

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

San José, 22 de septiembre de 2021
Oficio.: FGR-883-2021

Ref.: Respuesta al oficio CPEDH-12-2021

**Señora
Noemy Montero Guerrero
Jefa de Área
Comisiones Legislativas I
Asamblea Legislativa
S. O.**

Estimada señora:

Reciba un atento saludo. Le escribo con respecto a su oficio CPEDH-12-2021, remitido a esta Fiscalía General mediante correo electrónico de fecha 17 de septiembre de 2021, y en el cual se solicitó criterio con relación al proyecto de ley número: 22.453 “Ley para proteger la vida del niño por nacer”.

I.- Antecedentes:

1.- Según se observa en la exposición de motivos de este presente proyecto de ley, el objetivo del mismo es el siguiente:

“El presente proyecto pretende endurecer las penas con que se castiga el delito de aborto, contenidas en el libro segundo, título I “Delitos contra la vida”, sección II del Código Penal. Consideramos que, con esta propuesta se otorgará protección a los niños por nacer así como a la madre, quien ve amenazada su salud y su vida, si toma la decisión de realizarse un aborto. De tal forma que los presentes diputados y diputadas pretendemos, a través de las presentes reformas al Código Penal, equiparar las penas del delito de aborto con las que en la actualidad se castiga a quien incurra en el delito de homicidio en nuestra legislación.”

2.- Los cambios sugeridos por este proyecto legislativo son los siguientes:

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

“ARTÍCULO ÚNICO- Se reforman los artículos 118, 119, 121 y 122 de la SECCIÓN II “ABORTO”, TÍTULO I “DELITOS CONTRA LA VIDA”, Libro Segundo “De los Delitos”, del Código Penal, Ley N.º 4573, de 4 de mayo de 1970 y sus reformas, para que en adelante se lean:

Aborto con o sin consentimiento

Artículo 118- El que causare la muerte de un feto será reprimido:

- 1) Con prisión de veinte a treinta y cinco años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si esta fuere menor de quince años. Esa pena será de diecinueve a treinta y tres años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.*
- 2) Con prisión de dieciocho a treinta y dos años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de diecisiete a treinta y un años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer.*

Aborto procurado

Artículo 119-

Será reprimida con prisión de uno a seis años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de diez meses a cinco años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

Cuando el aborto lo cause directamente la mujer, dicha pena podrá ser sustituida por una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública, que podrá ser de trescientas ochenta horas a mil ochocientas horas de servicio, en los lugares y la forma que disponga la autoridad jurisdiccional competente.

Aborto impune

Artículo 121- No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida de la madre o la salud física y este no ha podido ser evitado por otros medios.

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

Aborto culposo

Artículo 122-

Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.

Cuando el autor del aborto culposo sea un profesional en ciencias de la salud y en dicha condición causa el aborto, se le impondrá inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión o la actividad en la que se produjo el hecho.

Rige a partir de su publicación.”

II.- Sobre el fondo:

1.- El artículo 9 de la Constitución Política fija el principio sustancial de división de poderes y de legalidad en sentido estricto, lo cual se ve reflejado en otros artículos de la Carta Magna, entre ellos el artículo el numeral 39 que zanja los cimientos para la labor judicial en materia penal: “*Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad..”*”.

A partir de dichas disposiciones y principios constitucionales, el establecimiento de las normas que regulan conductas consideradas de magnitud suficiente para ser tenidas por infracciones merecedoras de sanciones penales, así como el *quantum* de dichas sanciones, es una labor constitucionalmente encomendada a los y las legisladoras.

La decisión de despenalizar o penalizar conductas, y las sanciones concretas asignadas, es resorte exclusivo de las personas legisladoras costarricenses, quienes, en el marco de sus funciones y competencias, hacen las ponderaciones para elaborar las leyes que regirán la relación entre el Estado y los ciudadanos, cuyos espacios de ejecución abarcan a las diversas instituciones que se encargarán de materializar esas disposiciones.

