

ABORTO U HOMICIDIO: EL NACIMIENTO COMO CRITERIO DIFERENCIADOR Y LA CUESTIONABLE INTERPRETACIÓN DE LA SALA TERCERA, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

ABORTION OR HOMICIDE: BIRTH AS A DIFFERENTIATING CRITERION AND THE QUESTIONABLE INTERPRETATION OF CRIMINAL JURISPRUDENCE, IN THE LIGHT OF THE RULE OF LAW

Olman Francisco Ugalde González¹

Fecha de recepción: 21 de julio del 2021

Fecha de aprobación: 22 de agosto del 2022

RESUMEN: En este texto, se pretende abordar la legitimidad del tratamiento diferenciado entre el aborto y el homicidio, examinar el bien jurídico tutelado por cada una de estas figuras, así como esclarecer a partir de qué momento y hasta cuándo se protege cada uno. En este sentido, se realiza, por un lado, un abordaje sobre la base de las particularidades de la normativa costarricense y desde el principio de legalidad y la interpretación restrictiva; mientras que, por otro, se expone el criterio seguido por los tribunales y la problemática existente.

PALABRAS CLAVE: aborto, homicidio, bien jurídico tutelado, embrión, feto, persona, nacimiento, principio de legalidad, interpretación jurídica en materia penal, derechos humanos.

ABSTRACT: In this text, it is intended to address the legitimacy of the differentiated treatment between abortion and homicide, to examine the legal rights protected by each of these figures, as well as to clarify from what moment and until when each one is protected. In this sense, it is carried out, on one hand, an approach based on the particularities of the Costa Rican regulations and from the principle of legality and

¹ Licenciado en Derecho con énfasis en Ciencias Forenses de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Estudiante de la Maestría en Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Funcionario de la Defensa Pública de Costa Rica. Medio de contacto: olmanugalde26@gmail.com

restrictive interpretation; while, on the other hand, the criteria followed by the courts and the existing problems.

KEYWORDS: abortion, homicide, protected legal rights, embryo, fetus, person, birth, rule of law, legal interpretation in criminal matters, human rights.

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. El principio de legalidad como punto de partida; 3. La vida humana dependiente frente a la vida humana independiente: el aborto frente al homicidio; 3.1. La vida humana dependiente y aborto; 3.2. La vida humana independiente y el homicidio; 4. El nacimiento como criterio diferenciador entre aborto y homicidio, según la interpretación jurisprudencial de la Sala Tercera; 5. Conclusiones; 6. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

El ordenamiento jurídico costarricense, al igual que ocurre en el Derecho Comparado, ampara la vida humana tanto dependiente como independiente, a través de las figuras del aborto y del homicidio, respectivamente. La determinación sobre el período que abarca la tutela de cada una resulta de suma relevancia para el Derecho Penal, ya que, a partir de esta distinción, se podrá establecer si, en un caso concreto, se está ante un aborto, un homicidio o, eventualmente, una conducta atípica o que no atenta contra la vida humana.

Conforme se examinará en las siguientes líneas y según se desprende de las penas previstas para los tipos penales relativos al aborto y al homicidio, la diferencia en la reacción jurídico-penal entre ellos es significativa, toda vez que, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional patria, existen criterios objetivos que tornan imperioso un tratamiento diverso, sin que ello –pese al reclamo desproporcionado de algunos sectores– contravenga la prohibición de discriminación.

Para los efectos de este artículo, interesa, particularmente, esclarecer las implicaciones del nacimiento como momento o criterio que separa la vida humana dependiente de la vida humana independiente y, en consecuencia, permite deslindar si se está ante un feto (objeto de la protección en el delito de aborto, según el numeral 118

del Código Penal) o una persona (objeto de la tutela del tipo penal del homicidio, con base en el canon 111 del Código Penal).

En la medida en que este abordaje tiene importancia para la aplicación del Derecho Penal, es indiscutible la necesidad de partir del principio de legalidad – obligación convencional y máxima constitucional–, con los subprincipios que este conlleva y las limitaciones que genera sobre la interpretación, como la prohibición de la analogía *in malam partem*. Por ende, aun cuando la perspectiva comparada y la doctrina serán de utilidad para el ejercicio hermenéutico o la valoración de los alcances de un tipo penal, en ningún caso podrán ser empleadas para vulnerar el principio de legalidad ni para desconocer los límites de las previsiones típicas nacionales.

Ahora bien, para este ensayo, se recurrirá, en cuanto sea posible, al insumo que facilitan los campos especializados de la Medicina y, primordialmente, la Medicina Legal, en la definición del feto, la distinción con la persona y los métodos utilizados para concluir si hubo vida humana independiente o extrauterina y, cuando se requiera, la duración de esta.

Asimismo, se analizará, desde una óptica crítica, la línea jurisprudencial sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a los alcances del nacimiento y el momento a partir del cual se afirma que existe una persona y, por lo tanto, si se le diera muerte –sea de forma culposa o dolosa–, se estaría en el marco de un homicidio.

En definitiva, en los próximos apartados, se aspira a responder a las interrogantes sobre el inicio y final de la vida intrauterina y extrauterina, con especial atención sobre la circunstancia que marca la distinción entre ellas, tanto al tenor literal de nuestra normativa como de la jurisprudencia de la Sala Tercera, así como a través de la literatura médico legal oportuna.

2. El principio de legalidad como punto de partida

La primera parte del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señala: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que

en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. (...)”. A nivel interno, el precepto 39 de la Constitución Política estipula: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior (...)”; mientras que el Código Penal, en sus numerales 1 y 2, enfatiza: “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente” y “No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal”.

Estas disposiciones consagran el principio de legalidad, tradicionalmente expresado con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*. Según explica el profesor Mir Puig, este principio, como conquista ilustrada, responde a la división de poderes, en el entendido de que, solo del Poder Legislativo –representante del pueblo–, podría emanar la ley penal. Por ello, se concibe no solo como exigencia de seguridad jurídica, sino, además, como garantía política de que nadie será sometido, por parte del Estado ni del Poder Judicial, a penas que no admita el pueblo.²

Bajo esta misma lógica, el jurista alemán Claus Roxin sostiene que, al ser la pena una injerencia tan grave sobre la libertad personal, la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en el Poder Legislativo, instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder estatal; de tal suerte que se libera al órgano jurisdiccional de una función creadora del Derecho y se le limita a su aplicación.³

Si bien se identifican cuatro aspectos sobre los que se proyecta el principio de legalidad: como garantía criminal (el delito debe estar determinado por la ley), garantía penal (impide que se imponga una pena más grave o distinta a la prevista por la ley), garantía jurisdiccional (la declaratoria del delito y la imposición de pena solo pueden hacerse mediante una sentencia judicial, tras haberse seguido el procedimiento legalmente establecido) y garantía de ejecución (la ejecución de la pena debe sujetarse

² Santiago Mir Puig, *Bases constitucionales del Derecho Penal* (Madrid, España: Iustel, 2011), 71-72.

³ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid, España: Civitas, 1997), 145.

a una ley que la regule);⁴ en este trabajo, nos enfocaremos en el primero de ellos, ya que es el de mayor interés al momento de realizar la interpretación de los tipos penales.

Conforme desarrolla la maestra Rosaura Chinchilla, como elementos del principio de legalidad, se contemplan las exigencias de *lex scripta* (la ley penal debe establecerse por escrito), *lex praevia* (de donde se deriva la irretroactividad de la ley penal en perjuicio), *lex certa* o manifiesta (demanda taxatividad en la enunciación de los tipos penales y evitar la ambigüedad en el uso del idioma) y *lex stricta* o máxima taxatividad penal.⁵

Del presupuesto de *lex stricta* o máxima taxatividad penal, se extraen la proscripción de la analogía y de las interpretaciones extensivas *in malam partem*, así como la imposibilidad de recurrir a fuentes infralegales del ordenamiento para la regulación de la materia penal.⁶

En este sentido, Roxin asevera que, como consecuencia del principio de legalidad, a la judicatura le está prohibido: *i*) el uso de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) para abarcar, a través del argumento de la semejanza, supuestos no regulados en la ley y *ii*) el empleo de Derecho consuetudinario (no escrito) para fundamentar y/o para agravar la pena.⁷

Sobre lo primero, el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni resalta que, en materia penal, se debe aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa o interpretación estricta o restrictiva de la punibilidad, según el cual habrá de entenderse el texto en la forma más restrictiva del poder punitivo, dentro de todas las que admiten las palabras de la ley; mientras que, en cuanto a lo segundo, acentúa que, en nuestro sistema del

⁴ Santiago Mir Puig, *Bases constitucionales del Derecho Penal*, op. cit., 72-73.

⁵ Rosaura Chinchilla Calderón, *Principio de legalidad: ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.?* (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2010), 31-62.

⁶ *Ibid.*, 33-34.

⁷ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...*, op. cit., 140.

llamado “derecho escrito”, los usos, las costumbres, la doctrina y la jurisprudencia no pueden generar ley penal.⁸

Todo lo anterior ha sido debidamente subrayado por la jurisprudencia constitucional patria, con efectos vinculantes *erga omnes* –de conformidad con el canon 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional–, desde el histórico precedente 1739-1992, donde sostuvo que el principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* implica que la materia penal: “excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley sustancial (...) en la medida en que no lo favorezcan” (*sic*). Asimismo, en el voto 6660-1993, destacó que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas, como parte de una garantía de tipicidad.⁹

En lo atinente a la interpretación restrictiva en el ámbito penal, el Tribunal Constitucional ha recalcado que esta deriva del principio *pro libertatis*, de manera que las “normas penales han de ser interpretadas en forma restrictiva en resguardo de la libertad y seguridad jurídica”, criterio que “integra también el debido proceso, de tal forma que si se interpreta un tipo penal en forma ampliativa, ello constituiría una violación al debido proceso”.¹⁰

Asimismo, ha reiterado que, a la luz del principio de *favor libertatis* o *pro libertate* –que se cataloga, junto con el principio *pro homine*, como “el meollo de la doctrina de los derechos humanos”–, en caso de incertidumbre u oscuridad de los textos expresos, debe optarse por la interpretación que ofrezca mayores garantías a las personas; de modo que debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad.¹¹

⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal: Parte general* (Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2005), 101-108.

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, votos 1739-1992 y 6660-1993. Citados en Rosaura Chinchilla Calderón, *Principio de legalidad...*, *op. cit.*, 28-29.

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 4420-1997.

¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, votos 835-1990 y 9696-2003.

A partir de todo lo expuesto, se colige que, como resultado del principio de legalidad criminal y de los subprincipios de reserva de ley y máxima taxatividad penal, en la materia que nos ocupa, se encuentra vedado acudir a cualquier fuente distinta a la ley *stricto sensu* –como lo sería la doctrina– para realizar una interpretación extensiva o analógica en perjuicio de la persona imputada; puesto que, por el contrario, la regla es efectuar aquella exégesis que resulte más restrictiva del poder punitivo, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica y la división de poderes.

La propia Sala Tercera –aun cuando, en la práctica, muchas veces desconozca este postulado– ha acentuado que el objeto directo de la dogmática jurídica está constituido por la ley positiva, de manera que ninguna teoría o doctrina es válida, si se contraponen a las normas positivas que constituyen su objeto. En caso de enfrentamiento entre la doctrina y la ley, la primera podría traducirse en propuestas de *lege ferenda*, estudios de criminología o política criminal, pero nunca como un medio o justificación para menoscabar el principio de legalidad.¹²

Cabe destacar que ni siquiera si se estimara que existe una obligación convencional de sancionar una determinada conducta podría pretenderse recurrir a otros mecanismos, como lo sería el control de convencionalidad, para atentar contra el principio de legalidad (derecho humano amparado por el mismo tratado que inspira este instituto) y obviar las eventuales limitaciones de una previsión típica doméstica.

Al respecto, conviene recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), intérprete última del Pacto de San José, en aquellos supuestos en los que ha advertido una omisión legislativa de un Estado Parte, por carecer de una tipificación correcta de conductas delictivas como la desaparición forzada de personas o la tortura, ha declarado la responsabilidad internacional del Estado y ha ordenado la adecuación su ordenamiento.¹³

¹² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1427-2000. Citado en Rosaura Chinchilla Calderón, *Principio de legalidad...*, *op. cit.*, 19.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párr. 183, 209, 214-216; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, párr. 238, 321, 324.

No obstante, en ningún caso ha dispuesto o permitido que esta omisión estatal pueda ser empleada en perjuicio de las personas o como una herramienta para flexibilizar las garantías del principio de legalidad. Por el contrario, ha sido tras evidenciar que una descripción imprecisa de un supuesto de hecho quebranta el principio de legalidad y de seguridad jurídica, que ha exigido la corrección de la legislación interna.¹⁴

Dicho de otro modo, aun cuando realmente hubiere un mandato convencional de sancionar una conducta particular, lo cierto es que ello solo se traduciría en una obligación para el Poder Legislativo de corregir la omisión legal y adoptar las correspondientes medidas de derecho interno. Empero, esta omisión nunca facultaría a las instancias jurisdiccionales para reprimir conductas que no estuvieren previstas como delictivas.

Este planteamiento llegó a ser admitido por la Sala Tercera, con ocasión de la anterior regulación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, que exigía, para ser aplicable, al menos una “unión de hecho”, la cual, en el numeral 242 del Código de Familia patrio, requiere una duración mínima de tres años. Durante años, la Sala interpretó extensivamente la normativa, con el fin de sancionar comportamientos que habían tenido lugar en el marco de relaciones que no cumplían con el requisito de la unión de hecho, con el argumento de que se acudía a la Convención Belém do Pará como instrumento internacional de derechos humanos.¹⁵

Sin embargo, en la resolución 1278-2019, la Sala de Casación Penal revirtió dicho criterio y reconoció que, pese a que habría compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica, la adecuación de la normativa legal interna corresponde de manera exclusiva al órgano legislativo. Por lo tanto, concluyó que:

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párr. 214-216.

¹⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos 1330-2011, 992-2013, 1218-2013 y 301-2015. En ellos, se indicaba: “(...) Véase que **el citado Instrumento contiene un concepto más amplio que el artículo 242 del Código de Familia** que exige entre otros aspectos que la unión de hecho tenga más de tres años de convivencia, de modo que al remitir el artículo 3 de la Ley de Penalización al cuerpo normativo de la Convención para su interpretación, resulta claro que **no puede aplicarse el concepto restrictivo** de unión de hecho contenido en el numeral 242 (...)”. (Se suple el destacado, para evidenciar la preferencia por el concepto extensivo, en contra del principio de legalidad).

(...) Los vacíos o **deficiencias en la regulación** (...) **no se pueden solventar ni traducir en la vulneración de las garantías** procesales y derechos fundamentales básicos de la parte imputada, realizando una interpretación de las normas en cuestión **extendiendo los efectos de las mismas a situaciones no reguladas**.¹⁶ (El destacado no corresponde al original).

Así las cosas, la *ratio decidendi* de estos pronunciamientos confirma que las normas de rango legal son las únicas que pueden determinar si una conducta se encuentra sancionada en el ordenamiento doméstico, independientemente de la tendencia que se siga en el derecho comparado, en la doctrina nacional o extranjera o que se estime consecuencia de alguna obligación o mandato convencional. Esto sin perjuicio de que, eventualmente, pudiere haber modificaciones legislativas que, en todo caso, sólo tendrían efectos prospectivos y nunca retroactivos en perjuicio de las personas (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*).

Este prolegómeno, aunque pareciera innecesario, se considera fundamental para el análisis que se expondrá en los siguientes acápite, toda vez que, como se verá, la regulación costarricense tiene particularidades en cuanto al objeto de protección del aborto y al momento a partir del que existe vida humana independiente.

No obstante, desde nuestra óptica, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha ignorado tales especificidades y, en concreto, en lo relativo al momento del nacimiento, ha optado por acudir a la doctrina extranjera que se inspira en regulaciones distintas a la nuestra, para pretender sustentar interpretaciones extensivas lesivas del principio de legalidad.

3. La vida humana dependiente frente a la vida humana independiente: el aborto frente al homicidio

El Código Penal costarricense sanciona el homicidio, en sus distintas modalidades (simple, calificado, especialmente atenuado, por piedad y culposo), en los artículos 111, 112, 113, 116 y 117. En el numeral 111, se concibe el núcleo de la acción típica como

¹⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1278-2019.

