

¡EL “FETO” ES NIÑO! ANÁLISIS DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO DE ABORTO.

¡THE "FETUS" IS A CHILD! ANALYSIS OF THE PASSIVE SUBJECT OF THE CRIME OF ABORTION.

*Jorge Funes Orellana*¹

Fecha de recepción: 27 de octubre de 2023

Fecha de aprobación: 19 de septiembre de 2024

RESUMEN: Partiendo del concepto jurídico de “persona” y “niño” introducido por las normas internacionales de derechos humanos, se demuestra que el “feto” es persona y niño.

PALABRAS CLAVE: Aborto, persona, niño, interés superior del niño.

ABSTRACT: Starting from the legal concept of "person" and "child" introduced by international human rights standards, it is shown that the "fetus" is a person and a child.

KEYWORDS: Abortion, person, child, the best interests of the child.

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. El “feto” es ser humano, persona, individuo y niño; 2.1. La institución jurídica de la “persona”; 2.2. El “feto” es “niño”: el proceso de especificación de los derechos de la niñez; 3. Modelo de comprobación: entre ideología y prestidigitación jurídica. 3.1. La doctrina ideologizada; 3.2. Prestidigitación jurídica en la condena a Costa Rica por el caso de la fecundación in vitro. 4. Reflexión final. 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

1. Introducción.

En el libro “Tras la virtud” el filósofo Alasdair MacIntyre (1984) introduce su obra visualizando un mundo distópico y postapocalíptico en el que producto de una revolución neoludita, la sociedad asesinó a todos sus científicos

¹ Licenciado en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad de Costa Rica. Estudiante de la Maestría en Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Abogado litigante. Medio de contacto: jorge@funes-matthys.com

culpándolos de una serie de desastres naturales. Sufriendo igual destino su conocimiento científico, al ser destruido, quedando restos de su saber en forma segmentada y dispersa, provocando que la posterior reconstrucción de la ciencia mediante la unión del rompecabezas sobreviviente diera origen a un producto que “no es ciencia natural en ningún sentido correcto”. El autor usa dicho escenario para argumentar que en la actualidad el lenguaje de la moral se encuentra en el mismo estado de desorden que en su triste visión.

Algo parecido ha ocurrido en el Derecho penal en relación con el tema del aborto, permitiéndose un desarrollo incoherente que ha degenerado en un estado lamentable a nivel de interpretación dogmática. Desastre que parece ser un estado de amnesia, hipnosis autoinducida o ceguera deliberada generalizada, pues al contrario de la alegoría presentada por MacIntyre, la catástrofe en nuestra historia, la Segunda Guerra mundial, produjo efectos jurídicos y normativos felices, y en vez de causar la muerte de nuestros científicos jurídicos, los obligó a dejar la senda de la arbitrariedad para ajustarse a la estricta dogmática (Muñoz Conde, 2003, p. 96), trabajo no realizado en el tema del aborto, pues la nueva normativa internacional no ha sabido interpretarse por parte de tribunales y doctrina, aferrándose a vetustos modelos y teorías violatorios de los derechos humanos de la niñez.

En el presente artículo se da la introducción a un conocimiento al parecer cuasi-iniciático de los fundamentos del derecho, que demuestra desde el punto de vista estrictamente jurídico y con base en la normativa internacional de derechos humanos, que el “feto” a que refiere el tipo penal de aborto (“El que causare la muerte a un feto”), es un ser humano, persona, individuo y niño, ello sin necesidad de acudir a argumentos ajenos al derecho, y que demuestra la locura cincelada en los autores y defendida a nivel dogmático por las máximas autoridades en el Derecho penal, a saber, que el “embrión” y/o “feto” no es

persona, difundida entre otros por Roxin², Ferrajoli³ Vives Antón⁴, Soler⁵, Jiménez de Asúa⁶ y a nivel nacional por el profesor Castillo González⁷, así como jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸, lo que incluso desemboca en el presunto “derecho al aborto”⁹.

Por ende, ante la proliferación de la arbitrariedad y la falsedad extendida a nivel dogmático, se aplicará la navaja de Ockham como principio metodológico de economía argumentativa, únicamente analizando el elemento central para la determinación de la naturaleza jurídica del “feto”, el concepto y alcances de la institución jurídica de “persona” y “niño” desde el derecho internacional de los derechos humanos, para sentar las bases fundamentales en la materia sobre la interpretación adecuada del “feto” como sujeto pasivo del tipo penal de aborto.

2. El “feto” es ser humano, persona, individuo y niño.

2.1. La institución jurídica de la “persona”.

El concepto jurídico de “persona” sufrió una transformación a lo largo de la historia que muestra con claridad el devenir de las instituciones jurídicas, encontrándose en constante construcción. Al inicio su significado determinó su significado, partiendo de su etimología compuesta *de per* (a través de) y *sonare*

² Afirma el maestro alemán Roxin que “La «destrucción» del feto (...) no afecta a una «persona» sino a un embrión (...) una persona en potencia” (1976, pp. 71, 73), además, que “La “vida en formación” “ciertamente no es aún una persona” (1997, p. 59), y por último que “me parece igualmente indiscutible que el embrión –y con mayor razón– mientras se encuentra fuera del vientre materno, representa una forma previa y todavía muy poco desarrollada de ser humano y no puede gozar de la misma protección que la de un ser humano ya nacido” (2004, p. 1192).

³ Para el jurista italiano Ferrajoli “el embrión, y ni siquiera el feto, son personas, al ser “persona” un término del lenguaje moral y la calificación de “persona” un juicio moral” (Ferrajoli, 2004b, p. 501).

⁴ El profesor español Vives Antón postula que “el feto o embrión, (...), no es todavía un hombre ni es (...) una persona” produciéndose “la consiguiente negación de la personalidad a fetos y embriones” (2012, pp. 44, 82).

⁵ El profesor Soler previo a la Segunda Guerra Mundial estableció que las “personas por nacer” son “objetos que en realidad no son hombres” (2019, p. 117), lo que reafirmó en la postguerra al negarle el carácter de “sujeto pasivo” al “feto”, hasta “el comienzo del parto” (1992, p. 97).

⁶ El gran tratadista español Jiménez de Asúa indica que “el feto no es persona y por ende no tiene vida legal” (1965, p. 94).

⁷ Nuestro máximo penalista y más prolífico autor, el profesor Castillo afirma que “(e)l producto de la concepción o feto no es persona en sentido estricto” (2007, p. 172).

⁸ Utilizando prestidigitación jurídica, mediante la elección de argumentos ajenos al derecho, la Corte Interamericana apócrifamente afirmó: “La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona” (Sentencia Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, § 264).

⁹ Indica Vives Antón que “es razonable atribuir a la mujer un derecho a interrumpir el embarazo” (2012, p. 103).

(producir algún sonido), refiriéndose a la “máscara” o “careta usada por los actores, en escena, que les servía para caracterizarse y ahuecar su voz”, posteriormente, el término se amplió en forma progresiva para abarcar al mismo actor, y después, “para aludir al actor de la vida social” el “hombre”. Por último, como reflejo de la actualidad jurídica, por persona se entiende al “sujeto de derecho”, al punto que existen dos acepciones del término, uno vulgar que entiende “persona” como “hombre” y otro jurídico que vierte persona como “sujeto de derecho”. Concepciones de persona que no siempre han coincidido, ya que, por ejemplo, en Roma, no todo hombre (ser humano) fue sujeto de derecho, pues el esclavo era hombre, pero no sujeto de derecho (Panero, 2006, p. 51).

