

**ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA**  
**DEPARTAMENTO DE SERVICIOS TÉCNICOS**

**INFORME JURÍDICO**

**PROYECTO DE LEY**

**“MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 380 DEL CÓDIGO PENAL, LEY Nº 4573  
DE 4 DE MAYO DE 1970 Y SUS REFORMAS. LEY PARA COMBATIR  
LA DISCRIMINACIÓN, LA INCITACIÓN AL ODIOS Y LA APOLOGÍA  
DEL ODIOS Y LA DISCRIMINACIÓN”**

**EXPEDIENTE Nº 19.062**

**OFICIO Nº ST.267- 2014 J**

**ELABORACIÓN  
MAYELA ARAYA HERRERA**

**COLABORACIÓN  
LILIANA RIVERA QUESADA  
ASESORAS PARLAMENTARIAS**

**SUPERVISIÓN  
LLIHANNY LINKIMER BEDOYA  
JEFA DE ÁREA**

**REVISIÓN FINAL Y AUTORIZACIÓN  
LICDA. NATASCHA MORALES BADILLA  
SUB DIRECTORA**

**28, NOVIEMBRE, 2014**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>I. RESUMEN DEL PROYECTO</b>	<b>3</b>
<b>II.- CONSIDERACIONES DE FONDO</b>	<b>3</b>
<b>2.1.- Derechos fundamentales tutelados</b>	<b>4</b>
2.1.1.- Derecho de igualdad y de dignidad humana	4
2.1.2.- Derecho a la libertad de expresión	5
<b>2.3.- Algunos Principios constitucionales en materia penal</b>	<b>6</b>
2.3.1.- Garantía de Tipicidad Penal	7
2.3.2.- El Bien Jurídico tutelado	8
<b>III.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO DEL PROYECTO DE LEY</b>	<b>8</b>
<b>3.1.-. Consideraciones generales sobre el artículo</b>	<b>8</b>
<b>3.2.- Análisis de la penalidad</b>	<b>15</b>
<b>IV.- ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA</b>	<b>24</b>
<b>V. - ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO</b>	<b>24</b>
<b>1.- Votación</b>	<b>24</b>
<b>2.- Delegación</b>	<b>24</b>
<b>3.- Consultas</b>	<b>25</b>
Obligatorias:	25
Facultativas:	25

## **INFORME JURÍDICO<sup>1</sup>**

### **“MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 380 DEL CÓDIGO PENAL, LEY Nº 4573 DE 4 DE MAYO DE 1970 Y SUS REFORMAS. LEY PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN, LA INCITACIÓN AL ODIOS Y LA APOLOGÍA DEL ODIOS Y LA DISCRIMINACIÓN”**

**EXPEDIENTE Nº 19.062**

#### **I. RESUMEN DEL PROYECTO**

El proyecto supone una modificación total del actual artículo 380 del Código Penal, en el que se tipifica el delito de discriminación racial.

La modificación propuesta para la adición de los tipos penales, procura dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por Costa Rica en instrumentos de Derecho Internacional Público en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario relacionados con los crímenes de discriminación, incitación del odio y apología de la discriminación.

En este sentido, según indica el proponente, el artículo 380 del Código Penal<sup>2</sup> presenta omisiones. Por tal motivo, pretende incorporar expresamente dentro del referido tipo penal otras conductas discriminatorias en perjuicio de cualquier persona, fundadas en otras consideraciones étnicas, culturales, gremiales, filosóficas, de idioma, origen nacional, orientación o identidad sexual, estado de salud actual o futuro, discapacidad y cualquier otra característica física o genética, como parte de las conductas prohibidas y sancionadas por esa norma y corregir de este modo las omisiones que contiene el tipo penal vigente.

Se propone además incorporar penas de prisión al tipo penal, elevar las penas ya establecidas en el artículo 380 del Código Penal, adicionar penas diferenciadas para funcionarios y representantes públicos en virtud de su investidura, como por la utilización de medios electrónicos y agregar penas alternativas. Además, se modifica el encabezado de dicha norma.

#### **II.- CONSIDERACIONES DE FONDO**

Antes de conocer el fondo de las reformas propuestas, conviene dedicar el presente apartado a un breve repaso de algunos conceptos relativos a disposiciones y principios constitucionales, de Derecho Internacional Público en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario y de Derecho Penal.

---

<sup>1</sup> Elaborado por la Máster Mayela Araya Herrera, asesora parlamentaria, supervisado por la Máster Llihanny Linkimer Bedoya. Revisado por la Licda. Natascha Morales Badilla, Subdirectora, Departamento de Servicios Técnicos.

<sup>2</sup> Código Penal, Ley Nº 4573 del 04 de mayo de 1970

## **2.1.- Derechos fundamentales tutelados**

### **2.1.1.- Derecho de igualdad y de dignidad humana**

La doctrina penal considera el bien jurídico como un elemento básico integrante de la estructura de los tipos penales que justifica la existencia de la norma jurídica. Así, los tipos penales se clasifican y organizan en atención al interés jurídico protegido en razón del interés individual o colectivo que encierra como por su valor para lograr la sana convivencia humana.

En Costa Rica el delito de Discriminación Racial, artículo 380, se ubica en el Título XVII relativo a los delitos Contra los Derechos Humanos, donde se protege como bien jurídico de interés colectivo la dignidad de la persona humana e igualdad.

La discriminación en cualquiera de sus formas ha sido reconocida como una conducta capaz de infringir los principios de dignidad e igualdad de todos los seres humanos, con el propósito de distinguir a las personas por su raza, sexo, idioma o religión, etc. En otras palabras, denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga como resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de una persona<sup>3</sup>.

Esta práctica resulta contraria a lo dispuesto en nuestra Constitución Política y a varios instrumentos de carácter internacional que se enfocan en regular aspectos relativos a la discriminación y a la dignidad humana<sup>4</sup>.

En Costa Rica, todo individuo goza de los derechos y garantías que otorga la Constitución Política, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, de donde se desprende un trato igualitario a todo ser humano que se encuentre dentro del territorio nacional en materia de garantías constitucionales e implícitamente prohíbe cualquier tipo de discriminación o diferenciación entre seres humanos.

Específicamente, el artículo 33 de la Constitución Política constituye un rechazo a todas las formas de discriminación que se traduzcan en limitación de los derechos o garantías constitucionales:

---

<sup>3</sup> Ver “Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”, arts. 1 y 2.

<sup>4</sup> -Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 1 y 2.

