una definición similar a la del segundo párrafo del artículo 1 del proyecto de ley, en la medida que señala que la ejecución de determinados comportamientos que se realicen en espacios públicos y con «connotación sexual», serán penados con quince a treinta días multa, o bien, con veinticinco a treinta y cinco días multa si tales actos son cometidos por dos o más personas.

De conformidad con lo ya señalado, el sentido sexual de tales actos, la «connotación sexual» de los mismos, es un precepto que aún aparentando ser genérico, es socialmente comprendido y entendido. Esta aceptación social limita aquella generalidad inicial, y será ya en la aplicación de este tipo penal en concreto, a partir de la prueba de que se disponga, que será la persona juzgadora quien determine si los actos o conductas acusadas, ciertamente tuvieron o estuvieron revestidos o no de aquella «connotación sexual» que se les imputa.

Esta definición por parte de la persona juzgadora dista de ser arbitraria y subjetiva, pues en el proceso de valoración de la prueba ciertamente existen principios que deben ser observados y plenamente aplicados en el marco del proceso penal correspondiente. La jurisprudencia de la Sala es contundente en este sentido, al señalar, mediante sentencia 2008-14918, que:

“El límite de la libertad del juez para apreciar las pruebas lo constituyen **las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano**. La libre convicción se caracteriza, por la posibilidad de que el juez arribe a sus conclusiones, **valorando la prueba** con total libertad pero **respetando los principios de la recta razón, sea, las normas de la lógica, la psicología y la experiencia común**. El principio de valoración razonable de la prueba, atiende al hecho de que ésta no pueda ser valorada arbitrariamente, sino que se deben **seguir las reglas del raciocinio, así como las máximas de la experiencia**. El juzgador tiene la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a **las normas máximas de la experiencia común, que somete el criterio del juez a parámetros objetivos**, los cuales pueden ser invocados al impugnar una sentencia por valoración arbitraria o errónea. Dicho principio está previsto en el artículo 194 del Código Procesal Penal (además, se menciona en los artículos 142 párrafo 3, 361 primer párrafo y 369 inciso d). Se establece en esa norma que el tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial”. -el destacado no es del original-

De tal forma, es claro que «las normas máximas de la experiencia común» someten «el criterio del juez a parámetros objetivos», de

donde resulta que será en ese proceso intelectual de valoración del acervo probatorio, propio de la subsunción de la conducta en la norma, que deberá determinarse si, en efecto, un hecho concreto fue ejecutado con una intención o connotación sexual.

Asimismo, el precedente de reciente cita, nos muestra cómo ese proceso de subsunción está regido por «*las normas de la lógica, la psicología y la experiencia común*», y debe respetarse en ese proceso «*las reglas del raciocinio, así como las máximas de la experiencia*». Es por tal razón, que resulte válido acudir a preceptos en apariencia genéricos, pero que resultan acotados y delimitados por la aceptación social que brinda la experiencia, más aún si la definición final debe surgir de la valoración concreta que realice la persona juzgadora en una causa penal y bajo el estricto respecto al contenido de los principios del debido proceso y de valoración razonable de la prueba. En todo caso, es importante señalar, que si aquellos preceptos que se estima como genéricos, no se encontraren respaldados, o carecieren del entendimiento y comprensión social sobre su contenido y significado -lo cual, según lo indicado en esta sentencia, no es el caso de las normas consultadas-, sí resultaría impropia la utilización de tales preceptos -ver sentencia 2020-10160-.

Por otra parte, es claro que el mismo criterio debe ser aplicado a los demás conceptos contenidos en la primera de las normas consultadas, cuando refiere al miedo, la humillación, la ofensa, el malestar o la inseguridad, pues si bien ya se ha indicado que dicha norma dista de ser un tipo penal propiamente dicho, la definición allí expresada podría incidir en la valoración de las conductas analizadas por el proyecto de ley. En ese sentido, debe señalarse también, que partiendo de la experiencia y la comprensión social de tales factores, la persona juzgadora será quien determine si efectivamente esas sensaciones se han producido en la presunta víctima, definición que necesariamente deberá basarse en la estricta y razonable valoración de todo el material probatorio con que se cuente, y para el cual, bien podrá acudirse a los criterios especializados que resulten pertinentes y necesarios, y así se determine en estos procesos.

