



DH-DNA-931-2019
San José, 9 de diciembre de 2019

Señora
Ana Julia Araya Alfaro
Jefa de Área de Comisiones Legislativas
Asamblea Legislativa
COMISION-SOCIALES@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Aprovecho la presente para saludarle cordialmente y a la vez manifestarle que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley **""LEY QUE ADICIONA UN ARTÍCULO 381 BIS Y DEROGA EL ARTÍCULO 123 BIS DEL CÓDIGO PENAL LEY N° 4573, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1970, Y SUS REFORMAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ""**, expediente legislativo N° 21.410, me refiero en los siguientes términos:

I. Resumen Ejecutivo

En la exposición de motivos del proyecto en consulta, se señala que en Costa Rica se han realizado esfuerzos importantes para introducir legislación tendiente a la protección de las personas menores de edad; sin embargo, aún queda trabajo por desarrollar de cara a garantizar los derechos de este importante sector de la población. Por ello, con el proyecto de ley bajo análisis, se pretende reformar tipos penales con el fin de agravar la pena cuando las víctimas sean personas menores de edad.

El proyecto adiciona un artículo 381 bis y deroga el artículo 123 bis del Código Penal (Ley N° 4573, de 15 de noviembre de 1970, y sus reformas), para el fortalecimiento de la protección de la Niñez y, como indica la exposición de motivos, busca cumplir con el compromiso de que *"...los parlamentarios deben asegurar que los niños y niñas estén protegidos de toda forma de violencia. Ellos tienen un papel fundamental en la eliminación de la violencia contra los niños y niñas"*.

Los proponentes de esta iniciativa de ley estiman que no es suficiente con lo dispuesto en el Código Penal en los delitos contra la vida; específicamente, en lo referente a lesiones y lo pertinente en el caso de los homicidios para sancionar las situaciones de tortura. La tortura es sistemática y atenta contra la dignidad humana de una manera irreparable en el desarrollo de sus víctimas-si sobreviven-, en razón de su salud física y psicológica.

La propuesta de ley, según se indica, además de responder al incremento en casos de esta índole de manera alarmante y lamentable; pretende legislar para castigar a los responsables, tratar a las víctimas de tortura y responder a la obligación del Estado respecto a la implementación del Estatuto de Roma. Aspecto muy ambicioso, pero que debe desarrollarse y discutirse en función de la propia evolución del

derecho.

A su vez se propone se derogue el artículo 123 bis, pues se sustituiría por la adición del artículo 381 bis, en tanto se estima que el delito de tortura debe estar en el Título XVII de delitos contra los derechos humanos. El proyecto plantea que esta propuesta se debe a las sugerencias y recomendaciones de la entonces Defensora de los Habitantes, Montserrat Solano, durante la discusión del expediente N° 19481.

En términos generales, es preciso señalar que, para la Defensoría de los Habitantes, la creación o agravación de delitos penales debe observarse dentro de una política criminal del Estado, por lo que la respuesta ante actos ilícitos debe ser integral y se debe ponderar y considerar si el proyecto bajo consulta se ajusta a las reglas de la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, valorándose éstas dentro de un ordenamiento jurídico integral. Por otra parte, se considera que es oportuno aprovechar la coyuntura para adecuar la normativa y la tipificación del delito de tortura a los estándares internacionales.

II. Antecedentes del Proyecto de Ley: normas jurídicas vigentes y relacionadas

La exposición de motivos señala que, en la anterior administración, el entonces diputado Fabricio Alvarado presentó bajo el expediente N° 19481 "*Ley para el fortalecimiento de la protección de la niñez*" con la idea de tipificar el delito de tortura en perjuicio de las personas menores de edad, así como que en razón de que fue archivado por el vencimiento del plazo cuatrienal, consideraron relevante traerlo nuevamente para el conocimiento y discusión de este Congreso.