-La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 1 y 2

-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo, art. 2, 5 y 20

-La Declaración Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 y 7

-La Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 y 24

-La Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades fundamentales, artículo 14

*“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”*

Sobre esta garantía constitucional, el Tribunal Constitucional ha indicado que:

*“... lo que establece el principio de igualdad, es la obligación de igualar a todas las personas por una medida, dentro de la categoría o grupo que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias, es decir carentes de toda razonabilidad. No corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de una determinada diferencia contenida en una norma, sino únicamente verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad es lo que nos permite decidir si una desigualdad viola o no la Constitución”.<sup>5</sup>*

Asimismo, la infracción de cualquier derecho o garantía previsto en la Constitución, así como los contenidos en los tratados internacionales que Costa Rica haya aprobado, obliga -de conformidad con la jurisprudencia constitucional<sup>6</sup>-, a los jueces de la república a actuar conforme a ellos, en tanto constituyen ley superior (artículo 7 de la Constitución Política y artículo 7 del Código Penal) y otorguen mayores derechos o garantías a las personas.

### **2.1.2.- Derecho a la libertad de expresión**

Este derecho fundamental representa una garantía genérica del goce de todos los demás derechos humanos, y consiste en la posibilidad de exteriorizar el pensamiento por cualquier medio oral, escrita y por imagen sonora, visual o artística y también de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por parte de cualquier persona o grupos de personas.

Varios instrumentos internacionales contienen disposiciones en este sentido<sup>7</sup>, así como nuestra Constitución Política en su artículo 29:

*“Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlas sin previa censura, pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de ese derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.”*

---

<sup>5</sup> Sala Constitucional Voto N° 5675-03 (633-98)

<sup>6</sup> Sala Constitucional, sentencia 3435-92 y su aclaración 5759-93 y 2313-95.

<sup>7</sup> Ver informe al Expediente N° 14.511 “Adición de un nuevo capítulo décimo al Título II y de un inciso al artículo 83 del Código de Trabajo Ley N° 2, de 26 de agosto de 1943, “Ley para garantizar el respeto a la libertad de prensa de los periodistas”, elaborado por la Licda. Milena Soto Dobles y el Lic. Freddy Camacho Ortíz:

Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 19:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Artículo 19

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Artículo IV.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José): “Artículo 13 Libertad de Pensamiento y de Expresión.

Específicamente, en sus artículos 28 y 29, nuestra Constitución Política consagra la libertad de expresión, la libertad de pensamiento así como la libertad de información, por lo que es uno de los principios sobre los que descansa el régimen democrático. Su limitación sólo puede hacerse por razones muy calificadas. De ahí que implique una ausencia de control por parte de los poderes públicos, y de órganos administrativos al momento de ejercitar ese derecho, lo que quiere decir que no es necesaria autorización alguna para hacer publicaciones, y que no se puede ejercer la censura previa, salvo que esté de por medio la salud, la seguridad nacional, la moral y las buenas costumbres. Eso sí, no es un derecho ilimitado; quien lo ejerce debe responder por su abuso y del modo que la ley establezca.<sup>8</sup>

Asimismo, la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales debe responder a una serie de principios que la Sala Constitucional<sup>9</sup> ha señalado:

- Deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo.
- Para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.
- La restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse al logro de ese objetivo.
- La restricción debe ser imperiosa socialmente y por ende excepcional.

Es a la luz de estas consideraciones que es importante analizar los alcances del inciso d) del proyecto de ley, en tanto la conducta que describe podría lesionar el principio de libertad de expresión, el cual también comprende en forma inseparable el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo al mayor número de destinatarios por cualquier medio idóneo cuya naturaleza no coarte la discusión pública o privada.<sup>10</sup>

### **2.3.- Algunos Principios constitucionales en materia penal**

Para el análisis de las normas formuladas en el articulado del proyecto, se parte de algunos conceptos o elementos esenciales:

En materia penal, prevalece el principio de legalidad criminal contemplado en el artículo 39 de la Constitución Política y recogido en artículo 1º del Código Penal que a la letra dice:

*“Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente.”*

Lo mismo que el principio de reserva de ley, cuyo sustento se determina a partir

---

<sup>8</sup> Sala Constitucional Voto N° 3667-03

<sup>9</sup> Sala Constitucional Voto N° 4869-04 (1792-99/6272, 4857, 4205 todos del 96/ 3550-92)

<sup>10</sup> Ver al respecto Gordilolo Agustín: Derecho a la Libre Expresión, internet: WWW.gordillo.com

de lo dispuesto en el artículo 28 constitucional.

*“El artículo 39 de la Constitución Política consagra, entre otros, el principio de reserva de ley en relación con los delitos “cuasidelitos” y faltas; dicha reserva significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía resulta incompleta si no se relaciona con la tipicidad, que exige a su vez que las conductas delictivas se encuentren acuñadas en tipos, en normas en las se especifique con detalle en qué consiste la conducta delictiva. Dicha ley, para que efectivamente sea una garantía ciudadana, requiere además que sea previa “nullum crimen, nulla poena si ne praevia lege”, nos señala el adagio latino.<sup>11</sup>*

Por ello, para la construcción de las normas penales, el legislador debe observar dichos principios constitucionales.

### **2.3.1.- Garantía de Tipicidad Penal**

Cabe recordar que el Principio de Tipicidad es un sub principio o derivación del Principio de Legalidad que indica que cuando se hace referencia al término “delito”, se hace referencia a una acción típica, antijurídica y culpable, a la que se le señala como consecuencia una pena. La tipicidad consiste en que la acción se encuentre plenamente descrita en una norma, para que los ciudadanos conozcan cuales son las acciones que deben abstenerse de cometer so pena de incurrir en responsabilidad criminal.<sup>12</sup>

El tipo penal formula, en primer lugar la enunciación de los elementos de la acción o conducta entre ellos el núcleo de la acción, constituido por el verbo principal que expresa o indica la conducta (matar, acceder carnalmente, apoderarse) y sus circunstancias (de lugar, modo, medios o tiempo). De ahí que resulte esencial conforme con el principio de legalidad, tipificar las acciones para poder identificar con claridad los verbos (fórmula gramatical para expresar acciones) que describan la conducta de manera precisa y clara.

Según este principio de legalidad, y específicamente el subprincipio de reserva de ley, la conducta debe estar descrita en una norma con rango legal, para brindar mayor seguridad jurídica.

Sobre esta garantía y el método por el cual el legislador construye los tipos penales, la Sala Constitucional destaca que:

*“(…) la garantía de la tipicidad penal impone exigencias constitucionales a la técnica legislativa en materia de construcción de normas penales. Dentro de esas exigencias resulta fundamental que se dé una plena descripción de la conducta que se considera constitutiva de delito, con el objeto de que la definición de sus verdaderos contornos no se traslade al juez que en cada caso requiera aplicar la norma. Para que no se produzca esa traslación al juez, infractora del principio de tipicidad y del principio de*

---

<sup>11</sup> Sala Constitucional, Voto 3441-04 (4895-02/6273-96/1876-90).