A nivel filosófico durante la Ilustración se propuso el concepto de “hombre” como institución cohesionadora de derechos, que fue plasmado en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Comprobándose normativamente en 1943 que el mejor término para englobar los fenómenos jurídicos imperantes era el de “persona” entre otros motivos por la subsistencia histórica de la esclavitud como institución jurídica (Soler, 2019, pp. 116-117).

Paradójicamente en forma coetánea en el régimen nazi, guiado por la idea de la purificación de la raza aria y la eliminación de los “subhumanos” (Muñoz Conde, 2003, p. 255) se discriminaba y eliminaba todo no ario, a pesar de ser hombre y persona, entre ellos los judíos –considerados raza “inferior”—, gitanos, enfermos, homosexuales, etc., para ello el derecho fue una herramienta indispensable, pues su meta era “purgar la sociedad de individuos inferiores”¹⁰. Dándose un doble estándar sobre el aborto, por un lado, con el fin del reemplazo poblacional producto de la actividad bélica “la maternidad era una obligación de las mujeres para la supervivencia de la comunidad”¹¹, estimulándose a las mujeres arias a tener una amplia prole, y para ello la moralidad sexual se relajó y consecuentemente el aborto estaba prohibido para las mujeres de “buena

¹⁰ I, Müller, *Los juristas del horror. La “justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás* (Caracas, Venezuela: Editorial ACTUM, 2007), 100.

¹¹ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2020), 485-488.

sangre”, en contraposición, la penalidad del aborto forzado no aplicaba cuando se realizaba “a madres judías, a mujeres de Europa del Este y a las trabajadoras forzadas”¹², y producto de la aceptación del uso de la analogía *in malam partem* —mediante la reforma realizada en 1939 al § 2 del código penal alemán, que establecía que la ley penal debía ser interpretada conforme al pensamiento del Führer, en defensa de la raza aria y su pureza— era aplicable la analogía para sancionar “la omisión del aborto de una mujer judía, con la pena establecida para la unión de un ario con ella”¹³, estableciéndose como deber jurídico el abortar o hacer abortar a las embarazadas no arias.

Ante dicha situación la filosofía del derecho más avanzada y sensibilizada en el *Derecho injusto y degenerado*, previo a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, comprendía la necesidad del cambio de paradigma, y para ello entrelazó la necesidad de imponer la dignidad humana como base del sistema jurídico, para lo cual era necesario establecer a la “persona” como ficción e institución jurídica especificadora del derecho de igualdad de todo ser humano ante el ordenamiento. Por ello, Radbruch comprendiendo la naturaleza del ser humano y de sus derechos con carácter histórico, estableció que “detrás de la persona física está el hombre” —“persona humana”¹⁴— como realidad natural preexistente al Derecho, pues se debe partir de la dignidad humana, que entiende que el hombre es un fin en sí, ya que “nadie es persona por naturaleza o nacimiento” demostrado con la esclavitud como institución jurídica, por ello, en virtud de la desigualdad imperante, a nivel natural y legal, se debía crear artificialmente el sujeto de derecho frente al sujeto real, con el propósito de la igualdad jurídica, dotando de capacidades jurídicas iguales a todo ser humano, creándose mediante la institución de la “persona” como sujeto en la teoría del derecho una ficción jurídica y conceptual de igualdad ante la ley, pues la igualdad “no está implícita en los hombres y en las asociaciones humanas, sino que es

¹² Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2020), 485-488.

¹³ R, Núñez, *Manual de derecho penal: Parte general* (Córdoba, Argentina: Editorial Córdoba, 1999), 68.

¹⁴ S, Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Barcelona, España: Bosch, 1998), 34.

una atribución posterior del orden jurídico”¹⁵, debiéndose concluir que el ser persona “es el resultado de un acto de personificación del orden jurídico”¹⁶ así como que no existe discusión o duda del “carácter «ficticio», es decir, artificial, de todas las personas”¹⁷ y por último que, el hombre es persona ante el parecer del ordenamiento jurídico, debido a que “se manifiesta como un fin en sí”¹⁸.

Por dicha determinación del fenómeno de la violación a la dignidad y a la igualdad, se dio la positivización e internacionalización de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial, luego de haber presenciado alrededor de cincuenta millones de muertes, dando como consecuencia en forma inédita y urgente en la historia de la humanidad el reconocimiento de derechos “con un alcance universal” que reconocían “la naturaleza singular y única del ser humano”, derechos auto clasificados como “inalienables que todo estado miembro de la sociedad internacional tiene la obligación de respetar y garantizar”¹⁹.

En dicha normativa internacional de derechos humanos la conceptualización filosófica de la dignidad humana supra indicada fue adoptada, así la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 comienza su primer y sexto artículo con el concepto general de “ser humano” partiendo de la “dignidad”, estableciendo que “Todos los seres humanos” tienen derecho al reconocimiento de su personalidad desde antes de nacer y consecuentemente “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, para luego hacer la transición al lenguaje jurídico, pasando de la nomenclatura de “ser humano” a “Toda persona” en su segundo artículo y terminando de incorporarlo, normalizarlo y especificarlo entre sus artículos tres a siete, al generalizarlo de “persona” a “Todo individuo”, “Nadie” y “Todos”, mezclándose posteriormente en toda la Declaración, visualizándose una progresión en la incorporación y especificación en

¹⁵ G, Radbruch, *Filosofía del derecho* (Madrid, España: Editorial de Derecho Privado, 1944), 169-175.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Hector, Olasolo Alonso, *Introducción al Derecho Internacional Penal* (Valencia, España: Tirant lo blanch, 2015), 30-31.

persecución de la dignidad y la igualdad de todo ser humano como persona imposible de negar²⁰.

Mediante dicha normativa internacional en forma expresa, clara y lapidaria se establece que el “feto”, en terminología del tipo penal de aborto, es ser humano, persona e individuo desde su etapa de cigoto –entidad unicelular formado por la unión de las células masculina y femenina, óvulo y espermatozoide—, a saber, desde la fecundación, sin necesidad de acudir a la ciencia, la religión, la moral, la filosofía, la metafísica del ente, la conciencia propia, etc., y únicamente desde el Derecho, que es el factor decisor y vinculante para la definición de persona. Debido que “ser humano” es todo miembro de la especie humana, automáticamente el cigoto y por ende el “feto” es persona e individuo con derecho al reconocimiento de su personalidad antes y después de nacer, y consecuentemente su vida debe ser protegida.

En la misma línea protectora de la dignidad humana, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, establece que para “los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art. 1.2), a su vez, todo ser humano o “persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad”²¹, en otras palabras, antes del nacimiento el feto tiene el estatus jurídico de ser humano y persona ante el ordenamiento jurídico, a su vez, que todo ser humano y por tanto “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”²² (art. 4.1), garantizado por los Estados “sin discriminación alguna por motivo de (...) nacimiento”²³ (art. 1.1).