Indican los proponentes que incluyeron el texto sustitutivo aprobado y la exposición de motivos de la iniciativa de ley señalada en manera íntegra. Asimismo, citan a la ex Defensora de los Habitantes, Sra. Montserrat Solano, quien en el acta de la sesión ordinaria N° 2 de la Comisión Permanente Especial de Juventud Niñez y Adolescencia señaló:

(...) la jurisprudencia es clara en que cuando hay un caso de tortura de niños y niñas, se le debe dar una mayor gravedad y la legislación tiene que reflejar eso. En este momento la legislación no refleja eso y también está el otro tema de cómo lidiamos con la autoridad parental y sobre todo como se hace la distinción entre otros malos tratos y la tortura y mi idea en esta mañana es intentar dar un poquito de claridad sobre estos temas.

Empecemos por hablar de la gravedad de la tortura. La tortura es una norma "ius cogens", esto significa que toda la comunidad internacional está de acuerdo en su proyección, cualquier acto u omisión del Estado contraria a esa prohibición se considera nulo de pleno derecho y su jerarquía está por encima incluso de cualquier tratado, incluso de tratados de derechos humanos. Yo no puedo alegar la comisión de la tortura para proteger otros derechos; es de los pocos derechos que uno llama que son absolutos, este de proteger a las personas contra la tortura, es una afrenta a la dignidad humana y una violación a la integridad física y mental. Bajo ninguna circunstancia es permitida la tortura y es uno de los peores ataques a la dignidad humana, tanto así que forma parte de los tipos que cuando se comenten con ocasión de la política con carácter sistemático y generalizado puede constituir un crimen de "lesa humanidad". Está prohibida por el derecho internacional de los Derechos Humanos, por el Derecho Penal Internacional y se prohíbe también en los conflictos armados en virtud del derecho internacional humanitario y ni siquiera en las guerras se permite la tortura.

El país tiene una obligación de prevenir la tortura, castigar a los responsables y reparar a las víctimas, esta obligación surge de todos los tratados de derechos humanos y es un requisito de implementación del Estatuto de Roma".^[1]

La violencia pone en grave peligro la supervivencia de las y los niños y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. El impacto en la vida de las personas menores de edad por la violencia ejercida en contra de ellos, puede ocasionar lesiones graves o llegar hasta la muerte; problemas en su salud física, como el retraso en el desarrollo físico o enfermedades pulmonares, cardíacas y hepáticas, dificultades en el aprendizaje; consecuencias psicológicas y emocionales, como el sentimiento de rechazo, trastornos afectivos, temores, ansiedad, inseguridad y aniquilamiento de la autoestima; problemas de salud mental, como trastornos depresivos e intentos de suicidio; puede generar comportamientos perjudiciales para la persona menor de edad, como el consumo de sustancias adictivas o una conducta sexual precoz y riesgosa.

En la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, se reconoce el derecho del niño al respeto de su dignidad humana e integridad física y emocional, además de gozar de igual protección ante la ley. Los Estados Partes deben prohibir y eliminar todo tipo de castigos corporales y todas las demás formas de castigo crueles o degradantes hacia niños, niñas y adolescentes, así como esbozar las medidas legislativas y otras medidas educativas y de sensibilización que los Estados deben adoptar.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 6, señala que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo de las niñas y niños. Además, el artículo 19 señala:

"Artículo 19 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial."

La Constitución Política, en su artículo 51, establece el niño tiene derecho a la protección especial del Estado.

El proyecto de ley hace referencia a normativa nacional e internacional que protege a las personas menores de edad de todo tipo de violencia; entre ellas, el Código de la Niñez y la Adolescencia, que en su artículo 2, define los parámetros de edad dentro de los cuales se pueden clasificar a las personas menores. Así las cosas, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente, a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho.

El proyecto hace referencia expresa a la tortura en contra de las personas menores de edad, lo cual, es, además, consecuente con los compromisos adquiridos por Costa Rica en el nivel internacional. En particular, en lo relacionado con prohibir la tortura y otros castigos o tratos crueles, inhumanos o degradantes a los niños y niñas, en toda circunstancia.