<sup>12</sup> Ver Sala Constitucional Voto 4341-04 (9082-02/102-98/2812-96//2628-95/1977-90).

*legalidad penal, es necesario que las conductas típicas y también las penas se describan, en la norma penal, con la mayor claridad posible para que su contenido y límites puedan deducirse del texto de la norma, lo más exactamente posible.”<sup>13</sup>*

Por ello es que, el uso de términos muy amplios, ambiguos o generales en la descripción de las normas penales constituye una técnica defectuosa que en muchos casos configura un vicio invalidante de naturaleza constitucional, por infracción del principio de tipicidad penal, fundamentalmente, cuando la norma se presenta como oscura y de difícil comprensión, dado que esto implica en la práctica que es el aplicador el que le da contenido y precisión a la norma legal, violando con ello el Principio de Legalidad penal.

### **2.3.2.- El Bien Jurídico tutelado**

El derecho penal elige, entre la gran cantidad de acciones antijurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico, aquellas merecedoras de una pena como aquellas que no y; es el bien jurídico y su eventual lesión o al menos puesta en peligro, el que constituye el requisito o fundamento básico, para poder establecer o eliminar la selección de una conducta como delito y conminarla con una pena.

Esta selección de las acciones que directa o indirectamente suponen ataques a los bienes jurídicos, es posible precisamente por medio del tipo penal.

El bien jurídico tiene como función la de servir de límite al legislador y a la política criminal del Estado, se manifiesta en la prohibición de crear o seleccionar determinadas conductas como delito, si con ellas no se afecta un interés valioso, un bien jurídico relevante para la colectividad y la vida en sociedad, vistos en relación con sujetos concretos.

En síntesis, desde la perspectiva de un Estado Democrático de Derecho, lo único que puede justificar la imposición de una pena, es la afectación de un bien jurídico.

## **III.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO DEL PROYECTO DE LEY**

### **3.1.- Consideraciones generales sobre el artículo<sup>14</sup>**

La iniciativa en análisis consta de un artículo único que pretende reformar el artículo 380 del Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970 y sus reformas. No obstante, las conductas que describe presentan en común varias inconformidades con respecto a la estructura y formulación del tipo penal, debido a que una redacción tan extensa y comprensiva, dificultan seriamente la interpretación y aplicación de la norma.

---

<sup>13</sup> Sala Constitucional Voto N° 3441-2004, de las 4:47 hrs, del 31 de marzo del 2004.

<sup>14</sup> Para el análisis de algunos conceptos presentes en la iniciativa de ley se utilizó la obra de Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1995



La iniciativa en cuestión pretende tipificar al menos cuatro conductas en un mismo tipo penal. La exposición de motivos incluso así lo hace ver en tanto pretende trasladar lo dispuesto en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al Código Penal y hacer efectivo el acceso a la justicia en los supuestos en que la discriminación, incitación del odio y la apología de la discriminación se presenten. Sin embargo, tal pretensión constituye una incorrecta técnica legislativa en materia penal en tanto dichas conductas son imprecisas y confusas, obligando a una interpretación extensiva de los tipos penales y de la penalidad, violatoria del principio de legalidad, de tipicidad y de reserva de ley e importando con ello su inconstitucional.

El derecho penal, es un sistema coherente de reglas, principios, valores y derechos que los presiden. Normalmente determina las consecuencias del delito por medio de los distintos tipos que integran el Código Penal, adscribiendo una determinada conducta y un determinado monto o medida de pena a las distintas acciones descritas en ellos, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos en juego. Pero, la determinación de la pena para hechos de acciones distintas referidas a un mismo bien jurídico<sup>15</sup> dependen de las modalidades del ataque contra él; se presentan así los tipos básicos que asignan pena a la acción más simple que puede constituir dicho ataque y los tipos derivados o calificados, en los que a dicha acción se suman circunstancias (referidas al autor, a los modos de la acción, a los medios empleados, etc.) que convierten el ataque en más peligroso o más reprochable, en cuyo caso se estaría ante tipos agravados ( que contienen penas más graves que la determinada en el tipo básico), o en menos peligrosos o menos reprochables, dando lugar a los tipos atenuados.

Por ello, se recomienda estructurar el texto del tipo penal propuesto ordenándolo en al menos cuatro tipos penales, ya que estos describen modos distintos de lesionar el mismo bien jurídico tutelado a partir del tipo penal básico que es en este caso el de “discriminación” y asignando a cada uno, la pena que corresponda teniendo presente el principio de proporcionalidad y razonabilidad, pues la asignación global de penas es sumamente confusa e indeterminada. Debe tenerse en cuenta, tal como se mencionó antes, que en materia penal, es necesario que las conductas típicas y las penas se describan, en la norma penal, con la mayor claridad posible para que su contenido y límites puedan deducirse del texto de la norma, lo más exactamente posible.<sup>16</sup>

Asimismo, dado que las diferentes conductas descritas en los incisos a), b), c) y d) comparten también elementos normativos similares, se recomienda una descripción lo más clara y concisa posible, fijando dichos elementos de un modo que resulte común a los tipos penales que las comparten a fin de simplificar en lo posible su construcción y con ello facilitar su comprensión.

---

<sup>15</sup> Creus, op. Cit, Parte General, pg. 217

<sup>16</sup> Sala Constitucional Voto N° 3441-04

Otro de los aspectos a tener en cuenta es que algunas conductas descritas presentan términos indeterminados. De conformidad con nuestro Tribunal Constitucional esta indeterminación constituye un tipo penal abierto que resulta inconstitucional cuando no pueda lograrse un nivel de precisión en cuanto a la descripción del tipo. Es decir, cuando la descripción de la conducta no contiene los elementos descriptivos del comportamiento tipificado por el legislador, y más bien se ha utilizado conceptos jurídicos indeterminados. Y por tanto, no se delega en el juez la determinación de la conducta reprimida. Más aún, se trata de un tipo penal cuya conducta es imprecisa conceptualmente, donde coexisten múltiples variables que mediante interpretación pueden ser introducidas y minen la claridad y delimitación que requiere el bien jurídico protegido por el ordenamiento penal.<sup>17</sup>

Tal es el caso de términos como “*arbitrariamente*” en el inciso a), “*gravemente*” en el inciso d), “*o cualquier otra característica*” en los cuatro incisos. En este último caso por ejemplo, se define cualquier otra situación, además de las descritas, constituyendo una descripción abierta, donde podrían caber muchas posibles características. Describe en general las posibles conductas a las que se asigna la pena, pero su designación como conductas antijurídicas pueden quedar comprendidas en el tipo penal, pero exigen un examen previo de ellas dentro del ordenamiento jurídico. En consecuencia, se recomienda prescindir de tal enumeración ya que cualquier conducta orientada por tales motivaciones queda tipificada en el delito de discriminación del cual la jurisprudencia tiene un buen desarrollo al que el juez puede acudir de ser necesario.

