Sala Constitucional

Resolución Nº 02792 - 2004

Fecha de la Resolución: 17 de Marzo del 2004
Expediente: 02-007331-0007-CO
Redactado por: Luis Paulino Mora Mora
Clase de Asunto: Acción de inconstitucionalidad
Analizado por: SALA CONSTITUCIONAL
Sentencia con Voto Salvado
Indicadores de Relevancia
Sentencia Relevante

Contenido de Interés:
Temas (descriptores): PENAL
Subtemas (restrictores): NO APLICA
Tipo de contenido: Voto de mayoría
Rama del derecho: 3. ASUNTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

2792-04. DELITO DEL ABORTO. Artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. Normas sobre aborto.

Texto de la Resolución

Expediente 02-007331-0007-CO
Exp: 02-007331-0007-CO
Res: 2004-02792
SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Gustavo González Solano, mayor, cédula de identidad número 1-847-709, vecino de San José, abogado, contra los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. Interviene también en el proceso, Farid Beirute Brenes en representación de la Procuraduría General de la República.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el cuatro de setiembre del dos mil dos, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. Alega que dichos artículos contravienen en primer lugar el artículo 33 de la Constitución Política, además de los artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y lo dispuesto en la sentencia número 2306-2000 emitida por la Sala Constitucional. Respecto del artículo 33 de la Carta Fundamental se reclama que las normas legales discutidas, contenidas en los Códigos Penal y Civil, plasman una diferencia de tratamiento, empleando como fundamento una distinción entre persona y feto, pero dicha distinción de acuerdo con la propia Sala Constitucional es inconstitucional por ser contraria al derecho de la Constitución, tal y como quedó claramente señalado en la sentencia 2306-2000. Dicha jurisprudencia es vinculante de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción, de modo que debe aplicarse por parte de los jueces, según lo dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo cual lo dispuesto por las normas jurídicas impugnadas lo es en clara infracción a las reglas citadas. Agrega el accionante que "*al pretender tratar a seres iguales (dado que pertenecen a una misma categoría que es la categoría de persona, con el mismo bien jurídico vida), de modo desigual, se produce una violación del artículo 33 de la Constitución Política que establece el principio de igualdad (y de justicia) que como derecho fundamental tienen todos los individuos nacidos o no nacidos".* Agrega que el artículo 121 del Código Penal es inconstitucional pues establece la no punibilidad del aborto practicado con consentimiento de la mujer, por médico, cuando se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud de la madre, con lo que perime el derecho a la vida a favor de un simple derecho a la salud de la madre, cuando es claro que la vida tiene mayor importancia. En relación con el artículo 31 del Código Civil señala que la norma le otorga la calidad de persona al que nace viva, con lo cual contraviene lo dispuesto por la sentencia 2306-2000 que dijo que se es persona desde el momento de la concepción. Con ello se produce entonces la infracción del artículo 33 Constitucional, que señala que toda persona es igual ante la ley.

2.- La Procuraduría General de la República rindió su informe en el cual señala que no existe posibilidad de entender que los artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional o la resolución número 2306-2000,