“**dar muerte a una persona**”, mientras que, en los restantes ordinales, sobre la base de este núcleo, se refieren supuestos en los que, en atención a elementos objetivos y subjetivos, la pena se incrementa o atenúa, según el disvalor que se le atribuye a cada conducta. Para el homicidio simple (canon 111), se prevé una pena de prisión de doce a dieciocho años.

Por otro lado, la legislación sustantiva castiga el aborto, en sus diferentes formas (con o sin consentimiento, procurado, *honoris causa* y culposo), en los preceptos 118, 119, 120 y 122. En la norma 121, se contempla el aborto impune por indicador terapéutico (cuando exista “peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios”), lo que, en realidad, no describe un hecho punible, sino la regulación de una causa de justificación especial, sobre la que se ahondará en su oportunidad. En la previsión 118, se especifica el núcleo de la acción típica como “**causar la muerte de un feto**”, mientras que, en las restantes disposiciones –al igual que ocurre con el homicidio–, la pena varía, según algunos elementos objetivos y subjetivos.

La pena establecida para el aborto sin consentimiento de la mujer o si ella fuere menor de quince años (guarismo 118), es de prisión de tres a diez años, aunque, por un error legislativo, podría resultar inaplicable y tener que estarse al rango de penas de prisión de dos a ocho años. El error consiste en que, en el inciso primero de este artículo, se estipuló que, si el feto había alcanzado los seis meses de vida intrauterina, la pena sería de dos a ocho años de prisión. En otras palabras, aunque el feto se encontraría en una etapa posterior del proceso de gestación (lo que conllevaría un mayor reproche jurídico-penal), la pena sería menor.

En la plataforma del Sistema Costarricense de Información Jurídica, se introdujo una nota de SINALEVI –que no corresponde a lo dispuesto por el Poder Legislativo–, donde se puntualizó que es “evidente la falta del adverbio de negación “no” para darle sentido a su objetivo”, se apuntó que el inciso segundo sí contiene tal adverbio y se resaltó que esto responde al razonamiento de que, si el feto no hubiere alcanzado los seis meses de vida intrauterina, la pena sería menor.

Al respecto, el Dr. Ricardo Salas ha acotado que esta parte del articulado presenta un error material, al haberse suprimido la palabra “no”, pues sería absurdo que la pena sea menor si el feto había madurado más y se contradiría la protección gradual y progresiva del producto –según ha desarrollado la Corte IDH–. Por ende, en su criterio, mediante una técnica hermenéutica, habría que interponer el “no” que omitió el órgano legislativo, para que la norma recupere sentido y sea armoniosa con el inciso segundo.¹⁷

A pesar de las consideraciones lógicas de tal argumento, tal interpretación es contraria al principio de legalidad, toda vez que, aunque la legislación contenga un aparente –que, incluso, podría tildarse de evidente– yerro, al intérprete y a los órganos jurisdiccionales les estaría proscrito ensayar “correcciones” exegéticas en abierto desconocimiento del derecho positivo.

En consecuencia, a nuestro juicio, es preferible –en armonía con los principios constitucionales– el actual razonamiento del profesor Javier Llobet, quien ha explicado que, cuando el aborto se practicare sin consentimiento de la mujer o si ella fuere menor de quince años (inciso primero del numeral 118), en todos los supuestos, sea que el **feto** haya alcanzado los seis meses de vida intrauterina o no, la pena a aplicar sería de dos a ocho años de prisión.

En el caso de que el feto hubiere alcanzado los seis meses de vida intrauterina, sería el resultado del respeto al principio de legalidad penal y a la estipulación expresa de la norma. En la hipótesis de que el feto tuviere menos de seis meses de vida intrauterina –cuando, según la norma, la pena sería de tres a diez años–, habría que recurrir a criterios de equidad, proporcionalidad, coherencia y dosimetría penal, para entender que no es posible sancionar de manera más severa un supuesto menos grave y, por lo tanto, habría de aplicarse también la pena de entre dos y ocho años de prisión. En este segundo escenario, no se vulneraría el principio de legalidad, puesto que se

¹⁷ Ricardo Salas Porras, “Aborto (artículos 118, 119, 120, 121 y 122)”, en *Derecho Penal Especial. Tomo II* (San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2020), 25.

haría una interpretación *in bonam partem*, es decir, más favorable para la persona imputada.¹⁸

Dicho de otro modo, aunque se comprende que la intención de la norma o el “espíritu del legislador” habría sido –como se reflejó en el inciso segundo–, imponer una pena menor cuando el **feto** tuviere menos de seis meses de vida intrauterina, ya que su desarrollo sería menor, conforme a la protección gradual e incremental de la vida dependiente,¹⁹ lo cierto es que ello no autorizaría obviar el texto expreso y el principio de legalidad, en perjuicio de quien figure como inculpado. En el segundo supuesto, la interpretación *in bonam partem* y *pro libertatis* no solo no lesionaría el principio de legalidad, sino que se considera imperiosa a la luz de los valores constitucionales.

Es menester señalar que, en este ensayo, no se pretende realizar un estudio minucioso sobre el aborto y el homicidio, por lo que no se ahondará en el escrutinio dogmático de cada uno ni de sus distintas modalidades;²⁰ sino que el interés recae en diferenciar cuándo se está uno y cuándo se está ante el otro. Por ello, se ha enfatizado que, según la regulación sustantiva, en el aborto, se causa la muerte de un “**feto**” y, en el homicidio, se da muerte a una “**persona**”. El propósito de estas líneas es discernir

¹⁸ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto* (San José, Costa Rica: Jurídica Continental, 2020), 567-568.

¹⁹ En el *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en el párrafo 264, la Corte IDH sentenció: “(...) es posible concluir de las palabras “en general” que la **protección del derecho a la vida** con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es **gradual e incremental según su desarrollo**, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica **entender la procedencia de excepciones a la regla general**” (el destacado es propio). Si bien el Alto Tribunal, en esa ocasión, no ahondó en los supuestos de excepción, es diáfano que se desprende la imposibilidad de una absoluta criminalización del aborto, pues los Estados deberán reconocer excepciones a la regla general. En este sentido, en una decisión reciente (del mes de setiembre de 2021), la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana declaró inconstitucional la criminalización total del aborto, como ocurre con “los tipos penales que no contemplan la posibilidad de interrumpir el embarazo en un período cercano a la implantación, o las normas que sólo prevean la posibilidad de abortar como excusas absolutorias, pues en esos supuestos la conducta se cataloga como un delito, aunque no se imponga una sanción” (<https://www.internet2.sejn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579>). En el caso costarricense, como se ha mencionado, solo se admite el aborto por razones terapéuticas, en la medida en que el canon 121 del Código Penal dispone que “no es punible”. Ahora bien, aunque de fondo habría una causa de justificación (estado de necesidad) o un supuesto de inexigibilidad de otra conducta, si se entendiera esta “no punibilidad” únicamente como eximente de pena, estaríamos ante un caso como el fue declarado inconstitucional en México, ya que la conducta se consideraría típica, antijurídica y culpable, pero se excluiría su punibilidad.

²⁰ Para esto, sobre el caso costarricense, será oportuno consultar dos textos citados previamente: i) Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto* y ii) Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, en *Derecho Penal Especial. Tomo II*.

desde qué momento y hasta cuándo existe, por un lado, un feto y, por otro, una persona, con las diferencias en la reacción jurídico-penal.

Nuestro ordenamiento acepta que existe una diferencia notable entre el “feto” –al cual se procuró resguardar con mayor rigor después de que hubiera alcanzado los seis meses de vida intrauterina (por un principio de protección gradual e incremental)– y la “persona”, dado que los rangos de pena son manifiestamente diversos. En nuestro criterio, la sanción máxima que podría imponerse por un aborto es de ocho años de prisión –si se siguiera la literalidad de la norma, sería de diez años–; mientras que la pena máxima por un homicidio sería de treinta y cinco años.

En su momento, bajo un absurdo e irracional reclamo por supuesta violación al principio de igualdad, se interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra de la penalidad diversa de los delitos de aborto y homicidio, debido a que el accionante estimaba que, en ambos casos, se estaba una vida humana de igual valor y que los rangos punitivos debían ser los mismos. Como sustento, el accionante arguyó la sentencia 2306-2000 de la Sala Constitucional, en la que se dispuso la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo que permitía la técnica de fecundación *in vitro* y que, años más tarde, ocasionó que la Corte Interamericana determinara la responsabilidad del Estado de Costa Rica por violación al Pacto de San José.

Ahora bien, mediante el voto 2792-2004, el Tribunal Constitucional rechazó la acción y, de esta forma, declaró la constitucionalidad del tratamiento diferenciado en estos casos. La Sala consideró que es perfectamente factible tomar en cuenta las diferentes circunstancias en torno al bien jurídico vida, para fijar penas que “sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva (...) y (...) la pena con que se le ha de sancionar”. En criterio de la Magistratura constitucional, no existe violación de los límites derivados de la Carta Magna, al hacer una “diferencia entre la situación de un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido”, toda vez que: *i)* aunque, en ambas hipótesis, se está ante seres humanos, se encuentran en “etapas de desarrollo claramente diferenciadas”, tanto desde el punto de vida médico como social; *ii)* en la

persona “no nacida”, existe una relación de dependencia con la madre hasta “antes de nacer” y deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales de la madre, lo que no ocurre en el caso de los homicidios; y *iii*) la diferenciación en la intensidad del castigo responde a la percepción y vivencia del entorno cultural, como se aprecia al examinar otras regulaciones latinoamericanas y europeas, donde se opta por una disminución en la reacción penal ante la lesión de la vida del no nacido.

Finalmente, la Sala ponderó que las diferenciaciones en cuestión no producirían que hubiera una víctima que sufriera alguna disminución en el disfrute actual o potencial de sus derechos, por lo que no habría afectación a la dignidad humana. Ergo, concluyó que la “**distinción** que se ha hecho entre un grupo y otro de conductas **según se aplique a personas nacidas y no nacidas**, no alcanza a ser inconstitucional, sino que se ubica dentro del marco de legítima discrecionalidad (...).²¹ (Se suple el destacado).

Así las cosas, al haber criterios objetivos y evidentes para la diferencia efectuada, debía rechazarse el reproche por violación al principio de igualdad y el alegato sobre un tratamiento discriminatorio. Como ha recalcado la Corte IDH, no toda distinción de trato puede tildarse de ofensiva, *per se*, de la dignidad humana, pues se diferencia entre “distinciones y discriminaciones”, donde las primeras son compatibles con la CADH, por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las segundas sí estarían proscritas, por resultar arbitrarias.²²

El pronunciamiento constitucional, además de legitimar la distinción entre las figuras del aborto y el homicidio y contextualizar la importancia de distinguir adecuadamente entre ellas, introduce el aspecto que las deslinda; porque alude a la diferencia entre “personas nacidas” y “no nacidas”, es decir, establece el nacimiento como el criterio distintivo.

3.1. La vida humana dependiente y el aborto

²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2792-2004.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (06 de agosto de 2008), párr. 211; *Opinión Consultiva OC-4/84*, párr. 56; *Opinión Consultiva OC-17/02*, párr. 84, 89.

En general –es decir, con posibles excepciones–, se asume que la vida humana dependiente o intrauterina se tutela **desde la concepción**, entendida –a la luz del estándar fijado por la Corte Interamericana– como el momento en el que el **embrión se implanta en el útero, hasta el nacimiento** –cuyos alcances serán profundizados en el siguiente acápite–.

En este sentido, el tratadista argentino Carlos Creus señala que un importante sector de la doctrina, tanto en América Latina como en Europa, defienden la idea de que la vida humana tiene comienzo en la anidación del óvulo en la matriz de la mujer.²³ La profesora española María José Rodríguez Mesa expone que la tutela jurídica se da a partir de la implantación en el útero materno, dado que este es el momento en el que el embrión adquiere su individualización como ser humano, a través de dos propiedades: *i*) unicidad o cualidad de ser único –antes de la anidación, el embrión podría dividirse y dar lugar a gemelos, por lo que se estima que esta característica no está fijada en las etapas previas– y *ii*) diferenciación o identidad genética –que no se adquiere hasta el inicio de la diferenciación embrionaria, a partir de la anidación–; aunado al hecho de que, antes de ello, el cigoto presenta gran inestabilidad y existe dificultad para comprobar el embarazo o el aborto.²⁴

En palabras del Dr. Gracia Martín, lo que se protege es el bien jurídico de la vida como “bien jurídico individual” y la individualidad se constituye plenamente hasta la anidación. Por consiguiente, la doctrina mayoritaria considera que las técnicas *in vitro* de óvulos fecundados o los procedimientos que evitan la anidación –como la colocación del “dispositivo intrauterino” o la “píldora del día después”– no pueden catalogarse como abortivos ni delictivos; de tal suerte que estos procedimientos no pueden prohibirse ni reprimirse.²⁵

²³ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte especial 1*, 7ª. ed., 2ª. reimpresión (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2013), 6.

²⁴ María Rodríguez, “Lección 2”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, Juan María Terradillos Basoco (coordinador), 2ª. ed. (San José, Editorial Jurídica Continental, 2017), 50-51. Citado en Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 12.

²⁵ Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 12-13.

En la doctrina nacional, el Dr. Llobet subraya que el bien jurídico tutelado del aborto es la vida humana dependiente, el **producto de la concepción**, desde su anidación hasta su expulsión del claustro materno; sin que, en nuestro medio –a diferencia de otros ordenamientos como el español, donde se contempla la figura de lesiones al feto–, se repriman los atentados contra la salud del feto, salvo que pueda afirmarse que hubo una tentativa de aborto.²⁶

Para continuar este abordaje, es imprescindible acudir a las conclusiones a las que ha arribado la Corte IDH, sobre la base del numeral 4.1 de la CADH, las cuales son vinculantes para todas las autoridades estatales, de conformidad con el control de convencionalidad:

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** para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la **“concepción”** en el sentido del artículo 4.1 **tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero**, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la **protección del derecho a la vida** con arreglo a dicha disposición **no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo**, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la **procedencia de excepciones a la regla general**.²⁷ (El énfasis es propio).

En numerosos párrafos, el Tribunal reitera que, con base en el *corpus iuris* interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión y recrimina que ninguno de los artículos que fue invocado por la Sala Constitucional para

²⁶ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, op. cit., 421.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 264.

equipararlos permite sustentar tal consideración. Además, rechaza el argumento de que las normas internas otorgan una mayor protección al derecho a la vida del *nasciturus*, ya que, bajo esta visión, se incurre en una absolutización y se niega la existencia de otros derechos en posible conflicto. En su lugar, la Corte cita una serie de precedentes en los que se acepta un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero se resalta que este debe armonizarse con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre.²⁸

En síntesis, se advierte que el embrión no puede homologarse a la persona para efectos jurídicos, que su tutela –como apunta la doctrina– inicia con la implantación en el útero y que se rige por un principio de protección gradual e incremental, según su desarrollo, sin que, en ningún caso, pueda concebirse como absoluta, pues admite excepciones.

Desde nuestra perspectiva, como la Corte no ahondó sobre estos supuestos de excepción, pareciera que lo remite a la apreciación de los Estados –sin perjuicio de un examen futuro en casos que le puedan ser elevados– y, al reconocer que la protección de la vida dependiente no es absoluta, es evidente que no exige una tipificación o criminalización total del aborto. Nótese que, si la protección es gradual e incremental, según el desarrollo del producto, no podría ser la misma para un embrión de pocas semanas que para un feto en estado avanzado.

Ahora bien, lo anterior tiene interés para el caso patrio, porque, pese a que el Dr. Llobet señala que el bien jurídico del aborto es el producto de la concepción desde la anidación,²⁹ lo cierto es que la normativa sanciona la conducta a partir de un momento posterior, en la medida en que lo que es objeto de represión es la muerte del **feto** y este concepto es mucho más restringido.

El Dr. Ricardo Salas es quien ha llamado la atención sobre este punto a nivel nacional, al indicar que, con la actual redacción del tipo, “la interrupción del proceso

²⁸ *Ibid.*, párr. 222, 223, 244, 253, 258-263.

