

**El delito de aborto y el aborto terapéutico: Las deudas de la norma técnica para el procedimiento médico vinculado con el artículo 121 del Código Penal**

**The crime of abortion and therapeutic abortion: The debts of the technical standard for the medical procedure related to article 121 of the Criminal Code**

**Licda. Gabriela Dayana Arias Godínez<sup>1</sup>**

*“Desde un punto de vista feminista, casi universal, el **aborto** es una agresión al cuerpo y la psique de la mujer que hay que evitar por todos los medios pero que, en última instancia, la agrade menos de lo que lo haría la continuación del embarazo cuando ella decide interrumpirlo”.*

(Sau, 2000, pág. 11)

Fecha de recepción: 05 de julio de 2020

Fecha de aceptación:

### **Resumen**

Vivimos en un período de constantes cambios paradigmáticos que ponen en la palestra temas de gran relevancia como el aborto, últimamente controvertido debido a las diversas líneas de pensamiento, agrupadas en dos grandes categorías, conservadora, con marcados tientes de moralidad, y feminista, que reclama el derecho de la mujer a la disposición de su cuerpo. La legislación y la práctica médica y jurídica en Costa Rica se han decantado por la primera de ellas; sin embargo, la tutela de los derechos humanos ha venido evolucionando, generando cambios significativos, uno de ellos ha sido sin duda la norma técnica para el procedimiento médico vinculado con el artículo 121 del Código Penal.

**Palabras claves:** Aborto, moral, aborto terapéutico, norma técnica, derechos humanos

---

<sup>1</sup> Abogada litigante, graduada de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica en el año 2018. Actualmente estudiante de la Maestría Profesional en Ciencias Penales, generación 2018.

## Abstract

We are living a period of constant paradigmatic changes that can bring to the fore relevant issues such as abortion, lately controversial due to the different ways of thought, grouped within two main categories, conservative, with marked levels of morality, and feminist, which claims the right of woman to decide on her own body. Legislation and medical and legal practice in Costa Rica have opted for the first one, however, the protection of human rights has evolved, generating significant changes, one of which has undoubtedly been the technical standard for the medical procedure related to article 121 of the Criminal Code.

**Keywords:** Abortion, moral, therapeutic abortion, technical rules, human rights.

### 1. Introducción

El delito de aborto, que en nuestra normativa se encuentra contemplado en cuatro tipos penales distintos, es un delito rara vez sancionado, lo que podría obedecer a su indeterminación terminológica, la experimentada práctica clandestina que incluso llega a hacer uso de personal médico, y el poco interés de persecución penal.

Dicho delito tiene un sustrato moral de composición muy fuerte, y se caracteriza porque los elementos normativos del tipo suelen ser indeterminados, polisémicos, y se encuentran abiertos a interpretación. Sin embargo, y pese a que es un delito rara vez perseguido, nuestra jurisprudencia constitucional tiene una posición muy definida en cuanto al ámbito de protección de la vida desde la concepción (único elemento que ha variado recientemente ya que antes del 2012 se tutelaba desde la fecundación).

En los últimos años, la despenalización del aborto se ha convertido en uno de los estandartes de la lucha feminista por el reconocimiento a su autodeterminación, y la decisión sobre su propio cuerpo en el ejercicio de su capacidad jurídica, esto ha provocado que aquella cobertura de moralidad poco a poco se vaya diluyendo, provocando una fragmentación de la opinión pública en dos grandes grupos diferenciados, los grupos en pro y en contra del aborto, existiendo posiciones intermedias.

Como punto álgido de la discusión se encuentran la diferenciación de dos vidas individuales, con dependencia de una de ellas, en las que se debate si la decisión sobre el feto es una decisión sobre el cuerpo ajeno. Asimismo, la determinación de cuándo inicia la calidad de persona o ser humano, y desde cuándo se puede extender su protección.

El mayor problema que representa la penalización del aborto en la actualidad es su confrontación con los derechos de autodeterminación, salud y vida de la mujer; más aun tratándose de aborto terapéutico, que suele encontrar muchas limitantes para su aplicación, y se restringe en la práctica a la valoración con respecto a la salud física de la madre.

Esto mismo ha provocado una serie de pugnas legales, incluso ante sistemas de derecho internacional, sin que a la fecha se haya resuelto el problema, pese que el en dos mil diecinueve entró en vigor la norma técnica para el procedimiento médico vinculado con el artículo 121 del Código Penal.

En el presente texto se abordará el tema del delito de aborto, partiendo de un análisis axiológico, para posteriormente desarrollar un breve análisis sobre el tipo penal objetivo, culminando con la norma técnica sobre el aborto terapéutico y los motivos por los cuales el Estado costarricense ha quedado en deuda en relación con los reclamos internacionales respecto a la inaplicación del aborto impune.

## **2. El delito de aborto: La pugna entre derecho y moral.**

Una de las mayores dificultades que presenta el análisis de los tipos penales de aborto, particularmente aquellos que involucran el consentimiento de la mujer embarazada, y las diversas tesis sobre la tutela de la vida intrauterina, es precisamente el marco de valoración axiológica que gira en torno al feto, y si este debe ser, o no, considerado persona.

En virtud de que el concepto “persona” es un constructo social y no un hecho empírico, y por lo tanto no es susceptible de verificación, su utilización en relación con el embrión o el feto debe ser constantemente sometida a comparación, en su caso con la vida extrauterina, lo cual puede resultar dificultoso, dado que se intenta equiparar de alguna manera, dos bienes jurídicos que en su aspecto material revisten una gran diferencia.

