

**DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COSTA RICA DESDE UNA
PERSPECTIVA MÉDICO- LEGAL Y SOCIAL.**

**DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN COSTA RICA FROM A MEDICAL-
LEGAL AND SOCIAL PERSPECTIVE.**

Licda. Ma. Carolina Barrantes Masís¹

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2021

Fecha de aprobación: 21 de septiembre de 2022

RESUMEN: El aborto es un tema controversial por sí mismo, el cual no admite puntos intermedios, sino que sus detractores o defensores, deben expresar una postura clara y definida: sé es pro-vida o pro-elección, sin embargo, no puede ser ambas. En el presente artículo, desarrollaré los motivos por los cuales considero que, desde el principio de legalidad, el aborto es legal actualmente en nuestro país.

PALABRAS CLAVES: Aborto, derecho a la vida, embrión, feto.

ABSTRACT: Abortion is a controversial theme by itself, which does not admit a midpoint, its detractors or defenders must express a clear and defined position: to be pro-life or to be pro-choice. It cannot be both of them. In this article, I will develop the reasons why I consider, in the light of the rule of law, abortion is currently legal in our country since the 8 weeks.

KEYWORDS: Abortion, life rights, embryo, fetus.

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. Aspectos generales del aborto; 3. Distintas perspectivas del aborto: Argumentos pro-vida vrs pro-elección; 4. Regulación del aborto al embrión; 5. El aborto desde una Política Criminal; 6. Conclusiones; 7. Referencias Bibliográficas.

1. Introducción

En el presente artículo, se desarrollará el tema del aborto. Es un asunto que genera controversia, ya que el bien jurídico que se protege por parte del legislador,

¹ Licenciada en Derecho con énfasis en Ciencias Forenses de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Estudiante de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Defensora Pública del Poder Judicial. Medio de contacto: mcarolinabm89@gmail.com

es la vida del no nacido. No obstante, a partir de la premisa del respeto a la vida, surgen múltiples interrogantes que se intentarán responder a lo largo del presente trabajo. Para asumir una posición con respecto a este tema, debemos analizarlo desde distintas áreas, es decir, a partir de la religión, ética, derecho y medicina. Existen distintos tipos de abortos, sin embargo, el que genera controversia es aquel que es voluntario por parte de la madre.

Con el aborto, existe una contraposición de intereses, de la madre y del feto. A través del derecho y en especial, desde el derecho penal, se pretende realizar una ponderación de bienes jurídicos y determinar si prevalece el derecho a la elección o el derecho a la vida. Ambos no pueden concurrir en un mismo discurso, son criterios totalmente contrapuestos y nunca van a lograr un consenso en la sociedad. No obstante, es importante plantearnos si esta conducta es necesaria que se encuentre penalizada o no ¿Realmente se cumple un fin de prevención general negativa a través de la penalización del delito de aborto?

2. Aspectos generales del aborto

Costa Rica, es un país en el que la religión, de forma indirecta, ha jugado un papel preponderante en la formación de leyes. De acuerdo a una encuesta del 2019 de la Universidad Nacional, un 79,6% de la población profesa una religión con creencias cristianas (52, 5% son católicos y 27, 1 evangélicos)², ello ha incidido en el pensamiento de la mayoría de los jueces y magistrados, que no admiten la aplicación del aborto procurado. En la actualidad, más del 60% de la población mundial vive en países donde el aborto inducido es legal, ya sea por una lista de causales o bien, sin restricción alguna cuando la mujer gestante así lo demanda. El 26% de la población, por el contrario, reside en países en los cuales el aborto está prohibido según la normativa legal vigente³.