sean empleados como parámetros de constitucional. Así, el reclamo en realidad se limita a la violación del principio de igualdad por parte de las normas discutidas. En ese último sentido, se afirma que la labor de elegir cuales conductas han de ser criminalizadas le corresponde en un Estado democrático al legislador, quien, apego a principios como la legalidad penal, existencia de daño a tercero, proporcionalidad y humanidad de la pena, entre otros, tiene sobre si la tarea de fijar el grado de la respuesta penal del Estado ante la infracción penal, siempre como se dijo con los límites impuestos por la normativa constitucional o bien internacional sobre el tema. En este caso, señala la Procuraduría en las normas impugnadas del Código Penal, se protege el bien jurídico vida y en tal sentido no hay ninguna diferencia de trato. Se trata de la muerte de un ser humano, pero lo que ocurre es que el legislador distingue las acciones empleando como parámetro la diferencia de desarrollo que existe entre el nacido y el no nacido. Ahora bien dadas esas circunstancias particulares el legislador ha decidido darles una respuesta penal más atenuada, sin que ello implique una lesión a la igualdad, dado que se trata de criterios válidos por objetivos y razonables, que han sido tomadas en cuenta para la fijación de la pena, lo cual no resulta constitucionalmente incorrecto. Se indica que en el caso del artículo 121 del Código Penal discutido, es cierto que elimina la punibilidad del aborto cometido en protección de la vida o la salud de la madre, pero ello se debe a que aquí están en juego bienes jurídicos de la misma categoría y el legislador ha considerado correcto optar por proteger a la madre. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 31 del Código Civil, se señala que esa norma lo que hace es definir un momento para el comienzo de la personalidad jurídica como concepto de derecho civil, sin que tenga ninguna relación con el tema tratado en la sentencia 2306-2000, sino más bien con la atribución de un derecho a la personalidad, que evidentemente no fue objeto de tratamiento por parte de la Sala.

2.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Mora Mora**; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. El accionante señala que su legitimación para acudir a la Sala surge del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción constitucional, en el tanto se trata *"de un asunto en el cual no puede existir lesión individual y directa, sea a nivel individual o colectivo, dado que la naturaleza del asunto, que es la revisión del articulado del Código Penal y Código Civil, no permite que se analice esa situación".* No obstante, es evidente que esta Sala debe verificar no solo este argumento del accionante sino también si se cumplen los presupuestos necesarios para acudir a la jurisdicción constitucional por la vía de la acción de inconstitucionalidad, pues la legislación ha establecido una serie de condiciones y requisitos que deben existir, como requisito esencial y previo a un pronunciamiento de fondo. En particular, resulta importante destacar que ha sido amplia la exégesis hecha por la Sala de las formas de legitimación establecidas por la ley, y que, para el caso concreto de párrafo segundo del artículo 75, se ha señalado que:

"lo que exige la jurisprudencia de esta Sala, es que "…*cuando la disposición normativa que se impugna está destinada a concretizarse en numerosos y diversos casos de aplicación, que inciden directamente en la esfera jurídica de los individuos,…"* es que se debe recurrir al artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es decir, a plantear el caso ante la Sala mediando un caso previo y concreto, en donde se haya invocado la inconstitucionalidad de la norma." (ver entre otras la sentencia número 2002-6506 de las catorce horas cincuenta minutos del tres de julio de dos mil dos).

En este caso, se discuten por una parte normas jurídicas que contienen sanciones penales y por otra una regla del Código Civil, pero todas ellas están notoriamente destinadas a producir efectos jurídicos únicamente por medio de su concreta aplicación a casos concretos individuales y directos. Ello hace que no estemos en los casos de una legitimación difusa ni colectiva, de manera que en principio pareciera que la ausencia de un asunto previo amerita la declaratoria de inadmisibilidad de la acción. Sin embargo, la Sala ha analizado detenidamente las posibilidades reales que puede tener algún interesado directo, de acudir y obtener tutela judicial de los intereses en juego en esta acción y concluye que se trata de situaciones en extremo difíciles y remotas, de modo que -de forma práctica- puede señalarse que efectivamente no existe posibilidad viable alguna de incoar y producir un juicio base, como el que exige el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de esta jurisdicción. Así, resulta correcta la alegación del accionante en cuanto a que se trata de un caso en donde no existe posibilidad de abrir un proceso que sirva de base para la defensa del interés que se discute aquí, de modo que lo procedente es admitir esta acción de inconstitucionalidad, al amparo de la inexistencia de una lesión individual y directa –entendida en este caso como la virtual imposibilidad de reclamo en vía alguna- y entrar a resolver sobre el fondo de lo planteado.

II.- Objeto de impugnación. El accionante discute la normativa del Código Penal relacionada con el delito de aborto (artículos 118 a 121), y además el numeral 31 del Código Civil. En concreto los textos discutidos son los siguientes:

"**Artículo 118**.- *Aborto con o sin consentimiento*.