²⁹ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, *op. cit.*, 421 y 565.

gestacional antes de ocho semanas que marcan el punto de diferenciación entre el embrión o feto, no sería configurativa de un aborto, pues no se ocasionaría la muerte de un “feto”, el cual todavía no existe”.³⁰ En apoyo de su hipótesis, el profesor Salas cita un texto de embriología humana, donde se explica que, después de culminada la octava semana de gestación, inicia el período fetal, que abarca desde las nueve semanas hasta el nacimiento.³¹

Bajo este mismo razonamiento, el Dr. Eduardo Vargas Alvarado, ilustre médico legal costarricense, asevera que, en la práctica forense, la expresión “producto de la concepción” (empleada por el profesor Llobet) es más recomendable que el término feto, pues este último solo corresponde a una fase determinada:

(...) de acuerdo con Arey, durante la gestación se distinguen las siguientes etapas:

Cigoto. Desde la fecundación hasta el final de la primera semana.

Embrión. Desde la segunda semana **hasta la octava semana incluso.**

Feto. Desde el comienzo del tercer mes hasta la expulsión o parto.³²

(El destacado no corresponde al original).

En otras palabras, desde el punto de vista médico legal, **el feto existe a partir de la novena semana o desde el comienzo del tercer mes**, ya que, hasta la octava semana (incluida), solo se está ante un embrión. Esta diferenciación también es enfatizada en otros manuales especializados de Embriología Clínica³³ y ha sido acotada por la propia Sala Tercera,³⁴ sobre la base de la explicación del Dr. Vargas Alvarado.

³⁰ Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 13-14.

³¹ Bruce Carlson, *Embriología Humana y Biología del Desarrollo*, 5ª. ed. (Barcelona: Elsevier, 2014), 453. Citado en Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 13-14.

³² Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal*, 4ª. ed. (México: Trillas, 2012), 321.

³³ Keith L. Moore, Vid Persaud y Mark G. Torchia, *Embriología Clínica*, 10ma. ed. (Barcelona: Elsevier, 2016), 1-3, 91.

³⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 986-2021.

Así las cosas, si el tipo penal reprime la causación de la muerte del feto y este, conforme al subprincipio de máxima taxatividad penal y al parámetro de la interpretación más restrictiva, existe a partir de la novena semana de gestación –no antes–, es posible colegir que la provocación de la muerte del embrión o del producto de la concepción, que tuviere lugar entre la anidación y la octava semana (incluida), no sería una conducta típica en nuestro ordenamiento.

Dicho de otro modo, en Costa Rica, **el aborto** –entendido, en este punto, como interrupción del embarazo, según el concepto médico u obstétrico–³⁵ **cometido antes del inicio de la novena semana** (es decir, hasta la octava semana, inclusive) **no sería un comportamiento típico ni prohibido** y, por lo tanto, sería una conducta permitida. El aborto, a nivel jurídico o como acción típica, solo podría existir si se ocasionara la muerte del producto de la gestación después del inicio de la novena semana.

El connotado profesor Llobet se muestra contrario a esta posición, toda vez que considera que: *i*) el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define al feto como “Embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto” y que el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico establece como sinónimos embrión y feto; y *ii*) la noción de feto de la RAE “parte de la implantación en el útero, lo que coincide con lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con lo indicado por la Organización Mundial de la Salud”.³⁶

En relación con el punto primero, es preciso señalar que, en efecto, la RAE alude al feto a partir de la idea de “embrión”, pero si se consulta la definición de “embrión”, se advierte que el mismo Diccionario lo concibe como “1. Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. 2. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes de embarazo”.³⁷

³⁵ Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, 6a. ed. (Barcelona: Elsevier Masson, 2004), 613.

³⁶ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, op. cit., 565.

³⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, consultado en <https://dle.rae.es/embri%C3%B3n>

Aun cuando esta enciclopedia extiende el período de embrión “hasta fines del tercer mes” –pese a que la literatura médica apunta hasta la octava semana–, lo relevante es que se reconoce que el embrión es sólo una fase etapa inicial del desarrollo y, en esa medida, no podría equipararse al feto. Se detecta que no existe claridad ni coherencia, por parte de la RAE, sobre los alcances de estos términos médicos y ello imposibilita utilizarla como una adecuada referencia.

En cualquier caso, aunque se estimara que dicho Diccionario tiene una definición correcta, lo cierto es que habría dos posibles interpretaciones del término feto. Por un lado, se encontraría la acepción de la RAE, según la cual el feto surge con la implantación en el útero; por otro, estaría la definición facilitada por la ciencia médica, que aclara que el feto existe hasta la novena semana.

Desde nuestra óptica, en el ámbito jurídico y, principalmente, en materia penal, debería seguirse el criterio médico, no sólo porque proviene del área del saber especializada y contiene una diferenciación lógica entre embrión y feto; sino, además, porque así lo exige el principio de máxima taxatividad interpretativa o interpretación restrictiva que, con base en el principio *pro libertatis* y en la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, integra el debido proceso.

En cuanto al punto segundo, es necesario destacar que, si bien la Corte IDH señala que la tutela de vida, según el numeral 4.1 del Pacto de San José, iniciaría, **en general** –con excepciones, pues esta protección no es absoluta–, desde la implantación en el útero, siempre alude al embrión y no al feto –como se puede apreciar en el extracto *supra* reproducido–.³⁸ El Tribunal se preocupa por repetir que el **embrión** no puede ser considerado ni tratado de manera igual a la persona,³⁹ pero, en su resolución, no menciona al feto ni provee una definición que lo coloque al mismo nivel.

De todas formas, si se pensara que, a partir de lo dictaminado por la Corte, el Estado estuviera en la obligación de reprimir la muerte de todo producto de la concepción

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo...*, *op. cit.*, párr. 264.

³⁹ *Ibid.*, párr. 222, 223, 244, 253, 258-263.

—desde la fase embrionaria—, ello requeriría traducirse en modificaciones legislativas, pero no facultaría a los órganos jurisdiccionales para excederse en sus competencias y realizar exégesis extensivas, analógicas y contrarias al principio de legalidad. Como se ha recalcado, las eventuales reformas sólo podrían tener efectos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor (irretroactividad de la ley penal) y, mientras tanto, el Estado no podría impedir ni perseguir la comisión de una conducta atípica, como lo sería la interrupción del embarazo hasta la semana octava (incluida).

Cabe acotar que, desde nuestra perspectiva, esto no es lo que impone la sentencia del *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2012), ya que podría convertirse en una protección absoluta e indiscriminada, que es precisamente lo que censura el Tribunal, al reconocer que existen otros derechos fundamentales en juego — en particular, de la madre—, por lo que habrá excepciones —no desarrolladas por la Corte en dicho voto—.

Asimismo, se insiste, si la protección debe responder a una lógica gradual e incremental según el desarrollo del producto, pareciera aceptarse que, en etapas tempranas, habría mayor amplitud para una interrupción voluntaria del embarazo y, al ponderar los posibles intereses en colisión, habría de favorecerse los de la mujer por encima de aquellos del producto en estado incipiente. En avanzadas fases de la gestación, la tutela (gradual) del producto se incrementaría y ello incidiría en la ponderación de los intereses involucrados.

En definitiva, el Estado no solo no estaría forzado a sancionar la muerte del producto desde las primeras etapas, sino que, al menos en fases iniciales, estaría conminado a facilitar (como parte de la obligación de garantía del canon 1.1 de la CADH) la interrupción voluntaria de quienes lo deseen. Bajo esta comprensión, como se ha anotado, recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, por unanimidad, declaró la inconstitucionalidad de “tipos penales que no contemplan la posibilidad de interrumpir el embarazo en un periodo cercano a la implantación”.⁴⁰

⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Comunicado de prensa No. 271/2021* (07 de setiembre de 2021), disponible en <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579>

El profesor Llobet agrega que el concepto de feto de la RAE es congruente con lo indicado por la Organización Mundial de la Salud (OMS).⁴¹ Empero, en el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, revisado y preparado por la OMS, se brindan definiciones coincidentes con la literatura médica citada. Por “embrión”, entiende: “producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio (*sic*) embrionario (8 semanas después de la fecundación)”, mientras que, como “feto”, se estipula: “producto de la fecundación desde el fin del desarrollo embrionario, a las 8 semanas después de la fecundación, hasta el aborto o el nacimiento”.⁴²

En virtud de lo expuesto, se estima que el planteamiento del Dr. Ricardo Salas Porras es el correcto, a la luz del Derecho de la Constitución y las máximas del principio de legalidad, por lo que el aborto, como concepto jurídico, se limitará a los supuestos de causación de muerte del feto en sentido estricto, es decir, a partir del inicio de la semana novena del embarazo. Se descarta todo método de interpretación que apele al “espíritu del legislador” o a cualquier factor meta-normativo, con el único fin de aspirar a una interpretación extensiva *in malam partem*.

Para abonar a la tesis de que la intervención penal debiera estar restringida respecto al producto de la concepción que se encuentra en una etapa más avanzada y no para casos de muerte de un proceso en estado apenas embrionario o incipiente, debe tomarse en cuenta que, como ha apuntado la maestra Chinchilla Calderón: “Si científica, ética y legalmente se considera que la vida humana cesa cuando finaliza la actividad cerebral, no parece existir inconveniente lógico ni argumentativo en admitir que inicia cuando esa actividad cerebral se genera”.⁴³

En vista de que la actividad encefálica no se encuentra presente en las primeras etapas del embarazo, carecería de sentido reprimir la interrupción voluntaria en esos momentos, pues no habría vida como tal. En el modelo español, se permite la

⁴¹ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, op. cit., 565.

⁴² Organización Mundial de la Salud, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*, 2010, disponible en https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

⁴³ Rosaura Chinchilla Calderón, “Caso Manuela. La política criminal y los sistemas carcelarios de mujeres al banquillo”, *Página abierta* (marzo, 2021), disponible en <https://www.paginaabierta.net/blog/caso-manuela>

interrupción voluntaria del embarazo (con asesoramiento previo e información de las ayudas públicas de apoyo a la maternidad) durante las primeras catorce semanas de gestación, pues se afirma que este límite se relaciona con el inicio de la actividad cerebral en el feto.⁴⁴

En el derecho comparado, se ha prestado atención a las semanas de embarazo en Estados que siguen el sistema de plazos y que autorizan el aborto –como concepto médico– voluntario en los primeros meses de embarazo. Conforme explica el Dr. Salas, no significa que el *nasciturus* esté completamente desprotegido en estos sistemas, sino que, en un inicio, se prioriza la decisión de la madre y esta “va cediendo en la medida en que el feto madura”.⁴⁵

Además del sistema de plazos, algunos ordenamientos se rigen por sistemas de indicadores o sistemas mixtos, en los que no se ahondará, pero que es importante referir en términos generales. En la primera de estas soluciones, el aborto es lícito por: *i*) indicador terapéutico, cuando existe grave riesgo para la vida o la salud de la madre – este es el único indicador previsto en la regulación costarricense–; *ii*) indicador criminológico o ético, cuando el embarazo fuere producto de una violación –que, en nuestro medio, se establece como causal de perdón judicial en favor de la mujer (artículo 93.5 del Código Penal), aunque se le reprocha que obvie otras situaciones en contra de la voluntad de la mujer–;⁴⁶ *iii*) indicador embriopático (en ocasiones, llamado eugenésico, aunque no sea realmente ese el propósito), cuando el feto tuviere graves malformaciones o taras psíquicas o físicas; y *iv*) indicador social o psico-social, por razones índole social o psíquica, como dificultades económicas de la madre para mantener al hijo.⁴⁷

En los sistemas mixtos, se parte de una protección gradual del feto, con ocurre en España, donde, además del aborto voluntario durante las primeras catorce semanas, se permite hasta la semana veintidós, si hay grave riesgo para la vida de la mujer o graves

⁴⁴ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, *op. cit.*, 475.

⁴⁵ Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 15.

⁴⁶ *Ibid.*, 31-32.

⁴⁷ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio...*, *op. cit.*, 470-474. Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 16.

anomalías y, de la veintidós en adelante, solo por anomalías fetales incompatibles con la vida o se detecte una enfermedad extremadamente grave o incurable en el feto.⁴⁸

Ahora bien, para retomar el estudio costarricense, se debe señalar que, en doctrina nacional, el Dr. Salas Porras ha aseverado que: “[l]o que se protege es la vida del feto, con independencia de la viabilidad intrauterina o extrauterina”.⁴⁹ No obstante, a nuestro juicio, ello resulta incorrecto, porque sí se requiere viabilidad, según los motivos que se desarrollarán de seguido.

En primer término, es necesario aclarar que la dogmática jurídico penal pareciera coincidir en un aspecto básico –sobre el cual el profesor Salas también estaría de acuerdo–: se excluiría el aborto (sea porque la acción sería atípica, faltaría el objeto material del delito o se trataría de un delito imposible), desde el punto de vista legal, si el embarazo no existiera, fuera un embarazo aparente (mola matriz)⁵⁰ o el feto ya estuviera muerto.

En este sentido, se encuentra la posición del tratadista Carlos Creus: “(...) No es una acción abortiva (...) la destrucción del óvulo fecundado fuera del seno materno y que todavía no ha sido implantado en él. Tampoco se da el requisito en los casos de embarazo aparente (mola matriz)”; quien agrega que “[l]a acción típica sólo se puede dar cuando el feto del que la mujer está embarazada se encuentra con vida en el momento

⁴⁸ Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 16.

⁴⁹ *Ibid.*, 17.

⁵⁰ La literatura médica menciona que “[p]uede ocurrir que se interprete como embarazo lo que en realidad es un tumor productor de gonadotropinas, como es el caso de la mola hidatiforme y del coriocarcinoma” (cfr. Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal, op. cit.*, 317). La jurista española María Rodríguez describe la mola como el “óvulo fecundado y abortivo, que se hace parásito de la madre” (cfr. María José Rodríguez Mesa, “Lección 2”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, tomo III*, Juan María Terradillos Basoco (coordinador), 2ª ed. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2017), 51. Citada en Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto, op. cit.*, 565). Cabe señalar que, para el Dr. Franz Vega, abogado y médico legal costarricense, la mola hidatiforme o embarazo molar es “una alteración del embarazo como resultado de la fertilización anormal de un óvulo que puede producir un desarrollo de tejidos fetales inviábiles o ausencia de tejido fetal por completo”, que conlleva un riesgo inminente para la madre, por la posibilidad de que se transforme en un tumor llamado coriocarcinoma; de tal suerte que justificaría la práctica de un aborto terapéutico o impune (cfr. Franz Vega Zúñiga, ponencia denominada “Aspectos médicos y legales del aborto impune en Costa Rica. Análisis desde la norma técnica”, realizada en el marco del Primer Seminario Virtual de Derecho Penal y Derecho Penitenciario, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=OSpgTQflsIQ>).

realizar (...) maniobras abortivas sobre un feto que está muerte (...) son atípicas”.⁵¹ La profesora María Rodríguez –con quien pareciera concordar el Dr. Llobet, ya que no la refuta– resalta que faltaría el objeto material del aborto tanto en el caso de la mola como en el embarazo ectópico, por su inviabilidad ultrauterina.⁵² Además, Salas Porras acota que: “[s]i el embarazo no existiera o el feto ya estuviera muerto, se estaría ante un delito imposible, o un aborto putativo”.⁵³

En segundo lugar, fuera de comportamientos atípicos o delitos imposibles, las hipótesis en las que habría discusión son aquellas en las que el feto, al momento de la acción que genera la interrupción del embarazo, se encuentra correctamente implantado en el útero materno y con vida intrauterina, pero presenta una anomalía fetal incompatible con la vida extrauterina. Dicho de otra forma, se trata de los supuestos en los que el feto está vivo –intrauterinamente– para el momento en el que se practica la maniobra abortiva, pero se tiene certeza que no podrá nacer o que no podrá sobrevivir más allá de un lapso sumamente reducido.

Como Salas Porras, el médico legal español Gisbert Calabuig apunta que el “criterio de falta viabilidad de orden cronológico, esencial desde el punto de vista obstétrico para la definición del aborto, pierde todo su valor desde el punto de vista médico-legal”, ya que, según razona, a nivel jurídico, el elemento básico es la muerte del producto ligada “a la interrupción provocada del embarazo antes de haber llegado a su término fisiológico”.⁵⁴ El profesor Llobet menciona que “[n]o se exige la viabilidad del que nace (...) es homicidio la muerte de un niño, que poco después moriría (...) el concepto de homicidio implica un acortamiento de la vida”.⁵⁵

⁵¹ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte especial 1*, op. cit., 58-59. Asimismo, Carlos Fontán Balestra, *Derecho penal: parte especial*, 17ª. ed. (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008), 30.