VII.- A modo de conclusión. En consecuencia, debe concluirse que el párrafo segundo del artículo 1 y el artículo 6 del proyecto de ley -y con él, el artículo 388 bis que se pretende adicionar al Código Penal-, distan de ser contrarios a los principios de tipicidad y legalidad penales en los términos aducidos por los diputados consultantes. El primero, porque dista de ser propiamente un tipo penal; y el segundo, porque aún tratándose de un tipo penal, la conducta allí señalada -la cual deriva de la definición que brinda el artículo 1 del mismo proyecto- parte de la comprensión que con base en la experiencia, la sociedad tiene del concepto «connotación sexual», cuya verificación, y la de los otros elementos relacionados -miedo, ofensa, humillación, entre otros- deberá determinarse dentro del propio proceso penal y con base en la valoración que realice la persona juzgadora de todo el acervo probatorio con el que se cuente. Por tal razón, ambas normas consultadas, distan de considerar tipos penales abiertos, y por tanto, distan de ser contrarios a los principios de tipicidad y legalidad penal.

En este sentido, lo que corresponde es evacuar esta consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, señalando que en las normas consultadas no se advierten los vicios de constitucionalidad señalados por los diputados consultantes.

VIII. Nota del Magistrado Hernández Gutiérrez.-

1. Es aplaudible toda iniciativa legislativa encaminada a proteger la dignidad humana como principio rector, y a expulsar o, en su caso castigar aquellas conductas que tengan como efecto o produzcan por resultado su irrespeto, menosprecio o relativización. Ninguna persona está obligada a escuchar o ver actos o conductas que no tiene el deber jurídico de soportar. La protección penal induce a tipificar como delito los atentados a aquel principio o al menos los atentados más graves. Pero la eficaz protección que la iniciativa promueve, exige considerar algunos elementos o aspectos sin los cuales las buenas intenciones que la animan, podría no tener ninguna trascendencia o efecto útil. Es igualmente oportuno tener presente que del principio de proporcionalidad cuya base filosófica política postula una intervención del Estado en la esfera de libertad de las personas solamente en los casos estrictamente necesarios, limitada en sus efectos a lo inexcusable, se deriva otro que es igualmente basililar, como lo es el de seguridad jurídica, entendido en términos simples como el saber a qué atenerse. Sobre este primer principio, expresamente consagrado en el artículo 28, párrafo 2°, de la Constitución Política, según el cual “*Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.*”, la Sala en la clásica sentencia #1739-92 de 11.45 horas de 1 de julio de 1992, expresó:

“De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.”.

Estos principios exigen una labor escrupulosa, con la finalidad de mantener ese necesario equilibrio entre libertad y autoridad. Si la libertad se perpetúa en la sociedad, las restricciones, limitaciones o prohibiciones a la esfera de elegir las propias finalidades y a la capacidad de orientarse al logro de los propios objetivos, deben estar claramente establecidas. Es decir, las prohibiciones o mandatos negativos de no hacer (que no), deben ser tanto claros como razonables, idóneos, necesarios para alcanzar los valores presupuestos y los fines supuestos.

2. En la Consulta Legislativa Facultativa formulada se plantean vicios de fondo en la redacción de el proyecto legislativo No. 20299, denominado “Ley contra el acoso sexual callejero”. En primer lugar, las partes consultantes indicaron que existe una posible violación de los principios de tipicidad y legalidad penal. Señalan que el artículo 1 del proyecto es el que define la figura del

denominado «acoso sexual callejero», mientras que el artículo 6 del mismo proyecto de ley, que es el que pretende adicionar el artículo 388 bis al Código Penal, también tipifica el delito de acoso sexual, configurándolo como el acto de proferir, dirigir o ejecutar ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes. En segundo lugar, cuestionan la técnica legislativa empleada en la arquitectura normativa respecto a los conceptos indeterminados empleados.

3. Coincido en que el sentido normativo del párrafo segundo del artículo 1 del proyecto, dista de ser un tipo penal en sí mismo. Tal como se advierte, en el epígrafe de la norma señala, dicho artículo se refiere al «Objeto y definición de la ley», y propiamente a eso se refiere el párrafo segundo cuestionado, el cual lo que contiene es la definición de «acoso sexual callejero», y hace referencia a una serie de conductas que se realicen con «connotación sexual», y que causen malestar, humillación, ofensa y otros a las personas a quien van dirigidas.

