

DH-PE-0977-2019
San José, 20 de diciembre de 2019

Señores/as
Diputadas/os
Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos
Asamblea Legislativa
COMISION-JURIDICOS@asamblea.go.cr/dab@asamblea.go.cr

Asunto: Criterio sobre el proyecto de ley "Adición de un inciso 11) al artículo 112 del Código Penal, ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970", N° 21.652: "

Estimadas/os señores/as:

De conformidad con la solicitud de criterio del proyecto de ley expediente legislativo N° 21.652: "ADICIÓN DE UN INCISO 11) AL ARTÍCULO 112 DEL CÓDIGO PENAL, LEY N° 4573 DEL 4 DE MAYO DE 1970", realizada mediante oficio AL-CJ-21652-2463-2019), procedo a presentar las siguientes observaciones:

1. Sobre el concepto de crímenes de odio

La dignidad del ser humano como eje transversal de los derechos humanos, parte del reconocimiento de que ésta es igual y tiene idéntico valor en cada persona, sin importar las diferencias que se puedan presentar con el resto de la población y, principalmente, con aquella visión del ser humano que consideramos "normal", cuando en realidad es la visión hegemónica y que resulta excluyente para muchas personas que también forman parte de la sociedad.

El concepto de crímenes o delitos de odio—originado en los conflictos raciales en Estados Unidos en el año 1985—es de reciente surgimiento en el ámbito jurídico y en la sociedad en general, pero si bien no posee una uniformidad jurídica con respecto a su contenido y alcances, refiere a una realidad histórica común en toda sociedad. Esta es la realidad que ha legitimado y tolerado la violencia en contra de determinados sectores de la población, no por sus acciones, sino por la características que las distancian de lo que social, política o culturalmente consideramos como normal o deseable. Desde este punto de vista, los crímenes de odio se vinculan con lo que se ha denominado violencia por prejuicio en el tanto reflejan que si bien se juzgan conductas individuales, éstas se encuentran vinculadas con contextos generalizados de discriminación e intolerancia, convirtiéndose también en un fenómeno de violencia social. Por la naturaleza social de su origen, los delitos de odio no sólo buscan afectar a la persona o personas particulares que son víctimas de la conducta delincinencial, sino que también buscan dar un mensaje intimidatorio a los grupos sociales a los que pertenecen o se presume la pertenencia de las víctimas.¹

Por otra parte, se trata de conductas que ya se encuentran tipificadas en el derecho penal, por lo cual su inclusión no consiste en la generación de nuevos tipos penales, sino la reforma de los ya existentes, reconociendo que existe un disvalor adicional en la conducta y que como tal, amerita la imposición de

¹ En este sentido, los delitos de odio también se han definido como "el delito cuya responsabilidad penal se agrava porque produce un efecto intimidatorio en el colectivo al cual pertenece la víctima por razón de una de sus concretas condiciones personales, con independencia de cuál fuera el móvil del autor". Díaz López, Juan Alberto. Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio. Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia y financiado por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Madrid, España. 2018. Disponible en internet: <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf>

una sanción mayor. Agravar la sanción obedece, precisamente, en la negación del derecho a la igualdad y la pretensión intrínseca de legitimar y naturalizar la discriminación como negación de los derechos humanos.²

El vínculo que existe entre los delitos o crímenes de odio y los fenómenos sociales que han justificado históricamente la negación de derechos a determinados sectores de la sociedad, obliga a que la sanción penal de este tipo de conductas no se realice de forma aislada, sino que sea una parte más de las acciones que el Estado debe realizar para garantizar el derecho a la igualdad de toda la población y la prohibición de la discriminación a partir de acciones que tengan la capacidad de prevenir el daño en los derechos de las personas.

2. Sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación.

El artículo 33 de la Constitución Política dispone con respecto al derecho a la igualdad:

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

El reconocimiento del derecho a la igualdad es un elemento común en todas las constituciones. No obstante, su incorporación en las normas internas, no ha derivado necesariamente en la adopción de acciones concretas por parte de los Estados para atender el fenómeno de la discriminación. Por esta razón, como se indicó supra, la igualdad y la prohibición de la discriminación constituyen un eje transversal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de esta forma, busca que su cumplimiento tenga un papel central en todas las acciones que realizan los Estados en general y del Estado costarricense en particular, como suscriptor de estas disposiciones. En este sentido, y sin pretensión de exhaustividad, esta obligación está contenida en los siguientes instrumentos internacionales suscritos por el país:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 1.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, Art. 2.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 inciso 1.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2 inciso 2.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, artículos 1 y 2.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 2.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad artículos 3 inciso b y 4.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo II.
- Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", Art. 3.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Art. 6 inciso a).
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, Arts. 1 y 2.
- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de intolerancia, Arts. 1 y 2.
- Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Arts. 1, 2 y 3 inciso d).