⁵² María José Rodríguez Mesa, “Lección 2”, op. cit., 51. Citada en Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio...*, op. cit., 565

⁵³ Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, op. cit., 17.

⁵⁴ Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, op. cit., 613.

⁵⁵ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio...*, op. cit., 94. En este punto del texto, este célebre jurista se refiere al homicidio (después del nacimiento, cuando ya se está ante una persona), pero queda la duda de si, en su criterio, ello también aplicaría respecto al aborto de un feto que no tiene viabilidad extrauterina, porque, como se ha dicho, más adelante (p. 565), refiere (sin contraargumentar, por lo que parece que estaría de acuerdo) a la profesora Rodríguez Mesa, quien descarta que haya objeto material del delito de aborto, cuando se está ante un embarazo con inviabilidad ultrauterina.

En contra de esta postura, se muestran algunos autores que, con transparencia académica, son citados por el Dr. Salas Porras. Al respecto, Mario Garrido, académico chileno, sostiene que “se requiere que el producto de la concepción tenga viabilidad como tal, o sea, tenga posibilidad de continuar su desarrollo natural en el seno de su madre”; Juan Carlos Carbonell Mateu, autor español, afirma que “es necesario que el objeto de la concepción tenga existencia biológica propia y viabilidad intrauterina”; mientras que el Dr. Miguel Bajo Fernández sentencia que “el producto de la concepción muerto o aquel que con seguridad no podrá nacer no puede ser nunca objeto material del delito de aborto”.⁵⁶ Este es el criterio que se aprecia más razonable.

En la literatura médica, se refieren dos casos de interés para este abordaje: *i)* “aborto inevitable”, cuando “los niveles de gonadotropinas coriónicas en suero son bajas; el cuello del útero se dilata y la hemorragia y las contracciones persisten hasta la expulsión del producto”⁵⁷ y *ii)* anomalías fetales incompatibles con la vida, descritas como “aquellas anomalías que previsiblemente/habitualmente se asocian con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor”.⁵⁸

En el primer supuesto, se tiene certeza de la inminencia e inevitabilidad del aborto que, si fuera “incompleto” –“en la cavidad del útero quedan fragmentos de tejido coriónico”–⁵⁹, obligaría a realizar un legrado uterino. En la segunda hipótesis, al margen de “condiciones excepcionales” y probablemente muy remotas, desde la óptica médica, se tiene conocimiento de que el niño o la niña morirá al poco tiempo de nacer –si no muere, de previo, por abortos espontáneos–.

La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia reporta, entre otras, anomalías fetales incompatibles con la vida como: *i)* anencefalia-exencefalia-acráneo, malformación congénita que se caracteriza por ausencia total o parcial del cráneo, la piel

⁵⁶ Citados en Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 17.

⁵⁷ Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal, op. cit.*, 322.

⁵⁸ Pablo Putti, “Defectos congénitos y patologías incompatibles con la vida extrauterina”, *Revista Médica del Uruguay* (volumen 32), No. 3 (setiembre 2016): 221.

⁵⁹ Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal, op. cit.*, 322.

que lo recubre y la masa encefálica; *ii*) hidranencefalia, cuando los hemisferios cerebrales están ausentes y se sustituyen por sacos de líquido cerebroespinal; *iii*) holoprosencefalia alobar, ante la ausencia del lóbulo frontal del cerebro del embrión; *iv*) agenesia diafragmática, dado que el diafragma no se ha formado; *v*) agenesia renal bilateral, cuando el feto no tiene riñones; *vi*) ectopia cordis, en casos donde el corazón se forma fuera del tórax; *vii*) displasia esquelética letal con hipoplasia torácica y afectación precoz, que causa malformaciones en el tórax que ocasionan la asfixia; *viii*) *limb-body wall complex*, como desorden congénito en numerosos órganos...⁶⁰

Como medida de prevención secundaria, en aquellas situaciones donde el diagnóstico advierta un defecto incompatible con la vida extrauterina o en las hipótesis donde exista riesgo para la salud materna, a nivel médico, se contempla la interrupción del embarazo.⁶¹

Frente a los supuestos en los que el aborto es inevitable o cuando existe una anomalía fetal que conlleva la inviabilidad extrauterina, a nuestro juicio, la interrupción del embarazo no sería un hecho punible. En primer término, según los criterios de la imputación objetiva –teoría utilizada para establecer si un determinado resultado es imputable objetivamente a un comportamiento específico, si se creó un riesgo no permitido y si el resultado producido fue la realización de tal riesgo–, las normas jurídicas sólo prohíben: *i*) resultados evitables, *ii*) acciones que aumenten el peligro corrido por el bien jurídico y *iii*) acciones que empeoren la situación del bien jurídico.⁶²

En los casos comentados, no sólo no se podrá evitar la muerte por la inviabilidad del feto, sino que tampoco habrá forma de aumentar el peligro o desmejorar la situación del bien jurídico, pues, médicamente, no existe un escenario más gravoso que aquel en el que el feto no sobrevivirá.

⁶⁰ Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, *Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo* (Madrid: SEGO, 2010). Citado en Pablo Putti, “Defectos congénitos y patologías incompatibles con la vida extrauterina”, *op. cit.*, 221.

⁶¹ Pablo Putti, “Defectos congénitos y patologías incompatibles con la vida extrauterina”, *op. cit.*, 223.

⁶² Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª. ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 2007), 76-78.

En segundo lugar, como se acotó, un sector de la doctrina reclama que el objeto material del aborto debe ser un producto viable, porque, de lo contrario, no tendría sentido su protección. Desde nuestra perspectiva, el resguardo de la vida intrauterina o dependiente, como bien jurídico, tiene razón de ser en función de su potencial como vida extrauterina o independiente efectiva: se tutela al feto porque, tras una gestación y alumbramiento adecuados, se convertirá en una persona. Si se tiene certeza médica de que el producto morirá intrauterinamente, que nacerá muerto o que una anomalía le impedirá la vida autónoma o independiente –por lo que, de manera irremediable, morirá en el período perinatal–, la negativa a permitir una interrupción del embarazo no pareciera guiarse por la máxima de amparar un bien jurídico desde una visión sustancial, lo cual es fundamental en materia penal, de conformidad con el principio de lesividad.

Como tercer punto, debe recalcar que un Estado de Derecho no podría exigirle a una mujer que continúe, en contra de su voluntad, con un embarazo cuya interrupción natural es inevitable o, peor aún, que alumbrará a un niño o niña que nacerá muerta o cuyo pronóstico de sobrevivencia es fatal, en el corto o mediano plazo. Forzar a una mujer a enfrentar una situación de este tipo no sería más que una forma de violencia estatal contra la mujer –proscrita por múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos–, así como un tratamiento cruel, inhumano y degradante que, por su intensidad, se acerca o alcanza el grado de tortura.

Bajo la lógica de la inexigibilidad de otra conducta, la Sala ha confirmado la conformidad con el Derecho de la Constitución de la regulación sobre el aborto terapéutico, al resolver que, cuando exista una amenaza grave y seria para la salud (o vida) de la mujer, se está ante “un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- **el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización**”. Por ende:

(...) no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la **salud de la mujer**, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo **al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como**

ser humano y eventualmente su vida.⁶³ (El destacado no corresponde al original).

Piéñese, en estos casos, en el riesgo de afectación a la salud, no solo física, sino también mental –que integra el concepto global de salud, conforme lo ha comprendido la OMS⁶⁴ de una mujer que, si fuera conminada a continuar con un embarazo inviable – con la amenaza de sufrir una persecución penal–, estaría siendo meramente instrumentalizada y despojada de su dignidad humana, como apunta la Sala.

La trascendencia de la salud mental ha sido reconocida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como ocurrió en el *Asunto B.*⁶⁵ *respecto de El Salvador* (2013), a partir de la solicitud de medidas provisionales que planteó la Comisión Interamericana (CIDH) en favor de una mujer de 22 años que sufría lupus eritematoso discoide agravado con nefritis lúpica y que se encontraba embarazada de un feto anencefálico (sin cerebro), cuya anomalía resultaba incompatible con la vida. Por la enfermedad de la madre, se consideraba que llevar a término el embarazo era altamente riesgoso para su vida, pero, a pesar de ello y de que se le administraban medicamentos, en El Salvador, no se designaba personal para terminar el proceso de gestación.⁶⁶

En la resolución que fundó el requerimiento de la Corte IDH al Estado de El Salvador para que adoptara, de manera urgente y sin interferencia, las medidas médicas oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos de *B.* y evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables para su vida, integridad personal y vida, se consideró, además del riesgo para la salud física y la vida,⁶⁷ lo siguiente:

⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2792-2004.

⁶⁴ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, *op. cit.*, 586, comenta que la Sala Tercera, en el voto N° 907-2003 realizó un amplio desarrollo del concepto de salud y concluyó que este comprende no solamente la salud físico, sino también la psíquica, para lo cual acudió a la definición establecida por la OMS.

⁶⁵ La identidad de la señora fue protegida y reservada a solicitud de la Comisión Interamericana (CIDH).

⁶⁶ La síntesis de los hechos se observa en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos Humanos y Mujeres”, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, No. 4 (2018): 70.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto B. respecto de El Salvador*, resolución de Medidas Provisionales de 29 de mayo de 2013, párr. 14. En relación con el daño irreparable que podría producirse, la Corte advirtió de la posibilidad de “hemorragia obstétrica grave, agravamiento del lupus, empeoramiento de su falla renal,

Además del daño físico que podría producirse en la señora B., el Tribunal resalta que también se estaría poniendo en peligro su salud mental. (...) el Instituto de Medicina Legal en su dictamen manifestó que “[e]n lo que se refiere al estado emocional de la examinada, ésta se encuentra, según lo refiere ella misma, **sometida a presión** ya que se le ha dicho que su vida se encuentra en riesgo de muerte (...) **estado emocional** de la examinada se ve **afectado también por el sentimiento que existe en ella sobre la posibilidad de sufrir la consecuencia de una pena de prisión** (...) “[e]stas situaciones han dado lugar a la aparición de una **sintomatología psicósomática congruente con un estado de tensión emocional**”. Por ello, el Tribunal considera que el **riesgo de un daño irreparable a la vida e integridad tanto física como mental** de la señora B. se encuentra acreditada en el presente asunto.⁶⁸ (Se suple el destacado).

Ahora bien, como expone el profesor Llobet, en el caso costarricense, ha habido ocasiones en los que la Sala Constitucional pareciera haberse pronunciado en contra del aborto por quebranto a la salud psíquica. En el voto 7958-2007, se resolvió un recurso donde se alegaba que el producto de la gestación padecía una patología según la cual el cerebro no se encontraba en su cavidad craneana, sino que la masa cerebral estaba fuera de la cabeza, lo que hacía imposible la vida extrauterina del niño, quien moriría al nacer. Según se había indicado en el recurso, ello había ocasionado graves trastornos psicológicos y psiquiátricos a la mujer, al punto de perder el deseo de vivir y padecer episodios de deseos suicidas.⁶⁹

En el fallo, el Tribunal Constitucional, aunque reiteró la constitucionalidad del aborto terapéutico, determinó que era el personal médico el que debía valorar si procedía, pero enfatizó que, en la especie: “el peligro para la vida o salud de la madre no

pre eclampsia grave y formas complicadas de la misma como crisis hipertensiva, hemorragia cerebral, trombosis arterial y venosa, tromboembolismo pulmonar, infecciones post parto o muerte materna”.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, op. cit., 583.

se deriva directamente del embarazo, sino que indirecto, pues se origina en la tendencia suicida desarrolla por la paciente”.⁷⁰

De esta forma, básicamente se compele a la mujer a continuar con un embarazo inviable que, aunque llegara a término, no podría dar lugar a una efectiva vida independiente, a la vez que se excluye la salud psíquica –con una interpretación contrario al principio *pro homine*– como un aspecto previsto para el aborto terapéutico, ya que la afectación a la salud mental, por lo general, será de carácter indirecto y, según el razonamiento de la Sala, solo el peligro directo avalaría la interrupción impune del proceso gestacional.

Este tipo de pronunciamientos, aunado al temor del funcionariado médico de aplicar el aborto terapéutico mientras no hubiera reglamentación que normara los supuestos en los que sería procedente, ya que argumentaban ausencia de seguridad jurídica y riesgo de persecución penal, habría conducido a la falta de aplicación de la figura.⁷¹

A nuestro modo de ver, si, en la actualidad, se pretendiera mantener el mismo criterio por parte de la Sala Constitucional, se incurriría en un desconocimiento de los estándares que habría fijado la Corte Interamericana, por lo que se colocaría al Estado ante una nueva declaratoria de responsabilidad internacional. No puede olvidarse que, precisamente, el caso citado fue uno de los procesos conocidos como “Ana” y “Aurora”, en la queja elevada a la Comisión Interamericana.⁷²

Cuando el Estado costarricense fue notificado sobre las quejas y peticiones formuladas en esos casos, optó por la activación de un proceso de solución amistosa, en el que, a partir del diálogo mediado por la Comisión, se definió como esencial la elaboración de una norma específica para la adecuada atención en el servicio de salud,

⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 7958-2007. Citado en *ibid.*, 583-585.

⁷¹ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto, op. cit.*, 588.

⁷² *Ibid.*, 583.

conforme al canon 121 del Código Penal; tal como se reconoció expresamente el considerando X del Decreto Ejecutivo N° 42113-S.⁷³

En esta norma técnica –que, si bien puede proporcionar mayor claridad y seguridad para el personal de salud, lo cierto es que no se trataba de un presupuesto *sine qua non* para la aplicación del aborto por indicador terapéutico, no solo porque existe norma de rango legal que lo autoriza, sino también porque responde a principios constitucionales y compromisos convencionales–,⁷⁴ se consignó que el aborto terapéutico se aplica para proteger tanto la vida como la salud.

El Dr. Llobet refiere que, a partir de la definición de peligro de la norma técnica, podría haber discusión sobre si cabe ante riesgo psíquico o solo cuando sea físico y concluye –en lo que se coincide plenamente– que esta reglamentación no puede ser más restrictiva que el Código Penal, por lo que debe entender que abarca, igualmente, una grave afectación a la salud psíquica.⁷⁵

El decreto en cuestión se refiere a los supuestos de inviabilidad del feto y estipula que, cuando se certifique que el producto es incompatible con la vida extrauterina, se deberá valorar el procedimiento médico del aborto terapéutico “para evitar un peligro para su salud o su vida y si no se puede evitar por otros medios”.⁷⁶

A nuestro juicio, esta previsión debiera interpretarse del modo más amplio posible en favor de la voluntad de la mujer y no convertirse en un mecanismo para forzarla a continuar con un embarazo cuyo producto no sobrevivirá, bajo el alegato de que podría afrontarlo con acompañamiento psicológico o psiquiátrico.

Nótese que no se trata simplemente de mantener a la mujer en condiciones de salud mental “estables” durante el embarazo, sino de no ocasionarle una grave

⁷³ Poder Ejecutivo de Costa Rica, *Decreto Ejecutivo N° 42113-S. Oficializa la Norma Técnica para el Procedimiento Médico Vinculado con el artículo 121 del Código Penal.*

⁷⁴ Por ende, con base en el Derecho de la Constitución y el *corpus iuris* interamericano y según la jerarquía normativa, una eventual derogatoria de este decreto o un decreto en sentido contrario no impediría la práctica de abortos terapéuticos, cuando exista un peligro grave para su vida o salud.

⁷⁵ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto, op. cit.*, 600-601.

⁷⁶ Poder Ejecutivo de Costa Rica, *Decreto Ejecutivo N° 42113-S...*, *op. cit.*

afectación psíquica en el mediano y largo plazo. En este sentido, debe valorarse que el alumbramiento de un producto muerto o que morirá, inevitablemente, al poco tiempo de nacer, podría ser de tal impacto que genere un daño irreversible a mediano o largo plazo en la mujer que fue forzada a enfrentarlo.

Tampoco se trata de partir de la medicalización de la mujer –lo que, en otros espacios (como en el ámbito penitenciario), se ha llamado el “chaleco químico”– para sedarla o pretender anestésicarla durante el embarazo, únicamente para no practicarle un aborto terapéutico que, si ella lo solicita, debiera serle garantizado, de forma segura, por el Estado.

No cabe afirmar que el peligro para la salud mental podría evitarse por medio de la medicación en el mediano y largo plazo, porque, una vez más, se habría ocasionado una grave afectación a la salud y la calidad de vida de la mujer y se le habría llevado, probablemente, a la dependencia química por un dolor que el mismo Estado le habría compelido a tolerar.