El que causare la muerte de un feto será reprimido:

1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto había alcanzado seis meses de vida intrauterina;

2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos 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."

"**Artículo 119**.- *Aborto procurado*.

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

"**Artículo 120**.- *Aborto honoris causa*.

Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión. ".

"**Artículo 121**.- *Aborto impune*.

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 o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios."
"**Artículo 122**.- Aborto culposo.
Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto."
También, el accionante reclama la inconstitucionalidad del numeral 31 del Código Civil que señala:
"**Artículo 31**.- *Existencia de las personas*.
La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal."
De los citados artículos el accionante se limita a señalar que resultan contradictorios con la resolución número 2306-2000 de la Sala Constitucional que estableció que los no nacidos se consideran personas, de modo que la distinción que las normas sancionatorias establecen en cuanto a la pena, son contrarias al artículo 33 Constitucional por tratar de manera distinta a una misma categoría de sujetos. Similar problema se plantea frente al artículo 31 del Código Civil en tanto establece una distinción inconstitucional cuando ya la Sala señaló que nacidos y no nacidos tienen el mismo estatus de persona.
III.- Sobre el Fondo.- El reclamo del accionante tiene su fundamento en la sentencia de esta Sala número 2306-2000 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil. Resulta importante entonces comenzar con una transcripción de lo que allí se dijo en relación con el tema en discusión:
"[…]
V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sin sentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.
VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política**.** Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma: *"Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"* -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona *"tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"* (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el

Pacto de San José en su artículo 4.1:
"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."
Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley Nº7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona *"el nacimiento"*. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga *"debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que *"la vida humana es inviolable"*.
VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense**:** Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera *"nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento"*, con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley Nº7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:
"Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)"
El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".
"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".
El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella —formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia"
IV.- Para lo que interesa en este caso, el pronunciamiento anterior, realmente no produce innovación alguna, puesto que más bien, su autoridad deriva de las fuentes normativas vigentes que cita, a saber: el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Preámbulo y el artículo 6.1 de la Convención de Derechos del Niño, así como los artículos 12 y 13 Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley número 7739 de seis de enero de mil novecientos noventa y ocho. De la conjunción y sistematización de todas ellas se concluye (como lo hizo el pronunciamiento citado) que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos para efectos de darles el estatus de ser humano, equivalente al de persona, a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida. En igual sentido, no existe ninguna contradicción con las normas punitivas contra las que se dirige el accionante (el reclamo contra el artículo 31 del Código Civil se analiza más adelante), pues ellas tienen como objeto la criminalización de conductas que, desde la perspectiva del legislador, atentan contra el derecho a la vida; existe así hasta este punto, plena congruencia en nuestro ordenamiento jurídico el cual, en el ámbito constitucional y convencional dispone la protección del derecho a la vida de los seres humanos nacidos o no, lo cual se repite dentro del ordenamiento jurídico penal que penaliza las conductas que atentan contra ese derecho a lo largo de todo el tiempo que dura la vida del ser humano. No existe entonces ninguna infracción al derecho a la vida que quepa reclamar y el propio accionante así lo entiende al reclamar no contra una infracción a ese derecho, sino una lesión a derecho a la igualdad de trato.
V.- La argumentación central del accionante en lo que se refiere al principio de igualdad, radica en señalar que previamente a la emisión de la resolución número 2306-2000, existía en nuestro ordenamiento una distinción entre feto y persona, la cual fue superada al emitirse dicho pronunciamiento, de manera que las normas jurídicas que tienen como fundamento dicha distinción, como las normas penales discutidas o bien que produzcan la diferenciación entre nacidos y no nacidos –como el artículo 31 del Código Civil- se han convertido en inconstitucionales por contradecir el principio de igualdad, al distinguir donde la resolución de la Sala prohíbe distinguir. No obstante, ese razonamiento contiene un error que ya se hizo ver anteriormente, y es que en realidad la sentencia 2306-2000 citada no vino a innovar en nada la situación jurídica de las personas en nuestro ordenamiento; de tal manera, no es cierto que antes del citado pronunciamiento al feto no se le considerase persona para efectos de proteger su derecho a la vida en sede penal, pues como se vio el tratamiento penal del aborto específicamente parte de la consideración de que estos delitos lesionan la vida de seres humanos. Por otra parte, el segundo elemento del razonamiento del accionante también resulta incorrecto en el tanto en que parte de la base de que para la penalización de conductas relacionadas con el derecho a la vida, el legislador no puede tomar en cuenta otras circunstancias diferentes de la calidad de persona de quien sufre la acción. Para esta Sala lo cierto es más bien lo contrario, dado que un simple vistazo por todo el elenco de penalizaciones asignadas a la comisión de delitos contra la vida, se observa una diversidad de montos que responde a gran cantidad de circunstancias distintas que son sumadas al hecho singularmente considerado de acabar con la vida de un ser humano. De esa manera al núcleo central de una acción consistente en dar muerte a una persona, se agregan muchas otras circunstancias diferentes que se suman para reprimirla en forma diferente según la naturaleza y relevancia de tales particularidades. Así, por ejemplo se toma en cuenta la voluntad del sujeto activo para distinguir el caso del homicidio culposo; la relación entre autor y víctima en el parricidio o del