En relación con la redacción de los artículos 1 y 6 del proyecto de mérito, se hecha de menos una redacción que permita una clara inteligibilidad del elemento normativo. Se aprecia que el artículo primero tiene la función de complemento del tipo penal que se construye en el artículo sexto para adicionar el artículo 388 bis del Código Penal, de ahí que la redacción necesita un grado de determinación que permita alcanzar los objetivos y fines propuestos en el proyecto ley.

4. En cuanto a la redacción de los tipos penales, esta Sala ha destacado que formulación deber ser clara y precisa. En ese sentido en la sentencia No. 2010-16202, señaló 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. Sobre este tema, debe decirse que esta Sala ha admitido la técnica legislativa de las normas penales en blanco, en las cuales se remite a normas del mismo rango para completar el tipo penal; también ha admitido la constitucionalidad de tipos penales con algún nivel de apertura, siempre y cuando, la delimitación de la conducta no dependa absolutamente del criterio subjetivo del juzgador.”

5. El control constitucional preceptivo en la formación de leyes penales tiene especial relevancia. De ahí que la función de este Tribunal Constitucional radica en analizar si los preceptos normativos penales se ajustan o no al Derecho de la Constitución. Es evidente que el Poder Legislativo por virtud del “principio de reserva de ley” es el llamado a desarrollar aquella normativa que tenga ese propósito, quehacer que no le es transferible -o al menos no debiera- a ninguno de los personeros de los otros poderes por impedirlo el “principio de separación de funciones”.

6. Las personas juzgadoras, si bien desarrollan una labor de interpretación normativa, no deben desarrollar, ordinariamente, una labor de construcción normativa, pues únicamente suplen al legislador cuando existan vacíos normativos. De ahí que la certeza de la norma punitiva es relevante desde el derecho constitucional (*nullum crimen sine lege stricta o sine lege certa*). La falta de certeza, la vaguedad o indeterminación de la normativa penal, permite a las personas juzgadoras la interpretación del contenido del tipo penal de acuerdo con diversas aprehensiones, lo que se traduce en una violación del principio de tipicidad (*nullum crimen sine lege scripta*).

El párrafo segundo de la norma propuesta en el artículo 1, indica:

“ARTÍCULO 1- Objetivo y definición de la ley.

(...)

Para efectos de esta ley, se entiende por acoso sexual callejero: toda conducta o conductas con connotación sexual y con carácter unidireccional, sin que medie el consentimiento ni la aceptación de la persona o las 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”.

La definición conceptual propuesta para el “acoso sexual callejero”, como ya se indicó, tiene especial relevancia para la interpretación del tipo penal que se propone en el artículo 6 del proyecto de ley, el cual pretende adicionar el artículo 388 bis del Código Penal.

En el artículo primero se aprecia una redacción que tiende a confundir en dos aspectos, en primer lugar, la utilización de “connotación sexual” como caracterización de la conducta socialmente reprochable y, en segundo lugar la utilización de la frase, “con potencial de causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa” a esto último se le aprecia como la intención de la conducta.

La utilización de conceptos indeterminados o elásticos pueden ser necesarios en la construcción normativa y con frecuencia son recursos utilizados por quienes redactan la ley, pero este tipo de recursos no debe conducir a tal grado de generalidad, como para incluir otras conductas ajenas a las que se pretenden sancionar, ni tampoco al grado de restricción que imposibilite la aplicación de la norma, desprotegiendo el bien jurídico tutelado, en este caso las víctimas de acoso callejero.

7. En el supuesto analizado, el término de “connotación sexual” es utilizado como una característica exigida a la conducta objeto de sanción. Así, el precepto no parece indeterminado, pues como se consigna dicho concepto es socialmente comprendido y entendido. Sin embargo, existe una discrepancia entre el concepto dado en el artículo primero y la conducta tipificada en el artículo

sexto.

Veamos que cuando se propone el tipo penal en el artículo sexto se indica:

“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, profiera, dirija o ejecute, con connotación sexual, palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes hacia otra persona, sin su consentimiento”.