Tómese en cuenta que la misma norma técnica, dentro de sus referencias, alude a un artículo científico sobre el aborto legal por indicaciones de salud mental, donde se enuncian tres categorías operativas: *i)* riesgo agudo de suicidio; *ii)* enfermedad mental grave actual o crónica; y *iii)* riesgo de resultados negativos a nivel de salud mental en el futuro, para hipótesis en las que la mujer, en el momento, no padezca una enfermedad mental o no presente riesgo de suicidio, pero que existan razones para creer que la continuación del embarazo comprometería o arriesgaría su salud mental futura, debido a factores de vulnerabilidad, precipitantes y/o de “mantenimiento” (donde se incluyen dificultades crónicas, como pobreza, exclusión social o falta de oportunidades). El mismo artículo señala que el riesgo a futuro podría incrementarse cuando se han diagnosticado condiciones fetales dañinas.⁷⁷

En virtud de todo lo expuesto, desde nuestra óptica, aun cuando se sostuviera que no se requiere la viabilidad del feto como objeto material del delito de aborto, lo cierto

⁷⁷ R. J. Cook, A. Ortega-Ortiz, S. Romans, L.E. Ross, “Legal abortion for mental health indications”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* (2006), 188-189.

es que, en estos supuestos, podría invocarse la aplicación del aborto terapéutico, sea como causa de justificación o bajo el entendimiento de la inexigibilidad de otra conducta. En cualquiera de estos casos, el aborto no constituiría un hecho delictivo formalmente hablando.

Cabe resaltar que lo anterior no debe entenderse en el sentido de que el aborto sería forzoso u obligatorio en estos escenarios (inviabilidad del producto), pues, al menos cuando se trate de mujeres mayores de edad, el consentimiento informado de la práctica médica siempre resulta indispensable (como se refleja en los numerales 4.2, 6.5, 7.9 y otros de la norma técnica); sino que, cuando la mujer mayor de edad lo peticione y se advierta el grave riesgo para su vida y/o su salud –física o psíquica, en el corto, mediano o largo plazo–, deberá privilegiarse su decisión.

En el caso de menores de edad, existe normativa especial, como los cánones 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia y 144 del Código de Familia, que dispone que, si es necesaria una intervención quirúrgica o un tratamiento médico, decisivos e indispensables para la salud o vida de la persona menor de edad, prevalece la decisión facultativa (del personal médico), aun contra el criterio de los padres o representantes. Ello sin perjuicio de que, como ha establecido la Corte, según el derecho de la niñez a ser oída, en el ámbito administrativo o judicial, deben valorarse sus condiciones específicas y su interés superior “para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos (...) interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (...)”.⁷⁸

En síntesis, según nuestro razonamiento, en el orden costarricense, el delito de aborto solo existiría frente a la causación de la muerte de un feto (a partir del inicio de la semana novena del embarazo) que sea viable intrauterina y extrauterinamente y cuando no se esté ante un supuesto que faculte la práctica de un aborto terapéutico.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 199, 208.

Conforme explica el Dr. Salas, si se ejecutan maniobras abortivas y no se produce la muerte del feto, se estaría ante una tentativa de aborto –que, como delito de resultado, la admite–, siempre que esas maniobras fueran “en general y apreciadas *ex ante*, idóneas para provocar la muerte del feto”, toda vez que, en caso contrario, se estaría ante una tentativa inidónea. Si el feto es expulsado del seno materno con vida y, en ese momento –cuando ya ha es una persona, por haber nacido– se le ocasiona la muerte, se estaría ante un homicidio o infanticidio, según el caso.⁷⁹

Ahora bien, un sector de la doctrina estima que el aborto delictivo se consuma aun cuando la muerte ocurre fuere del claustro materno, debido a una expulsión prematura.⁸⁰ Sin embargo, como bien enfatiza el profesor Llobet, en vista del principio de legalidad, ello no es correcto. Si hubiera maniobras abortivas que no causan la muerte del feto, sino solo su expulsión y, después de haber nacido con vida, la persona fallece, no habría aborto, porque, para el momento de muerte, ya no era un feto. Tampoco podría aseverarse que existe un homicidio, porque la acción lesiva fue realizada cuando todavía se estaba ante un feto y no contra una persona nacida. A lo sumo, si se estuviera ante un delito doloso, podría hablarse de una tentativa de aborto. En palabras del jurista:

(...) Para la distinción entre el homicidio y el aborto, lo esencial es cuándo es que se realiza la acción, si fue antes del nacimiento o después del nacimiento. Si como consecuencia de la acción realizada antes del nacimiento, el bebé muere luego de salir del claustro materno, no puede condenarse por homicidio doloso, ni culposo. (...) solamente por tentativa de aborto, siempre que el agente haya actuado con dolo. En el caso de que la actuación haya sido culposa, no podrá condenarse por aborto culposo. Lo que sucede es que, al morir el bebé, luego de haber nacido, ya

⁷⁹ Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 17-20.

⁸⁰ Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, *op. cit.*, 613. Otros autores son referidos en Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, *op. cit.*, 565.

no es un feto, por lo que no puede afirmarse que se mate a un feto.⁸¹ (Se suple el destacado).

Por último, como se desprende de lo anterior y ha indicado la doctrina mayoritaria, el límite máximo del aborto es el nacimiento: la muerte dolosa del feto antes del nacimiento se examinaría desde la óptica del aborto; la muerte de la persona, posterior al nacimiento, desde el homicidio (en sus distintas modalidades).⁸² La controversia gira en torno a qué se entiende por “nacimiento”, como se estudiará en el siguiente acápite.

3.2. La vida humana independiente y el homicidio

La vida humana independiente se prolonga **desde el nacimiento hasta la muerte**. Ambos conceptos han dado lugar a múltiples discusiones, como se profundizará de seguido, en relación con el primero de ellos. En cuanto a la **muerte**, se estipula que esta acaece con la muerte cerebral, es decir, “la cesación total e irreversible de las funciones cerebrales, aun cuando la circulación y respiración se mantenga por medios artificiales”, lo que se desprende –pese a la redacción confusa que señala la doctrina– de los artículos 3.c, 27, 28 y 29 de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos (No. 9222 de 13 de marzo de 2014).⁸³

Como desarrolla el profesor Llobet, el criterio de la muerte cerebral –que, incluso, ha sido apoyado por la Iglesia Católica– se basa en dos puntos fundamentales: *i*) el entendimiento de que el espíritu humano, como esencia de la individualidad, no es producto del corazón, sino del cerebro y *ii*) la evidencia científica de que el cese de las funciones cardiorrespiratorias es reversible, debido a la posibilidad de trasplantes de corazón o de mantener la respiración, durante largo tiempo, de modo artificial; mientras que la extinción de la actividad encefálica resulta irreversible.⁸⁴ Por lo anterior, si se

⁸¹ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, *op. cit.*, 94 y 565. El Dr. Salas Porras acota un aspecto de gran interés sobre el que no será posible ahondar en este momento, pero que merece explicitarse, respecto a que el dolo debe ser estrictamente directo, porque, si fuera eventual, no sería admisible la tentativa, dado el tenor literal del artículo 24 del Código Penal (cfr. Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 22-24).

⁸² Antonio Zárate, *Derecho Penal. Parte Especial*, 57. Citado en Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 18.

⁸³ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, *op. cit.*, 95-99.

⁸⁴ *Ibid.*, 96, 99, 100.

tratara de dar muerte a alguien bajo la creencia de que está vivo, pese a que, en realidad, presenta muerte cerebral, se estaría ante un delito absolutamente imposible o una tentativa inidónea,⁸⁵ conducta no punible en nuestro sistema, conforme al artículo 24 del Código Penal.

En relación con el nacimiento, el maestro Llobet Rodríguez hace un recuento de las cuatro principales posturas que se ubican en la doctrina. En primer término, un grupo afirma que existe homicidio desde que el producto de la concepción es viable, en caso de que naciera, lo que sería a partir del sexto mes del embarazo. En segundo lugar, otro sector postula que habría homicidio desde que “comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo; o se extrae quirúrgicamente al niño”; posición que es dominante en Argentina y Alemania.⁸⁶

Al respecto, Fontán Balestra puntualiza que se está ante un homicidio desde que comienza el nacimiento: “en el parto natural, con los primeros dolores del parto; en el provocado, desde que comienza la expulsión o extracción de la criatura”.⁸⁷ Carlos Creus explica que este criterio responde al hecho de que la regulación argentina sobre el infanticidio –actualmente derogada– indica que esta modalidad de homicidio puede presentarse “durante el nacimiento”, por lo que se estaría en presencia de un homicidio con el “comienzo del parto”; es decir, “con los primeros dolores que indican el comienzo del parto natural o, cuando faltan esos dolores, con el inicio del procedimiento de provocación artificial de aquél (*sic*) o de extracción quirúrgica del feto”, por lo que “una vez que la persona ha comenzado a nacer ya puede ser sujeto pasivo de homicidio”.⁸⁸

El tratadista Claus Roxin refiere la posición de la jurisprudencia alemana, la cual distingue tres tipos de contracciones uterinas: *i*) aquellas previas al parto, propias de los últimos días del embarazo que llegan hasta poco antes del nacimiento; *ii*) las contracciones dilatantes (durante el período de dilatación) y *iii*) las contracciones del

⁸⁵ *Ibid.*, 95. Sobre la inidoneidad absoluta del objeto: Francisco Castillo González, *Tentativa y desistimiento voluntario* (San José: Editorial Jurídica Continental, 2003), 116.

⁸⁶ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, *op. cit.*, 91.

⁸⁷ Carlos Fontán Balestra, *Derecho penal: parte especial*, *op. cit.*, 30.

⁸⁸ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte especial I*, *op. cit.*, 10-11.

parto (durante el período de expulsión). La jurisprudencia marca el inicio del nacimiento con las contracciones dilatantes (ii), que “abren el canal del parto hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto”, a partir de las cuales se estima que existe un ser humano, aunque se encuentre todavía en el vientre materno.⁸⁹

La tercera postura requiere, para hablar de homicidio, la total separación del claustro materno, a partir del corte del cordón umbilical; mientras que la cuarta y última posición –seguida por la doctrina mayoritaria en España– apunta que habrá homicidio cuando se haya producido la total expulsión del vientre materno.⁹⁰

En nuestro país, la jurisprudencia consolidada de la Sala Tercera –que se presentará en la próxima sección– se ha decantado por la segunda corriente, basada, principalmente, en la doctrina argentina, sin advertir, como reprocha el profesor Llobet, que esta se basa en una normativa con importantes diferencias respecto a la nuestra. En Argentina, se establece que la vida humana independiente existe con el comienzo del parto, ya que el tipo penal de infanticidio –como forma atenuada de homicidio– prevé la muerte del hijo “**durante** el nacimiento o mientras se encontrara bajo el estado puerperal”.

En cambio, en Costa Rica, el tipo penal del infanticidio (numeral 113.3 del Código Penal) alude a la muerte del hijo “dentro de los tres días **siguientes** a su nacimiento”, de donde se infiere la necesidad de que se haya producido el nacimiento, no antes. En este sentido, la RAE, por nacimiento, define el “[a]cto de nacer” y nacer lo concibe como “[s]alir del vientre materno”. Por lo tanto, se concluye que “si se requiere que se haya producido el nacimiento, para que pueda aplicarse la figura del homicidio especialmente atenuado, ello también debe aplicarse con respecto al homicidio simple o el agravado”.⁹¹ Además, el Dr. Llobet subraya que la normativa nacional sobre el aborto fija la penalidad de la conducta a partir de la consideración del tiempo de vida intrauterina del feto, por lo que

⁸⁹ Claus Roxin, “La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal”, en Miguel Ontiveros Alonso (traductor), *Aportes fundamentales al Derecho Penal* (México: Libijus, 2010), 105. Citado en Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto, op. cit.*, 91-92.

⁹⁰ Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto, op. cit.*, 92.

⁹¹ *Ibid.*, 92-94, 612-613.

se puede derivar que, como aborto, se sanciona “la muerte del ser humano antes de que abandone el útero, es decir antes de la expulsión total de vientre materno”.⁹²

El profesor Salas, apoyado en la dogmática española que demanda la completa separación del feto del cuerpo de la mujer, pareciera compartir el mismo criterio que Llobet Rodríguez, máxime que cataloga como errónea la tesis de la Sala de Casación Penal.⁹³

Desde nuestra perspectiva, el razonamiento del profesor Llobet es el que, en efecto, se ajusta al principio de legalidad, a los subprincipios de máxima taxatividad penal y reserva de ley y a la interpretación restrictiva que se exige en materia penal. Conforme se introdujo este trabajo, la doctrina puede ser un elemento útil para la interpretación, pero, en ningún caso, puede sustituir o utilizarse para desconocer el texto positivo.

El hecho de que la jurisprudencia patria⁹⁴ haya recurrido a la dogmática extranjera, que se basa en una legislación distinta a la nuestra, para sentenciar que, una vez iniciadas las labores de parto, los hechos son constitutivos del delito de homicidio, conlleva una aplicación doctrinal descontextualizada y una interpretación extensiva *in malam partem*.

Para el análisis costarricense, conforme a una interpretación sistemática y acorde con el principio de plenitud hermenéutica, se aprecia oportuno atender a lo establecido en la normativa civil, que, según el ordinal décimo cuarto del Código Civil, es de aplicación supletoria.

En el guarismo 31 del Código Civil, se dispone: “La existencia de la **persona física principia al nacer viva** y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento (...)”. En cuanto a la segunda parte del precepto, que crea la ficción jurídica de reputarla nacida para lo que le favorezca, se ha recalcado que “[n]o

⁹² *Ibid.*, 92.

⁹³ Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 18.

⁹⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos 791-2001, 442-2004, 1267-2005 y 986-2021.

implica presumir que el feto “haya nacido” (lo que sería un despropósito) ni que sus derechos deban verse protegidos a través de figuras delictivas”.⁹⁵

En todo caso, como se desarrolló en el acápite precedente, la Corte Interamericana ha enfatizado que no es posible otorgar el estatus de persona al embrión,⁹⁶ de tal suerte que ha de descartarse cualquier impresión o pretensión absurda que asuma que, desde la fase embrionaria, habría una persona nacida. Nótese que, si se utilizara esa analogía *in malam partem*, no existiría el aborto, porque el feto se entendería como persona.

Ahora bien, el interés principal alrededor de esta norma corresponde al aspecto resaltado, donde se especifica que la persona física –que es la que podría ser sujeto pasivo del delito de homicidio– inicia cuando esta nace viva. La disposición es diáfana al señalar que es el nacimiento con vida el comienzo de la existencia de la persona física, por lo que se excluyen momentos previos como las labores de parto o las contracciones.

El Dr. Víctor Pérez Vargas, especialista costarricense en Derecho Privado, ha manifestado que, por nacimiento, se considera el “entero desprendimiento del seno materno”, sin importar si se realizó por medios naturales o quirúrgicos. Además, ha especificado que “[e]l nacimiento es el desprendimiento del feto, que por este mismo hecho deja de serlo. “Nacimiento es separación (...) del nuevo ser del cuerpo de la madre” (...) adquisición de independencia orgánica del nuevo ser”.⁹⁷

En la jurisdicción constitucional, cuando se avaló la diferente penalidad entre el homicidio y el aborto, se aludió a la distinción legítima “según se aplique a **personas nacidas** y no nacidas”, a la vez que, dentro de las razones para rechazar el reproche de un tratamiento discriminatorio, se acotó que “(...) se presenta en el caso de la **persona no nacida** una particular relación de absoluta dependencia (...) en los últimos estadios

⁹⁵ Ricardo Salas Porras, “Aborto...”, *op. cit.*, 16.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo...*, *op. cit.*, párr. 222, 223, 244, 253, 258-263.

⁹⁷ Víctor Pérez Vargas, *Derecho Privado*, 3^a. ed. (San José: Litografía e Imprenta LIL, 1994), 22, 49.

del **desarrollo antes de nacer**, esa relación de **dependencia** es, si no vital, por lo menos considerada la ideal”.⁹⁸ (El resaltado es propio).

En otras palabras, la Sala Constitucional también se representa la existencia del homicidio cuando existe una persona nacida y ya no se está ante la relación de dependencia propia de la vida intrauterina; por lo que se aprecia que será el nacimiento, como salida del claustro materno y cese de esta dependencia, el que marque el inicio de la persona física.