infanticidio o la particular condición y título del sujeto pasivo en el magnicidio, para mencionar solo algunas de las variantes. Todo esto sirve para concluir que es perfectamente factible rescatar y tomar en cuenta diferentes circunstancias y aspectos que, sumados al núcleo básico de la acción lesiva del bien jurídico vida, sirvan para el establecimiento de penas que sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva en cada una de sus variantes, por un lado, y por otro, la pena con que se le ha de sancionar.

VI.- En tal sentido, cabe indicar que esa labor de ordenación y particular tasación de los valores y disvalores como antecedente para la delimitación de una mayor o menor intensidad con que la que vayan a castigarse las conductas calificadas de criminales así como la plasmación de todo ello en normas jurídicas, es el producto de concretas percepciones, sentimientos y creencias de una sociedad en un momento histórico determinado, y le corresponde al legislador como parte de una sus funciones primarias cual es la determinación de la política criminal, tal y como esta Sala ha tenido oportunidad de señalar en diferentes ocasiones (véase al respecto la sentencia número 10543-2001 del diecisiete de octubre de dos mil uno). Ahora bien, y aunque no existe ninguna alegación en ese sentido por parte del accionante, es innegable que en el ejercicio de esa labor legislativa existen límites infranqueables derivados tanto de la Constitución Política como del derecho internacional vigente; no obstante, en este caso particular, no encuentra la Sala que se haya dado un franqueo de esos límites por parte del legislador, en el acto de establecer normativamente una diferencia entre la situación de un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido, para, con base en dicha distinción, imponer sanciones diferentes para cada una de las modalidades de lesión que se produce al derecho a la vida de ambos. En primer lugar, reconoce la Sala que aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar. En segundo lugar, se presenta en el caso de la persona no nacida una particular relación de absoluta dependencia con una segunda persona, la cual incluso se traduce en que en los primeros estadios de su desarrollo no podría incluso sobrevivir de otra forma y en los últimos estadios del desarrollo antes de nacer, esa relación de dependencia es, si no vital, por lo menos considerada la ideal y apropiada; esto acarrea una nueva circunstancia diferenciadora con otras situaciones que puede y debe ser válidamente tomada en consideración (de una u otra manera) en el tanto en que se hacen presentes y deben tenerse en cuenta, los derechos fundamentales de la madre, cosa que no ocurre en el caso de los homicidios en donde falta esa específica relación con otras personas y sus derechos fundamentales. En tercer lugar, cabe agregar a favor de la validez de la diferenciación en la intensidad de la sanción, el hecho de que ella responde, como se indicó, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente no solo de nuestra sociedad sino, en todas aquellas que componen nuestro entorno cultural, como puede apreciarse de la simple revisión de la forma en que otros países latinoamericanos y europeos han legislado sobre el punto, siempre optando por una disminución en la reacción penal del Estado ante la lesión del derecho a la vida del no nacido. Con relación a este último argumento sin embargo, cabe aclarar que, por su naturaleza relativista, resulta evidente que no podría nunca colocarse sobre otros argumentos ni desbancar otros principios que la Sala ha reconocido como fundamento de nuestro ordenamiento y -en particular- no podría privar por sobre el respeto y consideración a la dignidad humana por ejemplo. Pero en cambio, es