A falta de cientificidad, para la aplicación de dicho concepto al feto/embrión, se hace uso de parámetros morales y juicios de valor, “...*lo que en conciencia creemos que deberíamos hacer*” (Haba, 2010, pág. 19). Ese resulta ser un parámetro problemático, ya que la moral difiere incluso de persona a persona, puesto que no estimamos de manera uniforme lo correcto e incorrecto, lo bueno y lo malo, sino que dichas valoraciones están condicionadas a un conjunto de creencias, prejuicios y emociones, tan complejos como el ser humano.

Asimismo, es común que al hacer este tipo de ponderaciones acudamos frecuentemente a falacias naturalistas, partiendo del enunciado descriptivo del embrión/feto, indudablemente asociado al concepto de vida, y coligiendo de ello un enunciado valorativo (persona).

El hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto, son personas, al ser “persona” un término del lenguaje moral y la calificación de algo como “persona” un juicio moral que, por la ley de Hume, no puede ser deducido de un juicio de hecho. (Ferrajoli, 2006, pág. 259)

No es de extrañar que las normas morales se filtren en el aparato legal normativo; si bien derecho y moral no pueden considerarse de ninguna manera sinónimos, se encuentran íntimamente relacionados, ya que “...*suele concebirse al derecho y a la moral como dos círculos que se cortan*” (Haba, 2010, pág. 69); es decir, no todo aquello contrario a la moral es ilegal; o en términos del Derecho Penal, delito; sin embargo, una gran parte de los delitos son contrarios a la moral.

En otras palabras, partiendo de que la moral valora antagónicamente (correcto-incorrecto, bueno-malo, lindo-feo), generalmente los tipos penales se encuentran asociados a la idea de lo incorrecto. Sin embargo, en ocasiones el Derecho se utiliza para cambiar ese esquema valorativo, prohibiendo conductas que han sido social e históricamente aceptadas -piénsese en las relaciones impropias-, y otras veces esa valoración evoluciona, trayendo la conducta prohibida dentro de los esquemas de la moralidad, o de la aceptación social, por ejemplo, antes de 1971 la homosexualidad se consideraba delito en Costa Rica.

Hasta hace poco tiempo, el derecho y la moral en temas de aborto parecían no contradecirse; sin embargo, el esquema ha venido cambiando en los últimos años; adoptándose posturas tanto positivas como negativas. Esto ha implicado no

sólo un cambio de paradigma y valoración, ocasionando una fragmentación de la opinión pública la cual es cada vez más heterogénea, sino que se ha reflejado en el tratamiento jurídico y la evolución normativa (por ejemplo, la promulgación de leyes que despenalizan el aborto), e interpretativa, tanto de los conceptos como de las normas.

### **3. El delito de aborto: Tipo penal objetivo, concepto de persona, evolución interpretativa y hermenéutica jurídica.**

El Código Penal costarricense contempla cinco tipos penales de aborto en su sección segunda a partir del numeral 118 y hasta el 122, a saber: aborto con o sin consentimiento, aborto procurado, aborto honoris causa, aborto impune y aborto culposo; siendo el primero el tipo penal base, ya que define “aborto” al describir la acción; en palabras sencillas, aborto es causar la muerte de un feto.

Esto apareja otro tipo de dificultades de aplicación técnica, ya que debe hacerse uso de conceptos medicolegales para el análisis de la tipicidad, los cuales no siempre son comprendidos por el operador jurídico. En ese sentido, se debe manejar con total claridad la distinción entre cigoto, embrión y feto.

En cuanto al concepto de cigoto, pareciera existir unanimidad al entenderse como la unión del óvulo con el espermatozoide, es decir, el óvulo fecundado (Iwasa & Marshall, 2019). Hablamos de una etapa incipiente que dura alrededor de dos días, en la que el óvulo fecundado es aún una sola célula, no ha iniciado el proceso de mitosis y no podría ser detectado dado que no se ha llegado a implantar en el útero de la mujer.

El asunto se torna complejo cuando se trata de hacer una distinción entre embrión y feto, ya que es son conceptos polisémicos (han sido definidos de múltiples formas). Así, hay quien considera que feto es el nombre que se le da al no nacido durante toda la vida intrauterina, pasando por distintas etapas del desarrollo, durante las cuales recibe diversos nombres, blastocito antes de la implantación, embrión con la implantación, y feto al cumplir aproximadamente los tres meses (Cruz-Coke, 1980, pág. 123).

Por otra parte, según la definición de la RAE, en la especie humana, el embrión es el “*producto de la concepción hasta finales del tercer mes del embarazo*”. Ciertamente la referencia de los tres meses de gestación no es antojadiza, sino que está vinculada al desarrollo embrionario y sus funciones nerviosas, ya que antes de este período no se ha formado la corteza cerebral

(Carpizo, 2010, pág. 5). No obstante lo anterior, la definición de feto según la RAE contempla al embrión, desde la implantación en el útero hasta el momento del parto.

Algunos autores han indicado que por criterio médico se habla de feto a partir del tercer mes de gestación (Madden Arias, 2006, pág. 25), e incluso, muchas legislaciones han adoptado este período como el permitido para realizar la interrupción del embarazo sin que por ello se configure delito alguno, aunque no en todos los casos el análisis parte de la consideración del feto como persona, o al menos potencialmente, sino desde un criterio de protección a la salud de la mujer.

Ese fue el caso mexicano, en el que incluso se analizó el derecho al aborto sobre la base del principio de igualdad. Así, se ha considerado que *“Cuando la Constitución se refiere a persona como titular de derechos y libertades, lo hace en relación con el ser que ya nació...el límite de las doce semanas lleva la finalidad de proteger la salud de la madre”* (Carpizo, 2010, págs. 16-17).

