DEPARTAMENTO ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST- IJU -003-2020

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

LEY CONTRA LA FACILITACIÓN DE LA DELINCUENCIA DESDE LOS CENTROS DE DETENCIÓN

EXPEDIENTE N.° 21.564

INFORME JURÍDICO

ELABORADO POR:
LILLIANA RIVERA QUESADA
ASESORA PARLAMENTARIA

SUPERVISADO POR:
LLIHANNY LINKIMER BEDOYA

JEFE DE ÁREA

REVISIÓN FINAL Y AUTORIZACIÓN

FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ
DIRECTOR

12 DE ENERO DE 2021

TABLA DE CONTENIDO

I. RESUMEN DEL PROYECTO 3

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULADO 3

Artículo 1: 3

Artículo 2: 9

III. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA 9

IV. -ASPECTO DE TRÁMITE Y PROCEDIMIENTO 9

- Votación 9
- Delegación 10
- Consultas 10
- Obligatorias: 10
- Facultativas: 10

AL-DEST-IJU-003-2020

INFORME JURÍDICO

LEY CONTRA LA FACILITACIÓN DE LA DELINCUENCIA DESDE LOS CENTROS DE DETENCIÓN

EXPEDIENTE Nº 21564

I. RESUMEN DEL PROYECTO

El presente proyecto de ley se compone de dos artículos, en los que se aborda el ingreso de utensilios de comunicación a los centros penales. En el primero de los artículos, se adiciona un nuevo artículo en el Código Penal, con el fin de sancionar el ingreso de aparatos de telefonía y telecomunicación en los centros penales; mientras que en la segunda disposición se establecen obligaciones para el Ministerio de Justicia, de configurar una base de datos para estas conductas, y de establecer un protocolo para la revisión de vehículos y personas.

Se considera que son múltiples los delitos que se cometen con el uso de estos aparatos a lo interno de los centros penitenciarios.

De conformidad con lo señalado en la exposición de motivos, pese a los controles que se ejecutan, continúa la introducción de aparatos electrónicos de telefonía y telecomunicaciones, así como sus partes, razón por la que "…*se estima necesario contar con una normativa que sancione a las personas que ingresan aparatos electrónicos de telefonía y telecomunicaciones, así como partes de estos, que permitan ensamblar y operar teléfonos celulares en los centros penitenciarios*.

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULADO

Artículo 1:

En esta norma se propone la inclusión de un nuevo artículo 337 en el Código Penal, para crear un nuevo delito denominado "*Introducción de aparatos de telefonía y telecomunicaciones en los centros de detención*".

Una primera observación sobre la propuesta, es la ubicación de la nueva disposición. El artículo 337 está ubicado en el Título XIV del Libro II del Código Penal, en el que se ubican los Delitos contra la Administración de la Justicia, y concretamente en la Sección IV denominada Evasión y Quebrantamiento de Pena.

Debemos recordar que la distribución de los delitos en el Código Penal, sigue el criterio de afectación al bien jurídico, de manera que los tipos penales se agrupan según sea el bien jurídico que protegen.

Así las cosas, no se observa ninguna relación entre la nueva disposición que se pretende adicionar en ese cuerpo normativo, y los delitos contra la Administración de la Justicia.

Por ello, se recomienda revisar el contenido de la norma, para identificar el bien jurídico protegido y reubicar la nueva disposición de manera acorde con este criterio.

Igualmente, siempre en el tema del bien jurídico, debe tenerse presente que se está configurando un delito de peligro abstracto, cuya afectación al bien jurídico parece muy lejana, lo que podría presentar problemas de constitucionalidad frente al principio de Lesividad.

Efectivamente, en la exposición de motivos, se señala que la introducción de aparatos de telefonía y comunicaciones debe penalizarse porque estos dispositivos se utilizan para cometer muchos delitos, pero este elemento no se incluyó en el tipo penal. Esto implica que se penalizaría la conducta aun cuando los dispositivos no se usen para cometer delitos, sino tan solo como un instrumento de comunicación.

De ahí que se considere que se está configurando un delito de peligro abstracto y más bien remoto, por la sola posibilidad de que los aparatos eventualmente se usen para cometer delitos. Debe destacarse que los aparatos de telefonía y telecomunicaciones tienen una circulación perfectamente legal, solo que su uso está prohibido a lo interno de los centros penales, pero ello no significa que se conviertan en un objeto ilegal.

Estas observaciones se acentúan si lo que se ingresa al centro penitenciario son las partes para ensamblarlos u operarlos.