² Córdoba González Juan Diego, “Estudio de la UNA: 52,5% de la población costarricense es católica practicante; 27,1% es evangélica” La Nación, 29 de julio del 2019. Tomado de: <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/estudio-de-la-una-525-de-la-poblacion/JLW7NPRMPZANLLQUIPTIBRW3RE/story/>

³ Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, “Despenalización del aborto en Costa Rica: un posicionamiento ético-político” . Tomado de <https://filosofia.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2015/05/Despenalizaci%C3%B3n.pdf>

Existen distintos tipos de abortos⁴, los cuales son:

1. *Aborto espontáneo*: No genera controversia, ya que es la terminación del embarazo por causas naturales y no deliberadas.
2. *Aborto legal*: el aborto permitido por las leyes.
3. *Aborto terapéutico*: aquel que es procurado en razón de preservar la vida o salud de la madre.
4. *Aborto inducido*: el aborto procurado y el que genera mayor controversia.
5. *Aborto séptico*: se genera a través de una complicación producto de una infección.
6. *Aborto seguro*: cuando se realiza según los protocolos de la Organización Mundial de la Salud y busca garantizar la salud de la mujer.
7. *Aborto inseguro*: el aborto practicado sin contar con adecuadas condiciones médicas.
8. *Aborto eugenésico*: el aborto que se practica porque el feto tiene un defecto o enfermedad.

3. *Distintas perspectivas del aborto: Argumentos pro-vida vrs pro-elección*

Se podría llegar a considerar de forma errónea, que el aborto solamente tiene tintes médicos y legales; sin embargo, al ser un tema tan controversial, se convierte en un asunto social, teñido de elementos éticos, religiosos, médicos y legales. Por ello, como consecuencia, se presta para debatir desde distintas perspectivas. En el presente artículo, se pretende realizar un análisis somero de algunos argumentos a favor y en contra del aborto, así como un análisis de nuestra legislación actual en cuanto a la viabilidad del aborto.

⁴ Blandón María Teresa, Guía práctica para talleres “La decisión es nuestra. El aborto un derecho para salvar vida de mujeres”, Nicaragua: Managua, Copy Express: 2006. p 18-19. Tomado de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/66344>

Perspectiva Religiosa

Desde el bando de los opositores al aborto, el tema religioso cobra una especial relevancia. Parten del argumento de que la vida humana se produce desde el momento de la fecundación, es decir, a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide. La religión, se basa en que la vida humana es sagrada, pues es otorgada por Dios. Siendo considerado el aborto como una aberración, que va en contra de los mandatos religiosos.

La base ideológica, se sostiene por el quinto mandamiento de “No matarás”. Por consiguiente, se desprende que la vida humana es inviolable y sagrada. Realizando una asociación de este mandamiento bíblico con las leyes del hombre, el “no matarás” se iguala al mandamiento legal a la prohibición de cometer homicidio. No obstante, parte de los argumentos que realizan los grupos pro-elección, es cuestionar ¿a partir de cuándo hay vida? ¿Nuestra legislación establece como homicidio el matar al producto de la concepción? ¿O se mata a una persona? ¿Es el feto una persona? Estas son interrogantes que se desarrollarán más adelante.

Propiamente en cuanto al aborto, en la biblia, solamente existe una referencia, que se encuentra en el antiguo testamento en el libro Exodo 21,22: “Si unos hombres, durante una pelea, golpean a una mujer embarazada provocándole un aborto, sin que muera la mujer, serán multados según lo imponga el marido ante los jueces. Si la mujer muere, pagarán vida por vida. Ojo por ojo, diente por diente”.⁵ Consideran los gremios de pro-aborto, que esta alusión, solamente explica una regla de convivencia social, mas no así una prohibición o directriz religiosa a la prohibición absoluta del aborto. De la biblia se desprenden otras múltiples enseñanzas de Jesús y los demás evangelistas, que son comunicadas de forma expresa; pero sobre el aborto, son omisos al indicar si el practicarlo es o no pecado.