Hasta este punto se puede extraer un par de conclusiones parciales: 1. Para la aplicación de cualquier tipo penal de aborto necesariamente se deberá analizar el contenido de la palabra “feto”; 2. Existen al menos dos conceptos de “feto”, uno general, que comprende el embrión, es decir, desde la implantación del óvulo fecundado en el útero, hasta antes de su nacimiento, y uno específico, que considera embrión al producto de la concepción a partir del tercer mes (doce semanas de gestación).

¿A cuál de estos dos conceptos refiere nuestra normativa penal? Hasta antes del caso Artavia Murillo contra Costa Rica, nuestra Sala Constitucional sostenía el criterio de que la vida intrauterina debía ser protegida desde la concepción, anteriormente entendida como “fecundación” (unión del óvulo con el espermatozoide); pero además, a ese óvulo fecundado se le consideraba persona. Respecto al inicio de la vida humana, se podía encontrar en las resoluciones de la Sala criterios como el plasmado en el voto número 2306-2000 de las quince horas con veintiún minutos del quince de marzo del dos mil:

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.... 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...

Posterior a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso anteriormente indicado sobre la fecundación in vitro, hubo un cambio de paradigma respecto a lo que se entiende por concepción, la cual dejó de vincularse al concepto de fecundación, para entenderse como "*la implantación del óvulo fecundado en el útero materno*" (Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, 2012, pág. 57).

Si bien estas consideraciones se realizaron en torno a la Fecundación In Vitro, donde no se podría considerar al óvulo fecundado fuera del vientre materno como vida intrauterina, sino hasta el momento de la implantación, lo cierto es que a partir de este fallo se tuvo que modificar el ámbito de protección del no nacido.

En el caso de Costa Rica la semántica se volvió incluso más complicada en el año dos mil cinco, cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en resolución número 1267-2005 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil cinco, adopta la tesis imperante en Argentina en cuanto a la determinación de cuándo el feto se convierte en persona para efectos de la calificación legal en relación con la acción "dar muerte".

En dicho voto, se excede del concepto medicolegal de feto, ya de por sí bastante confuso desde sus inicios, al dejar de considerarlo así desde el momento en que inician o se provocan las contracciones, para darle carácter de persona, e incluso sostiene la calificación de homicidio en casos de muerte de no nacidos, bajo estas particulares consideraciones. De esta manera, la Sala sostuvo que se es persona desde el nacimiento, reinterpretando el contenido de este término, e indicando que:

...existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En ese sentido debe aclararse que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un proceso que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando estas se inducen

artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica...

Ahora bien, si se llegara a hacer un análisis simplemente normativo, que no contemple valoraciones de índole moral o religiosa ¿Cuándo se configura el delito de aborto? Para contestar esta pregunta resulta necesario hacer un examen tanto legal como constitucional y supra constitucional. Partamos entonces de la norma fundamental de protección a la vida, el artículo 21 de nuestra Constitución Política, el cual estipula "*La vida humana es inviolable*", ya desde aquí nos enfrentamos a la disyuntiva interpretativa respecto a la definición de vida humana, por cuanto una sola cédula humana, por sí, tiene vida. Incluso se han llegado a fabricar injertos de piel a partir del cultivo de células en laboratorio.

Parece considerarse entonces que no toda forma de vida de origen humano es la que protege el numeral veintiuno; e indudablemente lo que se busca con dicha norma es la protección del ser humano ¿Cuándo puede considerarse una forma de vida como ser humano?

A este tipo de interrogantes intentó dar respuesta la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Sobre el particular se expresó:

Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso (*Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, 2012, pág. 58*).

De conformidad con el análisis que realiza la Corte respecto al inicio de la vida humana, considera que se trata de una cuestión que puede ser valorada desde múltiples ángulos o perspectivas, entre ellas la biológica, la moral y la religiosa, entre otras; sin embargo, el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tutela la vida a partir de la concepción, como ya se indicó, entendida esta desde la implantación, no así desde la fecundación, esto de acuerdo con la interpretación conforme al sentido corriente de los términos.



Pero el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se agotó ahí, sino que exploró muchos otros mecanismos de interpretación. Uno que resulta de gran utilidad es la interpretación sistemática e histórica, analizando para ello los sistemas de Derechos Humanos Interamericano, Europeo y Africano, ninguno de los cuales contempla protecciones absolutas o generales de la vida intrauterina; e incluso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010), según cita la misma Corte Interamericana, expresamente ha indicado que *“La prohibición de un aborto para la protección de la vida nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla”* (p. 74).

Concretamente, respecto al sistema Interamericano de Derechos Humanos, tras el análisis de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana (2012) consideró que la intención fue no mantener una protección general de la vida desde el momento de la concepción, pese a que el tema fue planteado y discutido, por lo que la determinación y extensión de dicha protección ha quedado en manos de cada Estado.

Por su parte, dos instrumentos internacionales incorporados a nuestro marco jurídico, a saber, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que también tutelan el derecho a la vida, lo hacen de manera incluso más indeterminada que la Convención Americana, ya que estos no contemplan de forma expresa el derecho a la vida del no nacido.

Así, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*; y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana...”*.

Tomando como punto de análisis los instrumentos mencionados, se hará un estudio de la normativa nacional. Hasta este momento ha quedado sentado que, a excepción de la Convención Americana de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales que regulan el derecho a la vida lo han hecho sobre la base del concepto “persona” o “ser humano”, conceptos vacíos e interpretables, que aluden primordialmente al que ha nacido.

Siendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete designado de la Convención Americana conforme a su artículo 62 inciso 1, ha dejado en claro a partir del caso Artavia Murillo contra Costa Rica que la protección a la vida intrauterina que contempla el numeral 4 de la convención no es una protección absoluta, y corresponde a cada Estado dotar de contenido a la misma, es que debemos partir en el caso de Costa Rica, de nuestras normas internas, a saber, Código Civil y Código Penal.

El Código Civil en su artículo 31 estipula que *“La existencia de la persona física, principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento...”*. Esta norma es una clara muestra de la distinción o jerarquización normativa entre la vida del nacido y el nonato, teniendo carácter de persona únicamente el primero, pero sin dejar desprotegido al segundo.

Indistintamente de la jerarquía normativa, de conformidad con los instrumentos incorporados a nuestro ordenamiento, ya sean legales, constitucionales o supraconstitucionales, la intención siempre ha sido proteger a la vida intrauterina, aunque no de manera absoluta.

De conformidad con las normas del Código Penal citadas al inicio de este apartado, y habiendo aclarado el punto de la protección que pudiera tener el embrión o feto con base en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, podemos dotar de contenido, en particular, al artículo 118 de dicho cuerpo normativo, que es el que define aborto.

De acuerdo con dicha norma, será condenado por el delito de aborto al que causare la muerte de un feto. Hemos visto que “feto” tiene diferentes acepciones, y que nuestra línea jurisprudencial se ha decantado por aquella que lo considera así desde la implantación.

No obstante, esa interpretación puede no estar conforme al artículo 2 del Código Procesal Penal, según el cual, deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal, por lo tanto, de conformidad con esta regla y con los principios pro libertatis y pro homine, que también obligan a interpretar restrictivamente las normas penales y que se encuentran tutelados en el numeral 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el producto de la concepción es feto a partir del tercer mes de gestación.

Ahora bien, esta definición puede satisfacer el tipo penal cuando se habla de abortos consentidos o procurados, puesto que no deja de ser una intromisión al cuerpo de la mujer, y que por lo tanto requeriría de su consentimiento, pero ¿Qué pasa en aquellos casos en los que un tercero, ya sea culposa o dolosamente, sin el consentimiento de la mujer, comete el delito de aborto? ¿Sería impune, o debería serlo, si este ocurriera dentro de los tres primeros meses? ¿Se aplicaría la norma de interpretación restrictiva?

En principio, el ordenamiento debe proteger los derechos reproductivos de la madre, por lo que no debería quedar impune dicha acción; sin embargo, la interpretación anteriormente indicada sí podría representar problemas de persecución penal.

Si bien el artículo 118 contempla dentro del delito de aborto tanto el consentido como el no consentido, hay una diferencia sensible en cuanto al *quantum* de pena, lo que nos indica que la reprochabilidad de la conducta difiere entre uno y otro. No obstante, es claro que la interpretación realizada puede resultar problemática respecto al contenido que se le dé al elemento normativo “feto”, cuando las acciones a nivel típico resultan equiparables, por lo tanto, a fin de evitar la desprotección de la madre en el ejercicio de sus derechos, estas dos acciones deberían ser contempladas en distintos tipos penales, lo que podría implicar incluso una redefinición del bien jurídico tutelado.

#### **4. Redefinición del tipo penal de aborto y política criminal**

Desde el planteamiento feminista, o al menos en su corriente progresista (existen otras corrientes opuestas al aborto), se reclaman los derechos de autodeterminación y decisión sobre el propio cuerpo; considerando incluso que la negación al derecho decidir sobre la interrupción del embarazo implica una disminución de la capacidad jurídica de la mujer.

En esa línea, Madden Arias (2006) concluye: “*Las mujeres no tenemos capacidad jurídica plena para decidir sobre nuestros cuerpos, por lo tanto las mujeres en Costa Rica tenemos capacidad jurídica disminuida*” (p.30).

Las posturas que abogan por la despenalización del aborto, y las mismas reformas legales que tutelan en derecho de la mujer a la interrupción del embarazo, giran precisamente en torno a una visión de género, que procura garantizar, además de los ya mencionados, el derecho a la salud de la mujer tal y como sucedió en el

caso mexicano, aunado al análisis de la política criminal en cuanto al incumplimiento de los fines de la pena, cuya ponderación en dicho país se realizó con base en la alta mortalidad y los problemas de salud que sufrían las mujeres a causa los abortos clandestinos, registrando al año, alrededor de quinientos mil a un millón quinientos mil abortos (Carpizo, 2010, pág. 24).

Analizando la reforma sufrida por el Código Penal y la Ley de Salud del Distrito Federal de México, Carpizo (2010) ha señalado:

La reforma es congruente con el párrafo tercero del artículo 4o. constitucional que establece que toda persona tiene derecho a la protección de su salud.

La mujer tiene derecho a la protección de la salud, lo cual incluye que en caso de interrupción del embarazo o del aborto, este se realice en forma segura, con higiene, por personas profesionales bien capacitadas, con todos los cuidados sanitarios del caso (p. 23-24)

Esta posición es muy afín a la línea de pensamiento de Ferrajoli, quien considera debe privar el derecho de la mujer, quien ya es persona, sobre el feto o el embrión (persona potencial), en aplicación de la segunda máxima moral Kantiana. Según Ferrajoli (2006), la mujer “...no puede ser tratada como un medio para fines ajenos”, y en ese sentido, el embrión sólo recibirá tutela si así lo quiere la madre (260). Claro está, y como se indicó en el apartado anterior, debe existir un límite temporal en el cual la mujer tome la decisión de la interrupción del embarazo, que ha sido fijado generalmente en el plazo de las doce semanas de gestación, en resguardo de su propia salud.