Conviene recordar un antecedente que guarda bastante similitud con la propuesta formulada en el proyecto de ley en análisis, cual es el antiguo artículo 230 del Código Penal, el que decía:

> “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indebidamente tuviere en su poder o fabricare ganzúas u otros instrumentos conocidamente destinados a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad.”

Como puede observarse, se configuraba un delito de peligro abstracto, que consistía en poseer o fabricar instrumentos que eventualmente podían ser utilizados en la comisión de delitos contra la propiedad.

Un delito de peligro remoto, como el caso que nos ocupa, en realidad no resguarda ningún bien jurídico, lo que contradice el principio de Lesividad, consagrado en el párrafo segundo del artículo 28 constitucional, y precisamente por ello, esta norma fue anulada, según los siguientes fundamentos:

> "La norma transcrita presenta una técnica legislativa autoritaria, en la cual se plasma un derecho penal de peligrosidad y de personalidad, amén de que la misma no tutela bien jurídico alguno. En efecto, se trata de un delito de peligro abstracto, en donde el verbo en la descripción tipificadora es _tener en poder_ o _fabricar_. El legislador eligió incluir el adverbio _indebidamente_ para que el intérprete concluya que hay formas _debidas_ de _tener_ o _fabricar_ objetos que pueden ser utilizados eventualmente para cometer delitos contra la propiedad, y que solamente se castigarán las _tenencias_ o _fabricaciones_ _indebidas_. Esta descripción lleva al intérprete a realizar un análisis del valor social de los objetos tenidos o fabricados pero no en cuanto a su valor dentro de la construcción típica sino en cuanto al objetivo de política criminal de prohibición, es decir, llevar la interpretación del tipo a aquellas áreas que se supone que el legislador tuvo en cuenta y no precisamente las que conducen a castigar a los cerrajeros profesionales, carpinteros, mecánicos, todos los cuales suelen _tener_ o _fabricar_ instrumentos generalmente utilizados para sus respectivos oficios y que también suelen ser utilizados para cometer delitos contra la propiedad. Nos encontramos ante un supuesto en donde el legislador dibujó una determinada conducta de la realidad como conducta típica pero sin atender a la necesidad de establecer la prohibición ateniéndose a la efectiva tutela de un bien jurídico. Con el delito de tenencia y fabricación de ganzúas y otros instrumentos, el legislador costarricense no reprime una conducta que efectivamente lesione o haga peligrar al bien jurídico propiedad, sino que trata de evitar conductas que eventualmente generarían -si se tratara de actos preparatorios- una delincuencia contra la propiedad. Esta técnica legislativa no sólo es errónea sino también es contraria al principio de legalidad criminal, al hacer que se criminalicen una gran gama de conductas que no afectan a la sociedad ni a los valores sociales. Dicha técnica lleva a criminalizar situaciones que no son conductas, porque con el hecho de tener una ganzúa no se está violentando la propiedad, pero existe _peligro_ de que se utilice indebidamente. El legislador hace un pronóstico sobre la contingencia de la conducta dañosa, la previene al penalizar estadios anteriores, donde no existe ningún bien jurídico lesionado, razón ésta por la que no debería haber intervención estatal punitiva. Es importante agregar que los tipos penales de peligro abstracto como el de estudio devienen en totalmente innecesarios ya que no existe posibilidad alguna de impunidad, pues de todas maneras siempre habrá un tipo penal que recoja la protección al bien jurídico que aquí se trataría de proteger, cuando efectivamente se lesione el bien jurídico, o se le haya puesto en evidente peligro por el actuar del sujeto (por ejemplo en el delito tentado). Las descripciones típicas como la de estudio afectan el valor certeza del derecho tutelado por el principio de legalidad criminal, razón por la que estamos ante un caso de inconstitucionalidad, al afectarse la función de garantía del tipo penal.

> VII. En efecto, el artículo transcrito forma parte del título VII del Código Penal: delitos contra la propiedad, está colocado, junto con el hurto, robo, extorsiones, estafas y otras defraudaciones, administración fraudulenta y apropiaciones indebidas, usurpaciones y daños. Como consecuencia de esta ubicación que se le dio dentro del código se ha caído en el yerro de creer que el bien jurídico protegido por el artículo 320 está asimilado al que tutelan las otras figuras delictivas que forman parte del mismo título, a saber la propiedad. Sin embargo, como se explicó anteriormente, si indagamos el bien jurídico tutelado por el tipo de estudio, encontramos que se trata, inconstitucionalmente, de una descripción de conducta, de un tipo en sentido objetivo, sin bien jurídico inherente, pues la propiedad y el patrimonio encuentran protección en otros tipos penales. Al disponerse constitucionalmente que "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" - artículo 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético-social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero."[1]

Así las cosas, y partiendo de este antecedente, es posible afirmar que existe un riesgo significativo de que el tipo penal acá propuesto sea inconstitucional, por carecer de un bien jurídico tutelado.