A continuación se tratan algunos otros aspectos puntuales de cada una de los incisos contenidos en el artículo único del proyecto de ley.

### **Inciso a)**

La discriminación denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga como resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de una persona. Por lo tanto, el ignorar las condiciones de igualdad es lo que constituye la arbitrariedad, contraria a la dignidad humana. Asimismo, la discriminación fundada en razones justificadas, no sería objeto de consideración en un tipo penal, se estaría ante la discriminación afirmativa o positiva.

*“La discriminación afirmativa está constituida por un uso necesario de regulaciones específicas para abolir la discriminación en contra de una persona o grupo de personas. Es una forma legítima de reacción del Estado que no infringe el principio de igualdad, a pesar de que imperativamente intente abolir una situación de discriminación que considera se superará únicamente si se le otorga a dicha persona una protección o participación reforzadas, mediante regulaciones especiales. De este trato especial y calificado o protección particularmente acentuada, no es posible excluir razonablemente la promulgación de una norma penal especial y específica.”<sup>18</sup>*

---

<sup>17</sup> Ver Sala Constitucional Voto N° 12997-01 (10142-01/1738-99)

<sup>18</sup> Sala Constitucional Voto 3441-04.

La redacción de este inciso no cumple con los requisitos de tipicidad penal, dado que no describe de manera precisa la conducta que tipifica. Si se observa el texto, la acción se describe mediante la expresión “realice actos de discriminación”, cuando debería usarse un verbo directo (discrimine, por ejemplo).

Así mismo, se incluye un modo de realizar actos de discriminación cuál es “arbitrariamente”, lo que llama a confusión en el sentido de que solo se penalizaría los actos arbitrarios. Si por arbitrario se entiende “Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho” (Diccionarios de la Real Academia), parece difícil encontrar actos de discriminación que tengan tal carácter, salvo los casos de discriminación positiva.

### **Inciso b)**

El inciso b) describe el delito de “Incitación al odio”. Dicha conducta se asemeja con la que describe el delito de “Instigación pública”, tipificado en el artículo 280 del Código Penal, que a la letra dice:

*“Será sancionado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, el que instigue a otro a cometer un delito determinado que afecte la tranquilidad pública, sin que sea necesario que el hecho se produzca.”*

Para Creus<sup>19</sup>, mientras la instigación tiene un significado de determinación directa, la incitación da idea de una estimulación en cuya provocación pueden emplearse medios indirectos. En la incitación, la relación que se establece entre los sujetos es predominante moral, en tanto en la instigación es predominantemente material. No es preciso sin embargo, que se produzca un resultado para que exista el delito, pues este constituye un delito de peligro.

La incitación debe ser a la violencia colectiva por parte de un conjunto, al menos relativamente indeterminado de personas, debe incitar a la violencia grupal, por lo que queda excluida la incitación a personas determinadas en cuyo caso quedaría tipificada a través de la figura de la “instigación” contemplada ya en el artículo 280 del Código Penal.

Por lo indicado, se recomienda prescindir de la calificación de la incitación como “directa o indirecta”, pues ésta sólo puede ser indirecta.

Esta aclaración resulta de interés toda vez que los incisos b), c) y d) del proyecto de ley en estudio, contemplan como sujetos pasivos de las conductas delictivas que describen, tanto a “un grupo, una parte del mismo o una persona determinada”.

El contenido de este inciso, también contiene términos amplios e indeterminados que riñen con el Principio de Tipicidad. En este sentido, cabría preguntarse cómo

---

<sup>19</sup> Creus, Op. Cit, pág 124

se definiría y con qué parámetros, qué constituye los actos de odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Es importante tomar en cuenta también que el fomentar, promover o incitar pueden constituir formas de participación de la discriminación que efectivamente se realice, ya sea en la forma de coautoría o instigación.

### **Inciso c):**

Se trata de una redacción confusa en la que se observan tres conductas diferentes: 1) quien produzca, elabore y posea con la finalidad de distribuir; 2) quien facilite a terceros el acceso y; 3) quien distribuya, difunda o venda, “documentos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra...”.

No es claro sin embargo, determinar si la voluntad del proponente es la de que dichas conductas aplican únicamente para el inciso b) o si por un error material se dejan fuera de su aplicación los delitos de discriminación y apología.

Acá nuevamente nos encontramos con términos imprecisos o vagos que admiten múltiples interpretaciones. El objeto material tipificado en este inciso sea, “material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar .,,” , constituye una expresión que es sumamente abierta, lo que lesiona el Principio de Legalidad y su Subprincipio de Tipicidad.

Al considerar los contenidos de este inciso debe tenerse presente que la libertad de expresión también comprende en forma inseparable el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo al mayor número de destinatarios por cualquier medio idóneo (diario, televisión por coaxial o inalámbrica, proyección de imágenes por medio de películas; transmisión satelital y espacial, antenas parabólicas y decodificadores, internet, e incluso a las representaciones por medio de afiches murales o divulgaciones orales en plaza pública<sup>20</sup>. Tales medios no deben ser de tal naturaleza que coarten la discusión, pública o privada.

Por ello, se hace necesario delimitar más precisamente las conductas a punir por cuanto podrían conducir a la sanción de las ideas u opiniones por desagradables que éstas puedan ser.

Por otra parte, para que los medios sean idóneos y puedan producir el efecto de incitar al odio, la atención debe dirigirse, no a la utilización de estos, sino en la capacidad de ellos para lograr dicha finalidad. El medio es normalmente idóneo cuando unida a la posibilidad de que trascienda públicamente, se tiene la aptitud de

---

<sup>20</sup> Gordillo Agustín: Derecho a la Libre Expresión, internet: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

promover la incitación, es decir de procurar un resultado aunque este no se logre. La ausencia de cualquiera de las dos hace que no se configure la tipicidad.

El tipificar la “Discriminación”, la “Incitación” y la “Apología del odio y la discriminación” en tipos penales separados, facilitaría la remisión a ellos para la aplicación de los contenidos del inciso en análisis, al que convendría también dar otra ubicación. Igualmente, llama la atención que la sanción para las conductas descritas en este inciso sea la misma que aplica para los otros incisos.

#### **Inciso d)**

Por otra parte, en el inciso d) del proyecto de ley, la conducta descrita pone en peligro, a juicio de esta asesoría, el principio de libertad de expresión. La Sala ha sido particularmente clara al señalar que existe un contenido esencial de esos derechos que quedan fuera de la esfera de regulación de todos los poderes públicos. En otras palabras, no se trata de regulaciones que hagan imposible el disfrute de los intereses protegidos por la norma constitucional, sino de las que dificultan el logro de esos intereses, en razón de la protección de valor, derechos o intereses igualmente constitucionales.