Realidad jurídica explicable históricamente por los horrores de la Segunda Guerra Mundial, entre los que se encontraba el aborto racista forzado, causando que el término “persona” se utilizara para la posteridad en la normativa internacional de los derechos humanos como institución de igualdad y especificación generalizada de todos los derechos del ser humano, bajo el nuevo

²⁰ Ejercicio realizable con todas las declaraciones de derechos humanos, que por motivos metodológicos de simplificación del mensaje se excluye.

²¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José* (1969), art 1. 2.

²² *Ibid*, art 4.1.

²³ *Ibid*, art 1.1.

paradigma internacional basado en la dignidad e igualdad del ser humano, tomando sentido las palabras de Tomás y Valiente cuando proclamó que “No hay dogmática sin historia, o no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal”²⁴, como parece ignorar la doctrina penal, “sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante”²⁵.

En conclusión: Partiendo del hecho jurídico que el cigoto es ser humano, persona e individuo, el “feto” al que refiere el tipo penal de aborto comparte su naturaleza jurídica. Por ello, resulta un indicador de desconocimiento, insensibilidad o incluso de negacionismo²⁶, afirmaciones limitantes del concepto jurídico de persona. Demostrándose que la doctrina citada en la introducción –negadora de la naturaleza jurídica de persona del embrión y el feto— está equivocada.

2.2. El “feto” es “niño”: el proceso de especificación de los derechos de la niñez.

La anterior exposición debería bastar para entender que el “feto” –en terminología del tipo penal del aborto— es persona e individuo, sin embargo, producto del reinado de la doctrina de la situación irregular desde inicios del siglo XX hasta el cambio de paradigma producido por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 –en la que se inició el modelo de protección integral— en forma discriminatoria se excluyó a la niñez de los nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos, debido a la interiorización en los operadores del derecho y la doctrina de la naturaleza de objeto del niño, teniendo como consecuencia hasta la actualidad, la incapacidad de tribunales nacionales e internacionales y de la máxima doctrina de reconocer al “feto” como persona y niño, por lo que prejuicios jurídicos perviven, y por la que se acusa de

²⁴ Tomás y F, Valiente, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales. En F. Tomás y Valiente. Constitución: Escritos de introducción histórica* (Madrid, España: Marcial Pons, 1996), 149.

²⁵ Ibid.

²⁶ En este sentido expresa Ramos Vázquez luego de revisar el actuar de los nazis, con relación al concepto jurídico “persona” desde el ámbito penal: “percibo –no sé si correctamente— una suerte de inflacionismo de dicha noción en mi disciplina. Me refiero en concreto, a la progresiva importancia alcanzada (...) por la discusión sobre el aborto” (Ramos Vázquez, 2013, pp. 120-121).

una especie de *pareidolia religiosa* al que acudiendo a las bases del derecho afirmar que el “feto” es persona. Por lo que es necesario continuar explicando lo obvio, no sin antes demostrar lo antes afirmado.

El reinado de la doctrina de la situación irregular como freno al reconocimiento del feto como persona es fácilmente demostrable por uno de los mejores ejemplos al respecto, a saber, el caso de Winfried Hassemer por tratarse de un juez –magistrado y vicepresidente del Tribunal Constitucional Alemán— y escritor ilustre alemán en materia penal, ya que en los últimos años del dominio de la doctrina de la situación irregular, en forma perturbadora, a pesar de ser defensor de la teoría personal del bien jurídico, alegaba la violación a la libertad personal de “niños y adolescentes” por la prohibición del coito con adultos, debido a que “nadie puede decir que en toda circunstancia produzcan en la víctima un daño socialmente relevante”²⁷, en otras palabras, sin importar el bienestar del niño, el criterio que debía imperar para el autor era el *interés social*, mas no el interés del niño, contradiciendo la teoría personal del bien jurídico que para el caso de intereses supraindividuales primero se debe verificar el daño a título personal del sujeto como miembro de la sociedad. Quedando demostrado el grado de interiorización vigente previo a la Convención sobre los Derechos del niño.

Ante dicha realidad histórica imperante, el 20 de noviembre de 1989 producto de la resolución 44/25 de la Asamblea de las Naciones Unidas, después de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos (Beloff, 2009, p. 2), se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho calificado por la doctrina como un cambio de paradigma (Tiffer, 2011, pp. 66, 77), pues se pasó a considerar a la persona menor de edad como sujeto de derechos en contraposición de su antiguo estatus jurídico de sujeto con el único derecho a ser tutelado sea por sus padres o por el Estado.

En la Convención sobre los Derechos del Niño se realizó un procedimiento de especificación de sus derechos, debido a que es posible visualizar a nivel

²⁷ W, Hassemer, *Fundamentos del Derecho penal*. (Barcelona, España: Bosch, 1984), 39.

histórico como los derechos reconocidos a nivel general para todas las personas sin distinción, no se aplicaban bajo criterios de igualdad a la niñez, por el contrario, se violaba el derecho a la igualdad material al excluírseles del ejercicio y respeto de sus derechos. El caso de los derechos del niño es sin lugar a duda el mejor ejemplo del fenómeno de exclusión de derechos. Especialmente a nivel penal, pues primeramente se daba su caracterización como objetos, ya demostrado con el pensamiento de Hassemmer, que a nivel de derechos humanos se traducía en su inaplicación, así por ejemplo, a pesar de que la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 7 y 8.2 se reconoce que los derechos en ella regulados son para “toda persona”, en forma discriminatoria no se les aplicó a los niños (Llobet, 2018, p. 40), develándose el motivo por el cual el aborto se consolidó como violación del derecho a la vida de las personas menores de edad, a pesar del surgimiento de múltiples métodos anticonceptivos con posterioridad a la Segunda Guerra mundial.

Ante dicha realidad discriminatoria en la implementación y respeto de los derechos humanos, se ha adicionado una nueva etapa posterior a la internacionalización, a saber, la especificación que, consiste en la “determinación de los sujetos titulares de derechos”, que puede identificarse entre estado normal y estados excepcionales de la existencia del ser humano – enfermos, discapacitados, etc.— sobre las facetas de la vida –menores de edad, adultos, adultos mayores— con el objetivo de “la prohibición y eliminación de situaciones de discriminación específicas”²⁸. Como indica Bobbio, para la niñez ha “venido diferenciando poco a poco los derechos de la infancia”²⁹ bajo el proceso de especificación.

Por ello el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño inicia haciendo mención expresa a la necesaria eliminación de la discriminación para la niñez, indicando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos se había establecido previamente “que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados

²⁸ V, Merino Sancho, Tensiones entre el proceso de especificación de los derechos humanos y el principio de igualdad respecto a los derechos de las mujeres en el marco internacional. *Derechos y Libertades* (2012), 329.

²⁹ N, Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid, España: Editorial Sistema, 1991), 190-110.

en ellos, sin distinción alguna” que para el caso será la eliminación de la discriminación por motivos de minoridad, por ende, en virtud de este proceso de especificación son aplicables los derechos y garantías generales del derecho a la niñez con algunas modificaciones y adecuaciones, y en adición más derechos, garantías y principios especiales para la defensa de la personas menores de edad, que eviten su discriminación y maximicen su protección.