De acuerdo con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, esta se concibe como:

"... todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

El proyecto aporta varios datos relevantes, al señalar que, en Costa Rica, "(...) se estima que cerca de un 31,0% (1.310.983) de la población tiene menos de 18 años. De esa población, cerca de un 31,0% tienen de 0 a 5 años, un 39,0% con edades de 6 a 12 años y un 30,0% de 13 a 17 años¹⁶¹. De conformidad con este dato derivado del Censo 2011, se observa que el menor de edad lo constituye casi la tercera parte de la población total. Dentro de estos, aproximadamente un tercio son menores de 5 años, casi un 40% son menores de doce y el restante tercio menores de 17, por lo que la mayor cantidad se concentra dentro del grupo etario de los 6 a los 12 años.

Lamentablemente, nuestra niñez se encuentra expuesta a abusos, violencia, tortura, lesiones y muerte. De acuerdo con datos del Hospital Nacional de Niños, la cantidad anual de niños con situaciones de abuso en su contra, ha venido en aumento, toda vez que pasó de tener 913 confirmados para el 2008 a recibir 1.543 casos confirmados en el 2013, 1.712 en el 2012, 1.544 en el 2011, 1.588 en el 2010 y 1.508 para el 2008."

La reciente Encuesta de Mujeres, Niñez y Adolescencia (EMNA-2018), arrojó los siguientes datos en relación con los 1.023.539 niños de 1 a 14 años, según se indicó el 49,3% experimentó cualquier método de violencia como medio de disciplina, desglosado la agresión psicológica 34,3 %, cualquier castigo físico 33,0%, castigo severo 2,6%. Por otra parte, se indica que el 23,7% de madres/cuidadoras de niños y niñas creen que el castigo físico es necesario para llamar la atención, criar o educar a un niño adecuadamente.

La exposición de motivos del proyecto en general, reseña las distintas formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, menciona que respecto del maltrato infantil, éste es concebido como el abuso y el repudio de que es objeto una persona menor de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

El proyecto de ley en consulta pretende reformar y modificar el Código Penal, con la finalidad de establecer medidas legislativas que protegen a la niñez y la adolescencia.

III. Contenido del Proyecto de Ley

Tal como se señaló supra, el proyecto adiciona un artículo 381 bis y deroga el artículo 123 bis del Código Penal (Ley N° 4573, de 15 de noviembre de 1970, y sus reformas) para el fortalecimiento de la protección de la niñez y persigue cumplir con el compromiso de que *"...los parlamentarios deben asegurar que los niños y niñas estén protegidos de toda forma de violencia. Ellos tienen un papel fundamental en la eliminación de la violencia contra los niños y niñas"*.

El artículo 1 del proyecto de ley presentado a conocimiento, señala:

Se adiciona el artículo 381 bis a la Ley N° 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970 y sus reformas, para que se lea así:

Artículo 381 bis- Tortura. Será sancionado con pena de prisión de cinco a doce años quien, a través de acciones u omisiones, aplique cualquier método que busque menoscabar la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

Se sancionará con la misma pena, a quien causare intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control, con el fin de investigar u obtener información, como medio intimidatorio de coerción, como castigo o como medida preventiva o por pertenencia de la víctima a un grupo racial, étnico, nacional, religioso, o definido por su edad, sexo, orientación sexual, opinión política, condición migratoria, discapacidad o características genéticas.

Será castigado con la misma pena el médico o cualquier personal de la salud que participe o colabore en la perpetración o encubrimiento del delito de tortura.

La pena será de siete a quince años cuando la tortura se cometa:

a) Por parte de un funcionario público que actuando en ese carácter ordene, instiga, induzca a su comisión, lo cometa directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo haga o las personas que a instigación de un funcionario público ordene, instigue o induzca a su comisión, lo cometa directamente o sea cómplice.

b) Cuando se cometa en perjuicio de personas menores de edad

c) Cuando se cometa a través de actos de naturaleza sexual.

ARTÍCULO 2- Se deroga el artículo 123 bis de la Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970 y sus reformas.

El artículo 381 bis referente a la tortura, delimita el tipo penal, para desarrollarlo de manera que sea aplicable en los casos de personas menores de edad. Pretende el aumento de las penas para la tortura, cuando se refiera a una persona menor de edad y también un aumento cuando la lleve a cabo un funcionario público.

