



DEPARTAMENTO ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST- IJU -258-2020

**INFORME DE: PROYECTO DE LEY
LEY DE AGRAVAMIENTO DE VARIOS TIPOS PENALES
POR OCULTAMIENTO DEL ROSTRO**

EXPEDIENTE N°21779

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**

21 DE OCTUBRE DE 2020



TABLA DE CONTENIDO

I. RESUMEN DEL PROYECTO	3
II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULADO	3
Artículo 1:	3
Artículo 2:	6
III.- ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA	9
IV. -ASPECTO DE TRÁMITE Y PROCEDIMIENTO	10
• Votación	10
• Delegación	10
• Consultas	10
• Obligatorias:	10
• Facultativas:	10



AL-DEST-IJU-258-2020
INFORME JURÍDICO

**LEY DE AGRAVAMIENTO DE VARIOS TIPOS PENALES
POR OCULTAMIENTO DEL ROSTRO**

EXPEDIENTE N° 21779

I. RESUMEN DEL PROYECTO

El proyecto que acá se analiza, plantea el agravamiento de pena para algunos delitos, como hurto, robo y daños, cuando estos se cometan por personas que usan algún implemento para ocultar su rostro. Adicionalmente, se crea un nuevo delito de Obstrucción Agravada de Vía Pública, que contempla la obstrucción de lugares que se consideran esenciales, como puentes u hospitales, cuando la acción sea cometida por personas con el rostro cubierto.

En la exposición de motivos, se menciona que estas conductas procuran la impunidad de los autores de ciertos delitos, pero no se indica o explica qué se busca obtener con este agravamiento, es decir, no se explica cuál es el objetivo de la ley.

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULADO

Artículo 1:

En este artículo, se plantea elevar los extremos de la pena en un tercio, para los siguientes delitos, cuando ellos se ejecuten utilizando capuchas, máscaras o cualquier otro medio para ocultar o disfrazar la identidad:

- ❖ Hurto simple
- ❖ Robo simple
- ❖ Daños
- ❖ Entorpecimiento de Servicios Públicos
- ❖ Atentado
- ❖ Resistencia

De inicio, llama la atención de que se formula una reforma al Código Penal, pero fuera de ese cuerpo normativo. Es decir, de prosperar la presente iniciativa, se estaría modificando cada una de las normas donde se tipifican los delitos indicados, pero esto se produciría por una norma que no formaría parte del Código Penal. Desde una adecuada técnica legislativa, y para mayor nivel de seguridad jurídica,

es que la agravante que se pretende establecer sea incluida en cada uno de las normas que se pretende modificar.

A continuación, se ofrece una tabla comparativa que tienen estos delitos y cómo quedarían después del aumento:

Delito	Pena actual	Pena propuesta
Hurto simple	1mes-3 años	1mes, 10 días-4 años
Robo simple	6 meses-3 años	8 meses-4 años
	1-6 años	1 año, cuatro meses-8 años
	3-9 años	4 -12 años
Daños	15 días-1 año / 10-100 días multa	20 días-1 año cuatro meses / 13-133 días multa.
Entorpecimiento de Servicios Públicos	6 meses-2 años	8 meses- 2 años 6 meses
Atentado	1 mes- 3 años	1 mes, 10 días-4 años
Resistencia	1 mes-3 años	1mes, 10 días- 4 años

La determinación de la sanción penal que deba recibir una conducta es un elemento de política criminal, sujeto a los criterios de discrecionalidad y oportunidad de los señores Diputados y las señoras Diputadas, y solo está limitado por el respeto al principio de racionalidad y proporcionalidad constitucional.

Por ello, la propuesta, esencialmente, debe analizarse desde la perspectiva del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, de manera que el incremento de penas sea razonable según su objetivo. Según este principio, la respuesta penal a un determinado conflicto debe ser necesaria y proporcional al problema planteado. El Estado no puede por ello actuar de manera desbordada frente a un determinado conflicto.