Inclusive, no siempre la Iglesia Católica repudió el aborto, fue sino hasta “los últimos 2000 años, desde que empieza a configurarse la doctrina cristiana. Sin embargo, hace tan solo 140 años el catolicismo planteaba que el feto se convertía en

⁵ María Teresa Blandón Guía práctica para talleres “La decisión es nuestra. El aborto un derecho para salvar vida de mujeres” (Nicaragua: Managua, Copy Express: 2006) 25. Tomado de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/66344>

un ser con alma hasta después de 40 días de la concepción si era varón y 80 días si era mujer. En efecto, antes del Apostolicae Sedis, de Pío IX, promulgado en 1869, interrumpir un embarazo antes de esos plazos no implicaba eliminar una vida humana para la Iglesia Católica”.⁶

La referencia peyorativa hacia el aborto, viene a ser una creación humana y no es propiamente un dogma religioso, que se haya decretado a lo largo de los siglos desde el inicio de la comunión cristiana. El aborto, obede a una práctica que se “autoriza” dependiendo de los grupos de poder imperantes en una sociedad en un lugar y momento determinado de la historia de la humanidad. Y otro aspecto no menos importante, es que la convicción religiosa, no puede ser impuesta a una persona; no se puede obligar a una persona a que adopte un pensamiento determinado y menos aún, preceptos religiosos. Aquellos tiempos de la Santa Inquisición, que buscaban la imposición de la cristiandad ya quedaron superados y fue en nombre de la religión, que, en aquellos tiempos, se cometieron atrocidades en contra de los derechos de las personas; no se debe seguir violentando derechos en nombre de la fe.

Perspectiva ética- moral

El discurso religioso en contra del aborto, va a contener elementos éticos dentro del mismo. No obstante, a contrario sensu, la oposición ética no precisamente contendrá elementos religiosos; por ello, merece que los argumentos sean expuestos en apartados distintos.

La Real Academia Española, define la ética como “conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida”⁷. Partiendo de esta definición, los opositores al aborto, consideran que esta práctica, es contraria a la naturaleza del ser humano, discriminatoria, injusta e inmoral.

Los grupos pro-vida, parten del pensamiento que el embrión o el feto son seres vivos que deben ser considerados como personas. Que, en ningún momento, el embrión o el feto, van a ser agresores hacia su madre; y en aquellos casos que

⁶ Montserrat Sagot Rodríguez , Ana Carcedo Cabañas. Aborto Inducido:Ética y Derechos (San José, Heredia: Medicina Legal de Costa Rica v19 n 2, 2002) 2

⁷ <https://dle.rae.es/%C3%A9tico>

afectan la salud de la mujer, estos no actúan de forma consciente. Por ello, el aborto no se podría admitir como una legítima defensa de la madre, y a lo sumo, se estaría ante la presencia de una fuerza mayor que no justifica un aborto.

Otro argumento de este grupo, es que el Derecho debe tener la finalidad de evitar injusticias; debe proteger a los seres indefensos. Y en el caso del aborto, el embrión o feto, no se pueden defender ante la posible agresión de su madre, y que el Estado debe intervenir en pro de resguardar los derechos de los no nacidos. Además, manifiestan, que devendría discriminatorio resguardar los intereses una de las partes, ósea de la madre; y en consecuencia, es por ello, que las leyes deben velar por la protección de ambas partes, en igualdad de condiciones.

En relación a los grupos pro-elección, enfocan sus argumentos desde la óptica de la libertad de la mujer, de decidir sobre su cuerpo. Con la penalización del aborto, se niega a las mujeres el derecho a su salud, a su sexualidad, a disponer de su propio cuerpo; se desencadena en una agresión, al cosificar el cuerpo de las mujeres y verlas solamente como un medio para llevar un embarazo a su término, sin tomar en cuenta la dignidad humana de la mujer.