Es preciso señalar que la Constitución Política establece en su artículo 40: *"Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de la violencia será nula"*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Berenson Mejía contra Perú, señaló que *"La tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles. (...)"*

La tortura es la forma más cruel, inhumana y denigrante que se le puede infligir a un ser humano, por ello, a nivel internacional ha sido reconocido como uno de los delitos más atroces en cualquiera de sus formas. La tortura es reconocida como un delito en el derecho internacional, y su prohibición es **absoluta**; igual que los malos tratos y los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes; por lo tanto, son vinculantes para todos los países, independientemente si han ratificado o no los instrumentos de derechos humanos en los cuales se consigne su prohibición.

Los países respetuosos de los Derechos Humanos deben ser consecuentes no solo en tipificar la tortura como un delito, sino en establecer y asegurar que jurisdiccionalmente, dicho delito sea sancionable por los tribunales comunes.

Por otra parte, es imprescindible también que los países adopten todas las medidas preventivas que sean eficaces para prevenir los actos de tortura y los malos tratos, o tratos crueles, inhumanos y/o degradantes en cualquier lugar de detención.

El artículo 4° de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, señala que *"Todo Estado velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos **conforme a su legislación penal**. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad."*

En ese sentido, es preciso señalar que el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha señalado que la tortura requiere causar un dolor o sufrimiento que la separa de otras formas de maltrato, es decir, está catalogado como un delito de Derechos Humanos.

En el caso de Costa Rica, la tipificación de la tortura se encuentra en la Ley N° 4573, Código Penal, ubicada en la Sección III en el tema de las **Lesiones**, en el Capítulo contra la Vida, específicamente en el artículo 123 bis. Es importante señalar que dicha tipificación se encuentra incorrectamente ubicada en dicho Código Penal, al estar señalado como un "sub-delito" de las lesiones.

Este error enmarca al Estado Costarricense en un evidente incumplimiento ante la comunidad internacional y de lo señalado por los diferentes instrumentos de derechos humanos ratificados por Costa Rica, los cuales reconocen la tortura como un delito principal y de absoluta prohibición. El error de ubicación en el Código Penal al establecer el delito de tortura como un acto secundario y dentro del Capítulo de Lesiones, provoca que el Estado, en este caso concreto el Poder Judicial, pudiese estar incurriendo en actos de impunidad al no poder sancionar directamente los actos de tortura.

El artículo 6° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala que: *"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados Partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción."*

Con respecto a la preocupación de estar generando una eventual impunidad en aquellos casos en que hay una situación mayor a la de lesiones, en el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se indica que:

"La impunidad, la cual ha sido consistentemente definida por los órganos del Sistema Interamericano como: la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de derechos humanos. Es un hecho cierto y ampliamente constatado que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. En ese sentido la CIDH subraya que el hecho de que la legislación del Estado sancione severamente los actos de tortura, no constituye per se garantía suficiente para cumplir con su obligación internacional de tomar medidas efectivas para sancionar dichos actos, si es que los órganos del referido Estado encargados de aplicar y ejecutar dicha ley lo hacen parcialmente o en contados casos. Es preciso que, en los hechos, los actos de tortura sean objeto de investigaciones efectivas que conduzcan al procesamiento y sanción de los responsables."

En atención a lo anterior, considerando que en el Derecho Internacional y en los instrumentos de derechos humanos, la tortura se reputa como un delito contra los mismos, se recomienda que el delito de Tortura se ubique en el Título XVII, Delitos contra los Derechos Humanos, de la Ley N° 4573, Código Penal. Por esta razón, la Defensoría de los Habitantes ve con buenos ojos la ubicación que se propone en el Código Penal, de manera que se adecúe a la normativa internacional.

- **Sobre la conceptualización de Tortura:**

La ley N° 4573, Código Penal, en el artículo 123 bis, define los actos de tortura de la siguiente manera:

"Será sancionado con pena de prisión de tres a diez años, quien ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto cometido o que se sospeche que ha cometido, para obtener de ella o un tercero información o confesión; por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil.

Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión e inhabilitación de dos a ocho años para el ejercicio de sus funciones."