El principio de proporcionalidad, entonces, busca equilibrar el poder sancionatorio con los derechos fundamentales de los individuos, para evitar el exceso. De esta forma, si el Estado impone una sanción, ésta debe ser la mínima necesaria dentro

del contexto del caso concreto. Toda desproporción en la pena se convierte, entonces, en una medida arbitraria¹.

En el ámbito constitucional este principio se extrae "... de la ideología constitucional, así como de una relación de los artículos 39 y 40 de la Constitución."², y ha sido explicado jurisprudencialmente así:

"...cabe señalar que la jurisprudencia de este Tribunal constitucional ha sido clara en reconocer que la política criminal es competencia natural del legislador, de modo tal, que el tema de los delitos y las penas, es propio de su competencia. No obstante como corresponde en toda democracia respetuosa del principio de legalidad, los órganos constituidos deben ejercer sus competencias dentro de los límites que marca la Constitución y la ley, entre ellos, como ya se indicó supra, **la razonabilidad y proporcionalidad son parámetros de constitucionalidad aplicables a la materia de delitos y penas...**"³

Siguiendo a Carbonell⁴, una de las preguntas que debe plantearse el legislador, para dar cumplimiento al principio de racionalidad y proporcionalidad, es si la intervención penal es la adecuada para la solución del conflicto que se pretende combatir, especialmente en cuanto a la gravedad de la afectación al bien jurídico.

De manera que se aconseja verificar, si el incremento de penas en estos casos produciría el objetivo de los proponentes del proyecto de ley, y si el nuevo monto es racional y proporcional en los términos de constitucionalidad apuntados. En este sentido, debe valorarse si el ocultamiento del rostro al cometer los delitos indicados es más reprochable o afecta en mayor manera el bien jurídico lesionado, para poder justificar así el incremento de pena. Debe tenerse presente que, en uno de los casos, el incremento de extremo mayor de la pena es de tres años, solo por el ocultamiento de la identidad del autor del hecho.

Otro de los elementos que debe ser analizado es la selección de los delitos en que se agravaría la pena, para definir si son los correctos o no. Esto debería analizarse desde la perspectiva del objetivo de la ley, el que, como se mencionó antes, no se establece en la exposición de motivos, lo que impide realizar un análisis desde esta óptica. Por ejemplo, llama la atención que se incluya solo el robo simple, de manera

¹ "... tiene sentido requerir en principio que los hechos más graves se castiguen con mayor pena que los menos graves, de suerte que se mantenga una cierta proporcionalidad entre el delito y la pena, ..." MIR PUIG (Santiago), *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p.118.

² Mora, LP y Navarro, Sonia. *Derecho Penal y Constitución*, 1995, p. 173.

³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 5179 de 4 de abril de 2008. El destacado no es del original.

⁴ Carbonell Mateu, JC. (1995). *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch.

que podría realizarse un robo agravado, podría ser por el uso de armas, por personas que tengan su identidad oculta y este no estaría agravado. Incluso, un delito tan grave como el homicidio tampoco se agravaría en estas circunstancias.

Por ello, se sugiere revisar la escogencia de los delitos en los que se establece la agravación, para valorar si esa determinación es adecuada para los fines de la iniciativa de ley que acá estudiamos.

Artículo 2:

En esta norma se propone la adición de un artículo 263 ter del Código Penal, para agravar la pena del actual artículo 263 bis, cuando el delito se cometa en los lugares expresamente indicados en la propuesta. Es decir, se propone la creación de un delito de Obstrucción de vía pública agravado.

Para un mejor entendimiento, conviene recordar en que consiste el delito de Obstrucción de vía pública que se pretende agravar:

“Se impondrá pena de diez a treinta días de prisión a quien, sin autorización de las autoridades competentes, impidiere, obstruyere o dificultare, en alguna forma, el tránsito vehicular o el movimiento de transeúntes.”⁵

El nuevo delito aumentaría la pena de seis meses a dos años, cuando la obstrucción se realice sobre:

- carreteras primarias de la red vial nacional
- puentes
- acceso a hospitales y centros de salud
- puertos
- aeropuertos

Y también se agrava cuando se utilicen capuchas, máscaras o cualquier otro medio para ocultar o disfrazar la identidad al ejecutar la obstrucción.