En relación a este derecho de autodeterminación de la mujer, Luigi Ferrajoli indicó: “con la prohibición del aborto y con la consiguiente constricción penal a convertirse en madres, se impone a las mujeres no tanto y no solo el no abortar, cuanto una conmoción vital de incalculable alcance. No solo la gestación y el parto, sino la renuncia a proyectos de vida diversos, la obligación de educar y mantener a un hijo, en una palabra, la constricción a una especie de servidumbre. Una maternidad no deseada puede destruir la vida de una persona: obligarla a dejar de estudiar o trabajar, enfrentarla a la propia familia, reducirla a la miseria o ponerla en situación de no ser capaz de proveer el mantenimiento de sí misma y de su propio hijo”⁸.

En los casos en los que una mujer es víctima de una agresión sexual y obligada a continuar con su embarazo, no solo resulta violatorio a la dignidad de la mujer, sino que constituye un acto de violencia y revictimización que viene a mantener en el tiempo las consecuencias de la agresión de la cual fue ofendida. Para ilustrar, resulta

⁸ Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2020) 461

relevante el ejemplo de la profesora estadounidense Judith Jarvis Thomson sobre el violinista famoso: “Usted se despierta una mañana y se encuentra en una cama con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se le ha descubierto una enfermedad renal mortal, y la Sociedad de Amantes a la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Por consiguiente, le han secuestrado, y por la noche han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo, para que los riñones de usted puedan purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: “Mire, sentimos mucho que la Sociedad de Amantes a la Música le haya hecho esto, nosotros nunca lo habiéramos permitido al haberlo sabido. Pero, en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo significaría matarlo. De todos modos, no se preocupe, solo es para nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro”. ¿Le incumbe a usted moralmente acceder a esta situación? No hay duda que sería estupendo por su parte si lo hiciera, demostraría una gran generosidad. Pero ¿tiene usted que acceder? ¿Qué pasaría si no fueran nueve meses, sino nueve años? ¿O más aún? ¿Qué sucedería si el director del hospital dijera: “Mala suerte, de acuerdo, pero ahora tiene usted que quedarse en la cama, conectada al violinista, para el resto de su vida” ? Porque recuerde esto: Toda persona tiene derecho a la vida, y los violinistas son personas. Por su puesto, usted tiene derecho a disponer de su cuerpo, pero el derecho de una persona a la vida vale más que el derecho de disponer de su cuerpo. Así que nunca podrá desconectarse de él”. Creo que usted consideraría que esto es una monstruosidad, lo cual da a entender que hay un fallo en este razonamiento, que suena tan plausible”.⁹

Después de analizar el ejemplo del violinista, el obligar a una madre a continuar con un embarazo que fue producto de una violación, constituye un acto arbitrario. Imponer a una persona una situación, sin importar sus sentimientos, dignidad, salud, es un acto contrario a los derechos de un ciudadano de un Estado de Derecho.

Perspectiva Médica

⁹ Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto, 462-463.

Para la medicina, el aborto proviene del latín (abortus, no nacer)¹⁰. Tiene relación con la acción de expulsar o extraer del claustro materno. Para la Obstetricia, es la expulsión del producto de la concepción antes de que sea viable, es decir, antes de los seis meses de embarazo, ya que después de ese tiempo, lo que existe es un parto prematuro¹¹. Hace referencia a la interrupción del embarazo, cuando el feto o el embrión aún no cuentan con las condiciones de vivir fuera del cuerpo de la madre. Para el Derecho Penal, el aborto hace referencia a la muerte del feto. Las definiciones médicas y legales, van a ser distintas, pero para efectos médico-legales “es la muerte del producto de la concepción ligada, con íntima relación de causa efecto, a la interrupción provocada del embarazo antes de haber llegado a su término fisiológico”.¹²

Para analizar el tema del aborto desde la perspectiva médica, es importante que primeramente se definan una serie de conceptos de gran relevancia como: feto, embrión, concepción, fecundación y otros que son de trascendencia en el tema que nos ocupa. También se debe conocer, la diferencia de estos conceptos, en la práctica médica o jurídica; así podremos comprender, con una visión más amplia, el porqué hay movimientos pro-vida o pro-elección.