El Ministerio Público, tiene por función legalmente otorgada (Ley Orgánica del Ministerio Público y Código Procesal Penal), ejercer la acción penal en estricto apego a la Constitución, y a las leyes previamente elaboradas por el área legislativa.

En virtud de lo anterior, y tomando en consideración las pretensiones establecidas en el Proyecto de ley bajo análisis; la decisión de cuál será el monto de las penas asociadas a determinadas conductas

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

consideradas como delitos, corresponde a una decisión que se encuentra en el ámbito de la política legislativa.

2.- Considerando lo anterior, se hará referencia a algunos puntos de relevantes, teniendo en cuenta los criterios vertidos por la Fiscalía Adjunta de Atención de hechos de violencia en perjuicio de niñas, niños y adolescentes; así como de la Fiscalía Adjunta del Primer Circuito Judicial de San José. Con base a ello, se realizan las siguientes consideraciones:

A fin de realizar un estudio coherente con las obligaciones de carácter internacional y que han sido contraídas por nuestro país, es necesario tomar en cuenta las observaciones y criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto a este tema.

En ese sentido, es menester mencionar que el 23 de octubre del 2017, la CIDH fue vehemente en solicitar a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, porque dejan una marca irreparable que afectan no solo la salud reproductiva, sino que con mucha frecuencia se tiene noticia de embarazos no deseados y de alto riesgo, que finalmente se convierten en abortos ilegales e inseguros, así como un incremento a exponerse a sufrir enfermedades de transmisión sexual.

Por lo anterior, se instó a los Estados parte a crear protocolos de salud adecuados para atender a mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual y a su vez cuenten con un procedimiento de interrupción legal y segura de los embarazos resultantes de violencia sexual, para evitar que sufran además embarazos indeseados y de alto riesgo para su vida. Siendo necesario para ello, que esta población vulnerable, pueda tener acceso a información adecuada y a una educación integral que le permita tomar decisiones para la planificación familiar, en especial cuando se trata de niñas y adolescentes, quienes tienen derecho a recibir educación sexual y reproductiva con el fin de disminuir los embarazos precoces y no deseados, procurando construir más bien programas que las empoderen y guíen en la toma de decisiones futuras.

En ese orden de ideas es fundamental hacer mención de lo que ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estado Americanos¹ en lo conducente, en el aludido comunicado de prensa en octubre del 2017:

“(...) La Comisión a su vez subraya el impacto negativo de las leyes que criminalizan el aborto de forma absoluta sobre la dignidad y los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, como en general al derecho de las mujeres a vivir libre de violencia y de discriminación. La criminalización absoluta del aborto, incluyendo casos en donde la vida de la mujer se encuentra en riesgo y cuando el embarazo es producto de una violación sexual o de incesto, impone una

¹ Ver <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/165.asp>

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

carga desproporcionada en el ejercicio de los derechos de las mujeres, y crea un contexto facilitador de abortos inseguros y de altas tasas de mortalidad materna.

“La interrupción del embarazo es una decisión difícil para cualquier mujer”, afirmó Soledad García Muñoz, Relatora Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH. “De forma particular, las víctimas de violencia sexual o de incesto se encuentran de por sí en situación de especial vulnerabilidad, aún más si son niñas o adolescentes. Por lo tanto, las mujeres, niñas y adolescentes deben tener garantizada la posibilidad de tomar esta decisión de manera oportuna e, informada en un marco legal y seguro, con miras a salvaguardar su salud, su integridad física e incluso su vida. Negar el acceso de mujeres y niñas a servicios de aborto legal y seguro o de atención post-aborto, puede causar un prolongado y excesivo sufrimiento físico y psicológico a muchas mujeres especialmente cuando se trata de casos de riesgo a la salud, inviabilidad del feto o en embarazos resultantes de incesto o violación. Sin efectivo disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos, las mujeres no pueden ver realizado su derecho a vivir libres de violencia y de discriminación”.