En consecuencia, además de por respeto al principio de legalidad, para garantizar plenitud hermenéutica o interpretación armoniosa entre los cuerpos legales, sujeción a la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y por coherencia normativa, se determina que el criterio adecuado para discernir el aborto del homicidio es el de la expulsión total del vientre materno.

Cabe agregar que la literatura médica también se orienta en esta línea. El profesor Vargas Alvarado asevera que el embarazo es un estado que se extiende “hasta la expulsión del producto de la concepción”, a la vez que cataloga al feto como el producto de la concepción desde el inicio del tercer mes “hasta la expulsión o parto”.⁹⁹ Al fijar la “expulsión” como fin del embarazo y como límite máximo del período fetal, se colige que, tras ella, se estaría ante vida independiente.

Por su parte, el médico legal Gisbert Calabuig es claro al acentuar que, en la actualidad:

(...) se acepta que **cuando el niño sale al exterior, tras abandonar el claustro materno, inicia desde los primeros momentos una vida independiente** que se concreta en: 1. Aparición de la respiración pulmonar. 2. Comienzo de la nutrición por vía gastrointestinal. 3. Cese de la circulación fetoplacentaria.¹⁰⁰ (El énfasis es propio).

⁹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2792-2004.

⁹⁹ Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal*, op. cit., 313 y 321.

¹⁰⁰ Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, op. cit., 674.

En caso de duda o para establecer si existió vida extrauterina, será pertinente acudir al conocimiento médico legal, donde los cambios que el organismo experimenta al adquirir vida autónoma se acreditan mediante pruebas llamadas **docimasia fetal**.¹⁰¹ Lo anterior sin obviar que, desde el punto de vista jurídico, la salida del claustro materno sería determinante –pese a que la Sala Tercera no lo ha estimado así–, pues es el presupuesto de la persona física.

La Medicina Legal distingue entre docimasia: *i*) respiratorias (radiográfica, diafragmática; pulmonar óptica; pulmonar hidrostática; pulmonar histológica; gastrointestinal y auricular) y *ii*) no respiratorias (siálica, alimentaria, úrica y del nervio óptico).

Dentro de las **docimasia respiratorias**, la docimasia **radiográfica** se refiere al “aspecto radiológico de los pulmones a través del tórax cerrado”, en tanto: *i*) si hubo respiración, los campos pulmonares son oscuros y *ii*) si no hubo respiración, aparecen blanquecinos. La docimasia **diafragmática** alude a la “altura de la cúpula del diafragma en relación con los espacios intercostales”, de manera que: *i*) si hubo respiración, la cúpula desciende al sexto espacio intercostal y *ii*) si no hubo respiración, se encuentra a la altura del cuarto espacio.¹⁰²

La docimasia **pulmonar óptica** se vincula con la “apariencia del pulmón a simple vista”, de modo que: *i*) si hubo respiración, el pulmón es de tono rosado claro, aspecto vesicular en la superficie, con bordes que se reúnen en la línea media y recubren la mayor parte del corazón; mientras que *ii*) si no hubo respiración, el pulmón es pardo rojizo, de superficie lisa, con una consistencia descrita como “hepatizada” (como hígado), a la vez que se observa retraído hacia los costados, lo que deja el corazón al descubierto.¹⁰³

¹⁰¹ Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal, op. cit.*, 333-335. Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología, op. cit.*, 674-679.

¹⁰² Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal, op. cit.*, 333-334.

¹⁰³ *Ibid.*, 334.

La docimasia **pulmonar histológica** –descrita, en ocasiones, como el criterio más confiable de vida extrauterina– consiste en “los cambios comprobados por medio de un estudio microscópico que presentan los alveolos, su revestimiento epitelial, los capilares, las figuras elásticas, la mallas fibrilar y los bronquiolos”. La docimasia **pulmonar hidrostática** corresponde a la flotación del pulmón y se establece a partir de prueba realizada en agua, de forma que: *i)* si hubo respiración, la densidad es 0,90 y *ii)* si no hubo respiración, la densidad es de 1,10.¹⁰⁴

En cuanto a la docimasia pulmonar hidrostática, el Dr. Gisbert Calabuig advierte sobre resultados positivos falsos, cuando existen “circunstancias que se oponen a que la docimasia sea negativa, a pesar de que el feto no llegó a vivir”; entre las que se encuentra la “respiración sin vida”, que se refiere a unos movimientos respiratorios que el feto comienza en el canal de parto, cuando existe dificultades que conducen a un sufrimiento fetal prolongado y a su muerte, antes del nacimiento, pese a lo cual la docimasia puede ser positiva.¹⁰⁵

En otras palabras, aunque la docimasia pareciera reportar que hubo vida extrauterina, lo cierto es que esta no habría llegado a darse, porque los movimientos respiratorios que se detectan habrían ocurrido en el canal de parto, antes del nacimiento. Esta aclaración del Dr. Gisbert Calabuig confirma que es el nacimiento, entendido como salida del vientre materno, el presupuesto de la vida extrauterina y de la persona física.

La docimasia **pulmonar gastrointestinal** parte de “la presencia de aire en el tracto digestivo, el cual ha penetrado con la deglución”, de tal suerte que: *i)* si hubo respiración, hay aire en diferentes segmentos; y *ii)* si no hubo respiración, no se encuentra aire en ninguno de los segmentos.¹⁰⁶

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología, op. cit.*, 677.

¹⁰⁶ Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal, op. cit.*, 334.

Por último, la docimasia **auricular** analiza la presencia de aire en el oído medio, a partir de “punzar el techo del tímpano con la base del cráneo llena de agua”; se suele catalogar como positiva cuando se desprenden pequeñas.¹⁰⁷

En las **docimasia no respiratorias**, se ubica la docimasia **siálica**, consistente en el “hallazgo de saliva deglutida en el estómago cuando el niño ha respirado”. La docimasia **alimentaria** se aprecia a partir de “la presencia de alimentos en el estómago, cuando ha habido vida extrauterina”. La docimasia **úrica** se refiere a las “estrías amarillentas de ácido úrico en la zona medular de los riñones”, visible en niñez que ha vivido entre 24 y 48 horas. Finalmente, la docimasia del **nervio óptico** estudia el “desarrollo de la envoltura de mielina del nervio óptico. Empieza a las 12 horas del quiasma hacia el globo ocular, y se completa al cuarto día”.¹⁰⁸

Aun cuando no se trata de una docimasia ni un signo de vida extrauterina –sino todo lo contrario–, se estima oportuno hacer mención, en este apartado, del fenómeno de la **maceración**, que es “una forma de descomposición por imbibición de líquido en las partes blandas superficiales” del producto de la concepción. La trascendencia y el valor medicolegal de la maceración se debe a que es un “signo de que el feto murió en el útero y permaneció muerto dentro del saco amniótico durante varios días antes de la expulsión”.¹⁰⁹

Por lo tanto, si se está ante este supuesto, no solo se excluiría que haya habido vida extrauterina o independiente, sino que, además, permitiría descartar que se estuviera ante un aborto –desde el punto de vista jurídico-penal–, cuando el feto ya había muerto, por tratarse de un delito imposible por inidoneidad absoluta del objeto.

Finalmente, se debe reconocer la relevancia de la Medicina Legal para establecer la edad o duración de la vida extrauterina. Debe recordarse que, en el ordenamiento costarricense, se regula la figura del infanticidio como homicidio especialmente atenuado, en el artículo 113.3, del Código Penal: “Se impondrá la pena de uno a seis

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, 335.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 325.

años: (...)¹¹⁰ 3) A la madre de buena fama que para ocultar su deshonor diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento.”¹¹¹

El maestro Llobet Rodríguez puntualiza que, en el cómputo de los días, no se incluye el día en que se produce el nacimiento y no se calcula a partir de la hora de nacimiento, sino por días completos. Por ello, como ejemplifica el insigne profesor, “si el niño nació el 13 de agosto de 2019 a las 11 de mañana, pero se le da muerte el día 16

¹¹⁰ El artículo 1 de la Ley N° 5061 puntualizó que la pena señalada es de prisión.

¹¹¹ Es menester denunciar, conforme se ha hecho en otras oportunidades, que esta figura basada en la “buena fama” y la “honra” de la mujer está plagada de sesgos sexistas y discriminatorios en contra de la mujer, como ha sido criticado por la Dra. Yadira Calvo, quien enfatiza que esta mentalidad patriarcal también está presente en la Real Academia Española, al definir la honra de las mujeres como “pudor, honestidad y recato” (cfr. Yadira Calvo, *Terminología feminista* (San José, Costa Rica: Uruk, 2012), 17. Citada por Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto, op. cit.*, 267-268). Inclusive, la norma original del Código General de Carrillo de 1841 establecía una regulación similar según la cual la mujer llevaba a cabo el delito “para encubrir su fragilidad”, lo que evidencia la concepción machista. A nivel del tipo objetivo, se estima que la “buena fama” y la “honra” de la mujer que se protege es la sexual, de manera que se busca que el embarazo producto de una relación extramatrimonial no trascienda a terceras personas ajenas al ámbito de intimidad de la mujer. En el ámbito de la tipicidad subjetiva, se requiere que la mujer parta de la creencia de que las relaciones sexuales fuera de un vínculo matrimonial y el embarazo no sean conocidos por terceros, de modo que actúe para ocultar su deshonor sexual. Como explica el profesor Llobet, la doctrina afirma que la atenuante es procedente cuando el embarazo ha sido producto de una violación (cfr. Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto, op. cit.*, 267-269). Si bien se comprende que pueden existir hipótesis (como la violación) donde el hecho no puede merecer el mismo reproche que un homicidio ordinario, debe coincidir con la crítica de la catedrática Elena Larrauri, en cuanto a la que la atenuación se establece a partir de la “reputación sexual” –lo que refleja una sociedad que construye la reputación de una mujer sobre la base de sus prácticas sexuales–, pero excluye otras circunstancias de trascendencia, como: “a) abandono afectivo y económico de la mujer por parte del padre del niño; b) expulsión de la mujer del hogar paterno y c) haber recurrido previamente a la autoridad competente sin obtener ayuda (...)” (cfr. Elena Larrauri, “La mujer ante el derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 2 (1992), 309). Al fundar el valor de una mujer desde su “reputación sexual”, se cae en el machismo de que, por ejemplo, al señalar que la violación la hace perder su “honra” –y que, para ocultarlo, comete el infanticidio–, se le está culpabilizando. Pareciera que se asume que la mujer habría perdido su buena reputación y su valor porque fue víctima de un deleznable delito sexual, lo que, a nuestro juicio, implica culpar a la ofendida por el hecho de un tercero. Ahora bien, conforme expone la profesora Laurenzo Copello, debido a los tintes moralizantes y los estereotipos de género que –se ha debido admitir– están detrás de las nociones de “buena fama” y “honra”, desde finales del siglo XX, muchos países occidentales han optado por suprimir la figura del infanticidio. Empero, esta derogación no se acompañó de medidas capaces de captar las particularidades que rodean la mayoría de casos de infanticidio (cfr. Patricia Laurenzo Copello, “La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema”, en *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género* (Madrid, España: Programa EUROsociAL, 2020), 163). Lo anterior genera el problema, por la llamada “ceguera de género”, de ignorar el contexto específico y las variables que pueden llevar a una mujer a dar muerte a su hijo o hija recién nacida. Por ende, se considera mucho más adecuado seguir el ejemplo italiano, donde no solo se derogó la “causa de honor” como atenuante, sino que se modificó para incluir una estipulación más objetiva, al utilizar la fórmula: “(...) cuando el hecho esté determinado por condiciones de abandono material o moral conectadas al parto (...)” (cfr. *ibíd.*).

de agosto de 2019, a las dos de la tarde, se aplica la atenuante del homicidio por causa de honor”, cuando se den los demás presupuestos legales.¹¹²

El cálculo de la duración de la vida extrauterina se funda en signos externos e internos. Los **signos externos** abarcan los siguientes. En primer término, la **vérnix caseosa o unto sebáceo**, que es un material que recubre la piel del recién nacido para protegerlo de la maceración cuando está en el líquido amniótico; si no es removido mediante un baño, desaparece espontáneamente al tercer día, por lo que su presencia indica menos de tres días de vida extrauterina.¹¹³

Por otra parte, la **coloración de la piel** es de interés, ya que es “rojiza al nacer, se torna amarillenta al tercer día, especialmente en cara y miembros inferiores”. La **descamación de la piel** “[a]lcanza su máximo entre el tercero y el séptimo días”. El **cordón umbilical** se deseca al tercer día, pero se desprende entre el cuarto y quinto día y su cicatrización se produce entre los días 12 y 15. En cuanto al **cefalohematoma**, que se trata de “un acúmulo de sangre entre el epicráneo y la superficie del cráneo, por lo común en el hueso parietal derecho”, se reporta que “[a]umenta en los dos primeros días para desaparecer en pocas semanas”.¹¹⁴

En relación con los signos **internos**, el Dr. Vargas Alvarado destaca: *i)* **obliteración de las arterias umbilicales**, las cuales se “trombosan a las a las 6-8 horas, se estenosan al tercer día y se obliteran al quinto”; *ii)* **mielinización del nervio óptico**, que “inicia en el quiasma a las 12 horas para alcanzar el globo ocular a los cuatro días”; *iii)* **aire en estómago e intestino**, pues, si el aire solo se encuentra en el estómago, “indica por lo menos una hora de vida extrauterina”; si se ubica en intestino delgado, entre 6 y 12 horas; mientras que, si se localiza en intestino grueso, habrá de 12 a 24 horas; *iv)* **meconio en intestino grueso**, que “[e]mpieza a eliminarse entre las 24 y 48

¹¹² Javier Llobet Rodríguez, *Homicidio, femicidio y aborto*, op. cit., 268.

¹¹³ Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal*, op. cit., 335.

¹¹⁴ *Ibid.*, 335-336.

horas siguientes al nacimiento”; y v) **uratos en riñón**, ya que “la presencia de precipitados uratos en los riñones indica una sobrevida de 24 a 48 horas”.¹¹⁵

Para el profesor Gisbert Calabuig –que no distingue entre signos externos e internos–, las principales modificaciones del organismo en las primeras horas o días de vida son: *i)* descamación epidérmica; *ii)* variaciones en el cordón umbilical; *iii)* caída del cordón umbilical; *iv)* modificación histórica del cordón; *v)* suciedad de la piel; *vi)* unto sebáceo; *vii)* tumor del parto; *viii)* secreción mamaria; *ix)* eliminación urinaria de estrógenos; *x)* obliteración de las vías circulatorias fetales; *xi)* estado del tubo digestivo; *xii)* estado de los pulmones y *xiii)* estado de la osificación.¹¹⁶ Para mayor claridad, el autor reproduce el siguiente resumen o cuadro:

<i>El niño ha vivido:</i> Dos o tres minutos cuando menos:	El estómago contiene aire en abundancia, mucosa aireada y saliva espumosa
Un día al menos	El cordón umbilical ostenta en su base un principio de eliminación
Dos días cuando menos Cuatro días al menos Treinta y seis horas como máximo	Descamación de la epidermis El cordón se ha desprendido El estómago sólo encierra mínima cantidad de aire y mucosidad no aireada. La piel está cubierta de unto sebáceo. El intestino grueso está lleno de meconio
Tres días como máximo	Bolsa serosanguínea bien delimitada y que contiene copiosa serosidad
Cuatro días como máximo	No hay indicios de eliminación del cordón
Cinco días como máximo	El intestino grueso contiene aún abundante meconio

A partir de la valoración de estos aspectos, que deberán complementarse con estudios histológicos y bioquímicos,¹¹⁷ el o la médico legista podrá brindar aproximaciones o rangos más precisos. En todo caso, si fuera posible la aplicación de la

¹¹⁵ *Ibid.*, 336.

¹¹⁶ Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología, op. cit.*, 679-680.

¹¹⁷ *Ibid.*, 680.

figura del infanticidio, deberá estarse a lo más favorable para la imputada, conforme al principio *in dubio pro reo*.

4. El nacimiento como criterio diferenciador entre aborto y homicidio, según la interpretación jurisprudencial de la Sala Tercera

A pesar del abordaje realizado en secciones precedentes, desde lo que, a nuestro juicio, es consecuencia del principio de legalidad, lo cierto es que –como se ha reconocido–, la posición consolidada en la jurisprudencia de la Sala Tercera ha sido complementemente diferente, toda vez que dicha Cámara ha reiterado que, una vez iniciadas las labores de parto, los hechos se examinan en el marco del delito de homicidio y no como aborto.