En cuanto al producto de la concepción, se debe distinguir entre embrión y feto. A diferencia del derecho que utiliza el término feto de forma indiscriminada para referirse al producto de la concepción; para la medicina, el embrión, es el producto de la concepción desde la segunda hasta antes de la novena semana de gestación (el autor Vargas Alvarado habla de ocho semanas)¹³. El feto, es posterior al embrión y es conocido a partir del comienzo del tercer mes hasta la expulsión o el parto.¹⁴ Es decir, existe una utilización de términos distintos en la medicina y en las leyes, porque para el Derecho, el producto de la concepción es un feto y se utilizan los términos de

¹⁰ Vargas Alvarado Eduardo, Medicina Legal (México: Trillas, 2012) 321

¹¹ Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto, 555

¹² Gisbert Calabuig J.A. y Gisbert Grifo M.S, Medicina Legal y Toxicología, 6a. ed. (Barcelona: Elsevier Masson, 2004),

¹³ Vargas Alvarado Eduardo, Medicina Legal, 321

¹⁴ Op Cit, Vargas Alvarado Eduardo, 321

feto o embrión como sinónimos; a diferencia de la medicina, que los ubica según las semanas de gestación, es decir, corresponden a etapas gestacionales distintas.

La concepción, también se define de forma distinta en el derecho y la medicina. Para la medicina, la concepción y la fecundación es lo mismo e inicia desde la unión del óvulo y del espermatozoide. La terminología legal de la fecundación, en el caso de Costa Rica, se clarifica a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vrs Costa Rica* del 2012; se determinó que la fecundación surge después de la implantación uterina del producto. El embrión no puede sobrevivir sin el proceso de implantación, es decir, anidación. Se puede hablar de un embarazo, “una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación”.¹⁵

En la medicina, existe un consenso al afirmar que la vida inicia desde la fecundación, entendiéndose desde la unión del óvulo y del espermatozoide. Sin embargo, se presenta un dilema al preguntarnos cuándo inicia la vida humana. Hay autores que consideran que existen muchos organismos vivos en nuestro planeta y no por ello, se debe asemejar con la vida humana. El autor Ricardo Tapia, precisa que “mientras estén vivas, todas las células del organismo humano pueden vivir fuera de aquel del que son parte. Lo anterior es lo que hace posible la reproducción sexual a través del coito, el trasplante de órganos, la fertilización *in vitro*, que es la intervención tecnológica fundamental para la reproducción asistida que se inicia precisamente con la inseminación artificial. En estos casos, los espermatozoides y el óvulo, actúan como células vivas fuera de las gónadas que les dieron origen; todas las células tienen el genoma humano completo. Sin embargo, no por estar vivas y poseer el genoma humano, esas células son seres humanos. Es decir, no es posible afirmar que el espermatozoide o el óvulo sean personas humanas. Al avanzar el desarrollo ontogénico, las células humanas se van diferenciando y organizando para formar los

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vrs Costa Rica*, del 28 de noviembre del 2012, considerando 187, pág 60

tejidos y los órganos, pero no por eso los tejidos y los órganos —los músculos, los huesos, la piel, el riñón, el hígado, el páncreas, los pulmones, el corazón, las glándulas, los ojos, etcétera— son personas. Si fuera así, la extirpación de un órgano, y aun de un tumor benigno o canceroso, equivaldría a matar miles de millones de personas dentro del cuerpo de otros millones de personas”¹⁶.