Debe en este caso particular, determinarse hasta qué punto la manifestación pública de las opiniones de una persona, por desagradables o alejadas de la generalidad de los miembros de la sociedad, resultan en grave daño a los principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, que haga posible su punición. En este sentido, el tipo penal propuesto constituye un delito de peligro abstracto<sup>21</sup> y conviene revisar su descripción y la penalidad que conlleva, pues no es posible determinar el daño o peligro abstracto al bien jurídico que se tutela a partir de la simple norma propuesta. Al respecto la Sala Constitucional ha señalado:

“...Al disponer constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley -art. 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 que no perjudican a terceros.”(...) una teoría del delito basada en los principios del estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a

---

<sup>21</sup> Se trata de tipos penales en los que no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir una lesión que se quiere evitar. Cuando nos encontramos frente a una posibilidad real de lesión, decimos que estamos frente a un delito de peligro concreto y cuando el tipo se limita a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para un objeto protegido, decimos que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto. Tomado de: Salazar Rodríguez, Alfonso. “La Imputación de Resultados de Lesión y/o Peligro a Supuestos de Omisión en materia penal especial. Un análisis a la luz de la Legislación Penal Costarricense”, Junio 2005.

través de la protección de los bienes jurídicos básico para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión del bien jurídico debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta...”<sup>22</sup>

De conformidad con lo indicado, el inciso d) del artículo propuesto describe distintas conductas indeterminadas cuya sanción podría implicar limitaciones al ejercicio del derecho a la libre expresión de las opiniones o pensamientos, violentando con ello los artículos 28 y 29 constitucionales. En este sentido, el inciso presenta conductas muy amplias como por ejemplo: niegue, trivialice gravemente; pero particularmente interesa señalar lo relativo a consideraciones políticas, gremiales o filosóficas. En general, podrían tener cabida dentro del tipo penal opiniones y criterios de cualquier índole.

Aunque no se indica expresamente, la conducta descrita en este inciso, vista a la luz del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos parece constituir el delito de “Apología del odio y la discriminación” .

El término apología supone la alabanza, la defensa, la ponderación, la exaltación de algo, presentándolo como meritorio, digno de defensa y aceptación por todos<sup>23</sup>; no obstante el tipo penal propuesto comprende conductas que no encuadran en la descripción del concepto como son “niegue” o “trivialice gravemente”. Esta aparente contraposición de términos causa confusión.

La apología en este caso debe referirse a un hecho, tipificado como delito, que históricamente haya ocurrido o que, pueda afirmarse con certeza el carácter delictivo del hecho alabado, o recaiga sobre el autor del delito.

A ello se suma, también en este caso, la indeterminación de los términos trivializar gravemente o enaltecer, que dejarían a completa discrecionalidad del juzgador su definición en el caso concreto.

Un elemento de gran importancia en el tipo penal es la “publicidad”. La ley pune la apología realizada por cualquier medio (oral, escrito, etc.) pero se exige que se haya hecho públicamente, o sea, que tenga la posibilidad de llegar a un número indeterminado de personas, lo cual indica que el medio utilizado sólo podrá ser considerado típico si posee aptitud para “publicitar” la apología, no podrá ser por ejemplo una carta dirigida a una o más personas determinadas, pero sí que la publique en un periódico. El delito se consuma con la realización pública de la apología, sin que sea necesario que haya alcanzado una determinada trascendencia.

---

<sup>22</sup> Sala Constitucional Voto N°. 4673-03

<sup>23</sup> Creus op. cit., Tomoll, pág. 126

El tipo penal propuesto de apología contempla el elemento “publicidad”, igualmente el que ésta se dé con respecto a delitos tipificados ya en nuestro Código Penal, el cual contempla los tipos penales de “Delitos de carácter internacional” artículo 381, “Genocidio” artículo 382, “Crímenes de Guerra” artículo 385 y “Crimines de lesa humanidad” artículo 386. Asimismo, también considera el supuesto de apología de sus autores.

Finalmente, se debe advertir que el artículo 283 del Código Penal sanciona ya la Apología del delito.

*“Será reprimido con prisión de un mes a un año o con diez a sesenta días multa, el que hiciere públicamente la apología de un delito o una persona condenada por un delito”.*

Esta es una disposición penal general, que permite sancionar la apología que se haga de cualquier delito, pero en él la sanción es mucho menor. De ahí que, la sanción propuesta parezca desproporcionada especialmente si se toma en cuenta que no se está ante delitos que en sí mismos sean de daño o lesión concreta. Desde otro punto de vista, y como ocurre con todos los delitos de peligro, las disposiciones que regulan su punibilidad están direccionadas a la previsión de otros delitos que sí pueden acarrear daños.

La iniciativa de ley no contempla la reforma del artículo 283 por lo que se recomienda su consideración a fin de no incurrir en duplicación de normas penales así como en penas especiales para conductas similares.

Es decir, la referencia en el tipo penal propuesto a un sujeto pasivo determinado por una serie de características de carácter variado, conlleva una pena más grave que la que conllevaría la misma conducta con respecto a cualquier otro sujeto pasivo, creando un trato discriminatorio hacia otros infractores.

### **3.2.- Análisis de la penalidad**

Con respecto a la individualización y tipicidad de la pena, el proyecto en análisis deja al juez poco margen para hacer la valoración y adecuación de la pena e incluso lo elimina, impidiendo la vinculación que debe realizar el juez entre la determinación de la pena y la culpabilidad. Al respecto conviene tomar en cuenta lo indicado por la Sala Constitucional en este sentido:

*“La pena, consecuencia necesaria de la falta cometida por un sujeto penalmente responsable, debe ser adecuada al hecho antisocial que le sirve de antecedente, es decir, debe haber proporcionalidad entre delito y pena, adecuación en la que la gravedad del hecho, los motivos determinantes, la personalidad del autor y en especial el grado de culpabilidad, tienen marcada trascendencia. Existen tres clases o niveles de individualización de la pena: legal, judicial y administrativa. En el plano legislativo, más que individualización, lo que hace el legislador es fijar parámetros en cuanto al monto de la pena a imponer y los motivos de atenuación o*

*agravación de la misma, a los cuales debe adecuar el juez su actuación. Es el juez quién verdaderamente individualiza la pena, en la sentencia condenatoria, es él que determina cuál es la pena justa y equitativa que le corresponde al sujeto en los casos concretos sometidos a su conocimiento. Las posibilidades de realizar una acertada individualización judicial de la pena, están en relación directa con la amplitud del margen de discrecionalidad, que el legislador le deje a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley penal a los casos concretos. Entre más amplio sea ese margen, mayores serán también las posibilidades de que el juez pueda adecuar correctamente la pena a las particularidades del caso y a la personalidad de los sujetos que debe juzgar. El que exista ese margen de discrecionalidad para el juzgador, no representa entonces una violación a los principios constitucionales, sino más bien una garantía de que la pena se impondrá en forma individualizada, atendiendo a las características y circunstancias concretas del caso en particular. (...) Es indispensable que las normas que contiene las sanciones sean claras y le permitan al juzgador moverse dentro de un grupo de sanciones diferentes a aplicar en la medida en que son diferentes las conductas a juzgar; que exista un sistema de graduación de las sanciones con límites mínimos y máximos de pena bien delimitados, que le permita al juzgador operar dentro de los mismos y que atiendan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”<sup>24</sup>*

A la luz de lo señalado se recomienda reformular las penas en las conductas agravadas ya que la descripción propuesta podría resultar en ese sentido inconstitucional.

