



DH-DNA-MU-963-2018
16 de noviembre de 2018

Sra. Flor Sánchez Rodríguez
Jefa de Área
Comisión Especial Derechos Humanos
Asamblea Legislativa
Correos electrónicos:
fsanchez@asamblea.go.cr
bobando@asamblea.go.cr

Estimados señores y señoras:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes mediante oficio CEDH-071-2018 del 5 de noviembre de 2018, sobre el Proyecto de Ley Expediente N° 20.972 "Derogatoria del inciso 4 del artículo 93, el inciso 3 del artículo 113 y el artículo 120 del Código Penal (Ley para fortalecer el derecho a la vida de cada niño y niña)", me refiero en los siguientes términos:

1. Resumen Ejecutivo

La reforma propuesta se sustenta, según la Exposición de Motivos, en la necesidad de eliminar del Código Penal, dos tipos penales (artículos 113.3 y 120) que contemplan el "honor" y la "honra" como atenuantes, según la proponente, de la pena contenida para el delito de homicidio calificado. También se pretende la derogatoria, sin aclarar el fundamento, del artículo 93.4, relativo al perdón judicial.

La Defensoría de los Habitantes expresa su inconformidad con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados en razón de que la constitucionalidad del artículo 120 ya fue declarada por la Sala Constitucional. La propuesta se basa en equiparación de tipos penales no comparables, la derogatoria de los artículos restringe los derechos de las mujeres que pueden ser imputadas por esos delitos al agravar las penas imponibles, y se elimina el derecho al perdón judicial para una conducta que es imputable únicamente a las mujeres.

2.-Competencia del mandato Defensoría de los Habitantes:

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de las y los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (Principios de París) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de

derechos humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

3.- Antecedentes del proyecto de ley:

Plantea el Proyecto de Ley en consulta que en el Código Penal subsisten normas relativas al "honor" u "honra", principalmente como formas de atenuación de la pena.

Sostiene la Exposición de Motivos que "La subsistencia de normas jurídicas de este tipo funciona como un incentivo perverso, pues ofrece una pena muy inferior. Por ello propone la derogatoria de los artículos del Código, el 93 inciso 4), el 113 en su inciso 3) y el 120".

Según se menciona en la Exposición de Motivos las derogatorias propuestas se relacionan **únicamente** con circunstancias "atenuantes" de dos tipos penales claramente definidos en otros artículos, de modo que no se pretende desvirtuar ni alterar el contenido sustantivo de los tipos penales actualmente vigentes, ni dejar sin sanción ninguna conducta de las que actualmente se encuentran penalizadas.

No obstante, lo anterior, si bien se plantea que "UNICAMENTE se derogan los delitos con circunstancias atenuantes, también se plantea la derogatoria del artículo 93, inciso 4 del Código Penal. Este artículo no se encuentra dentro del Libro II del Código Penal, "De los Delitos", sino que se encuentra en el Libro I, sobre Disposiciones Generales, particularmente en el Título V sobre la Extinción de la acción penal y la pena.

4.-Contenidos del Proyecto de Ley:

El proyecto consultado consta de un solo artículo:

ARTÍCULO ÚNICO- Deróganse el inciso 4) del artículo 93, el inciso 3) del artículo 113 y el artículo 120, del Código Penal, Ley N.º 4573, de 4 de mayo de 1970, sin que se corra la numeración siguiente. La derogatoria se debe consignar al lado de la numeración respectiva.

5.-Normas jurídicas vigentes:

NORMA VIGENTE	TEXTO PROPUESTO
<p>Artículo 93. Perdón Judicial. También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos:</p> <p>4) A quien haya causado un aborto para salvar el honor propio o lo haya producido con ese fin a una ascendiente o descendiente por consanguinidad o hermana;</p>	<p>ARTÍCULO ÚNICO- <i>Deróganse el inciso 4) del artículo 93, el inciso 3) del artículo 113 y el artículo 120, del Código Penal, Ley N.º 4573, de 4 de mayo de 1970, sin que se corra la numeración siguiente. La derogatoria se debe consignar al lado de la numeración respectiva.</i></p>
<p>Artículo 113. Homicidios especialmente atenuados</p>	

<p>Se impondrá la pena de uno a seis años:</p> <p>3) A la madre de buena fama que para ocultar su deshonra diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento.</p>	
<p>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.</p>	

En la exposición de motivos se indica que, al derogar los artículos, se aplicarían los siguientes:

Homicidio calificado

Artículo 112.- *Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate:*

- 1) *A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario, si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital, por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho.*

Homicidios especialmente atenuados.

Artículo 113.- *Se impondrá la pena de uno a seis años:*

- 1) *A quien haya dado muerte a una persona hallándose el agente en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable. El máximo de la pena podrá ser aumentado por el Juez sin que pueda exceder de diez años si la víctima fuere una de las comprendidas en el inciso primero del artículo anterior."*

6.-Análisis del contenido del proyecto:

En relación con la protección del derecho a la vida, con base en el artículo 21 de la Constitución Política que señala: "La vida humana es inviolable", la Sala Constitucional ha desarrollado aspectos relacionados con el derecho a la salud, y también ha debido conocer acciones de inconstitucionalidad contra normas contenidas en el Código Penal, incluyendo el artículo 120 cuya derogación se propone en el proyecto bajo estudio.