En este caso, se explican las razones del cambio legislativo propuesto en la exposición de motivos, de la siguiente manera:

“Las carreteras primarias de la red vial nacional, puentes, acceso a hospitales y centros de salud, puertos y aeropuertos, pasos fronterizos, constituyen elementos básicos no solo del desarrollo y la producción nacionales, sino que

⁵ Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970, art. 263 bis.



se erigen en resguardo del bienestar de las personas, en aspectos trascendentales como la salud, la vida, la seguridad, etc.

Consideran los proponentes que estas estructuras representan el acceso a bienes o servicios de importancia esencial para el país, de ahí que, la perpetración de las acciones descritas o en general la realización de las conductas del artículo base (263 bis) utilizando medios de ocultamiento de la identidad, constituyen trasgresiones a bienes jurídicos que merecen una protección adicional en la legislación penal.”

De inicio, y tomando en cuenta que el nuevo artículo 263 ter no es más que una agravante del artículo 263 bis, se sugiere incluir su supuesto como un párrafo segundo de este último, para así evitar la inflación normativa.

Ahora bien, de lo señalado en la exposición de motivos se explica la agravante en función del mayor daño o peligro que supone en obstaculizar las vías en los casos apuntados, pero no se dice nada en relación con el segundo supuesto de agravación, cual es el ocultamiento de la identidad.

De esta manera, lo indicado en las observaciones al artículo 1 del proyecto de ley en estudio, serían aplicables también a este supuesto, en la medida en que no se deriva cuál es el fundamento para la agravación de la pena, requisito para cumplir con el principio de racionalidad o proporcionalidad.

Debe tenerse claridad de que, por la redacción, se trata de un supuesto disyuntivo de los primeros elementos de agravación, que se refieren a lugares. Esto es, el uso de cualquier aditamento que oculte o disfrace la identidad de la persona autora del hecho delictivo agravaría la pena, independientemente del lugar donde se produzca la obstrucción.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que, en la realización de un bloqueo u obstrucción de vías, también se materializa el ejercicio del derecho a la libre expresión, de manera que el ejercicio del poder sancionador debe ser acorde o equilibrado entre la protección a la libertad de tránsito (es claro que no se pueden tolerar acciones de protesta desproporcionadas o violentas) y el derecho a la libre expresión. Sobre este punto ha manifestado la Sala Constitucional:

“Con base en tales antecedentes y la normativa descrita, es evidente que en el marco de una sociedad democrática, tolerante y de libertad, el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y la libertad de reunión pacífica, reviste un interés social imperativo. Por consiguiente, las limitaciones a tales derechos no deben llegar a tal extremo que se afecte su contenido mínimo esencial. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que “los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un “derecho garantizado por la Convención o para

desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima” (105 CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 9 rev).

Como indica la Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de la OEA: “dentro de ciertos límites, los Estados pueden establecer regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros. No obstante, al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”. Así las cosas, toda medida tendente a limitar las manifestaciones públicas debe procurar que en su aplicación se resguarde el contenido esencial de los derechos humanos de reunión pacífica y libertad de expresión. Las limitaciones no deben depender del contenido de lo que se vaya a expresar a través de una manifestación pública, deben servir a un interés público y dejar otras vías alternativas de comunicación. Las limitaciones deben tener sustento legal y solo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual.