Esta norma restringe la conducta sancionada a quien (sujeto activo), en un espacio público, de acceso público o en un medio de transporte remunerado de personas (circunstancias), profiera, dirija o ejecute, con connotación sexual, palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes (acción o conducta) hacia otra persona (sujeto pasivo). Si analizamos cada uno de los elementos y comparamos las disposiciones normativas propuestas, notamos que el artículo sexto carece de la *intención*, elemento circunstancial que se contempló en el concepto indicado en el artículo primero (con potencial de causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa), es decir, no se necesita que exista una intención implícita en la conducta que se pretende sancionar, pero sí es necesario para la configuración del tipo penal la connotación sexual de palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes. De otra parte, en el artículo primero se extraña una adecuada conceptualización de la conducta que se pretende sancionar, este artículo no define claramente cuál es la conducta reprochable, y en el artículo sexto se indica que la conducta es proferir, dirigir o ejecutar, palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes con connotación sexual.

El problema evidenciado es cómo se definen las palabras, ruidos, silbidos, jadeos, gemidos, gestos o ademanes de connotación sexual. La conceptualización debería indicar si la connotación sexual incluye, por ejemplo, las palabras, gestos u otras conductas de contenido erótico, libidinoso u obsceno. Sin embargo, se definió la conducta con el mismo término, lo cual no aporta elementos adicionales para una interpretación unívoca del concepto.

Existen palabras que aún sin contenido sexual, implícito o explícito, podrían configurar algún supuesto de acoso callejero, al menos en los supuestos del concepto indicado en el artículo primero, pues estas podrían tender a causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa. Además, es poco probable que se pueda determinar con facilidad la connotación sexual de un silbido, si es que esto puede existir. Aún así, estos elementos son necesarios en la construcción de un tipo penal como el que se propone.

8. Según lo indicó la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de la No. 570-F-93 de las 09:40 hrs. del 22 de octubre de 1993:

“En un sistema democrático como el nuestro la creación, derogatoria y reforma del tipo legal corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, y así lo establece el artículo 39 de la Constitución Política, como una garantía ciudadana de que nadie podrá ser penado por acciones no previstas como delito. Bajo este concepto, el ideal es contar con un catálogo de tipos penales cerrados, esto es que definen plenaria y herméticamente una acción como delito. Debido a una interpretación extrema del concepto de tipo cerrado y a la diversidad de relaciones intersubjetivas que surgen cada día, muchas acciones lesivas de los bienes jurídicos de mayor importancia social quedarían fuera de la protección penal. Por ello se conciben los denominados tipos abiertos que no individualizan totalmente la conducta punible, pero dan los elementos descriptivos y normativos para que los tribunales -a través de la hermenéutica- determinen si la conducta bajo su conocimiento tiene identidad con la previsión legal; y los tipos penales en blanco, que al igual que los abiertos no determinan totalmente la acción penal, pero brindan los elementos necesarios para individualizarla, concretamente remitiendo a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Extremar la creación de tipos abiertos al punto de generalizar de tal modo que sea posible encuadrar cualquier conducta en la prohibición penal, sería violatorio del principio de legalidad; pero la enunciación general de la conducta prohibida dando las pautas o reglas» para que el juez individualice la conducta en cada caso concreto, no atenta contra el principio *nullum crimen sine lege*. (Sobre el particular v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Manual de derecho penal. Parte general.», EDIAR, Buenos Aires, 1978, pp. 374-375.)”

Por lo expuesto, debe definirse adecuadamente el elemento normativo del tipo penal de manera inequívoca. Lo anterior permite a las personas conocer, cuáles conductas son reprochables en una sociedad y por ende objeto de sanción penal; y faculta a los operadores aplicar de manera adecuada la normativa penal, así evitar resoluciones distintas frente a supuestos fácticos idénticos.

En los términos planteados en el proyecto de ley, el tipo penal propuesto no es claro, lo cual contraviene lo dispuesto en los artículos 11, 28, párrafo 2º, y 39 constitucionales.

9. En este mismo sentido, esta Sala ha indicado que el legislador tiene la obligación de describir con claridad la conducta que prohíbe. El artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que es presupuesto esencial para tener como legítima la actividad represiva del Estado y a su vez determina que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. El objeto de este principio es proporcionar seguridad a los individuos en el sentido de que solo podrán ser requeridos y eventualmente condenados por conductas que están debidamente tipificadas en el ordenamiento jurídico (En este sentido, véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 6660-93 de las 09:33 hrs. de 17 de diciembre de 1993).