El proceso de especificación de los derechos del niño realiza lo que Ferrajoli ha denominado el cuarto modelo de configuración jurídica de la diferenciación o “la igual valoración jurídica de las diferencias” que, bajo el objetivo de garantizar la libre afirmación y desarrollo de la persona, parte de una base realista que determina y reconoce las diferencias, y elimina la discriminación en el ejercicio efectivo de los derechos, basándose en la igualdad real en su goce y protección. Para ello, el modelo tiene como fundamento el principio normativo de igualdad en los derechos, y para lograr su objetivo desarrolla un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. En su valoración y ejecución no se aplica discriminación o privilegios, a saber, discriminación positiva, por el contrario, con relación a las diferencias “las asume a todas como dotadas de igual valor, pero escribiendo para todas igual respeto y tratamiento”, además, el modelo lejos de omitir o desconocer las diferencias, las “reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas”³⁰. Bajo dicho marco valorativo de las diferencias de las personas basado en la igualdad material, se deben pensar y elaborar las formulaciones normativas de los derechos, pero además sus garantías de efectividad (Ferrajoli 2004a, pp. 75-76).

La Convención bajo un criterio de igualdad material –real o sustantiva— y de realismo jurídico, establece en su preámbulo que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal” haciendo un reconocimiento puro y expreso de diferenciación de las personas menores de edad con relación a los adultos, y en adición, reconoce y señala que en todo el mundo “hay niños que viven en

³⁰ L, Ferrajoli, *Derechos y garantías*. La ley del más débil. (Madrid, España: Editorial Trotta, 2004a), 75-76.

condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración”, lo que es digno de resaltar, pues enfrenta la triste realidad de dicha población a nivel global, sin distinción de continente o país. Ambas realidades reconocidas por la Convención se resumen en que a nivel global los niños son el grupo “más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, requieren una protección especial”³¹.

Ante dicha realidad, la Convención en forma expresa estableció como pilar del nuevo modelo de protección integral del niño, la definición misma de “niño”. Así, en su primer artículo impone que “se entiende por niño todo ser humano”, debiéndose entender por “ser humano” el concepto estrictamente biológico de miembro de la especie *homo sapiens-sapiens*, pues como indica Pérez Vargas, ser humano “es vida humana en cualquiera de sus estados evolutivos” y por ello, “incluye sin duda a los nacidos como a los no nacidos todavía”³².

Lo anterior se encuentra respaldado por el principio de “interés superior del niño” regulado igualmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3.1, e interpretado por la doctrina concedora y respetuosa del proceso de especificación como la protección de los derechos del niño³³ de manera reforzada³⁴ en forma prioritaria y en superioridad jerárquica sobre cualquier otro derecho individual o colectivo³⁵. A lo que podemos agregar en el contexto de la especificación de derechos, el interés superior del niño es una herramienta antielusiva de los derechos fundamentales preexistentes a la

³¹ A. M. Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano* (Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, 2009), 3.

³² V. Pérez Vargas, *El concebido es niño*, Revista de ciencias jurídicas, n.º 84 (1997), 18.

³³ Cillero indica que el interés superior del niño es “la satisfacción integral de sus derechos” (1999, p. 84); Beloff señala que el “interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos” (2004, p. 628), en igual sentido lo define Bustos Ramírez como “la primacía de sus derechos y necesidades” (2007, p. 22)

³⁴ Chan Mora postula que “Interés superior significa entonces: mejor y mayor aseguramiento, protección reforzada de los derechos fundamentales de los niños y jóvenes. El “interés superior” de estas personas solamente se logra mediante una tutela reforzada de sus derechos fundamentales” (2007, p. 593).

³⁵ Debido a que como indica Llobet (2009) “la misma denominación, en cuanto se utiliza la palabra “superior”, hace mención a una comparación, ya que significa que está más alto y en lugar preeminente respecto a otra cosa” (p. 17), por ello Burgo (2009) establece en forma expresa que “la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo” (p. 26).

Convención sobre los Derechos del Niño más los adicionales otorgados en la misma norma, ya que es un instrumento jurídico dirigido a la especificación o garantía del respecto de la dignidad e igualdad real de los derechos del niño, que por su situación especial de vulnerabilidad a nivel social es provisto el sintagma del interés del niño con el carácter de “superior” como norma de jerarquía, y superioridad con relación a otros derechos individuales o colectivos, y por tanto no ponderable, fungiendo como cláusula prohibitiva de derrotabilidad de derechos de la niñez en el contexto del neoconstitucionalismo.

Teoría que la misma Convención sobre los Derechos del Niño respalda, pues en la definición misma de niño establece un límite superior objetivo para la determinación de “niño”, a saber, un “ser humano (...) menor de dieciocho años de edad”, pero sin establecer un límite inferior, ergo, desde la fecundación en la que se forma el cigoto, por ello Pérez Vargas indica, que al proteger la Convención “al niño como persona” se debe entender que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años (nacido o no nacido)”, se puede llegar a la conclusión que “vida humana menor de dieciocho años es un niño y todo niño es persona”³⁶. Develándose como una falsedad o error –dependiendo de la intención– inconmensurable basarse en la normativa civil como hace García Rubio para afirmar que “(e)l concepto jurídico de persona se aplica a individuos existentes. La persona existe desde su nacimiento”³⁷.

Por tanto: el ser humano es “niño” desde la fecundación según el derecho internacional de los derechos humanos, y por ello el “feto” sobre el que recae la acción en el tipo penal de aborto es un ser humano, persona, individuo y niño.

Extrayéndose causalmente del desarrollo supra realizado, entre muchas otras, las siguientes conclusiones fundamentales adicionales: 1) reconocer que en el contexto del delito de aborto el término “feto” es sinónimo de persona y niño por nacer, 2) el deber de calificar como sujeto pasivo del delito de aborto al niño por nacer desde la fecundación y no desde la llegada al útero –embarazo–, 3)

³⁶ V, Pérez Vargas, *El concebido es niño*, Revista de ciencias jurídicas, n.º 84 (1997), 18.

³⁷ M, P, García Rubio, *La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas*, Revista de pensamiento jurídico (diciembre, 2013), 90.

el bien jurídico tutelado en el delito de aborto es la vida del niño por nacer; 4) el delito de aborto debe ser calificado como modalidad especial de homicidio, 5) el interés superior del niño rige a partir de la fecundación por lo que el legislador y el juez deben tomarlo como parámetro de reforzamiento y superioridad de los derechos de la niñez, 6) toda teoría legitimadora del aborto es inviable a nivel político criminal por violación a su principio primigenio, a saber, el principio de protección a la dignidad humana, 7) toda teoría legitimadora del aborto es inconstitucional por violación al valor superior de la dignidad humana, violación del derecho a la vida del niño por nacer, violación al derecho al interés superior del niño y violación del deber constitucional del Estado de protección especial de niños y niñas, y 8) es jurídicamente imposible despenalizar el aborto de respetarse el Derecho internacional de los derechos humanos.