En cuanto a las consideraciones de política criminal y utilitarismo, Ferrajoli (1995) ha sostenido que “*El principio de utilidad y el de separación entre derecho y moral obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos - individuales, económicos o sociales- de su violación*” (437). Para dicho autor, la prohibición del aborto es completamente inútil dado que no surte efecto.

Ciertamente esta es una realidad que sufren los delitos de aborto en Costa Rica. Según el anuario estadístico de 2017 de la Caja Costarricense del Seguro Social, desde 2006 hasta 2017, los abortos han oscilado entre los 7000 y 9000 casos anuales.

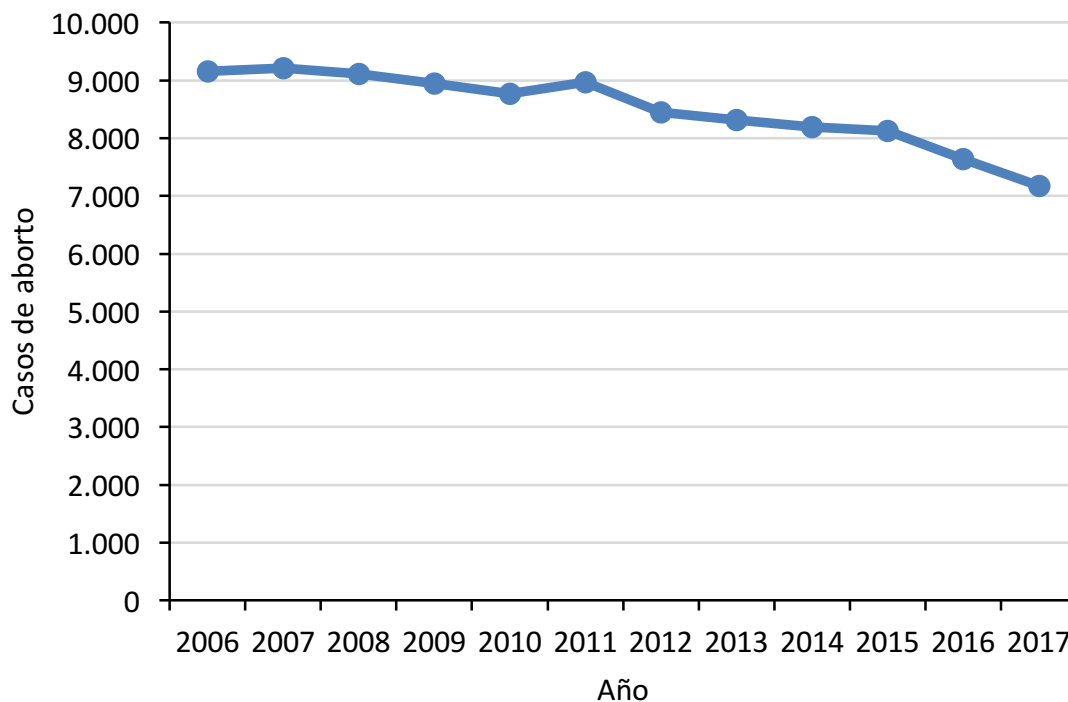


Gráfico 1. Casos de aborto reportados por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) durante el período 2006-2017. Elaboración propia con datos proporcionados por CCSS ([https://www.ccss.sa.cr/est\\_salud](https://www.ccss.sa.cr/est_salud)).

Evidentemente, esta estadística no distingue entre los abortos espontáneos, terapéuticos y los provocados; sin embargo, existe una gran cifra negra, no solo de aquellos atendidos por la Caja Costarricense del Seguro Social como producto de complicaciones de un aborto “casero” o clandestino, sino, y más preocupante aún, aquellos que ni siquiera son atendidos por hospitales formales.

De conformidad con el Departamento de Estadística de la Caja Costarricense del Seguro Social, desde 1997 y hasta 2017 únicamente se practicaron ochenta abortos terapéuticos.

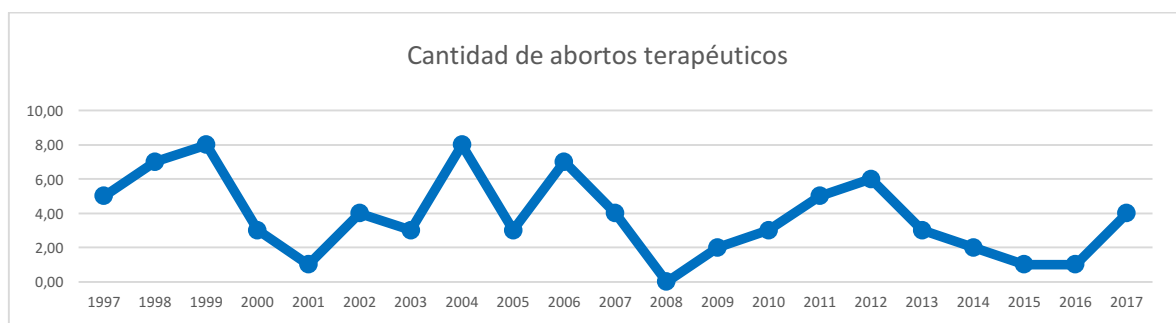


Gráfico 2. Casos de aborto terapéutico reportados por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) durante el período 1997-2017. Por Departamento de Estadística de la Caja Costarricense del Seguro Social en Muñidor (<https://www.elmundo.cr/costa-rica/en-los-ultimos-21-anos-ccss-realizo-80-abortos-terapeuticos-en-el-pais/>).