Algunos consideran que la vida humana legal, debe ser protegida desde la fecundación (entiéndase como terminología médica), otros desde la implantación en el claustro materno, cuando se forma el sistema nervioso, desde la organogénesis; a partir de la viabilidad del feto (criterios de tamaño y peso) o finalmente, cuando inicia de la actividad cerebral que se completa al final de la duodécima semana. El autor Jorge Carpizo, afirma que “lo que distingue al ser humano es su corteza cerebral, la cual en el embrión de 12 semanas no está formada, razón por la que dentro de ese lapso el embrión no es un individuo biológico caracterizado, ni una persona, tampoco un ser humano. El embrión no tiene las condiciones que particularizan al ser humano, en virtud de que carece de las estructuras, las conexiones y las funciones nerviosas necesarias para ello y, desde luego, es incapaz de sufrir o de gozar. Biológicamente no puede considerársele un ser humano”¹⁷.

Desde la visión de la medicina, la posición pro-vida considera que la vida humana inicia desde la fecundación, que el aborto produce la muerte de un ser humano. Que no es relevante el cuestionar a partir de cuándo la vida es humana, porque ésta surge desde la concepción. Parten que desde la formación del cigoto surge un nuevo ser con características físicas distintas a las de sus progenitores y presentará una individualidad única que genera su potencial de desarrollarse por sí mismo.

Por el contrario, los argumentos pro-elección, consideran que un ser vivo no implica necesariamente que sea considerado como vida humana legal. ya que existen múltiples organismos vivos en nuestro entorno y no son personas. Por ello, a pesar que el embrión y el feto tiene una potencialidad de ser personas, cuando están en el

¹⁶ Carpizo Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las cinco semanas” Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pág 6. Tomado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2841/4.pdf>

¹⁷ Carpizo Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las cinco semanas” pág 5. Tomado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2841/4.pdf>

claustró materno aún no lo son. Porque para que sean consideradas personas, es necesario que se produzca un nacimiento. Inclusive, no son considerados vida humana legal, porque en esas etapas gestacionales, no se ha formado su sistema nervioso y cerebral. Por consiguiente, desde la ciencia no pueden ser considerados seres humanos y al practicarse el aborto no se estaría violentando ninguna vida humana.

Perspectiva Jurídica

La prohibición de practicar el aborto se encuentra en la sección II del Código Penal (en adelante CP), del numeral 118 al 122.

“Aborto con o sin consentimiento.

Artículo 118.- El que causare la muerte de un feto será reprimido:

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

2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer.

Aborto procurado.

ARTÍCULO 119.- Será reprimida con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

Aborto honoris causa.

ARTÍCULO 120.- Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión.

Aborto impune.

ARTÍCULO 121.-No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.

Aborto culposo

ARTÍCULO 122.- Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto”¹⁸.

Para efectos del artículo, el aborto impune no tiene gran relevancia, ya que su práctica es autorizada siempre y cuando, se encuentre en riesgo la vida de la madre. Si es importante destacar, en primer lugar, que su aplicación es considerada una causa de justificación en la teoría del delito; al estar en presencia de un estado de necesidad justificante. Se argumenta que el bien jurídico (salud-vida) de la madre tiene mayor peso jurídico que el bien jurídico del feto. En segundo lugar, a pesar que el artículo 121 CP es un tipo que describe una conducta permitida, a nivel médico, muchos doctores temían la aplicación del aborto terapéutico por temor, ya que no existía una regulación técnica que respaldara su accionar. Fue mediante el decreto ejecutivo 42113-S del 12 de diciembre del 2019¹⁹ que se regula el procedimiento para la aplicación del aborto terapéutico.

Antes de iniciar el análisis de este apartado, es importante aclarar que, en este punto, adquiere relevancia la distinción de terminologías que la medicina y el derecho otorga al feto, al embrión y al inicio de la vida humana. Ya que el aborto, a pesar de estar constituido por un componente jurídico, también debe recurrir al conocimiento médico. Desde la óptica jurídica, se impone una serie de normativas que inciden de forma directa en el comportamiento de la sociedad, pero plantea un tema de carácter médico y; por consiguiente, es imprescindible en este caso, que exista una congruencia de utilización de conceptos entre el derecho y la ciencia, para que ambos

¹⁸ Zúñiga Morales Ulises, comp., *Código penal: renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., 2019), 86-88.