3. Modelo de comprobación: entre ideología y prestidigitación jurídica.

3.1. La doctrina ideologizada.

Grandes autores señalan la ineficacia de la penalización del aborto como política criminal, entre ellos Baratta³⁸, Ferrajoli³⁹ y Zaffaroni⁴⁰, lo que podría motivar la despenalización del aborto y en su lugar ejecutar únicamente una política social de educación y prevención. Postura imposible de materializarse a nivel jurídico de respetarse los derechos humanos de la niñez, pues primeramente el derecho a la vida de “feto” como sujeto pasivo del delito de aborto forma parte del bloque constitucional como bien jurídico indispensable a proteger por el Estado, en su función de especial garante de los derechos fundamentales de la niñez por imperativo del artículo 51 de la Carta magna, que establece que “tiene derecho a especial protección del Estado (...) el niño y la niña”. En segundo lugar, por el Derecho del interés superior del niño, que impone

³⁸ Baratta, indica que la “indagación sociológica muestra” que en el delito del “aborto” el sistema penal acoge “retardos” de “valores presentes sólo en cierto grupo o ciertas áreas y negados por otros grupos y en otras áreas” (2004), 73.

³⁹ Ferrajoli, indica que “parece demostrado por investigaciones empíricas comparadas” que la penalización es completamente ineficaz para prevenir el aborto (1995), 280.

⁴⁰ Zaffaroni, establece que es discutible “si ante la impunidad del aborto, la tipificación de esta conducta o de algunas formas de aborto sea el medio preventivo adecuado o sí, por el contrario, esta tipificación no impide una prevención más adecuada por otro medio” (1998), 159.

los derechos de la niñez jerárquicamente por encima de todo derecho individual o colectivo. Pero primordialmente desde el enfoque de la investigación, por la evidente ideologización de la doctrina penal.

García-Pablos de Molina evidencia la hipocresía de muchos autores, explicando que en el análisis de datos realizado por la criminología frecuentemente “es necesario una remisión a instancias ideológicas”, ya que “la investigación empírica ofrece datos, pero éstos requieren de una valoración”⁴¹ que suscitan vivas polémicas, dando el ejemplo específico de la cifra negra en el delito, en donde el factor ideológico se hace evidente, indicando con meridiana claridad que la cifra negra muy elevada “en el delito de aborto se invoca por unos para solicitar la descriminalización del mismo”⁴² mientras que la misma circunstancia “en el delito fiscal” es utilizada para “todo lo contrario: para fundamentar la necesidad de un perfeccionamiento de las técnicas de investigación, persecución y represión”⁴³, concluyendo que en muchas ocasiones detrás de una “tesis, aparentemente neutra” los datos cumplen únicamente la función de mampara o “coartada” para esconder “la trampa propagandística de quienes sólo persiguen ratificar unos postulados ideológicos”⁴⁴ (García-Pablos de Molina, 2005, pp. 760-774).

La ideologización de la doctrina penal es evidente, demostrable en forma muy fácil con los más prestigiosos nombres de Alemania, España e Italia⁴⁵. Todos los autores mencionados no hicieron el análisis de las instituciones jurídicas de la “persona” y “niño” desde la normativa internacional de los derechos humanos antes realizada, por lo que sus débiles castillos de cartas

⁴¹ A, García-Pablos de Molina, *Introducción al Derecho penal* (Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005), 760-774.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ En el caso del profesor Castillo su error de afirmar que el “feto no es persona”, no se debe a ceguera ideológica, sino primeramente a la conformidad de su afirmación con la normativa civil (2007, p. 172), y en segundo lugar su separación tajante entre elementos descriptivos y normativos del tipo, clasificando en forma expresa a la “persona” como un elemento descriptivo, y por ello caracterizada como concepto extraíble “inmediatamente de la observación” (2008, p. 258). El caso del profesor Soler se excluye debido a que murió en 1980 previo a la promulgación de la Convención sobre los derechos del niño y su cambio de paradigma, por lo que su obra no tuvo oportunidad de reconstruirse en el nuevo modelo, mismo caso de Jiménez de Asúa.

argumentales fueron construidos adicionalmente con ausencia de cimientos dogmáticos.

Roxin es conocido entre otros temas por su teoría de la incorporación de la política criminal al Derecho penal y a la teoría del delito, sin embargo, olvidó recordar que el punto de arranque de cualquier política criminal es la dignidad humana –fundamento del carácter igualador de la institución de “persona”– para poder afirmar que el embrión no es persona (1976, p. 71). De igual manera olvidó acudir a las normas internacionales de derechos humanos para establecer el concepto de ser humano, persona y niño (2004, p. 1191-1197), ejercicio al que estuvo dispuesto realizar a la hora de analizar la ilegalidad de torturar al secuestrador con el objeto de extraer la localización del rehén vivo en peligro de muerte, para lo cual se pudo molestar en acudir a la “Convención de Derechos Humanos de 1950, vigente en Alemania”⁴⁶, demostrándose que dependiendo del sujeto pasivo del delito, dependerá su dignidad.

Vives Antón (2012) para llegar a la conclusión que el embrión y el feto no son personas, únicamente contrastó argumentos religiosos y filosóficos (pp. 13-82), fabricando una falacia *ad hominem* religiosa para distraer el debate del eje jurídico de discusión, para posteriormente –en vez de analizar las declaraciones de derechos humanos de carácter internacional que establecen el significado y alcances de las instituciones “persona” y “niño”– concentrarse en la “Declaración publicada por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe el 18 de Noviembre de 1974” como “doctrina oficial de la Iglesia Católica”⁴⁷, demostrando su falta de rigor dogmático, pues su propósito no era una discusión filosófica o teológica, sino desmentir “un supuesto derecho del embrión o feto por nacer, que el ordenamiento jurídico no le confiere”⁴⁸.

Por último, el ilustre jurista italiano Ferrajoli, es sin duda alguna el epítome de la arbitrariedad dogmática al servicio de la ideología. El profesor Ferrajoli (2004b) para fundamentar que el embrión y el feto no son personas ejecuta un

⁴⁶ C, Roxin, *¿Puede llegar a justificarse la tortura?* (México D.F, México: Instituto de Ciencias Penales, 2005), 8,11.

⁴⁷ T, Vives Antón, y M, L, Cuerda Arnau. *El debate acerca de la legalización del aborto.* (Valencia, España: Tirant lo blanch, 2012), 25.

⁴⁸ *Ibid*, 12.

ejercicio de distracción, primero acude a una falacia *ad hominem* religiosa – constantemente haciendo mención al enfrentamiento entre la “cuestión moral” y la “cuestión jurídica”, la “laicidad del estado y del derecho moderno” para argumentar una violación al principio de separación entre derecho y moral, valiéndose del ejemplo de la “madre (...) católica” (p. 499, 500, 502)—distrayendo la atención del lector incauto, para posteriormente mentir, fundamentando su postura en normas inconexas y en inferioridad de las declaraciones internacionales de derechos humanos, pasando de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1798, a la ley italiana “194/1978” (pp. 499-501), y omitiendo por completo cualquier referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1989, que demuestran que tanto el embrión como el feto son persona y niño, definiendo en forma expresa ambos conceptos, y que demuestran que es falso que “el embrión, y ni siquiera el feto, son personas, al ser “persona” un término del lenguaje moral y la calificación de “persona” un juicio moral”⁴⁹.