Por otra parte, según registros de sentencias judiciales encontrados en el sistema de búsqueda NEXUS.PJ, desde 1995 a la actualidad se registran once sentencias condenatorias por el delito de aborto en sus distintas modalidades, con un total de veintidós personas sentenciadas, de los cuales únicamente se reportan cuatro abortos procurados, cuatro condenas por aborto con consentimiento, y un único delito de aborto culposo, por lo que en su gran mayoría de las condenas fueron por abortos sin consentimiento, y muchas de estas sentencias no soportaron el filtro de la fase de impugnación, por lo que es claro que los tipos penales de aborto tienen poca utilidad práctica, y son un obstáculo para el goce y ejercicio del derecho a la salud de la mujer.

## **5. Norma técnica para el procedimiento médico vinculado con el artículo 121 del Código Penal.**

### **5.1. La deuda de la norma técnica.**

La norma técnica para el procedimiento médico vinculado con el artículo 121 del Código Penal, número 42113-S, fue emitida el doce de diciembre de dos mil diecinueve, adquiriendo vigencia cinco días después.

Dicha norma surge a raíz de una acusación presentada por una mujer conocida por la prensa con el pseudónimo de “Aurora” contra el Estado costarricense ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, debido a que se le negó la aplicación del aborto terapéutico en el año dos mil doce.

Según lo relató la misma denunciante a los medios de comunicación, a las doce semanas de gestación de su primer embarazo, los médicos del Hospital Calderón Guardia le informaron que el feto tenía una malformación genética conocida como “síndrome abdomen pared”, que implica una exposición de los órganos internos debido a la abertura de la pared abdominal, informándole que su hijo no tendría posibilidades de sobrevivir fuera del vientre materno (Araya, 2013).

Desde ese momento, Aurora solicitó se le practicara un aborto terapéutico recibiendo una negativa por parte del centro hospitalario, lo que la obligó a acudir a estrados judiciales, interponiendo un recurso de amparo ante la Sala Constitucional, el cual fue resuelto a las nueve horas veinte minutos del veintidós de febrero de dos mil trece, mediante voto 2331-2013, el cual fue declarado sin lugar, ya que según lo consideró la Sala “...no se advirtió [sic] que la amparada, al momento propio de la interposición de este recurso se hubiera encontrado en un estado tal que estuvieran en peligro su vida o su salud (física o mental), al punto que dicho peligro no hubiera podido ser evitado por otros medios, como por ejemplo a través de los fármacos suministrados a la paciente...”.

Ante la negativa estatal de la aplicación del aborto terapéutico, Aurora opta por acudir al sistema interamericano de justicia, sumándose su caso al de otra mujer a quien en el año dos mil ocho se le impidió interrumpir su embarazo, pese a que el feto no tenía cerebro, y por consiguiente, ya se sabía, correría la misma suerte que el hijo de Aurora al nacer (Araya, 2013).

Es así como en el año dos mil quince, el Estado llega a un acuerdo conciliatorio, en el cual se compromete a emitir la norma técnica para el procedimiento vinculado con el artículo 121 del Código Penal (Valverde, 2019). No obstante la emisión de la norma, el Estado ha quedado en deuda, ya que incluso con su implementación, al día de hoy sería delito practicar un aborto en embarazos con condiciones semejantes a las de Aurora (R.F.A.) y A.N.

En primer lugar, cabe destacar que el numeral 121 del Código Penal estipula lo siguiente: “*No es impune 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*”.

Nótese cómo el aborto terapéutico gira en torno a la salud y vida de la madre, y no a condiciones del feto. Debe entenderse que ese peligro, no es el peligro que lleva implícito cualquier embarazo, sino un peligro de mayores dimensiones, piénsese por ejemplo en un embarazo ectópico o la eclampsia.

Discutible hubiese sido si la norma técnica regulara lo relativo a la salud mental, haciendo uso del concepto integral de salud de la Organización Mundial de la Salud, entendida como “...un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”; sin embargo, cabría preguntarse si aun así pasaría el filtro de la evitabilidad por otros medios, por

ejemplo, la contención psicológica; y en todo caso, con base en el principio de legalidad, la norma técnica no podría ir más allá de lo estipulado en el numeral 121 del Código Penal.

Indistintamente del debate terminológico sobre el término “salud”, el numeral 7.7 de la norma técnica establece que *“Cuando se certifique que el embarazo de la mujer es de un producto incompatible con la vida extrauterina, se deberá valorar siguiendo los términos de esta norma a la paciente para evitar un peligro para su salud o su vida y si no se puede evitar por otros medios”*.

Con base en lo anterior, queda claro que no podría aplicarse el aborto terapéutico en todos los casos de incompatibilidad del producto de la concepción con la vida extrauterina, pues de lo contrario no sería necesaria la valoración sobre el peligro para la salud o la vida de la madre, sino que bastaría con dicha incompatibilidad.

Asimismo, la norma define peligro en su acápite 4.5. como *“...la afectación de la mujer que durante su embarazo presenta una patología de fondo que comprometa su salud o su vida”*. Según lo anterior, esa patología sólo es contemplada cuando quien la sufre es la madre, y no el producto de la gestación.