En cuanto al poder penal del Estado, debe ser usado como recurso de ultima ratio para el aseguramiento de la paz social, no como un mero mecanismo de control social. De ahí que el artículo 256 bis del Código Penal, mediante el cual se penaliza la obstrucción de la vía pública, deba interpretarse de modo que su aplicación no suponga una afectación al contenido esencial de los derechos constitucionales de reunión pacífica y libertad de expresión. En tal sentido, las conductas a que se refiere esa norma penal, en lo atinente a manifestaciones públicas, están referidas únicamente a aquellas en que comprueben lesiones considerables a los derechos de otras personas o a los bienes del Estado. Verbigracia, una protesta en que los manifestantes agredan a las fuerzas de seguridad u otras personas, o bien, realicen actos vandálicos contra bienes públicos o privados, excede el contenido protector del derecho a la reunión pacífica y la libertad de expresión, por lo que resulta penalmente punible y justifica la actuación de las autoridades policiales, incluso con el uso de la fuerza, siempre que esta sea proporcionada a la magnitud del daño y las características concretas de la manifestación.

Bajo esa inteligencia, deviene razonable la intervención policial cuando resulta evidente que las características de la manifestación producen daños importantes al bloquear el acceso a establecimientos o instalaciones de gran impacto para los intereses nacionales o de terceros (como un puerto o aeropuerto en virtud de los daños que podrían darse por la pérdida de vuelos o el deterioro de bienes perecederos destinados a la importación o exportación, entre otros). Distinta es la situación cuando la manifestación y consecuente bloqueo de vía pública, no impide el libre tránsito a través de vías alternas. En otras palabras, la detención de personas en una manifestación pública y la aplicación de sanciones penales solo se justifican cuando existe la necesidad social imperiosa de evitar disturbios a la paz y el orden público, o serios daños a los derechos de otras personas, condicionado

ello a que la actuación policial sea proporcionada al interés legítimo perseguido y a las características propias de cada manifestación en concreto.

De ninguna forma, la penalización de la protesta social puede convertirse en un instrumento amedrentador en detrimento de una forma de expresión participativa social propia de un sistema democrático. Mientras una manifestación pública se desarrolle dentro de márgenes normales, debe imperar la cordura y la tolerancia. De este modo, se evita que los medios de expresión de la disconformidad social (los cuales históricamente han sido aceptados en los regímenes democráticos mas no en las dictaduras) lleguen a convertirse en verdaderos focos de violencia y desorden público, a lo que precisamente se llegaría cuando el uso de la fuerza policial deviene desproporcionado. Sin embargo, esta forma de expresión encuentra sus límites en que se ejercite de manera razonable y dentro del marco del derecho de reunión pacífica, esto es sin que haya agresión a las fuerzas de seguridad u otras personas, ni se den actos vandálicos contra bienes públicos o privados, ni tampoco se infrinjan daños serios a los derechos de otras personas, todo lo cual debe valorarse en el caso concreto.”⁶

Es importante mencionar que la constitucionalidad del artículo 263 bis del Código Penal que se propone modificar, está siendo revisada por la Sala Constitucional, por una acción de constitucionalidad presentada.⁷ Al ser el nuevo artículo 263 ter un agravante del artículo 263 bis, el resultado de dicha Acción de Inconstitucionalidad afectaría también la agravante.

Finalmente, debe indicarse que la expresión “cualquier otro medio para ocultar o disfrazar la identidad” contenida en la redacción propuesta para el artículo 163 ter, es muy imprecisa e indeterminada, de manera que se estaría configurando un tipo abierto, que lesiona el Principio de Legalidad Criminal, cuya exigencia principal es que las conductas que suponen la aplicación de una sanción penal, sean descritas de manera clara y determinada. Esta observación también es válida para la agravación planteada en el artículo 1 del presente proyecto de ley.

III.- ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Ninguno en particular.

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 17027 de 5 de diciembre de 2017. El resaltado no es del original. Esta resolución se refiere al mismo artículo 263 bis, el que anteriormente era el artículo 256 bis del Código Penal.

⁷ Ver el Expediente: 20-001753-0007-CO de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.



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

Facultativas:

- Ministerio de Seguridad
- Ministerio de Obras Públicas y Transportes
- Dirección del Organismo de Investigación Judicial
- Procuraduría General de la República
- Ministerio Público
- Defensa Pública

Elaborado por: Irq
/*lsch//21-10-2020
c. archivo