Los Estados de la región tienen la obligación de emprender una revisión detallada de todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas cuya redacción o implementación práctica pueda tener repercusiones discriminatorias en el acceso de las mujeres a todos los servicios de salud reproductiva. Asimismo, tienen el deber de eliminar todos los obstáculos de jure y de facto que impiden el acceso de las mujeres a los servicios de salud materna que ellas requieren. Estas medidas han de tener en cuenta la situación de especial riesgo, desprotección y vulnerabilidad de niñas y de adolescentes, así como de las mujeres en particular situación de exclusión.

De la misma forma, la CIDH insta a los Estados de la región que aún no cuentan con un marco normativo adecuado a adoptar legislación dirigida a garantizar a las mujeres el ejercicio efectivo de sus derechos sexuales y reproductivos, en el entendido que la denegación de la interrupción voluntaria del embarazo en determinadas circunstancias constituye una vulneración a los derechos fundamentales de las mujeres, niñas y adolescentes. (...)

De lo anterior se desprende una grave antinomia entre la propuesta de reforma legal analizada, con lo que ha dictado la CIDH², respecto al tema a tratar, razón por la que de una simple lectura se desprende un vicio que no permitiría que esta prospere, máxime cuando ya hubo un caso en el que se demandó a Costa Rica,³ por sostener criterios como el presentado, concretamente en el 2012, caso Artavia Murillo (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, en el que mediante sentencia definió claramente el término “persona”, así como “en general”, según lo establecido en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, indicando en lo conducente:

² Ver: <https://www.redalyc.org/journal/783/78355810010/html/>

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf [Consulta: 21 de setiembre de 2021].

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

“(...) La expresión "toda persona" es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana⁴ y de la Declaración Americana⁵. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (...), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a "conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto", y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales. (...) [E]s posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”⁶

Según lo expuesto, al realizarse una propuesta legal, como la presente, relacionada con temas como el aborto, de previo se debe valorar lo que ha establecido la CIDH mediante sentencias, en las que ya ha definido que lo regulado en el artículo 4 de la CADH, no otorga una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión, porque esta protección debe darse de forma gradual e incremental según se va desarrollando dentro del cuerpo de la mujer embarazada, lo que conlleva a concluir, que elevar las penas de prisión podría resultar desproporcionado, porque estaría dirigido a proteger la vida del embrión sin garantizar la vida de la mujer o niña embarazada, que es quien lo lleva en su vientre.

En resumen, se estima que lo más acertado en consideración a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, la promoción de programas preventivos, así como de educación integral para las niñas y adolescentes, que les permitan conocer adonde acudir a pedir ayuda ante maltratos y abusos que provoquen embarazos no deseados producto de esa violencia, o el sufrir enfermedades de transmisión sexual, que no se solucionan con la elevación de penas ante conductas graves que con el derecho penal no se solucionarían o disminuirían.

Lo anterior, en virtud de que según la interpretación otorgada al artículo 4 de la CADH se desprende que la Convención protege la vida y/o la salud de la mujer embarazada, a quien se le deben proteger en todo momento sus derechos, lo que significa que la protección al embrión no es absoluta y debe aplicarse de forma incremental y según su desarrollo, porque un embrión no es considerado como "persona" a la luz de la CADH, en el entendido que este no ostenta personalidad jurídica que lo

⁴ Al respecto, los artículos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 y 25.2 de la Convención Americana.

⁵ Al respecto, los artículos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI y XXVII de la Declaración Americana.

⁶ Ver: Corte IDH, Artavia Murillo vs. Costa Rica, 2012, párr. 188



Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

faculte como sujeto de derechos. Siendo entonces lo procedente que los Estados respeten y garanticen la interrupción del embarazo cuando la vida o salud de la mujer o niña se encuentra en peligro.

Sin otro particular, se despide atentamente,

Warner Molina Ruiz
Fiscal General a.i
Fiscalía General de la República

SICE, 2263-2021