Es por ello que, pese a los esfuerzos de estas dos mujeres que sufrieron en carne propia los embates de un embarazo sin la esperanza ver crecer a su hijo, con las consecuencias psicológicas que esto conlleva, no se lograron sus objetivos, al menos en la norma, ya la práctica nos demostrará si se llega a admitir en estrados judiciales el aborto terapéutico pese a tener por sentada la sobrevivencia de la madre de culminar el embarazo; sin embargo, partiendo del análisis normativos, muchos casos de malformaciones genéticas, como la anencefalia o la ectopia cordis, se verían obligados a llegar a término, pese a la certeza de que el feto no podría vivir fuera del vientre materno.

## **5.2. Procedimiento para la aplicación de la norma técnica.**

La norma técnica establece un procedimiento para la interrupción del embarazo, del cual se carecía hasta antes de su emisión, y que podría evitar eventuales arbitrariedades que pongan en peligro la vida de la madre.



Asimismo, establece cuatro elementos que debe ser verificados para interrumpir el embarazo, a saber: 1. Consentimiento de la mujer; 2. Que sea efectuado por una persona médica u obstetra autorizada; 3. Que se practique para evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer, y 4. Que ese peligro no pueda evitarse por otros medios.

El procedimiento para su aplicación se describe de la siguiente manera: La solicitud para aplicar el aborto terapéutico puede ser realizada por la mujer o su médico tratante, cuando consideren que la vida de la paciente se encuentre en peligro. Si la mujer es quien lo solicita, debe formular la solicitud al médico tratante (numeral 7.2), este deberá elevarla a la Dirección General del establecimiento de salud correspondiente, para lo cual cuenta con el plazo de un día hábil, pudiendo indicar su criterio profesional (numeral 7.3).

Posterior a ello, la Dirección debe nombrar a dos profesionales en medicina, un especialista en ginecología y un profesional con especialidad en la patología de fondo que corresponda (numeral 7.4), quienes valorarán el caso, y deberán resolver la solicitud en el plazo de tres días hábiles a partir de su recepción en la Dirección (numeral 7.6), debiendo ponerse inmediatamente en conocimiento de la mujer (numeral 7.8).

Si la mujer decide no interrumpir el embarazo pese a la recomendación, el procedimiento médico concluye en ese momento, dejando constancia de lo ocurrido en el expediente de salud (numeral 7.11). Si la decisión del grupo profesional, por el contrario, es no realizar la interrupción, la mujer puede solicitar inmediatamente y por única vez una nueva valoración, para lo cual se seguirá nuevamente el procedimiento; debiendo nombrar a un grupo profesional diferente para valorar a la paciente (numeral 7.12).

En caso de no contar con el personal suficiente para realizar esta valoración, el director del centro médico debe hacer la gestión para que el caso sea valorado en otro centro médico (numeral 7.13).

La norma técnica no estipula un tiempo límite de gestación en el que pueda ser aplicado el aborto terapéutico; lo cual puede entenderse en términos de la protección de la salud de la madre, por lo que no sería legalmente procedente valorar vida intrauterina sobre la vida extrauterina cuando la madre ha consentido el procedimiento, que además resulta necesario.

Cabe cuestionarse en relación con la cantidad de solicitudes (solicitud inicial, y solicitud de nueva valoración) si ante un cambio de circunstancias como la gravedad y deterioro progresivo de la salud de la madre, se puede plantear nuevamente la petición luego de concluir el procedimiento descrito, ya que como se indicó, la norma sólo prevé una oportunidad más para que la mujer o el médico tratante soliciten nuevamente la aplicación del procedimiento.

De conformidad con lo estipulado por la norma técnica, no podría realizarse una nueva valoración, ya que únicamente se prevé un límite de dos solicitudes en relación con un mismo caso. Sin embargo, debería ponderarse por encima de esto el derecho fundamental de la salud y la vida, del cual es titular la madre, y realizar una nueva valoración siempre y cuando varíen en alguna medida las condiciones.

Es claro que las emergencias médicas no deben seguir este procedimiento y estarán amparadas por el numeral 121 del Código Penal para su aplicación inmediata. La misma norma técnica estipula en el numeral 6.4. que la emergencia obstétrica se encuentra excluida de lo regulado por dicha norma.

Un aspecto final que considerar en relación con la norma técnica es la denominada **objeción de conciencia**, contemplada en su punto nueve, según la cual *“En la participación de la valoración de la solicitud o en la realización de la interrupción del embarazo, la persona profesional en salud podrá ejercer el derecho de objeción de conciencia con respecto a dicho procedimiento médico...”*.

Pareciera que esta norma reviste de moralidad, en el entendido que, a pesar de que no se trate de una emergencia médica -por la cual no se puede alegar la objeción de conciencia- la salud y vida de la madre corren riesgo, por lo que no existe un solo criterio objetivo que excuse al médico a participar del procedimiento; a menos que considere que dicho riesgo puede ser evitado por otros medios, o su aplicación no se encontraría amparada al numeral 121 del Código Penal.

## 6. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto a lo largo de este ensayo se puede concluir que la discusión alrededor del aborto y su penalización se ha intensificado en los últimos tiempos debido a un cambio en nuestra escala valorativa, que poco a poco lo ha desasociado del concepto de lo incorrecto; sin embargo, hoy en día persisten e imperan las consideraciones de índole moral al respecto.

Asimismo, es claro que desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encargada de interpretar el contenido de la Convención<sup>2</sup>, no existe contradicción entre el aborto y el derecho a la vida, dado que el no nacido no cuenta con una protección absoluta, y así ha sido constatado con el análisis de los diferentes instrumentos internacionales que rigen la materia, quedando en manos de cada Estado dotar de contenido a esta protección, lo que ha dado paso a que legislaciones como la mexicana, hayan podido modificar el tipo penal en pro de garantizar el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo.