Tal como señaló la Defensoría de los Habitantes en el oficio DH-0360-2015 del 21 de mayo del 2015, dirigido a los Presidentes de las Comisiones de Juventud, Niñez y Adolescencia, Asuntos Sociales y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, el Código Penal señala y limita la definición de tortura a los dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión.

El fin de obtención de información es un elemento que ha sido superado por la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. A partir de la definición de tortura establecida en la Convención contra la

Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, otras convenciones y jurisprudencia internacional, han superado dicha definición.

En ese sentido, el artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala lo siguiente:

"Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo."

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el inciso e) del artículo 7°, del Capítulo de Delitos de Lesa Humanidad, conceptualiza la tortura de la siguiente manera:

"Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas." (El subrayado no corresponde al original)

Es preciso acotar que, en los instrumentos y resoluciones de tribunales internacionales, la conceptualización de los actos de tortura, siempre debe de tener un vínculo del Estado con la persona particular perpetradora del acto, o bien que el Estado tuviese noticias con antelación sobre la comisión de actos de tortura por parte de particulares y exista omisión por parte de las autoridades correspondientes para actuar.

Por su parte, en cuanto al delito de tortura perpetrado contra personas menores de edad por parte de sus padres o cuidadores, se trata de una propuesta de regular el castigo corporal en la esfera doméstica como caso de tortura o malos tratos. Se considera necesario acotar que la regulación debe ser muy clara, y debe permitir al juez calificar si un determinado caso es de tortura en vista de los elementos específicos y de las circunstancias particulares, y si la legislación nacional puede contemplar a los actores no estatales como posibles autores de actos de tortura. Ciertas legislaciones prevén que, si los actos de tortura están siendo cometidos contra niños/as, mujeres embarazadas entre otros, serán circunstancias agravantes.

En la jurisprudencia internacional, aún no es unívoco el criterio de si los castigos corporales cometidos por padres, madres, tutores o representantes de niños, niñas y adolescentes dentro de la esfera doméstica podrían considerarse como tortura, o bien se trata de malos tratos, tratos crueles, inhumanos y/o degradantes. La Corte Europea de Derechos Humanos ha conocido varias denuncias (véase, en

particular, A. v Reino Unido, el 23 de septiembre de 1998). La conclusión es que un Estado se hace responsable de una violación de la prohibición de la tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de un actor no estatal, cuando sabía del caso o podía haber sabido del caso, pero no hizo nada. La Corte no ha calificado los hechos como tortura en sí misma, pero esta posición es consistente con el criterio general de la Corte Penal Internacional – ya que en pocas ocasiones hace la diferencia entre la tortura y otros malos tratos. La Corte usa un “límite de gravedad” cuando los actos cometidos se encuentran en el ámbito del artículo 3 de la Convención (prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes). Un vínculo con el Estado sigue siendo necesario cuando los actos de tortura y malos tratos son infligidos por particulares. Se habla de violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados en su fracaso para prevenir el abuso y no como un delito de tortura sujeto a responsabilidad penal individual; por tanto, para responsabilizar a los Estados, es lógico que exista un vínculo con el Estado.

En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A. vrs. el Reino Unido, el Reino Unido resultó responsable del tratamiento infligido a un niño por su padrastro. El padrastro fue procesado en los tribunales del Reino Unido por asalto, pero fue absuelto. La Corte sostuvo que el Reino Unido es responsable de la violación del artículo 3 de la Convención Europea por la falta de protección adecuada:

"La Corte considera que la obligación de las Altas Partes Contratantes de acuerdo con el artículo 1 de la Convención de asegurar a toda persona en su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Convención, en conjunto con el artículo 3, obliga a los Estados a tomar medidas que garanticen que los individuos dentro de su jurisdicción no sean sometidos a actos de tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes, incluidos los malos tratos administrados por particulares. Los niños y otras personas vulnerables, en particular, tienen derecho a la protección del Estado, en forma de disuasión efectiva, en contra de cualquiera de las infracciones graves a la integridad personal" (§ 22).