Dicho ejercicio omisivo era necesario para Ferrajoli, pues de lo contrario no podría sostener un derecho al aborto, la violación de la dignidad de la madre, y la supresión de derechos de la niñez para favorecer al grupo de las mujeres embarazadas que defienden el aborto. Llegando al punto Ferrajoli de contradecirse a sí mismo para justificar el derecho al aborto, estableciendo que la “autodeterminación de la mujer” es el primer y “fundamental derecho humano: el *derecho sobre sí mismo*”⁵⁰, mientras que en otra ocasión indicó que “el primero de todos” es “el derecho a la vida”⁵¹, como en forma evidente lo es, ya que sin la vida no hay personalidad o derecho que se pueda desarrollar o disfrutar, demostrando el autor que dependiendo de la situación y sus intereses, la jerarquía de los derechos humanos puede variar a conveniencia.

Demostrándose que la doctrina internacional penal más relevante realiza ejercicios de argumentación genéricos, mas no de filosofía jurídica o dogmática

⁴⁹ L, Ferrajoli, *La cuestión del embrión entre derecho y moral*. En J. M. Rivero Sánchez, J. Llobet Rodríguez. Democracia, justicia y dignidad humana (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2004 b), 501.

⁵⁰ Ibid, 505.

⁵¹ L, Ferrajoli, *La guerra y el futuro del derecho internacional. No en mi nombre: guerra y derecho* (Madrid, España: Editorial Trotta, 2003), 216.

en el tema del aborto. Olvidando los ilustres autores que la dogmática como disciplina del estudio jurídico tiene como dogma el precepto legal o ley, indispensable para el Derecho penal, para la resolución de los conflictos en forma sistemática y fundada, con el propósito de excluir la arbitrariedad y la discrecionalidad de la aplicación de la ley, por ello, debe quedar claro que nuestra disciplina es el Derecho penal o ley penal, y para ello en muchas oportunidades se debe analizar otro tipo de leyes, sean nacionales e internacionales, como en el caso bajo examen. Por ende, materias como la filosofía, metafísica, ciencias, religión, teología, moral, etc., a pesar de ser valiosos instrumentos circundantes, no pueden viciar el análisis jurídico de la ley, pues se menoscaba el imperio de la ley, el principio de legalidad, la seguridad y la predictibilidad jurídica, convirtiendo al Derecho en un juego arreglado de ruleta rusa y el jurista en el estafador que manipuló el arma, que puede elegir caprichosamente la materia o rama de conocimiento humano más conveniente para la ocasión, a la hora de darle una presunta solución a un conflicto en el cual quiere asegurar la victoria de sus sesgos.

3.2. Prestidigitación jurídica en la condena a Costa Rica por el caso de la fecundación in vitro.

La historia de la condena a Costa Rica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la fertilización in vitro (Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica) puede clasificarse como un espectáculo grotesco de principio a fin. Iniciando por la total omisión de alegación, defensa, ataque o análisis del desarrollo histórico y jurídico de la institución jurídica del “feto” como persona y niño desde las declaraciones internacionales de derechos humanos.

La Sala Constitucional al conocer el tema en sentencia 2306-2000 concluyó correctamente *de oído* que “el embrión humano es persona”, pero estableciendo en forma errada que “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción”. El concepto de “concepción” es utilizado en el artículo 4.1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos para establecer el momento desde el que se protege la vida –hasta la llegada de la Declaración sobre los Derechos del Niño— no para establecer el inicio de la misma. Otro

error de la Sala Constitucional fue literalmente preguntarse “¿cuándo comienza la vida humana?” reconducible al plano científico y omitir el estudio de la posible naturaleza estrictamente jurídica del embrión bajo su definición protectora y especificadora de derechos de la niñez impuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ante la inconformidad del resultado, los administrados recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En dicho escenario Pedro Haba en calidad de *Amicus Curie* presentó un documento denominado “Sobre unas Argumentaciones que Extrapolan (Non Sequitur) Datos Biológicos hacia lo Específicamente Normativo” ante la Corte Interamericana en setiembre de 2012 (Haba, 2019, p. 16). Documento que apuntaba presuntamente los errores argumentativos de la Sala Constitucional, y que la Corte Interamericana aceptó comprando las afirmaciones ahí defendidas. En dicho documento Haba cometió un error craso. En forma análoga se puede visualizar el error mediante el ejemplo de un peritaje sobre la prohibición del homicidio en el ordenamiento jurídico costarricense que excluya de su fundamentación y consideración el código penal, en el que se encuentra tipificado todas las formas de homicidio, en dicho escenario el resultado de la pericia será que el homicidio es impune. De igual manera Haba Müller olvidó que en la resolución de casos de Derecho penal, inmediatamente después de realizar el primer paso consistente en la “comprensión del supuesto de hecho” o del caso y sus hechos, el segundo paso, básico pero indispensable es el “análisis y evaluación jurídicos del supuesto de hecho” que inicia por la determinación de “la normativa aplicable”⁵², lo que es lógico, pues de acudir al código de minería cualquier homicidio resultará atípico y parte de la esfera de libertad individual del homicida. Como el documento de Haba indica, su aporte era para determinar “lo Específicamente Normativo” en los errores de la Sala Constitucional, sin embargo, cometió un segundo error al aceptar el marco jurídico establecido por la Sala Constitucional, lo que es doblemente grave si partimos que el mismo Haba indica que la Sala se equivocó al interpretarlo, debiendo ser el primer indicio para revisar y determinar

⁵² J, Silva Sánchez, M. F, Baldó Lavilla y M, Corcoy Bidasolo. *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general* (Barcelona: España: Bosch, 1997), 39.

en forma sistemática un nuevo fundamento jurídico, continuando con la analogía, Haba permitió que el delincuente determinara que el peritaje sobre el homicidio sea desarrollado únicamente desde la normativa minera. Haba concentrado en la discusión de la interpretación normativa y su argumentación perdió de vista la existencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Declaración sobre los Derechos del Niño, en las que como se demostró, se impone jurídicamente que el embrión es persona y niño. Quedando demostrada una mala praxis jurídica por la simple búsqueda y señalamiento de errores de la Sala Constitucional, desaprovechando la oportunidad de defender y dignificar los nuevos derechos especificados de la niñez.

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una lamentable sentencia condenando a Costa Rica mediante argumentos pobres y que muestran un espeluznante desconocimiento y negligencia. El punto clave que llama la atención por saltar entre las páginas incluso al ojo del profano, es que la Corte secuestró la discusión jurídica reconduciéndola al plano científico, así en el § 176 indica que “la definición de personas tan clavada en las menciones que hacen el tratado respecto a la “Concepción” y al “ser humano”, en términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica”. Práctica reprobable, pues como se demostró no es necesario e incluso es tramposo salir en busca del inicio de la vida a las ramas de la ciencia, la pregunta del inicio de la vida por contraintuitivo que parezca es irrelevante —debido a que la ciencia e incluso la doctrina ideologizada a favor del aborto aceptan que inicia desde la fecundación— y distrae la discusión del plano jurídico al científico, filosófico, moral, etc., pues suponiendo incluso el escenario extremo que la ciencia imponga el inicio de la vida con la socialización e incorporación en sociedad del niño muchos años después del nacimiento, ello no deroga que las declaraciones internacionales de derechos humanos imponen con carácter vinculante que todo ser humano es persona y que niño es todo ser humano menor de dieciocho años, ergo, persona y niño es todo ser humano desde la fecundación, momento en el que se constituye un ser humano, reforzado por el hecho jurídico de la existencia de la dignidad del ser humano que establece que

por el mero hecho de serlo se debe respetar sus derechos, que en conjunto con el interés superior del niño como derecho y principio de interpretación, el embrión-niño goza de protección superior y reforzada, por lo que se debe interpretar *jurídicamente* que la vida inicia con la unión del óvulo y el espermatozoide, ya que dicha interpretación es la más protectora de los derechos humanos de la niñez bajo el nuevo paradigma de especificación de sus derechos. Mostrándose como la Corte Interamericana llevó a cabo un ejercicio de prestidigitación mostrando en una mano la discusión irrelevante del inicio de la vida a nivel científico y escondiendo en la otra el análisis estrictamente jurídico del contenido de “ser humano”, “persona” y “niño” deslegitimando su actuación y haciendo un ejercicio que lejos de llamarse Derecho o jurisprudencia, es la pistola humeante o prueba del incumplimiento de sus deberes legales.