Otro de los aspectos que requieren atención, es la descripción de la conducta que recibiría sanción penal, debido a que se utilizan expresiones muy amplias, como "*de cualquier tipo de aparato electrónico de telefonía y telecomunicaciones, o de cualesquiera partes de estos que permitieren ensamblarlos y operarlos*.", lo que podría configurar un tipo abierto en irrespeto al Principio de Legalidad criminal.

Sobre este punto, conviene recordar que el Principio de Legalidad Criminal, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política, exige que los tipos penales contengan una descripción clara y precisa de la conducta merecedora de sanción penal. Este principio constitucional ha sido reiteradamente abordado en la jurisprudencia constitucional, de la siguiente manera:

> "Esta Sala ha reconocido, de forma reiterada, la existencia de: "(…) un ius puniendi estatal que se justifica en la necesidad de tutelar bienes jurídicos de vital importancia para la colectividad. De esa potestad genérica del Estado derivan tanto la potestad sancionatoria administrativa como la sancionatoria penal. En atención a lo previsto en el artículo 39 constitucional, compete a la Asamblea Legislativa definir cuáles conductas deben ser calificadas y

[1] SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto N° 6410-96 de 26 de noviembre de 1996.

sancionadas como delito. La definición de cuáles bienes jurídicos deben ser resguardados por el Derecho Penal, es una decisión de carácter político criminal, que corresponde adoptar al legislador; no obstante, como ha advertido en diversas oportunidades esta Sala, **el ejercicio de dicha competencia encuentra limitaciones que derivan de los principios, derechos y garantías consagrados por el Derecho de la Constitución** …". (Voto No. 2012-013625 de las 14:30 horas del 26 de setiembre de 2012).

…

Entre los referidos principios juegan un papel preponderante los principios constitucionales de legalidad y tipicidad penal. Este Tribunal ha señalado, al efecto, que:

"(…) 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; garantía de la que se deriva el principio de tipicidad, que atiende a la necesaria descripción previa de la conducta punible, que debe contener como mínimo el sujeto activo, el verbo activo y la sanción a imponer." (Voto No. 2008-00055 de las 14:46 del 9 de enero de 2008)

La Sala ha manifestado que los citados principios de legalidad y tipicidad penal generan una garantía de seguridad jurídica, en tanto se le asegura a toda persona que no podrá ser perseguida penalmente por una conducta que no haya sido previamente definida como delito, de forma suficientemente clara y precisa, por una norma de rango legal. También ha señalado que los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), y en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo)."[2]

En este sentido, se recomienda describir de manera más precisa los objetos que darían lugar a la sanción penal, en caso de ser introducidos en un centro penitenciario.

En cuanto al sujeto activo del nuevo delito, en el primer inciso se indica que es la persona funcionaria, pero no se indica dónde es funcionaria. Por el contexto, pareciera que se refiere a una persona funcionaria pública, pero ello no se indica en el texto. Es necesario detallar este punto. En el mismo tema, se menciona a la persona física o jurídica que sea proveedora de bienes. Acá tampoco se indica proveedora dónde, o a qué institución, pero además, debemos recordar que en materia penal no hay responsabilidad penal para personas jurídicas, salvo lo indicado en la Ley de responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos[3], que no aplica a la situación prevista por el presente proyecto de ley. Adicionalmente, podría configurarse una

[2] SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto N° 24683-19 de 11 de diciembre de 2019. Los resaltados no son del original

[3] Ley N° 9699 de 10 de junio de 2019.

especie de responsabilidad objetiva, que está prohibida en materia penal, en la medida en que una determinada persona proveedora no necesariamente es la misma que realiza la introducción de los dispositivos en el centro penitenciario. Bien podría ser algún colaborador que actúa por cuenta propia y en ese caso no habría fundamento alguno para sancionar penalmente a su patrón.