Además, en relación con las características de los tipos penales se indicó en la decisión N° 2950-94 de las 8:57 horas del 17 de junio de 1994 que:

“...la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tienen una estructura básica conformada con sujeto activo y verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos muy amplios o con una gran capacidad de absorción lo que puede presentar problemas de comprensión de la norma pero no roces con las exigencias de la tipicidad como garantía. Debe tenerse en cuenta que este Tribunal se pronunció además, sobre la constitucionalidad de las normas que requieren de otra norma para su complemento y que la doctrina denomina “norma penal en blanco” (ver sentencia número 1876-90 de las 16:00 hrs. de 19 de diciembre de 1990). Lo que no ha admitido la Sala es la utilización de los denominados “tipos penales abiertos” que la doctrina más autorizada del derecho penal define como aquellos en los que la materia de prohibición no se encuentra establecida por el legislador y la misma es dejada a la determinación judicial. Estos tipos -ha dicho la Sala- en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad de los delitos (ver fallo número 0490-94 de las 16:15 hrs. de 25 de enero de 1994)”.

Cuando una norma penal se redacta en términos ambiguos, es el juez y no el legislador quien al final de cuentas define la conducta penalmente reprimida. La traslación de esa competencia presenta varios y serios inconvenientes, bajo la óptica del Derecho de la Constitución. En primer término, si es el juez quien dice cuáles conductas están prohibidas y seguidas por una sanción, de ello se tendrá noticia con la emisión del acto jurisdiccional prototípico: la sentencia. Es decir, temporalmente habría una anteposición de la conducta a su categorización como penalmente sancionable con evidente contravención del principio de legalidad criminal y su postulado de *lex previa*. En segundo lugar, no tendrían los miembros de la comunidad la seguridad de cuáles son los comportamientos que les pueden acarrear responsabilidad penal, en detrimento del enunciado de *lex certa*. Por último, es característico de los regímenes democráticos el respeto escrupuloso del principio de reserva de ley en varias materias, entre las cuales destaca la penal, entendiendo que el órgano parlamentario, como destinatario inmediato de la potestad legislativa propia del pueblo, es el único legitimado para decretar las intromisiones más severas del poder público en la esfera individual. Es por ello que las penas, el régimen de los derechos fundamentales, los impuestos, entre otros ámbitos materiales, se confían al legislador, quien, por demás, no puede renunciar al mandato popular que se le ha conferido (En este sentido, véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 2008-013852 de las 14:39 hrs. del 17 de septiembre de 2008).

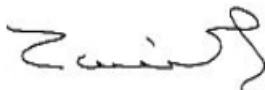
10. En conclusión, en los términos expuestos la normativa propuesta no podrá alcanzar los fines u objetivos propuestos dada la indeterminación normativa, elemento necesario y mandatorio en la construcción de tipos penales. Por lo anterior, resulta oportuno y conveniente la indicada delimitación conceptual y normativa, de manera que la ley que se pretende sea acorde con el Derecho de la Constitución y con ello se proteja adecuadamente el bien jurídico tutelado y se adopten las medidas necesarias para garantizar la dignidad e integridad de las personas víctimas de violencia referente a todo acto de acoso sexual callejero.

Por tanto

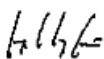
Se evacua esta consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, en el sentido de que el proyecto de “Ley de acoso sexual callejero”, expediente legislativo número 20.299, en los aspectos específicamente consultados, no resulta contrario al Derecho de la Constitución, ni a los valores y principios que lo informan. El Magistrado Hernández Gutiérrez pone nota. Comuníquese.-



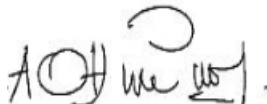
Fernando Castillo V.
Presidente



Nancy Hernández L.



Jorge Araya G.



Jose Paulino Hernández G.



Luis Fdo. Salazar A.



Anamari Garro V.



Mauricio Chacón J.

Documento Firmado Digitalmente

-- Código verificador --

7YDGNAD5IAE61

7YDGNAD5IAE61

EXPEDIENTE N° 20-010299-0007-CO

Teléfonos: 2549-1500 / 800-SALA-4TA (800-7252-482). Fax: 2295-3712 / 2549-1633. Dirección electrónica: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional. Dirección: (Sabana Sur, Calle Morenos, 100 mts.Sur de la iglesia del Perpetuo Socorro). Recepción de asuntos de grupos vulnerables: Edificio Corte Suprema de Justicia, San José, Distrito Catedral, Barrio González Lahmann, calles 19 y 21, avenidas 8 y 6

Clasificación elaborada por SALA CONSTITUCIONAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 06-01-2025 14:35:15.