Mediante resolución N° **2004-02792** de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro (Expediente 02-007331-0007-CO), la Sala Constitucional declaró sin lugar una Acción de Inconstitucionalidad contra los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal, por contravenir el artículo 33 de la Constitución Política y señaló que los mismos no violentan el derecho de la Constitución por los siguientes motivos:

1. Los montos de las sanciones penales responden a circunstancias distintas, según cada particularidad.
2. Hay una diferencia entre el ser humano ya nacido y el ser humano no nacido.
3. Hay diferencias entre la intensidad de la sanción, con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la reacción penal del Estado.

Con base en ello, se consideró que las distinciones contempladas en los artículos impugnados – incluyendo el 120- no son motivo de inconstitucionalidad de la norma.

Al respecto la Sala Constitucional señaló:

(...) "V.-....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. (...) ***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...**" (El resaltado no es original).*

La Defensoría estima que en razón de que la constitucionalidad del artículo 120 del Código Penal ha sido examinada y confirmada por el Tribunal Constitucional, no se impone ni su modificación, ni su derogatoria.

En cuanto a la derogatoria del artículo 93, inciso 4 del Código Penal, se indica en la Exposición de Motivos que el proyecto tiene por objetivo únicamente la derogatoria de circunstancias atenuantes contempladas en **dos tipos penales**. No obstante, el articulado propone, sin fundamento adicional, la derogatoria de una de las modalidades de extinción de la pena, dirigida particularmente a las mujeres. La Defensoría estima que esa distinción, además de carecer de sustento en los antecedentes de la propuesta, resulta en una posición discriminatoria al despojar a las mujeres de una forma de extinción de la pena aplicable exclusivamente a ellas.

Por otro lado, al eliminar la atenuación de las conductas establecidas en los artículos 113, inciso 3 y 120 del Código Penal, tal como lo explica la Exposición de Motivos, quedan aplicables las causas de **agravación**:

"(...) Por el contrario, en el caso del inciso 3) del artículo 113, el tipo penal aplicable a la conducta descrita sería el del artículo 112 inciso 1), y si hubiese alguna circunstancia especial a ser valorada por el juez, aún puede subsumirlo en el propio inciso 1) del artículo 113, inciso que no se está derogando. En cuanto a la derogatoria del artículo 120, resulta evidente que la conducta descrita cabe en los artículos 118 y 119.(...)"

Así, de aplicarse la sanción del artículo 112, inciso 1, las mujeres pasarían de ser sujetas de la pena de uno a seis años de prisión, a recibir una condena de veinte a treinta y cinco años. La Defensoría considera que esto ubica a las mujeres en una grave posición de desventaja en relación con la normativa vigente.

Por otra parte, al eliminarse el artículo 120, de conformidad con lo propuesto en el proyecto, la conducta estaría enmarcada en los artículos 118 y 119. El artículo 120 establece la pena de prisión de tres meses hasta dos años; a diferencia de los artículos 118 (de tres a diez años, si el feto alcanzó los 6 meses de vida intrauterina y de uno a tres años, si no ha alcanzado los 6 meses) y el 119 establece la pena de prisión de uno a tres años o de seis meses a dos años. De manera que se agravan las circunstancias al eliminarse los artículos propuestos, lo que no resulta pertinente estima la Defensoría.

De aprobarse la reforma propuesta, no se garantizaría la aplicación de principios básicos del Derecho Penal relativos a la imposición de penas ya que no se estaría tomando en cuenta las condiciones

particulares de cada uno de los tipos penales vigentes, y las circunstancias que llevaron a las y los legisladores a reconocer para éstos, montos diferenciados.

Adicionalmente, no concuerda la Defensoría con los argumentos incluidos en la exposición de motivos que procede a equiparar tipos penales que no son comparables. El único elemento utilizado para sostener dicha equiparación y la necesidad de la derogatoria, es que se trata de situaciones relacionadas con la "honra" (113.3 y 120) o el "honor" (93), que indica la exposición de motivos: "*son nocivos para la dignidad de las mujeres*".

Al considerar que los artículos constituyen "atenuantes" de conductas homicidas –que no son conductas idénticas, ni comparables a las contempladas en los artículos 113 y 120 - y pretender su derogatoria, se genera un efecto agravante de las penas dispuestas para las situaciones reguladas en esos artículos, como se indicó. Es decir, no se resuelve una situación *nociva para la dignidad de las mujeres*.

En relación con el artículo 93, se eliminaría la posibilidad y derecho que tienen las personas sentenciadas a obtener el perdón judicial.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica expresa su inconformidad con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados.

Quedamos a disposición para la ampliación o aclaración que se estime pertinente, atentamente.


Juan Manuel Cordero González
Defensor de los Habitantes en funciones



c. archivo