En el tipo penal en análisis, el proponente dispone una penalidad principal que va de uno a tres años de prisión, con lo que cabe la posibilidad de que los sujetos activos en los delitos en él descritos, sean objeto del beneficio que ofrece el artículo 59 del Código Penal, el cual posibilita al juez aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena impuesta no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento. En cuyo caso las disposiciones sobre la penalidad que se describen de seguido no serían de aplicación.

A continuación se analizan cada una de las siete disposiciones relacionadas con la penalidad, aplicables a las conductas descritas en los incisos a), b), c) y d) del artículo único que contempla la iniciativa de ley en consideración.

**1.- “Las penas previstas se impondrán en su mitad superior e incluirán la destitución del cargo y la inhabilitación para obtener cargos públicos durante el tiempo de la condena cuando los hechos sean cometidos por una servidora o servidor público, o autoridad pública.”**

Se observan en esta disposición algunos aspectos que merecen una especial consideración. La primera en relación con la penalidad propiamente y la segunda con respecto al concepto de servidora o servidor público, o autoridad pública.

a.- Sobre la penalidad:

---

<sup>24</sup> Sala Constitucional Voto N° 8015-99



La pena está descrita en plural, de manera confusa e impide al juez la correspondiente valoración. Se debe aclarar que ésta debe ser el resultado de la individualización que el juez hace en cada delito y por tanto se sugiere una redacción y estructura que permita al operador judicial individualizar los delitos y sus penalidades.

Con respecto a la penalidad que agrava la pena fijándola en “su mitad superior”, cabe mencionar que ésta no permite al juez margen alguno de tasación, impidiéndole seleccionar la pena que considere adecuada entre las distintas magnitudes, observando los máximos y mínimos fijados por la ley. Lo anterior en razón de que el proponente es quien fija la pena “en su mitad superior”.

Cada tipo penal debe prever específicamente la pena correspondiente al delito de que se trata, e incluso cabe la posibilidad al juez de realizar modificaciones según las formas particulares de realización de él reguladas en la Parte General.

Así, la culpabilidad se constituye en el límite de la pena, dentro de los extremos señalados por el legislador. De ahí, que sea posible la imposición de penas iguales para casos absolutamente diferentes, de conformidad con el grado culpabilidad y de la importancia del bien jurídico lesionado por el hecho a juicio del juez que fija la pena. El juez al concretar la sentencia emitiendo su decisión cuantitativa, deberá motivar el porqué del monto a que ha llegado. La pena en cuestión debe a su vez cumplir con el principio de proporcionalidad y de razonabilidad.

En relación con el modo de fijación de la pena, el art. 71 del Código Penal señala que:

*“El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta:*

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;*
- b) La importancia de la lesión o del peligro;*
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar,*
- d) La calidad de los motivos determinantes;*
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y*
- f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del juez.*

De manera que, si la voluntad del proponente es la de agravar la pena en las conductas descritas, debe indicarlo estableciendo el extremo mínimo y máximo.

b.- Sobre la destitución del cargo y la Inhabilitación para obtener cargos públicos durante el tiempo de la condena:

Entre las clases de penas que contempla el Código Penal en su artículo 50, no se contempla la destitución o despido como una sanción penal. A continuación se puede observar.

*“Artículo 50: Clases de 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”*

En este punto, es necesario aclarar que la pena de inhabilitación absoluta conlleva la pérdida del empleo, cargo o comisiones públicas de conformidad con el artículo 57 inciso 1 del Código Penal que se verá con mayor detalle a continuación.

La inhabilitación puede ser absoluta o especial. Esta última es una pena accesoria. La inhabilitación absoluta sin embargo, es una de las penas principales que el Código Penal establece en su artículo 50 y produce la pérdida del cargo de conformidad con lo expresado en el artículo 57 del Código Penal:

*“La inhabilitación absoluta que se extiende de seis meses a doce años, excepto la señalada en el inciso 6) de este artículo, que se extiende de cuatro a 50 años, produce al condenado lo siguiente:*

- 1) Pérdida de empleo, cargo o comisiones públicas que ejerciere inclusive el de elección popular;*
- 2) Incapacidad para obtener los cargos, empleos o comisiones públicas mencionadas;*
- 3) Privación de los derechos políticos activos y pasivos*
- 4) Incapacidad para ejercer la profesión, oficio, arte o actividad que desempeñe;*
- 5) Incapacidad para ejercer la patria potestad, tutela, curatela o administración judicial de bienes;*
- 6) Incapacidad para ejercer u obtener empleo, cargo, profesión, oficio, arte o actividad que le coloque en una relación de poder frente a una o más personas menores de edad.*

Como puede apreciarse, los supuestos referentes a la destitución del cargo y a la inhabilitación para obtener cargos públicos durante el tiempo de la condena, están considerados en los incisos 1) y 2) respectivamente.

Sobre la aplicación de la pena, debe señalarse que para que se dé la aplicación de la inhabilitación, junto con la pena típica de cada delito, no basta la calidad funcional del autor; es necesario que éste abuse del cargo que ostenta, es decir, que se valga de él para cometer el delito. El juez sólo impondrá dicha pena cuando los derechos de que se priva al condenado hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esa vinculación. Por ello, resulta innecesaria la referencia en el tipo del propósito de la inhabilitación.

Normalmente, el juez o tribunal puede acordar, dependiendo del delito que se trate, la gravedad del hecho o el peligro representado, combinaciones que difieren en la aplicación. Siempre que el tipo penal lo permita podría optar por:

- La imposición de una pena añadiendo la inhabilitación prescrita, que por lo general tiene un quantum de rango mayor.
- La imposición únicamente de inhabilitación, pues no dependen de pena principal, ni su duración debe hacerse coincidir con la de las penas principales.

Su imposición es facultativa, salvo que el tipo penal tenga unida concomitantemente la pena principal con la inhabilitación como es en el caso que nos ocupa.