No queriendo decir lo anterior que el Derecho repudie la ciencia, sino que primigeniamente el legislador puede tomarla en cuenta para redactar la ley, pero una vez en vigencia, en conflictos jurídicos el juez está atado a la ley, y al establecer la ley lo que debe entenderse por ser humano, persona, y niño en forma garantista e igualitaria basado en la dignidad, nada debe buscar el juez en materias ajenas a su tablero competencial y de conocimiento, además de mostrar su incompreensión e incapacidad jurídica.

Deben recordar los Magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los Estados se unieron a la justicia interamericana en el marco de la Declaración Americana de Derechos Humanos, y de las normas internacionales de derechos humanos que configuran el marco legal vinculante, interpretable y predecible de sus acciones soberanas internas, por ello, es conforme a tal Derecho que se deben resolver los conflictos, y no evadir el sistema acordado para resolver conforme a otra materia distinta a las leyes a las que se obligan los Estados.

4. Reflexión final.

Como productos históricos los derechos son “susceptibles de transformación”⁵³, tanto en beneficio como en perjuicio para su destinatario, y

⁵³ N, Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid, España: Editorial Sistema, 1991), 70.

por ello es posible perderlos⁵⁴. La forma más efectiva de perder un derecho es olvidando su origen y con ello su contenido e importancia. La naturaleza histórica de los derechos y lo fácil que es perderlos por el mero olvido, aunado al fenómeno cíclico que en forma enfermiza repite la humanidad es puesto de manifiesto por el historiador griego Polibio (200 a 118 a.C.) al recordarnos que:

Mientras sobreviven ciudadanos que han experimentado las demasías y la violencia, contentos con la situación presente estiman más que cualquiera otra cosa la igualdad de derechos y la libertad de palabra; pero cuando les suceden en el poder los jóvenes, y la democracia es transmitida a los hijos de los hijos, éstos, al no seguir teniendo en mucha consideración la igualdad y la libertad de palabra por estar acostumbrados a ellas, tratan de prevalecer sobre la mayoría.⁵⁵

El carácter histórico de los derechos humanos sumado a la tendencia de olvidar su origen y necesidad, ha generado que incluso los derechos fundamentales no lleguen a tener una eficacia o vigencia moral a nivel socio-jurídico, a tal punto que el quebrantamiento de los derechos humanos no ha logrado institucionalizarse a nivel antropológico como un tabú, a saber, no como una simple prohibición, sino como una inclinación inconsciente, sentimiento, tendencia, predisposición o instinto de repulsión o de rechazo ante su violación. Lo que en conjunto se traduce al nivel más básico en la falta de entendimiento e interiorización del contenido, alcances y sujetos destinatarios del concepto jurídico de “persona” en el derecho, olvidándose el horror causado por los nazis con el aborto, posibilitando el establecimiento de ideas como el “derecho al aborto” a nivel social, al punto de poder generar la división de una nación (Borja Jiménez, 2003, p. 68), dinamitando el cimiento mismo de la construcción dogmática de los derechos humanos, a saber, la dignidad de la persona, lo que fácilmente puede evolucionar a no considerar personas a otros seres humanos.

⁵⁴ Una forma de perderlos es mediante la jurisprudencia, que socava y erosiona la dignidad como el cimiento pétreo del sistema de derechos humanos, al igual que en la geología, poco a poco, con la presión y el tiempo, quedando el ejemplo de la decisión sobre la fertilización in vitro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la posteridad, negando la naturaleza jurídica de persona y niño del ser humano desde la fecundación, siendo predecible prontamente un nuevo menoscabo a la dignidad humana en la escogencia política de sus casos.

⁵⁵ Polibio, *Las historias de Polibio de Megalópolis*. Volumen VI. (Santiago, Chile: Editorial Andrés Bello, 1970), 556.

Debiéndose recordar que en la Grecia de Aristóteles la tortura era una de cinco pruebas judiciales (Aristóteles, 1999, p. 290) para el Derecho romano un logro fue que la tortura únicamente se aplicara en los esclavos por no ser personas –sujetos de derecho—, pero posteriormente fue permitida como recurso extraordinario y en delitos de lesa majestad (Mommson, 1898, p. 263) para poco a poco consolidarse en la inquisición como el método probatorio generalizado, al punto de ser “la reina de las pruebas” para el siglo XIX (Tomás y Valiente, 1973, p. 94), demostrándose la ganancia y pérdida de un derecho, así como la pérdida progresiva de la dignidad y su institucionalización, caso análogo al tema examinado del aborto.

¿Cuánto tiempo faltará para que el hombre “rústico”, el ermitaño, el “loco”, el enfermo, el viejo, el disidente político, etc., sea excluido como persona? tomando en cuenta que el proceso ya comenzó, al ligar el concepto jurídico de persona al ámbito social para justificar el aborto. Incluso los juristas nazis luego de su derrota aceptaron dejar de hacer política criminal ideologizada para reiniciar su labor dogmática (Muñoz Conde, 2003, p. 96), por ello, luego de desnudarse nuestras vergüenzas jurídicas, se debe instar a los autores a reiniciar y revisar el estudio dogmático de la ley penal a nivel constitucional y supraconstitucional, para intentar frenar el curso de la barbarie jurídico-social, afirmación nada extraordinaria, pues de todas maneras, la constante revisión y sistematización del derecho y de las instituciones jurídicas es la tarea que el jurista tiene como fin.

5. Conclusiones.

Como producto de las anteriores reflexiones básicas se obtienen las siguientes siete conclusiones fundamentales:

- I. El concepto de persona ha evolucionado a través de la historia y de las mayores injusticias, constituyéndose en un concepto jurídico basado en la igualdad, que comprende a todos los seres humanos desde su fecundación.
- II. Durante el régimen nazi el aborto discriminatorio y criminal fue una práctica legitimada y justificada por el Derecho, por lo que las normas

internacionales de derechos humanos posteriores implementaron un modelo basado en la dignidad de la persona aplicable a todo ser humano, desde la fecundación, y por ello, jurídicamente se es persona desde el estadio natural de cigoto, y consecuentemente en ese momento el derecho a la vida debe iniciar su eficacia protectora.