válido admitirlo y sumarlo cuando se trata –como en este caso- de juzgar sobre la proporcionalidad y adecuación de la reacción penal legislativamente establecida por el Estado, labor para la cual la particular conciencia social e histórica que la sociedad tenga sobre el tema debe, necesariamente emplearse como guía. Con otros términos, y esto es importante destacarlo aquí, la aceptación por parte de este órgano constitucional de los tres recién citados criterios de diferenciación como pertinentes y aplicables en este caso, toma en consideración de manera esencial, el hecho de que se está ante diferenciaciones que no van a producir ninguna víctima que deba sufrir o que vaya a sufrir alguna disminución o restricción en el disfrute actual o potencial de sus derechos fundamentales, como producto de la diferenciación realizada y, por esa misma razón, no puede decirse que exista afectación de su dignidad humana. Al no estar en juego ese extremo, sino más bien simplemente un tema de ajuste y proporción entre la gravedad que para la sociedad tienen las diferentes conductas a fin de castigar a los culpables de ellas, los argumentos arriba citados parecen suficientes a la Sala para reconocer la validez de la diferenciación hecha por el legislador para la pena a imponer con lo cual no debe entenderse que esta Sala se manifiesta de acuerdo o en desacuerdo con los montos específicos establecidos sino, más bien, que no encuentra que esa distinción que se ha hecho entre un grupo y otro de conductas según se aplique a personas nacidas y no nacidas, no alcanza a ser inconstitucional, sino que se ubica dentro del marco de legítima discrecionalidad del que goza el legislador en estos aspectos.

VII.- Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida. Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto

normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.
VIII.- Finalmente, se reclama la inconstitucionalidad del artículo 31 del Código Civil, en tanto señala que contraviene el principio de igualdad al tratar de forma diferente a las personas en razón de si han nacido o no, lo cual contraviene la sentencia 2306-2000. Sin embargo para la Sala basta citar ese mismo texto para desvirtuar lo dicho por el accionante. Dice la sentencia recién citada en lo conducente:
" VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su estatus de persona."
Así las cosas, el tema de la congruencia del artículo 31 del Código Civil y el derecho de la Constitución, fue analizado por parte de la Sala que interpretó, de manera parca pero suficiente, que es justamente con la segunda frase del artículo, que al no nacido se le está reconociendo su estatus de persona tal y como lo requieren las normas y principios constitucionales. Por otra parte, no existe ninguna razón para cambiar ahora de criterio en relación con lo dicho en esa sentencia y tampoco sería congruente hacerlo en esta acción en la que más bien el accionante pretende justamente que se indique por parte de la Sala que la persona no nacida tiene derechos desde que es concebida tal y como se expuso en el pronunciamiento citado. Por todo ello también en este aspecto la acción debe declararse sin lugar. Salva el voto el Magistrado Volio Echeverría y rechaza de plano la acción.-

Por tanto:

Se declara sin lugar la acción.

<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>

Luis Fernando Solano C.
Presidente
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>

Luis Paulino Mora M. Carlos M. Arguedas R.
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
José Luis Molina Q. Fabián Volio E.
<![if !supportEmptyParas]> <![endif]>
<![if !supportEmptyParas]>

Clasificación elaborada por SALA CONSTITUCIONAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 22-10-2019 17:34:07.