Algunas inhabilitaciones se suspenden durante los períodos de libertad condicional, lo que implica que esa pena sólo resulta efectiva en los casos de prisión tal como sucede en el caso en análisis, extinguiéndose junto con la pena principal por el cumplimiento de las condiciones de la libertad, o recobrando vigencia en caso de revocación.

También con respecto al despido, cabe mencionar que entre las principales causas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo o relación laboral sin responsabilidad patronal, se encuentran prescritas en el artículo 81 de nuestro Código de Trabajo, el cual literalmente indica:

*“Artículo 81.- Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:*

*(...)*

*k) Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria.*

Prisión por sentencia ejecutoria es aquella que sufre el trabajador a causa de una sentencia que no admite ningún recurso, o sea, que se da mediante una condena firme o de cosa juzgada material, a través de la cual el trabajador efectivamente tiene que ir a prisión. Por tanto, no cabe el despido para aquellos casos en que la prisión que se sufre es preventiva. Igualmente no se configura la causa de despido para el caso en que el trabajador es condenado, pero se le otorga el beneficio de la libertad condicional.

De conformidad con lo indicado, quien disfrute del beneficio de ejecución condicional de la pena no puede considerársele sujeto de la sanción que impone dicho inciso k) del artículo 81 citado.<sup>25</sup>

Por tanto, la destitución es en estos casos una consecuencia que se desprende de un acto de índole administrativo, no penal, a raíz de la condena por un delito. Es una sanción de despido, que de conformidad con la Ley General de la

---

<sup>25</sup> Tribunal Superior de trabajo, Sec. Primera N° 739 de las 9:15 hrs. del 30 de setiembre de 1991.

Administración Pública, resulta como acto final del procedimiento sancionatorio que debe conocer y resolver la administración pública en sede administrativa.

Por las consideraciones hechas se sugiere su eliminación del artículo propuesto ya que de imponerse pena de inhabilitación, esta lleva implícita la pérdida del cargo y, de no imponerse pena de inhabilitación, la sentencia ejecutoria faculta al patrón para dar por terminado el contrato.

c.- Sobre el concepto servidora o servidor público, o autoridad pública:

La Ley General de la Administración Pública en su artículo 111, define al servidor público como:

*“...la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.*

*2. A este efecto considérese equivalentes los términos “funcionario público, servidor público, empleado público, encargado de servicio público y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario...”*

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones ha señalado que

*“...el concepto de funcionario público es mucho más amplio en Derecho Penal que en otras áreas del ordenamiento jurídico, utilizando un criterio que la doctrina moderna señala como objetivo, según el cual lo que interesa es que se desempeñe una función que en su esencia es pública. Es entonces la naturaleza de la actividad y no su ligamen con la Administración lo que, entre otros aspectos, caracterizan al funcionario público (Ver en especial resoluciones de esa Sala Nos. 103-F de las 10:30 hrs del 2 de junio de 1989, y 104-F de las 9:15 hrs del 27 de abril de 1990 donde se analizó exhaustivamente dicho concepto). En todo caso el mismo artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública señala en su artículo 2) que se consideran equivalentes los términos.<sup>26</sup>*

Consecuentemente, una autoridad pública, lo mismo que un servidor o servidora pública son en esencia funcionarios públicos por lo que parece innecesario hacer tal distinción especialmente si se toma en cuenta que esta no supone una sanción mayor.

Así las cosas y con el ánimo de armonizar y dar coherencia a la propuesta de ley con los contenidos del Código Penal, particularmente si se tiene en cuenta que el Título XV, relativo a los “Delitos contra los deberes de la Función Pública” tiene como destinatario de sus disposiciones a la función y al funcionario público; se

---

<sup>26</sup> Sala Constitucional Voto N° 2089-F de las 9:30 hrs del 10 de junio de 1994.

sugiere sustituir el concepto de servidor o servidora pública así como el de autoridad pública por el de funcionario público.

**2.- “Las penas previstas se impondrán en su mitad superior cuando se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación masivo, por medio de Internet, o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”.**

Valga para esta disposición el comentario hecho en la anterior con respecto al uso del plural para referirse a la pena, a la confusa fórmula utilizada para describirla y fijarla, y a la manera en que ello impide al juez su correspondiente valoración sobre la proporcionalidad y razonabilidad de la misma.

**3.- “El juez acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido”.**

Esta disposición resulta innecesaria en tanto el Código Penal en sus disposiciones de aplicación general, dispone en su artículo 110 la figura del “Comiso”, según el cual, *“El delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o los valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.”*

Para los efectos que interesan al proponente de la iniciativa, la disposición del Código Penal cubre los supuestos normativos en análisis.

**4.- “Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”**

Tal como ya había sido mencionado en los comentarios a la disposición anterior y, en relación con el interés de que el contenido transmitido mediante tecnologías de la información y la comunicación en la comisión de los delitos descritos en los incisos a),b),c) y d) sean retirados, se reitera que corresponde al juez en atención al artículo 110 del Código Penal ordenar la supresión de los medios y recursos que posibilitan la comisión del delito imputado como ya había sido indicado.

Cabe sin embargo hacer una apreciación con respecto al ámbito de validez de la disposición en comentario. Es sabido que debido a la naturaleza del tránsito de las comunicaciones, algunas producen un gran número de delitos a distancia, que en ocasiones presentan dificultades para determinar cuál ordenamiento jurídico tiene que ser aplicado. Precisamente para resolverlas, cada sistema penal nacional debe

procurar determinar su alcance espacial, regulando su ámbito de vigencia, es decir, determinando la extensión de la “jurisdicción” de la propia ley y, por supuesto, de los órganos del Estado que la aplican.

Valga el comentario anterior para señalar que algunas de las conductas descritas podrían generarse fuera de nuestras fronteras, lo que supondría algunas dificultades para sancionarlas o bien para tomar medidas como el bloqueo o interrupción de la acción.

La delincuencia electrónica ha sido penalizada en nuestro medio de manera parcial, de forma muy próxima a las conductas criminales tradicionales previamente tipificadas en diversos instrumentos normativos, el legislador ha optado por reformar o agregar secciones o incisos a las figuras penales preexistentes para contemplar las nuevas modalidades tecnológicas, para su comisión sin que se haya podido llegar a lograr una ley de delitos informáticos<sup>27</sup> que sancione penalmente, de manera sistematizada en un solo cuerpo normativo los múltiples “ilícitos informáticos”. Ello ha sido elemento de críticas al sistema, dada la gran cantidad de crímenes que quedan impunes.