Por otro lado, en la Guía *"La Tortura en el derecho internacional, guía de jurisprudencia"*, publicado conjuntamente por la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) en el año 2008, indica textualmente que:

"... el Comité contra la Tortura (CAT) todavía era relativamente cuidadoso en cuanto a su abordaje del castigo corporal y recomendaba simplemente al Reino Unido que reconsiderara el castigo corporal "a fin de determinar si es posible suprimirlos en las dependencias en que aún se practica" Sin embargo, al igual que el Comité de Derechos Humanos (CDH), el CAT ha adoptado más recientemente un enfoque más estricto y es claro que dicho Comité considera que cualquier tipo de castigo corporal viola la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

En 2002, la recomendación del CAT a Arabia Saudita fue expresada en términos muchos más fuertes; el CAT requirió al Estado que "[r]eexamine la imposición de castigos corporales que violen la Convención".

El CAT considera que los Estados deben dar un paso más mediante la sanción de leyes que prohíban el castigo corporal en los centros de detención, hospitales, escuelas y otras instituciones públicas; también deberían establecer un mecanismo de monitoreo que asegurara la implementación estricta de dichas leyes. A pesar de que el CAT nunca abordó en forma detallada la cuestión del castigo corporal de niños y niñas por parte de sus padres, varios miembros individuales del Comité señalaron recientemente que consideran que este tema está comprendido dentro del alcance de la UNCAT.175

Todavía no resulta claro si esta posición será adoptada por el Comité en su conjunto o si las observaciones detalladas sobre el tema del castigo corporal en la esfera privada permanecerán en el ámbito exclusivo del CDN.

- La Convención sobre los Derechos del Niño (UNCDN)

A pesar de que tanto el CDH, como el CAT, y el CDN abordan el tema del castigo corporal en las instituciones públicas, las disposiciones de la UNCDN le otorgan mayores facultades al Comité de los Derechos del Niño que al CAT o al CDH para abordar el tema del castigo corporal en el hogar. El artículo 37(a) de la UNCDN establece, en parte, que "Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Esta disposición es complementada por el artículo 19(1), el cual establece:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

En su Observación General sobre el derecho del niño a ser protegido frente al castigo corporal y otras formas de castigo crueles y degradantes, el CDN enfatizó que "No hay ninguna ambigüedad: la expresión 'toda forma de perjuicio o abuso físico o mental' no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes son formas de violencia y perjuicio ante las que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para eliminarlas".¹

Por ello, se reconoce la importancia de regular el delito de tortura como delito contra los derechos humanos, en un apartado diferente del de lesiones. Por otro lado, en relación con la agravación del delito cuando quien lo perpetra es un agente estatal o funcionario público, es un asunto en debate. En el libro *Key Issues in Drafting Anti-Torture Legislation, Expert Meeting, 2012*, publicado por la Asociación para la Prevención de la Tortura, se indica:

"The experts did not reach a conclusion on this issue, but it was generally agreed that if torture by non-state actors with no nexus to a public official is included in the crime of torture then the penalty for torture by state actors should be higher than the penalty for torture by non-state actors.³⁸ One expert posited that it is ultimately a policy decision concerning what draws the stigma of torture, the content of the act or the identity of the perpetrator.

In practice, several states have criminalised torture committed by non-state actors with no nexus to a public official and the issue has been debated by others.

*In **Brazil** the crime of torture covers acts by both state officials and private actors; however when the crime is committed by a public official the penalty is increased by one-third".²*

¹ Guía "La Tortura en el derecho internacional, guía de jurisprudencia", Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 2008, en: http://www.apr.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf

² En: http://www.apr.ch/content/files_res/report-expert-meeting-on-anti-torture-legislation-en.pdf

(Traducción libre: " Los expertos no llegaron a una conclusión sobre este tema, pero se acordó en general que si la tortura por parte de actores no estatales sin nexo con un funcionario público está incluido en el delito de tortura, luego la pena por la tortura por parte de actores estatales debe ser mayor que la sanción de la tortura por actor no estatal. Un experto planteó que en última instancia es una decisión política sobre lo que atrae el estigma de la tortura, el contenido del acto o la identidad del autor. En la práctica, varios Estados han tipificado como delito la tortura cometida por actores no estatales sin nexo a un funcionario público y la cuestión se ha debatido.