En un primer momento, se resolvió el caso de una mujer que había llegado al hospital para dar a luz a segundo hijo, con un embarazo a término de 39 semanas. Al día siguiente, el médico al que correspondió atenderla le colocó en la vagina un cuarto de tableta de Cytotec, un medicamento que no estaba autorizado por la Caja Costarricense del Seguro Social para uso ginecológico, con el fin de inducirle el parto y sin apreciar que, en un parto anterior, a la mujer se le había practicado una cesárea. Debido a la medicación aplicada, se generó “un proceso de hiperestimulación uterina incontrolable, durante el cual, pese al esfuerzo del menor por nacer, ejerciendo presión sobre el útero, no pudo salir, pues el cuello uterino o cérvix de su madre, estaba cerrado”. Finalmente, el útero de la mujer se rompió y el feto –aunque la Sala se refiere en todo momento al “menor” de edad– murió por “hipoxia intraparto, al aspirar sangre y líquido amniótico meconizado, en un esfuerzo por adquirir oxígeno, el cual se encontraba en el medio que lo circundaba”.¹¹⁸

La Magistratura admitió que la muerte se había dado dentro del útero, pero dictaminó que:

(...) el primer elemento que caracteriza al delito de Aborto es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare antes del tiempo en que el

¹¹⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 791-2001.

feto puede vivir, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo.¹¹⁹ (*sic*). (El subrayado corresponde al original).

Nótese que el énfasis que realiza la propia Sala, en cuanto que el aborto sería la interrupción del embarazo “antes del tiempo en que el feto puede vivir”, podría, inclusive, apuntar hacia el primero de los criterios comentados previamente (según el cual existe homicidio desde que el producto es viable, si naciera); de manera que, prácticamente, sería homicidio desde el sexto mes de gestación y se desnaturalizaría, por completo, la distinción en el tratamiento de las figuras delictivas del aborto y el homicidio. Aunque la integración de la Sala (Daniel González, Jesús Ramírez, Alfonso Chaves, Rodrigo Castro y Joaquín Vargas) dimensionó esta apreciación al involucrar, en líneas sucesivas, el inicio del proceso del parto, pero no puede desconocerse esta preocupante apreciación; toda vez que existen varias referencias, en este y otros votos, a la “madurez” del feto como aspectos determinante.

Con base en doctrina italiana, argentina y española –sin examinar el derecho positivo de aquellos países–, se concluyó que la línea divisoria entre el homicidio y el aborto se traza “en el comienzo del nacimiento”, por lo que se “extiende”,¹²⁰ en palabras de la Sala, la “protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia”.¹²¹

Dicho tribunal estimó que el inicio del nacimiento se da con las contracciones expulsivas o el comienzo de los dolores, cuando es un parto natural; si fuera por cesárea, el comienzo estaría determinado por el inicio de la operación, con la incisión en el abdomen; y, si las contracciones expulsivas son inducidas por técnicas médicas, el

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ De algún modo, pareciera admitirse el carácter extensivo de la interpretación formulada, sin reconocer el menoscabo del principio de legalidad.

¹²¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 791-2001.

nacimiento principia con la ejecución de la técnica concreta. Por ende, sentencia que “las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto, en ambas situaciones estaremos frente a una persona (...)”.¹²²

En este postulado de la resolución, se detectan contradicciones insalvables y referencias que atentan contra toda lógica jurídica. Las acciones ejercidas contra un feto siempre se deberán estudiar bajo el tipo penal del aborto, independientemente del momento en el que ocurran, pues este es el elemento objetivo descrito en el tipo de aborto; mientras que el presupuesto del homicidio es la existencia de una persona, concepto que difiere ampliamente del de feto. Además, aunque se introduce con la alusión al “feto”, se finaliza con la afirmación de que, en ambos casos, se está ante una “persona”; de tal suerte que ni siquiera se distingue entre uno y otra, sino que se formula una equivalencia que ignora los elementos objetivos de los tipos penales en cuestión.

En este pronunciamiento, se sostuvo que no se requiere que el “nuevo ser” haya “tenido vida independiente” –lo que, una vez, evidencia desconocer el bien jurídico tutelado en cada una de las normas– y que, como el deceso se había producido “durante el nacimiento”, el cual “habría iniciado con los dolores de parto, que en forma moderada, llevaron a su madre al hospital”, se estaba ante un homicidio.¹²³

En este punto, al aseverar que el nacimiento había comenzado con los dolores de parto que la madre había experimentado antes de llegar al hospital –desde que estaba en su vivienda–, se genera un espacio verdaderamente peligroso e inadmisibles para la arbitrariedad; ya que, como ha ocurrido en El Salvador, podrían tratarse casos de abortos (incluso, espontáneos –como, lamentablemente, ha ocurrido en aquella nación centroamericana–, donde no habría acción jurídico-penal ni dolo) como homicidios, calificados por el vínculo de parentesco.¹²⁴

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ En relación con la triste realidad salvadoreña: Rosaura Chinchilla Calderón, “Caso Manuela. La política criminal y los sistemas carcelarios de mujeres al banquillo”, *op. cit.* Asimismo, Sally Palomino, “Del hospital a la cárcel: la doble tragedia de perder un embarazo en El Salvador”, *El País* (octubre 2021), disponible en

La situación salvadoreña ha sido elevada al conocimiento de la Corte Interamericana, a partir del *Caso Manuela vs. El Salvador*, cuya sentencia de fondo se encuentra pendiente, pero que se espera que marque un hito en la región y obligue a corregir la violencia estructural debido al género que sufren las mujeres en tales supuestos.

La resolución de la Sala Tercera dispone que el parámetro utilizado por la ley en el infanticidio (en cuanto a que el hecho ocurre con posterioridad al nacimiento) no tiene alcances generales a todas las formas de homicidio, sino solo para este:

(...) en el infanticidio, la alusión sobre el nacimiento, solamente influye sobre la existencia o no de la atenuación, de modo que si desaparece ella, estaríamos remitiéndonos a la figura del Homicidio Calificado (...) De modo tal que, no resulta de recibo, asignar a la atenuación contemplada en el Infanticidio, carácter decisivo para definir el límite entre aborto y homicidio, cuando el único límite establecido es en cuanto a la atenuación “por causa de honor”, pero no tiene los alcances generales que se le tratan de asignar en cuanto al significado del concepto de nacimiento.¹²⁵

En otras palabras, pareciera que, para dicha Cámara, sería posible, sin base legal, efectuar interpretaciones carentes de armonía entre los tipos penales de homicidio, pues, en el infanticidio, el hecho sí tendría que ser posterior al nacimiento; mientras que, en las otras modalidades, podría haber homicidio antes del nacimiento. Esta confusión no solo transgrede el principio de legalidad, sino que también desconoce la lógica del bien jurídico tutelado y el sujeto pasivo del tipo.

La vida humana será independiente –si fuera el caso– tanto para una como otra forma de homicidio, sin sujetarse a si la lesión en su contra fue *honoris causa* o agravada por el parentesco, por ejemplo. Desde la comprensión del bien jurídico, interesa el carácter de independencia de la vida, no el tipo penal que regule la conducta. Si se

<https://elpais.com/sociedad/2021-10-19/del-hospital-a-la-carcel-la-doble-tragedia-de-perder-un-embarazo-en-el-salvador.html>

¹²⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 791-2001.

pretendiera realizar una distinción, el primer requisito que tendría que cumplirse es el de tipicidad (sin perjuicio de un examen de razonabilidad), lo que demandaría una reforma legal que, en nuestro medio, no existe.

Por último, la Magistratura determinó que “aun sosteniendo la tesis sobre el nacimiento, como límite entre el ámbito de protección del aborto y del homicidio, el nacimiento comienza (...) con el inicio del parto, y culmina con la salida de la cavidad uterina”.¹²⁶

Por ende, se concibe el nacimiento –sin siquiera apreciar la definición del diccionario de la lengua española– como un proceso que inicia con el parto –aunque también señala que principia con los dolores que llevan a este, como se ha criticado– y finaliza con la salida del útero. Sin embargo, en lugar de practicar una interpretación restrictiva y limitarlo al fin de este proceso, se incurre en una exégesis extensiva *in malam partem* que lo fija, sin fundamento legal, en el inicio.

Los defectos que, desde nuestra perspectiva, se advierten en este razonamiento de la Sala Tercera se han replicado en posteriores votos, máxime que, en la mayoría, se cita como precedente ese primer pronunciamiento viciado.

En la resolución 442-2004, se conoció un proceso donde el cuadro fáctico era el siguiente. La mujer embarazada ingresó al hospital en horas de la mañana, con 41 semanas de embarazo y dolores de parto, momento en el que fue remitida a la Sección de Emergencias, para que fuera valorada por el enfermero obstetra. La señora le informó al funcionario que su primer parto había sido por cesárea y que, en el segundo, había tenido muchas complicaciones. El enfermero no efectuó la valoración adecuada de los riesgos ni los antecedentes particulares del caso e, incluso, ejecutó maniobras contraindicadas a la paciente. Debido a lo anterior y al hecho de que el endilgado remitió a la mujer a una sala de maternidad donde no contó con la adecuada supervisión, la madre sufrió una ruptura uterina con muerte del feto, quien, para cuando se llevó a cabo la cesárea (el día siguiente), ya había fallecido.

¹²⁶ *Ibid.*

Los magistrados que rechazaron el recurso de la defensa (Daniel González, Jesús Ramírez, José Manuel Arroyo, Ronald Salazar y Alfredo Chirino) aceptaron que se había demostrado que la conducta culposa del acusado había provocado la muerte del “menor ofendido” dentro del seno materno, antes de la expulsión. No obstante, enfatizaron que “ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer”.¹²⁷

Como se acotó al estudiar el primer fallo, la Sala refiere que el proceso de parto había comenzado porque el producto de la gestación tenía la “madurez necesaria para nacer”, lo que conlleva el evidente riesgo de que se afirme que, desde el sexto mes de embarazo, se podría estar ante un homicidio, por las razones que han sido desarrolladas.

Seguidamente, dicha Cámara puntualiza que se inclina por la tesis imperante en Argentina sobre el nacimiento, “que lleva la protección jurídico penal un poco más atrás”, y resuelve que:

(...) existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al alumbramiento. En este 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 éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica.¹²⁸ (El énfasis es del original).

De esta manera, bajo el alegato de que el nacimiento es un “proceso” que se prolonga en el tiempo, con una interpretación extensiva en perjuicio y sin norma legal que lo faculte, se acude al primer momento de este período para, en realidad, llevar “un poco más atrás” el *ius puniendi*.

Es menester subrayar que a los órganos jurisdiccionales no les corresponde “llevar un poco más atrás” –en palabras de la Sala– los ámbitos de protección de los

¹²⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 442-2004.

¹²⁸ *Ibid.*

tipos penales, puesto que, según se ha reiterado, esto es una exégesis contraria al principio de legalidad y la exigencia de interpretación restrictiva derivada del principio *pro libertate*.

Finalmente, la Magistratura determinó que el análisis de la figura del infanticidio no debía efectuar de forma diferente al que se ha expuesto, porque la norma no exige que el proceso de alumbramiento haya concluido, con la expulsión del claustro materno. En otras palabras, para la Sala, donde la norma no especifica qué se entiende por nacimiento, no se puede comprender que se demande el fin del proceso, pero sí es legítimo asumir, igualmente vía hermenéutica, que se trata del inicio de este: se legitima la interpretación extensiva *in malam partem* y se proscribe la interpretación *pro libertate*, en abierta contradicción con el Derecho de la Constitución.

El pronunciamiento 1267-2005 de la Sala de Casación Penal fue el tercero en esta misma línea. En esta ocasión, solo se indicó que los hechos de la causa ocurrieron cuando la mujer “estaba siendo atendida hospitalariamente ante el alumbramiento inminente de su hijo, el aquí ofendido (...) ya se encontraba en marcha el proceso de parto.”. Frente a esta relación de hechos, consideró que no se estaba ante un feto, sino ante una persona,¹²⁹ por lo que “la muerte que se le cause no constituye un aborto, sino un homicidio”.¹³⁰ De inmediato, la Sala reprodujo *in extenso* la argumentación del fallo 442-2004¹³¹ y concluyó que “no es cierto, entonces, que el hecho conocido en esta causa fuera eventualmente constitutivo de un aborto culposo, sino en realidad de un homicidio culposo, cuya pena es mayor”.¹³²

El último y más reciente voto del que se tiene conocimiento es el 986-2021 de la Sala Tercera. En la especie, la mujer embarazado había ingresado al hospital con 41

¹²⁹ Aunque el criterio de fondo es, a nuestro juicio, errado, debe reconocerse que la referencia a una “persona”, al menos en esta primera parte, es más coherente y supera la dramática e ilógica afirmación, contenida en votos anteriores, sobre el posible –según la Sala Tercera– “homicidio” de un “feto”.

¹³⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1267-2005.

¹³¹ Cabe acotar que, en esta transcripción, se encuentra la incomprensible aseveración sobre el “homicidio” de un “feto”, en el sentido de que: “(...) las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto, en ambas situaciones estaremos frente a una persona (...)”. Por ende, una vez más, pierde sentido y revive la confusión.

¹³² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1267-2005.

semanas y dos días de embarazo, con feto viable y embarazo en vías de prolongación, sin patologías. En vista de que las frecuencias cardíacas fetales presentaban aceleraciones y desaceleraciones variables, se debían realizar monitoreos constantes. El personal sanitario que, finalmente, fue acusado –enfermero obstetra y médico especialista– omitió efectuar y supervisar que se llevaran a cabo los controles, por lo que el feto “desarrolló dentro del útero sufrimiento fetal agudo y entró en labor latente de parto, siendo que al no aplicarse las tomas de frecuencia cardíaca fetal cada cuatro horas (...) sin asistencia médica, muere (...) debido a la aspiración del líquido amniótico”.¹³³

En la fundamentación, dicho tribunal indica que, aunque la referencia, en el tipo penal de aborto, a la vida intrauterina puede llevar a concluir que la diferencia entre aborto y homicidio radica en que es feto mientras permanece en el vientre materno y persona hasta que se encuentra fuera de este –argumento establecido por el profesor Llobet (cuyo texto es citado en otros apartados del fallo), aunque la Sala no lo indique–, se estima que ello es incorrecto. Para la Sala, esta alusión contenida la norma sobre el aborto es solo un parámetro de graduación de la pena y no un medio para deslindar los tipos penales en cuestión.¹³⁴

Bajo esta consideración, se considera que debe acudirse a otros métodos hermenéuticos, recurre a la literatura médica y cita al Dr. Vargas Alvarado, quien distingue entre cigoto, embrión y feto, donde el feto es contemplado desde el comienzo del tercer mes “hasta la expulsión o parto”.

A pesar de que Vargas Alvarado alude a la “expulsión”, la Sala se limita a examinar la noción de “parto” y señala que es a partir de entonces que el producto de la concepción deja de ser un feto. Como trabajo de parto, según un Manual de Obstetricia y Ginecología, define: “(...) proceso fisiológico, mediado por las contracciones uterinas, que conduce al parto”.¹³⁵

¹³³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 986-2021.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

Nótese que la misma definición empleada por la Sala se refiere a un proceso anterior, porque señala que es el “trabajo de parto” el que “conduce al parto”, con lo cual se está ante una etapa previa que no puede equipararse al parto propiamente dicho. Al respecto, conviene el Diccionario de la RAE, que, por parto, entiende “[a]cción de parir” y, como parir, se contempla: “Dicho de una hembra vivípara: Expulsar naturalmente el hijo o los hijos que tiene en su vientre”.¹³⁶ Este concepto de expulsión del vientre materno es, precisamente, el que se ha venido reclamando como la correcta interpretación del momento del nacimiento.

En cualquier caso, no deja de llamar la atención que la Magistratura estima que la ley no es diáfana sobre el criterio diferenciador entre el aborto y homicidio, pues rechaza la posibilidad de utilizar la referencia a la “vida intrauterina” que aparece en el tipo penal de aborto. Sin embargo, opta por ignorar ese posible lineamiento que tendría base legal y, en su lugar, acude a literatura que pareciera examinar sin contexto y con el único objetivo de extender el momento del nacimiento a una etapa muy anterior.