**5.- “Cuando se trate de personas primarias en la comisión de este delito, el juez podrá reemplazar la pena de prisión por la aplicación conjunta de la pena alternativa prestación de servicios de utilidad pública de ciento cincuenta a doscientos cincuenta horas, una multa de cincuenta a ciento cincuenta días y la retractación pública del delito cometido, que deberá realizarse por el mismo medio, iguales condiciones y alcance por el cual se cometió el hecho, asumiendo los costos que ello implique. La prestación de servicios de utilidad pública consistirá en que la persona condenada preste servicio en los lugares y horarios que el juez determine, a favor de establecimientos de bien público o de utilidad comunitaria o de organizaciones sociales dedicadas a la defensa de los derechos humanos de los grupos o personas afectadas, bajo el control de las autoridades de dichos centros, en forma tal que no resulte violatoria a los derechos fundamentales de la persona condenada, no perturbe su actividad laboral ni ponga en riesgo los derechos de terceros. Los períodos para el cumplimiento de esta pena serán de ocho a dieciséis horas semanales.**

En esta disposición, el proponente plantea una serie de penas sustitutivas de la pena de prisión cuando el sujeto activo delinque por primera vez. En esta descripción, cuando se refiere a la pena de multa se aprecia que está se ha consignado de forma incompleta, resultando en consecuencia atípica e inconstitucional, la pena de multa debe ser estimada en “días multa”.

---

<sup>27</sup> Ver al respecto: Programa de la Sociedad de la Información y el Conocimiento de la Universidad de Costa Rica -PROSIC-, Hacia una Sociedad de información y conocimiento de Costa Rica, Informe 2006, pág. 58

Con respecto a la pena de retractación pública por el delito cometido debe indicarse que el artículo 50 del Código Penal no contempla dentro de su elenco de penas la de retractación pública del delito cometido; la que si está tipificada en el artículo 155 del Código Penal, “Publicación Reparatoria”, para los casos de los “Delitos contra el Honor”, sea, en caso de injuria, calumnia y difamación únicamente. En consecuencia no resulta conforme a la Constitución Política la aplicación de penas que no están tipificadas en el Código Penal.

En relación con la pena de “Prestación de servicio de utilidad pública” descrita en la disposición en comentario, se sugiere prescindir de dicha descripción en razón de que el artículo 56 Bis del Código Penal la define en los mismos términos, por lo que se recomienda atenerse a lo ya dispuesto en la Parte General del Código y establecer únicamente los límites de la penalidad.

Asimismo debe tenerse en consideración que normalmente es el juez el que realiza la valoración en estos casos al individualizar la pena, no obstante, al establecerse una pena de hasta tres años de prisión y disponer la sustitución de la pena de prisión por otras sustitutivas, se tiene como efecto que el sujeto responsable del delito quedaría excluido de la posibilidad de acogerse al beneficio de “Suspensión del procedimiento a prueba” regulado mediante el artículo 25 del Código Procesal Penal<sup>28</sup> en relación con los numerales 59 y 63 del Código Penal, toda vez que ese beneficio tiene como requisito de procedencia que se trate de un delincuente primario y la pena no exceda de tres años de prisión.

***6.- Adicionalmente, el juez podrá ordenar la aplicación, como pena accesoria, de la pena de cumplimiento de instrucciones, que consistirá en someter a la persona condenada a un programa especializado de educación y sensibilización para ofensores, orientado a prevenir y erradicar el odio y la discriminación.***

La pena accesoria es la que no puede aplicarse en forma autónoma, sino que tienen que ir acompañando a una pena principal de cuya existencia dependen. Por otra parte, el juez puede aplicar penas que pueden ser o no paralelas. Paralelas cuando el legislador prevé para el delito penas de distinta naturaleza y ellas pueden funcionar como alternativas o conjuntas; funcionan como alternativas cuando el juez tiene que elegir entre la prisión o la multa por ej.; funcionan como conjuntas cuando las distintas penas prevista deben imponerse acumulativamente, en otras ocasiones el tipo contempla a la vez penas alternativas y penas conjuntas.

No obstante, la forma en que se disponen las penas en este tipo penal, no permite identificar con respecto a que conducta tiene la facultad el juez de imponer la pena accesoria. Asimismo, la pena accesoria propuesta no figura dentro de las clases de penas que establece el artículo 50 del Código Penal. Tal como fue indicado anteriormente, la indeterminación en la descripción de la pena deviene en inconstitucional.

---

<sup>28</sup> Código Procesal Penal, Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996

**7.- “El incumplimiento de las penas alternativas facultará al juez de ejecución para que la revoque y ordene que a la persona condenada se le aplique la pena de prisión durante el tiempo de la condena que le falte cumplir.”**

Con esta disposición el proponente procura garantizar el cumplimiento de las penas alternativas y la efectividad de las disposiciones judiciales, facultando al juez de ejecución de la pena para que se le revoque el beneficio.

En ese sentido, el artículo 56 Bis del Código Penal, “Prestación de servicios de utilidad pública”, establece que el control de la ejecución corresponde a la Dirección General de Adaptación Social quien debe informar al juez de ejecución de la pena sobre el cumplimiento de la sanción. En consecuencia, dicho incumplimiento facultará al juez de ejecución de la pena para revocarla.

De igual manera, el incumplimiento de la pena de inhabilitación encuentra sanción en el artículo 336 del Código Penal<sup>29</sup> que sanciona dicho incumplimiento como delito. Se trata de una sanción genérica que impone pena de seis meses a dos años de prisión, común a todas las categorías de inhabilitación.

#### **IV.- ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA**

Siendo que el inciso 1) del artículo 124 Constitucional le confiere a la Asamblea Legislativa la atribución de dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, se sugiere consecuentemente corregir el Título del proyecto de ley para que donde dice “Modificación”, diga “Reforma”, así como el encabezado del artículo único del proyecto para que que donde dice “Modifícase”, diga “Refórmese”.

Por técnica legislativa el tipo penal debe ser redactado de manera clara para que brinde seguridad jurídica, ya que la norma es excesivamente amplia y contiene muchas conductas.

#### **V. - ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO**

##### **1.- Votación**

En principio, este proyecto requiere para su aprobación de la mayoría absoluta de los votos presentes según lo dispone el artículo 119 de la Constitución Política de la República.

##### **2.- Delegación**

---

<sup>29</sup> “Artículo 336. Quebrantamiento de inhabilitación: El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de seis meses a dos años.”



El proyecto es delegable en una Comisión con Potestad Legislativa Plena, pues su contenido no se encuentra dentro de las excepciones dispuestas en el artículo 124 de la Carta fundamental.

### **3.- Consultas**

#### **Obligatorias:**

No hay

#### **Facultativas:**

- Ministerio de Ciencia y Tecnología
- Ministerio de Seguridad Pública
- Ministerio de Justicia y Gracia
- Colegio de Abogados
- Defensoría de los Habitantes.

EXPEDIENTE N° 19.062  
/eeb.-