En Costa Rica las mujeres no contamos aún con la posibilidad de decidir completamente sobre nuestros cuerpos, pese a que una adecuada interpretación del tipo penal podría permitirlo durante los primeros tres meses de gestación; sin embargo, en vista de que el aborto con y sin consentimiento han sido equiparados y regulados en un mismo tipo penal, se hace necesaria una reforma legal para no dejar desprotegido el derecho de la mujer a la maternidad en caso de que sea un tercero quien cause la muerte del embrión sin autorización de la mujer.

Esa imposibilidad de decisión sobre el propio cuerpo podría entenderse, como lo ha concluido (Madden Arias, 2006), una “capacidad jurídica disminuida”, exponiendo nuestra salud y nuestra vida, dado que las mujeres que toman esta decisión deben acudir necesariamente a sitios clandestinos o automedicaciones.

A nivel de política criminal, la penalización del aborto (consentido y procurado) únicamente cumple con fines de apariencia de tutela de un determinado bien jurídico, ya que en la práctica es un delito rara vez perseguido, y extrañamente condenado, lo que no impide que los abortos se sigan practicando, dando al traste con la prevención general negativa.

Asimismo, se ha restado importancia a la salud psíquica de la mujer, quien muchas veces se convierte en un medio para la consecución de determinado fin, lo que implica desatender su condición de persona, para dar carácter de objeto a su cuerpo, y que en Costa Rica ha llegado a extremos como los de obligarla, so pena de cárcel, a culminar con un embarazo de un feto que no tendrá posibilidad de sobrevivir fuera del útero materno.

Fueron precisamente las denegatorias de atención médica debida en casos como el descrito lo que ha llevado al Estado costarricense a conciliar ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, y que culminó con la emisión de una norma técnica para la aplicación del aborto impune, la cual está muy lejos de

---

<sup>2</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos

cumplir con dichas demandas, pues no en todos los casos de incompatibilidades del producto con la vida extrauterina podrá aplicarse este procedimiento.

## 7. Referencias bibliográficas

Araya, A. (2013). Joven demanda a Costa Rica ante la Comisión de Derechos Humanos por negar aborto terapéutico. *La Nación*. Obtenido de <https://www.google.com/amp/s/www.nacion.com/el-pais/joven-demanda-a-costa-rica-ante-la-comision-de-derechos-humanos-por-negar-aborto-terapeutico/UWLGJDYE2VBA5AARVTTXFEL65A/story/%3foutputType=amp-type>

Carpizo, J. (2010). La interrupción del embarazo antes de las doce semanas. *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. (U. N. México, Ed.) Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2841/4.pdf>

Caja Costarricense de Seguro Social (2017). Anuario estadístico. Obtenido de [https://www.ccss.sa.cr/est\\_salud](https://www.ccss.sa.cr/est_salud)

Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).

Cruz-Coke, R. (1980). Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana. *Revista Chilena de Pediatría*, 51(2), 124. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41061980000200006>

Ferrajoli, L. (09 de 06 de 2006). La cuestión del embrión entre derecho y moral. (F. d. Derecho, Ed.) *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 56(245), 475. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2006.245.61696>

Haba, E. P. (2010). *Los juicios de valor (Elementos básicos de Axiología General)*. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Iwasa, J., & Marshall, W. (2019). *Biología Celular y Molecular. Conceptos y experimentos* (8 ed.). Ciudad de México, México: McGraw Hill. Recuperado

Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 12. Año 12. ISSN 1659-4479. RDMCP-UCR. 2020.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

el 3 de junio de 2020, de <https://accessmedicina-mhmedical-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/book.aspx?bookid=2817>

Madden Arias, R. M. (2006). La interrupción voluntaria e informada del embarazo. *Revista Medicina Legal de Costa Rica*, 23(1). Obtenido de [https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152006000100003](https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152006000100003)

Resolución número 268 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 26 de julio de 1992).

Resolución número 369 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 14 de agosto de 1992).

Resolución número 453 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 12 de agosto de 1993).

Resolución número 24 (Tribunal de Casación Penal de San José 04 de febrero de 1994).

Resolución número 462 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 18 de agosto de 1995).

Resolución número 526 (Tribunal de Casación Penal de San José 14 de setiembre de 1995).

Resolución número 2306 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 15 de marzo de 2000).

Resolución número 1267 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 14 de noviembre de 2005).

Resolución número 1493 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 22 de diciembre de 2005).

Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 12. Año 12. ISSN 1659-4479. RDMCP-UCR. 2020.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

Resolución número 555 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago 01 de noviembre de 2012).

Resolución número 2331 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 22 de febrero de 2013).

Resolución número 2811 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José 22 de noviembre de 2013).

Resolución número 3030 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José 16 de diciembre de 2013).

Resolución número 1154 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José 09 de agosto de 2016).

Resolución número 29 (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José 16 de enero de 2018).

Ruiz, M. (2018). En los últimos 21 años, CCSS realizó 80 abortos terapéuticos en el país. *El mundocr*. Obtenido de <https://www.elmundo.cr/costa-rica/en-los-ultimos-21-anos-ccss-realizo-80-abortos-terapeuticos-en-el-pais/>

Sau, V. (2000). *Diccionario Ideológico Feminista* (Vol. III). Barcelona, España: Icaria Editorial.

Valverde, R. (2019). Mujer que acusó al Estado mantendrá demanda hasta que se aplique norma de aborto terapéutico. *Semanario Universidad*. Obtenido de <https://semanariouniversidad.com/ultima-hora/mujer-que-acuso-al-estado-mantendra-demanda-hasta-que-se-aplique-norma-de-aborto-terapeutico/>