Dicho de otro modo, se excluye la fuente legal porque no le resulta determinante –pues indica que existe una deficiencia en la construcción de la norma–, pero se auxilia con métodos de menor claridad, ajenos al texto positivo y sin guiarse por una interpretación literal ni restrictiva del ámbito de punibilidad.

Seguidamente, el órgano de casación transcribe extractos de los tres precedentes comentados, al hacer mención del criterio reiterado por la jurisprudencia y donde se encuentran yerros lógicos tales como la alusión al “homicidio” de un “feto”.

Para finalizar, la Sala (integrada por las Magistradas Patricia Solano y Sandra Eugenia Zúñiga y los Magistrados Jesús Ramírez, Álvaro Burgos y Gerardo Rubén Alfaro, sin voto salvado o disidente) establece que, como la muerte del producto ocurrió una vez iniciadas las labores de parto, cuando se estaba ante una persona, la conducta realizada es típica de un homicidio culposo (como había resuelto el Tribunal Penal, en primera instancia).

¹³⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, consultado en <https://dle.rae.es/parir>

Por lo tanto, se anula la resolución 1191-2021 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela –que había recalificado los hechos, conforme a sus potestades legales, a un delito de aborto culposo y había declarado la prescripción de la acción penal– y se reitera que el criterio jurisprudencial es el siguiente: “(...) **una vez iniciadas las labores de parto, los hechos constituyen el delito de homicidio y no el delito de aborto**” (el destacado no corresponde al original).¹³⁷

Así las cosas, no existe duda sobre la posición jurisprudencial consolidada – aunque se trate solo de cuatro fallos– y reiterada en el lapso de veinte años –el primero data de 2001 y el más reciente es de 2021–. Ergo, por estimarse transgresora del principio de legalidad y de los cánones convencionales, podría impugnarse ante la jurisdicción constitucional y, eventualmente, si llegara a ser necesario, plantearse una queja ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En todos los casos estudiados, aconteció la muerte intrauterina del feto, fuera por acción (como el suministro de medicamentos no permitidos) u omisión (como no haberse brindado la atención médica adecuada ni haberse realizado los monitoreos de la frecuencia cardíaca fetal). En ninguno de los supuestos, hubo una expulsión del vientre materno de un feto –que, con ese acto de nacimiento, hubiera pasado a ser persona– con vida, sino que, para el momento de la salida, ya había muerto, por lo que sería imposible afirmar que hubiere existido vida independiente.

A pesar de lo anterior, la Sala Tercera ha recurrido al alegato de “extender” la protección del tipo penal “un poco más atrás”, ha utilizado dogmática extranjera fundada en normas distintas a las nacionales y apreciaciones médicas fuera de contexto, para elaborar exégesis no solo extensivas *in malam partem*, sino, incluso, en abierta contradicción con el derecho positivo.

Donde el ordenamiento señala “siguiente al nacimiento”, se ha interpretado “inicio de las labores de parto”; donde se indica que el homicidio es dar muerte a una “persona”,

¹³⁷ *Ibid.*

se ha estimado que también puede haberlo al causar la muerte de un feto, si se estaba en ese “proceso de parto”; donde la regulación apunta que la muerte de la vida intrauterina se enmarca en el aborto, se ha sostenido que, pese a que la muerte se hubiera dado en el útero, podría haber homicidio.

En síntesis, en lugar de practicar las interpretaciones restrictivas y ajustadas al principio de legalidad que son obligatorias en nuestro sistema, la jurisprudencia se ha decantado por métodos hermenéuticos carentes de cimiento legal y violatorios de los derechos fundamentales de las personas imputadas, lo cual representa una peligrosa puerta para la arbitrariedad.

5. Conclusiones

El ordenamiento jurídico costarricense contiene importantes particularidades en la forma en que regula, desde la construcción de los tipos penales de aborto y homicidio, la tutela de la vida humana intrauterina y extrauterina, cuyo tratamiento es legítimamente distinto, en la medida en que se trata de bienes jurídicos que no pueden considerarse idénticos. Desde luego, el reproche jurídico-penal frente a un homicidio, donde se atenta contra una vida humana independiente, no puede ser el mismo que ante a un aborto, donde la muerte se ocasiona a una vida dependiente y que se encuentra en un proceso de gestación.

Las diferencias significativas entre los bienes jurídicos amparados se reflejan en los *quantum* de penas que se contemplan en la legislación sustantiva. Por lo tanto, resulta esencial dilucidar, a la luz del principio de legalidad y los cánones hermenéuticos que lo caracterizan, en qué momentos se protege la vida humana dependiente –mediante el aborto– y en cuáles se estima que existe vida independiente que resguardar –mediante el homicidio–.

En primer término, debe afirmarse que, con base en la interpretación restrictiva del tipo penal de aborto, que reprime la causación de la muerte del “feto” –el cual, a nivel médico, existe hasta el inicio de la novena semana, pues, hasta la octava semana (incluida), solo se trata de un “embrión”–, el resguardo jurídico de la vida dependiente

surge, precisamente, hasta el comienzo de la novena semana o del tercer mes de embarazo.

Aunque, en Costa Rica, se ha asumido que el aborto del producto de la concepción –una vez implantado en el útero materno– está proscrito, lo cierto es que, en nuestro criterio, la prohibición no existe durante las primeras ocho semanas. Durante ese período, el Estado debiera no solo abstenerse de perseguir penalmente, sino, además, garantizar el acceso gratuito, libre y seguro a la interrupción del embarazo, para aquellas mujeres que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y la autodeterminación, así lo peticionen.

Lo anterior no significaría una inobservancia de los compromisos internacionales del Estado ni un incumplimiento de lo dispuesto por la Corte IDH en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, ya que, en ese mismo pronunciamiento, la intérprete última del Pacto de San José resaltó que la protección se da “en general” –sin que pueda ser absoluta–, es decir, con excepciones que se establecerán a partir de la ponderación adecuada de los intereses en juego.

Como recalcó el Tribunal Interamericano, la tutela de la vida del embrión es gradual e incremental, según su desarrollo, de tal suerte que puede entenderse que, en los primeros momentos, será de menor intensidad, mientras que, en los estados más avanzados de la gestación, llegará a los mayores niveles.

Por consiguiente, al menos en fases incipientes –que, en nuestro país, se extenderían hasta el fin de la octava semana o del segundo mes (tiempo incluso menor al que se prevé en otros Estados)–, al valorar derechos en conflicto, debe prevalecer la autodeterminación de la mujer.

Bajo esta inteligencia, en este ensayo, se ha concluido que, en nuestro sistema jurídico, el delito de aborto solo existiría frente a la provocación de la muerte de un feto (desde el inicio de la semana novena del embarazo) que sea viable intrauterina y extrauterinamente y cuando no se esté ante un supuesto que faculte la práctica de un aborto terapéutico.

En segundo lugar, se destaca que el límite máximo del aborto es el nacimiento, pues, una vez que este ha ocurrido, el feto deja de ser tal y asume el estatus de una persona física, con vida humana independiente. Si se provocara la muerte después del nacimiento, se habría cometido, a nivel de tipo objetivo, un homicidio, dado que el sujeto pasivo no sería un feto, sino una persona.

En consecuencia, la respuesta sobre qué implica el nacimiento es esencial para no incurrir en ejercicios ilegítimos del *ius puniendi* estatal. Conforme al principio de legalidad, a lo estipulado en el Código Penal, a la interpretación literal, restrictiva y sistemática de este; en consonancia con lo regulado en otros cuerpos normativos, lo sostenido por la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional y la orientación médico legal; desde nuestra lectura, el nacimiento requiere la completa expulsión del vientre materno, tal como destaca el profesor Llobet.

Mientras que el feto todavía se encuentre o no haya salido en su totalidad del seno materno, la muerte de este solo podría ser sancionada en el marco del aborto (sea doloso o culposo, según las características del caso). Si se emplearon, dolosamente, maniobras abortivas idóneas para producir la muerte del feto, pero esto no ocurrió, se estaría ante una tentativa de aborto. Si tales maniobras hubieran producido la expulsión prematura y, después de nacer con vida, el bebé muere como consecuencia de las técnicas utilizadas, la conducta se reprimiría, igualmente, como tentativa de aborto –siempre que no se haya atentado contra el bebé después de su nacimiento–. No podría castigarse como aborto consumado porque no se ocasionó la muerte a un feto (al nacer, deja de serlo); tampoco como homicidio, dado que las acciones lesivas se realizaron contra un feto (cuando lo era) y no contra una persona. Si el feto sale del vientre con vida y, en ese momento, se da muerte a la persona (nacida) en la que se ha convertido, se estará ante un homicidio. Lo determinante es cuándo se realiza la acción, conforme también explica el maestro Llobet Rodríguez.

Ahora bien, debe reconocerse la jurisprudencia de la Sala Tercera, consolidada desde 2001 hasta la fecha, ha mantenido un criterio distinto en cuanto al nacimiento. Para la Sala de Casación Penal, el nacimiento se da con el inicio de las labores de parto:

si es parto natural, con el comienzo de los dolores; si las contracciones expulsivas son inducidas, con el momento de ejecución de la técnica concreta; si es por cesárea, con la incisión en el abdomen. Por este motivo, ha resuelto que, una vez iniciadas las labores de parto, la muerte del “feto” constituye un “homicidio” –pese a la insalvable contradicción lógica que este postulado encierra–.

Lo anterior se ha basado en una interpretación extensiva *in malam partem*, elaborada a partir de doctrina y referencias descontextualizadas, pues se ha obviado que la dogmática en la que se respalda estaba fundada en legislación que contemplaba la posibilidad del homicidio –en específico, en el infanticidio– *durante* el nacimiento, mientras que la correspondiente norma patria se refiere al homicidio en un momento *siguiente* al nacimiento.

A nuestro juicio, como se ha recalcado, el desconocimiento de las implicaciones del principio de legalidad menoscaba los derechos fundamentales de las personas inculpadas de hechos delictivos y significa un peligroso e inadmisibles espacio para la arbitrariedad.

No puede olvidarse que la Sala, bajo esta interpretación extensiva: *i)* ha utilizado el parámetro de la “madurez necesaria para nacer”, para aseverar que se estaría ante un homicidio, y *ii)* ha establecido que los dolores del parto que marcan el nacimiento son aquellos que llevan a la mujer a trasladarse al hospital.

En cuanto al primer punto, podría caerse en el absurdo de considerar que, desde que el feto tiene la madurez suficiente para sobrevivir, en caso de nacer –lo que ocurriría a partir del sexto mes de embarazo–, podría haber homicidio. Esto, sin duda, desnaturalizaría la distinción en el tratamiento entre aborto y homicidio. En relación con el segundo aspecto, se advierte un riesgo de que –como ocurre en El Salvador, cuya crítica situación ha sido elevada al conocimiento de la Corte Interamericana–, eventualmente, se pretendan procesar abortos padecidos en el domicilio de la madre como homicidios, si se asegura que allí hubo inicio de la labor de parto.

En virtud de lo expuesto, al existir una línea jurisprudencial reiterada y evidentemente contraria al principio de legalidad, se estima viable y procedente la interposición de una acción de inconstitucionalidad –que necesitará un asunto base, conforme al precepto 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional–. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la prohibición de presentar una acción en contra de un acto jurisdiccional concreto:

(...) no se da cuando la acción persigue obtener una declaración de la Sala acerca de la forma en que la Jurisprudencia de los tribunales (en general) ha venido definiendo y resolviendo determinados temas o asuntos, pues en esa hipótesis **la Sala Constitucional tendría oportunidad de discrepar de las tesis que Jurisprudencialmente han sentado los tribunales comunes acerca de un determinado tema, si esas tesis no compaginan con los principios, norma o valores constitucionalmente consagrados.**¹³⁸ (Sic).

(Se supe el destacado).

Si la jurisdicción constitucional legitimara el irrespeto del principio de legalidad, subsistiría la posibilidad de acudir al Sistema Interamericano, toda vez que aquella garantía también se protege en el numeral 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En definitiva, resulta innegable que, como reflexionara el profesor alemán Claus Roxin, precisamente con ocasión del principio de legalidad: “(...) un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal”¹³⁹ (el énfasis es propio del original).

6. Referencias bibliográficas

Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

¹³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 1302-1992.

¹³⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...*, op. cit., 137.

Calvo, Yadira. *Terminología feminista*. San José, Costa Rica: Uruk, 2012.

Carlson, Bruce. *Embriología Humana y Biología del Desarrollo*, 5ª. ed. Barcelona: Elsevier, 2014.

Castillo González, Francisco. *Tentativa y desistimiento voluntario*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2003.

Chinchilla Calderón, Rosaura. “Caso Manuela. La política criminal y los sistemas carcelarios de mujeres al banquillo”, *Página abierta* (marzo, 2021), disponible en <https://www.paginaabierta.net/blog/caso-manuela>

Chinchilla Calderón, Rosaura. *Principio de legalidad: ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.?* San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 06 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 12 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Derechos Humanos y Mujeres”, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, No. 4 (2018).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Asunto B. respecto de El Salvador*. Resolución de Medidas Provisionales. 29 de mayo de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2012.

Creus, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial 1*, 7ª. ed., 2ª. reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2013.

Fontán Balestra, Carlos. *Derecho penal: parte especial*, 17ª. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

Gisbert Calabuig, Juan Antonio. *Medicina legal y toxicología*, 6a. ed. Barcelona: Elsevier Masson, 2004.

Larrauri, Elena. “La mujer ante el derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 2 (1992).

Laurenzo Copello, Patricia; Segato, Rita Laura; Asensio, Raquel; Di Corleto, Julieta; González, Cecilia. *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género* (Madrid, España: Programa EUROsociAL, 2020).

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

Mir Puig, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid, España: Iustel, 2011.

Moore, Keith L.; Persaud, Vid y G. Torchia, Mark. *Embriología Clínica*, 10ma. ed. (Barcelona: Elsevier, 2016).

Organización Mundial de la Salud. *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*, 2010, disponible en https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

Palomino, Sally. “Del hospital a la cárcel: la doble tragedia de perder un embarazo en El Salvador”, *El País* (octubre 2021), disponible en <https://elpais.com/sociedad/2021-10-19/del-hospital-a-la-carcel-la-doble-tragedia-de-perder-un-embarazo-en-el-salvador.html>

Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*, 3^a. ed. San José: Litografía e Imprenta LIL, 1994.

Poder Ejecutivo de Costa Rica, *Decreto Ejecutivo N° 42113-S. Oficializa la Norma Técnica para el Procedimiento Médico Vinculado con el artículo 121 del Código Penal*.

Putti, Pablo. “Defectos congénitos y patologías incompatibles con la vida extrauterina”. *Revista Médica del Uruguay* (volumen 32), No. 3 (setiembre 2016).

R. J. Cook, A. Ortega-Ortiz, S. Romans, L.E. Ross. “Legal abortion for mental health indications”. *International Journal of Gynecology and Obstetrics* (2006).

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*.

Rodríguez Mesa, María. “Lección 2”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, Juan María Terradillos Basoco (coordinador), 2^a. ed. (San José, Editorial Jurídica Continental, 2017).

Roxin, Claus. “La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal”, en Miguel Ontiveros Alonso (traductor), *Aportes fundamentales al Derecho Penal*. México: Libijus, 2010.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, España: Civitas, 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 1739-1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2792-2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 4420-1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 6660-1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 7958-2007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 835-1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 9696-2003.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 1218-2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 301-2015.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 992-2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1267-2005.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1278-2019.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1330-2011.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1427-2000.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 442-2004.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 791-2001.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 986-2021.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 986-2021.

Salas Porras, Ricardo. *Derecho Penal Especial. Tomo II*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2020.

Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. *Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Madrid: SEGO, 2010.

Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica, número 2 (33) (14). Año 2. ISSN 2515-6704. RDCP-UCR. 2022.

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

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Comunicado de prensa No. 271/2021* (07 de setiembre de 2021), disponible en <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579>

Vargas Alvarado, Eduardo. *Medicina Legal*, 4^a. ed. México: Trillas, 2012.

Vega Zúñiga, Franz. Ponencia denominada “Aspectos médicos y legales del aborto impune en Costa Rica. Análisis desde la norma técnica”, realizada en el marco del Primer Seminario Virtual de Derecho Penal y Derecho Penitenciario, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=OSpgTQflsIQ>

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2005.