- III. Producto de la discriminación histórica de la niñez, tampoco se les aplicó los derechos humanos internacionalizados después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que ideas y prácticas bárbaras como el aborto encontraron tierra fértil en la cual instalarse y desarrollarse a nivel jurídico y social.
- IV. El nuevo paradigma de protección integral de la niñez elimina cualquier duda sobre la naturaleza de ser humano, persona, individuo y niño del “feto”, al especificarse sus derechos desde la definición misma de “niño”, confirmando que desde la fecundación el ser humano es persona y niño.
- V. La naturaleza jurídica de persona y niño del “feto” en el tipo penal de aborto, tiene muchas repercusiones sobre la terminología del sujeto pasivo del delito, el bien jurídico protegido, la reclasificación del delito como forma especial de homicidio, el uso y respeto del interés superior del niño, las teorías legitimadoras del aborto, la imposibilidad jurídica de la despenalización del aborto, etc.
- VI. La dogmática penal más prestigiosa está plagada de ideología y de falacias de autoridad en el tema del aborto, causando un efecto en cadena de deslegitimación y contaminación de la discusión doctrinal, encendiendo las alarmas sobre la probidad del análisis en otros temas igual o más polémicos.
- VII. La Corte Interamericana de Derechos Humanos incurrió en grave incumplió de su deber jurídico internacional de resolver los conflictos de su conocimiento mediante el Derecho en el caso de la fertilización in vitro, poniendo en riesgo el delicado y frágil avance del derecho internacional, deshonrando su nombre y fin.

6. Bibliografía.

- Aristóteles. *Retórica*. Madrid, España: Editorial Gredos, 1999.
- Bacigalupo, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona, España: Bosch, 1998.
- Baratta, A. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo veintiuno editores, 2004.
- Beloff, M. A. *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño en el ámbito interno*. En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 2004.
- Beloff, M. A. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, 2009.
- Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*. Madrid, España: Editorial Sistema, 1991.
- Borja Jiménez, E. *Problemas Político-criminales actuales de las sociedades occidentales*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2003.
- Burgos Mata, Á. *El interés superior del niño*. En A. Burgos Mata, G. Chan Mora. Cuaderno de justicia juvenil, pp. 9-47. San Salvador, El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.
- Bustos Ramírez, J. *El derecho penal del niño-adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad del adolescente*. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- Castillo González, F. *El delito de omisión impropia*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2007.
- Castillo González, F. *Derecho penal: Parte general*. San José: Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008.
- Chan Mora, G. *El principio de "interés superior": ¿concepto vacío o "cajón de sastre" del derecho penal juvenil? Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil*. En J.

Llobet Rodríguez. Justicia penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González, pp. 583-600. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2007.

Cillero Bruñol, M. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Desalma, 1999.

Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2004 a.

Ferrajoli, L. *Derecho y razón*. Madrid, España: Editorial Trotta, 1995.

Ferrajoli, L. La cuestión del embrión entre derecho y moral. En *J. M. Rivero Sánchez, J. Llobet Rodríguez. Democracia, justicia y dignidad humana*, pp. 499-509. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2004 b.

Ferrajoli, L. *La guerra y el futuro del derecho internacional. No en mi nombre: guerra y derecho*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.

García-Pablos de Molina, A. *Introducción al Derecho penal*. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

García Rubio, M. P. "La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas". *Revista de pensamiento jurídico (diciembre, 2013)*: 82-109.

Haba, E. P. "Falacias a propósito de la fertilización in vitro". *Revista de Ciencias Jurídicas, n.º 148, (enero-abril, 2019)*: 13-42.

Hassemer, W. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona, España: Bosch, 1984.

Jiménez de Asúa, L. *Tratado de derecho penal. Tomo III*. Buenos Aires, Argentina: Editorial LOSADA S.A, 1965.

Laurenzo Copello, P. *Dogmática y política criminal del aborto*. Valencia, España: Tirant lo blanch, 2012.

Llobet Rodríguez, J. *Homicidio, femicidio y aborto*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2020.

Llobet Rodríguez, J. La justicia penal juvenil en Costa Rica. 1996-2017. En C. Tiffer. *Derecho penal juvenil: experiencias y buenas prácticas*, pp. 31-75. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2018.

Llobet Rodríguez, J. “Los derechos de los niños y adolescentes en Centroamérica”. *Revista Judicial Costa Rica*, n.º 90, (2009):11-54.

MacIntyre, A. *Tras la virtud*. Traducción de Amelia Valcárcel. Barcelona, España: Editorial Crítica, 1984.

Merino Sancho, V. *Tensiones entre el proceso de especificación de los derechos humanos y el principio de igualdad respecto a los derechos de las mujeres en el marco internacional*. *Derechos y Libertades*, 27, 327-363. 2012.

Mommsen, T. *Derecho penal romano*. Bogotá, Colombia: TEMIS, 1999.

Müller, I. *Los juristas del horror. La “justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Caracas, Venezuela: Editorial ACTUM, 2007.

Muñoz Conde, F. Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo. *Estudio sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia, España: Tirant lo blanch, 2003.

Núñez, R. *Manual de derecho penal. Parte general*. Córdoba, Argentina: Editorial Córdoba, 1999.

Olasolo Alonso, H. *Introducción al Derecho Internacional Penal*. Valencia, España: Tirant lo blanch, 2015.

Panero, R. *Formación de los conceptos jurídicos*. Valencia, España: Tirant lo blanch, 2006.

Pérez Vargas, V. “El concebido es niño”. *Revista de ciencias jurídicas*, n.º 84, (1997): 9-23.

Polibio. *Las historias de Polibio de Megalópolis*. Volumen VI. Santiago, Chile: Editorial Andrés Bello, 1970.

- Radbruch, G. *Filosofía del derecho*. Madrid, España: Editorial de Derecho Privado, 1944.
- Ramos Vázquez, J. A. "En terreno de Dionisio: algunos apuntes sobre el concepto de persona en el Derecho penal". *Revista de pensamiento jurídico*, 14, (2013):111-127.
- Roxin, C. *Derecho penal parte general*. Tomo I. Madrid, España: Civitas, 1997.
- Roxin, C. *La protección de la vida humana mediante el derecho penal*. En J. López Barja de Quiroga, J. M. Zugaldía Espinar. Ed. Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II, pp. 1189-1206. Barcelona, España: Marcial Pons, 2004.
- Roxin, C. *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid, España: REUS, 1976.
- Roxin, C. *¿Puede llegar a justificarse la tortura?* México D.F, México: Instituto de Ciencias Penales, 2005.
- Silva Sánchez, J., M. Baldó Lavilla, F., Corcoy Bidasolo, M. *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*. Parte general. Barcelona: España: Bosch, 1997.
- Soler, S. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Argentina: TEA, 1992.
- Soler, S. *Ley, historia y derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Olejnik, 2019.
- Tiffer, C. *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada con exposición de motivos del proyecto de ley*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2011.
- Tomás y Valiente, F. *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*. En F. Tomás y Valiente. *Constitución: Escritos de introducción histórica*, 149-180. Madrid, España: Marcial Pons, 1996.
- Tomás y Valiente, F. *La tortura en España*. Madrid, España: Ariel, 1973

Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica, número 4 (35) (16). Año 4.

ISSN 2515-6704. RDCP- UCR. 2024.

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

Vives Antón, T. Cuerda Arnau, M. L. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia, España: Tirant lo blanch, 2012.

Zaffaroni, E. R. *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 1998.