En Brasil, el delito de tortura cubre actos por funcionarios del Estado y por los actores privados; sin embargo, cuando el delito es cometido por un funcionario público la pena se elevará en un tercio".)

- **Derecho Comparado en cuanto a la regulación del delito de Tortura:**

En el Código Penal de Argentina, se tipifica el delito de Tortura de la siguiente manera:

ARTICULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente. (El subrayado no es del original)

En el Código Penal de Brasil, se estipula el delito de Maltrato de la siguiente forma:

Maltrato

Art 136 - . Exponer a arriesgar la vida o la salud de la persona bajo su autoridad, custodia o vigilancia, a los fines de la educación, la enseñanza, el tratamiento o la custodia, ya sea privándola de alimentos o cuidados indispensables o sometiéndolo a un trabajo excesivo o inadecuado, o abusando de corrección o disciplina significa: Pena - detención de dos meses a un año o multa.

§ 1 - Si la lesión resultados informativas corporal de carácter grave. Pena - reclusión de uno a cuatro años.

§ 2 - Si los resultados son la muerte: Pena - reclusión de cuatro a doce años.

§ 3 - Aumenta la pena en un tercio, si el delito se comete contra una persona menor de 14 (catorce) años.

En el Código Penal de Perú se regula de la siguiente manera:

CAPITULO III

Artículo 321.- Tortura - Agravante

El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la

pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

En el Código Penal de España se regulan diferentes modalidades de malos tratos y Tortura:

Artículo 153. [Violencia física en el ámbito familiar] *1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2RCL 1995\3170, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48RCL 1995\3170 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.*

Artículo 173. [Trato degradante] *1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. 2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48RCL*

1995|3170 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. 3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Artículo 174.[Tortura] 1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años. 2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.”
(Los subrayados no corresponden al original)

En la comunidad internacional, es un tema debatido si un actor no estatal puede someter a tortura a una persona y de la agravación de la pena cuando quien lo cometa es un funcionario o agente estatal, pero corresponde al legislador optar por la mejor forma de regular dicha figura, siempre con el objetivo de garantizar el interés superior de las personas menores de edad.

- **Derechos de niños, niñas y adolescentes a una vida sin violencia:**

En particular, la Convención de los Derechos del Niño establece que:

*Artículo 19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, **malos tratos** o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que los tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.* (El resaltado no es del original)

En la Observación General N° 8, sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo cruel o degradante (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros) señala:

“4. Desde sus primeros períodos de sesiones, el Comité ha prestado especial atención al hecho de hacer valer el derecho de los niños a la protección contra toda forma de violencia. En su examen de los informes de los Estados Partes, y últimamente en el contexto del estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, el Comité ha observado con gran preocupación la legalidad

generalizada y la persistente aprobación social de los castigos corporales y de otros castigos crueles o degradantes de los niños. " (El subrayado no corresponde al original)

Por ejemplo, el Relator Especial sobre Tortura (2003) se refiere al castigo corporal como incompatible con la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cuando señala:

"5. Recuerda a los gobiernos que el castigo corporal, incluido el de los niños, puede equivaler a un trato cruel, inhumano o degradante, e incluso a un acto de tortura" (Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/32).

Por su parte, en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el castigo corporal y los derechos de las niñas, niños y adolescentes señala que: *"La CIDH hace suya la definición propuesta por el Comité de Derechos del Niño que en Observación General N° 8 adoptada en el 2006, definió el castigo "corporal" o "físico" como "todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante. La definición planteada por el Comité de los Derechos del Niño contiene dos elementos que permiten distinguir claramente el castigo corporal del maltrato o los malos tratos. En tal sentido, se observan dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero consiste en la intención de corregir, disciplinar o castigar el comportamiento de la niña, niño o adolescente. El segundo elemento de carácter objetivo se configura con el uso de la fuerza física. La convergencia de estos dos elementos configura al castigo corporal como una práctica que vulnera los derechos humanos de los niños.*