² "Los «delitos de odio» se refieren inicialmente a delitos clásicos agravados por la motivación del sujeto activo y/o por la selección discriminatoria del sujeto pasivo." Fuentes Osorio, Juan Luis. El odio como delito. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2017, núm. 19-27, pp. 1-52. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>

La integralidad que deben tener las acciones del Estado costarricense frente al derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, se vinculan directamente con el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En el Sistema Interamericano, estas obligaciones se encuentran contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su texto disponen:

"Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

En relación con el cumplimiento de las obligaciones contenidas en estas disposiciones y el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH- ha señalado:

"85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

86. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales. El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico."³

Por el papel que deben cumplir las acciones de los Estados, para garantizar el derecho a la igualdad a través de la adopción de medidas de cualquier naturaleza a fin de eliminar toda forma de discriminación en la sociedad, la Corte IDH ha vinculado estas obligaciones con lo que se denomina el *ius cogens* o derecho imperativo en materia internacional y que, como tal, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, incluyendo a la sociedad en su conjunto.⁴ En esta lógica de pensamiento, ha señalado que:

³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

⁴ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por el país mediante la ley de la República No. 7615, dispone que: *"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."*

"Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico."⁵

Las acciones que el Estado costarricense debe adoptar frente a la discriminación en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, son diversas y abarcan todos los ámbitos de la actuación estatal, debiendo comprender a todas las personas que forman parte de la sociedad costarricense. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes como la Institución Nacional de Derechos Humanos –INDH- del país, conformada a partir de los Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos,⁶ ha visto con preocupación cómo la atención de estas obligaciones y más concretamente, las propuestas legislativas en la materia, han tendido a la adopción de medidas parciales, que sólo atienden a las necesidades de determinados sectores o bien, parten de que la reacción del Estado frente a la violación de los derechos humanos puede reducirse a las acciones de naturaleza punitiva y, como es en el caso del proyecto de ley objeto de consulta, concretamente, partir del aparato represivo del Estado expresado en el derecho penal.

Es por esta razón que desde el año 2015, la Defensoría de los Habitantes inició un proceso de colaboración con las diputadas y los diputados para la elaboración de un proyecto de ley que permitiría, a partir de una visión centrada en la prevención de la discriminación y la reparación del daño, el cumplimiento de las obligaciones del Estado costarricense en relación con las acciones que éste debe adoptar para garantizar el derecho a la igualdad e incidir frente a la discriminación como un fenómeno social, cuyas manifestaciones y conductas exceden la posibilidad de acción del derecho penal.

La Defensoría no ignora la obligación del Estado costarricense de adoptar medidas frente a los delitos motivados por el odio, especialmente a partir de la comprensión de la realidad regional, en la que se presenta un incremento en este tipo de conductas. No obstante, estas acciones no pueden realizarse de forma desarticulada, ignorando que cuando hablamos de la discriminación, estamos ante un fenómeno social que tiene múltiples formas para legitimarse y perpetuarse en las acciones de las personas que vivimos en la sociedad costarricense.

De hecho, de poco sirve la penalización de estos delitos, sin un fuerte proceso de capacitación y sensibilización al personal judicial –en el que sean incluidos investigadores judiciales, fiscales, defensores y jueces-, para que el proceso de investigación y de sanción de estos delitos no contribuya a su impunidad, ni sea discriminatorio ni revictimizante.

3. Sobre el proyecto de ley N° 21.652

El proyecto consultado pretende la reforma del artículo 112 del Código Penal, incluyendo un inciso 11, que en la propuesta dispone:

"Artículo 112- Homicidio calificado

⁵ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Párr. 216.

⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/48/134 del 20 de diciembre de 1993.

Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien diere muerte:

(...) 11) A una persona en razón de su pertenencia a un grupo racial, étnico o religioso, de su nacionalidad, o de una condición de edad, sexo, opinión política, situación migratoria, orientación sexual, identidad o expresión de género, discapacidad o características genéticas."

En relación con el tipo penal que se propone, la Defensoría debe señalar que extraña la referencia al fenotipo de las personas como motivación de acciones de violencia de contenido discriminatorio, en el tanto este concepto permite la comprensión real de la violencia por prejuicio. Los delitos por odio no parten de la pertenencia real de la persona a determinados sectores de la sociedad que han sufrido de formas estructurales de discriminación, basta con la creencia de quien perpetra el acto sobre la pertenencia de la víctima a éstos. La discriminación por una condición presunta, forma parte de este tipo de violencia y como tal, debe estar contemplada en el tipo penal.

Más preocupante para la Defensoría, es la visión parcial con respecto a los delitos por odio y a la discriminación en general. Esperar a la pérdida de una vida, o la tentativa en contra de ésta, para adoptar acciones frente a la discriminación como una forma específica y agravada de violación de los derechos humanos, lejos de cumplir las obligaciones del Estado costarricense en la materia, implica un acto de reconocimiento de su fracaso en la prevención y modificación de las conductas sociales que legitiman y normalizan la discriminación. Por otra parte, los delitos por odio abarcan también el ataque motivado por la discriminación a otros bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, como lo son la integridad física o la propiedad y cuando ésta se presenta como violencia sexual, como en el caso de la violación correctiva de lesbianas y hombres trans o, la violación como mecanismo de limpieza étnica en contra de las minorías raciales y étnicas. Dado lo anterior, es criterio de la Defensoría que sería beneficiosa la redacción de un proyecto de ley que tome en cuenta los elementos anteriormente mencionados.

Por los argumentos anteriormente expuestos, la Defensoría de los Habitantes de la República concluye que el proyecto de ley 21.652: "Adición de un inciso 11) al artículo 112 del Código Penal, Ley No. 4573 del 4 de mayo de 1970" **resulta deficiente para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado costarricense en materia de Derechos Humanos y expresa su disconformidad con su eventual aprobación.**

Agradeciendo su deferencia, se suscribe cordialmente.

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

c.c. Archivo