En relación con la pena prevista, en los dos primeros incisos, únicamente se establece la pena de inhabilitación, ya sea para el ejercicio de cargos en la función pública o para contratar con la administración pública. Al tratarse de una actividad específica, estamos frente a una inhabilitación especial, la que constituye, según la clasificación general de penas[4], una pena accesoria. De esta manera, se estaría estableciendo una pena accesoria sin tener una principal, lo que es una incorrecta técnica legislativa en materia de sanciones penales. Las penas accesorias no tienen aplicación en sí mismas, sino en el tanto acompañen a una principal.

Siempre en materia de pena, pero en relación con el inciso tercero, se establece una multa fija de diez salarios base, más una medida de seguridad. Sobre este punto, es necesario detallar el concepto salario base, como usualmente se hace, según la definición de este dada en el artículo 2 de la Ley N.°7337, de 5 de mayo de 1993. Si se va a usar otro parámetro, tiene que indicarse expresamente.

Adicionalmente, debemos tener presente que en materia penal rige el principio de culpabilidad, establecido en el artículo 39 de la Constitución Política, el que determina la pena por imponer en un caso concreto. Al ser la culpabilidad un concepto graduable, la pena también debe serlo. En consecuencia, no es válido establecer una multa fija, como sí procede en materia administrativa, al establecer una sanción penal.

Finalmente, las medidas de seguridad están reguladas en el mismo Código Penal[5], y su aplicación corresponde cuando una persona realiza una conducta delictiva, pero es inimputable, es decir, es una persona que no tiene capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de sus acciones. Por ello, lo que se denomina medida de seguridad en el artículo en comentario no es tal, porque no corresponde a los supuestos normados. Pareciera tratarse de una pena accesoria, pero debe describirse de mejor manera, con todos los aspectos que conlleva establecer una pena nueva (como las consecuencias de su incumplimiento, entre otros).

[4] "**Clases de penas**
Artículo 50- Las penas. Las penas que este Código establece son: 1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación. 2) **Accesorias: inhabilitación especial**. 3) Prestación de servicios de utilidad pública. 4) Arresto domiciliario con monitoreo electrónico. 5) Tratamiento de drogas bajo supervisión judicial restaurativa." Código Penal, art. 50. El destacado no es del original.
[5] Ver art. 97 y siguientes

Artículo 2:

En esta norma, se imponen dos obligaciones al Ministerio de Justicia y Paz, en relación con el delito que se crea en el artículo 1 del proyecto.

La primera de ellas, tiene que ver con la creación de una base de datos de las personas sancionadas, con el fin de impedir su ingreso en centros penitenciarios "mientras se encuentre vigente la sanción". Esta propuesta debe analizarse desde la óptica de Registro Judicial de Delincuentes que ya existe, en el que se inscriben todas las sentencias condenatorias que se generen en los tribunales del país, con el fin de valorar si es necesario crear una nueva base de datos para estos fines.

En segundo lugar, debe resaltarse que ninguna de las penas establecidas en el nuevo artículo 377 del Código Penal que se crea en el artículo 1 del presente proyecto de ley, se relaciona con el impedimento del ingreso a centros penitenciarios, de manera que lo dispuesto en este punto pareciera ser como una pena adicional no prevista en la norma. Se recomienda revisar la propuesta, de forma tal que, si se quiere que ese impedimento funcione como una pena accesoria, debe establecerse así expresamente.

En cuanto al punto b) de este artículo, se recomienda valorar la propuesta desde la perspectiva de la racionalidad y proporcionalidad, en la medida en que establecer la obligación de grabar cada revisión de cada vehículo y persona que ingrese a cada uno de los centros penitenciarios, puede ser excesivo.

III. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Ninguno en particular.

IV. -ASPECTO DE TRÁMITE Y PROCEDIMIENTO

Votación

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 119 de nuestra Constitución Política, este proyecto de ley requiere para su aprobación de la mayoría absoluta de los votos presentes de los miembros de la Asamblea Legislativa. Sin embargo, por ser una iniciativa de consulta obligatoria a la Corte Suprema de Justicia, debe tenerse en cuenta que en caso de que ésta se oponga al proyecto, se requerirá mayoría calificada para su aprobación.

Delegación

La iniciativa podría ser delegada en una Comisión con Potestad Legislativa Plena, ya que no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 124 constitucional. Sin embargo, si la Corte Suprema de Justicia se opone a la iniciativa, la delegación no sería viable, debido a la mayoría calificada que se requiere para su aprobación

Consultas Obligatorias:

- Corte Suprema de Justicia

Consultas Facultativas:

- Ministerio de Justicia y Paz
- Procuraduría General de la República
- Ministerio Público
- Defensa Pública

Elaborado por: lrq
/*lsch//12-1-2021
c. archivo//1:54pm