15. Adicionalmente, el Comité observó que hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se "menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño". Sobre la Observación General N° 8 del Comité de Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que esta tiene "el objetivo de orientar a los Estados acerca de la interpretación de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de eliminar la violencia contra los niños. En este sentido, definió los conceptos de "castigo corporal" y "otras formas de castigos crueles o degradantes, indicando que ambos son incompatibles con dicha Convención, ya sea que éstos se ejerciten en el hogar, la familia o cualquier otro entorno". (Los resaltados no corresponden al original)

La Observación General N° 8 supra mencionada sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros) dispone en el artículo 18 que, *"En el artículo 37 de la Convención se afirma que los Estados velarán por que "ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Esta afirmación se complementa y amplía en el artículo 19, que estipula que los Estados "adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo". No hay ninguna ambigüedad: la expresión "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental" no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes son formas de violencia y perjuicio ante las que los Estados **deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para eliminarlas**". (El resaltado no corresponde al original)*

En la Observación General 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (2011) se señala: "26. **Tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes.** Este concepto incluye todo acto de violencia contra un niño para obligarlo a confesar, castigarlo extrajudicialmente por conductas ilícitas o indeseadas u obligarlo a realizar actividades contra su voluntad, cometido por lo general por la policía y otros agentes del orden público, el personal de los hogares y residencias y otras instituciones y las personas que tienen autoridad sobre el niño, incluidos los agentes armados no estatales. Las víctimas son a menudo niños marginados, desfavorecidos y discriminados que carecen de la protección de los adultos encargados de defender sus derechos y su interés superior. Pertenecen a esta categoría los niños en conflicto con la ley, los niños de la calle, los niños indígenas y de minorías y los niños no acompañados. Estos actos brutales suelen causar daños físicos y psicológicos y estrés social permanentes."

IV. Conclusión

- La tortura es la forma más cruel, inhumana y denigrante que se le puede infligir a un ser humano, por ello a nivel internacional, ha sido reconocido como uno de los delitos más atroces en cualquiera de sus formas. La tortura es reconocida como un delito en el derecho internacional, y su prohibición es **absoluta** por ser una norma **ius cogens**; igual que los malos tratos y los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes; por lo tanto, es vinculante para todos los países, independientemente si han ratificado o no los instrumentos de derechos humanos en los cuales se consigne su prohibición.
- El país tiene una obligación de prevenir la tortura, castigar a los responsables y reparar a las víctimas. Esta obligación surge de todos los tratados de derechos humanos y es un requisito de implementación del Estatuto de Roma. El Sistema Universal y Regional de Derechos Humanos ha señalado que en atención al interés superior del niño, el Estado debe adoptar todas las acciones tendientes a eliminar los tratos crueles, inhumanos o degradantes y la tortura en contra de las personas menores de edad.
- Se reconoce la pertinencia de trasladar el delito de tortura al Capítulo de Delitos contra los Derechos Humanos en consonancia con lo propuesto por esta Defensoría, pues hoy es un sub-delito de lesiones; no obstante, se hace imprescindible que por parte de las y los legisladores se establezca una reforma integral al concepto de tortura que actualmente se consigna en el artículo 123 bis de la Ley N° 4573, Código Penal, y se adecúe a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en materia de tortura.
- Se recuerda que la creación o agravación de delitos penales debe observarse dentro de una política criminal del Estado, por lo que la respuesta ante actos ilícitos debe ser integral y se debe ponderar y considerar si el proyecto bajo consulta se ajusta a las reglas de la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, dentro de un ordenamiento jurídico integral, y considerando las medidas afirmativas y de protección en favor de las personas menores de edad a las que el Estado está obligado de adoptar.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica concuerda con el espíritu del proyecto presentado y de la urgencia de regular apropiadamente el delito de tortura, pero se considera necesario replantear el concepto y adecuarlo a lo establecido en los instrumentos internacionales; así como respetuosamente se sugiere a los y las señoras diputadas tomar

en cuenta los elementos aportados en el presente criterio. En este sentido, se ofrece la colaboración para trabajar en conjunto un proyecto de ley sobre la tipificación del “delito de tortura” ajustada a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por todo lo anterior, esta Defensoría expresa su inconformidad con respecto al texto consultado.

Agradecida por la deferencia consultiva, se despide, atentamente

Catalina Crespo Sancho, PhD.
Defensora de los Habitantes de la República