¹⁹ Ministerio de Salud de Costa Rica. Dato tomado de la página: https://www.ministeriodesalud.go.cr/sobre_ministerio/prensa/texto_nt_2019.pdf

se complementen, se delimiten y generen certeza jurídica a los ciudadanos de un Estado.

De los artículos 118 al 122 del CP, se desprende que se prohíbe el aborto cuando se da muerte a un feto. Pero ¿Cómo entendemos el concepto de feto? ¿Por qué dar muerte al feto no es homicidio? ¿La vida es inviolable en todos los casos? ¿El derecho a la vida es de carácter absoluto? Estas y muchas otras interrogantes nos surgen al estudiar un tema tan controversial como los es el aborto y, que intentaré de alguna forma de analizar a continuación.

El numeral 118 y 119 CP, el legislador nos habla que abortar es dar muerte al feto. Y en cuanto a las penas de prisión, que se impondrán a quien comete estos delitos, oscilan entre:

-El sujeto que ejecuta el aborto:

- Sin consentimiento de la mujer o menor de 15 años, de 3 a 10 años. Si el feto había alcanzado 6 meses de vida intrauterina, de 2 a 8 años.
- Con consentimiento de la mujer, de 1 a 3 años. Si el feto no había alcanzado 6 meses de vida intrauterina, de 6 meses a 2 años.

-La mujer que causa o autoriza su propio aborto, 1 a 3 años. Si el feto no había alcanzado 6 meses de vida intrauterina, de 6 meses a 2 año.

Por otro lado, el homicidio simple²⁰ se encuentra normado en el artículo 111 CP con una pena de prisión de 12 a 18 años; y el homicidio calificado²¹, en el numeral 112 CP con una pena de prisión de 20 a 35 años.

²⁰ Ulises Zúñiga Morales, comp., *Código penal: renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., 2001), 81. Homicidio simple. Artículo 111.-Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años.

²¹ Ulises Zúñiga Morales, comp., *Código penal: renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., 2001), 81. Homicidio calificado. Artículo 112.- Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate:1) A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario, si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital, por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho. 2) A uno de los miembros de los Supremos Poderes y con motivo de sus funciones. 3) A una persona menor de doce años de edad. 4) A una persona internacionalmente protegida, de conformidad con la definición establecida en la Ley N. ° 6077, Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos, de 11 de agosto de 1977, y otras disposiciones del Derecho internacional. 5) Con alevosía o ensañamiento. 6) Por medio de veneno suministrado insidiosamente. 7) Por un medio idóneo para crear un peligro común. 8) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o

En nuestro país, los tribunales, han aplicado los distintos cuerpos normativos, que hacen referencia a la vida, desde una posición a favor de esta última y en contra del aborto; se ha considerado el derecho a la vida de forma absoluta. Se prohíbe el aborto con excepción del terapéutico. Se castiga con penas de prisión el aborto procurado, por considerarse que violenta el derecho a la vida del feto y el numeral 21 de la Constitución Política. La población, ha aceptado la máxima que “el aborto es ilegal en Costa Rica”. Y han surgido movimientos, en especial los feministas, que buscan la despenalización del aborto, sin embargo, ¿qué pasaría si las leyes vigentes las interpretamos de forma distinta? ¿Realmente en Costa Rica se prohíbe el aborto?

El legislador, realiza distintos tipos penales, unos para el delito de aborto y otros para el homicidio. Nos hace ver que no es lo mismo dar muerte a una persona que a un feto. Entonces ¿El feto no es aún una persona? Para el legislador, aparentemente, no lo es; pues de lo contrario, solamente existiría el delito de homicidio y el aborto, se encontraría como parte de sus incisos, tal y como sucede con el infanticidio o el parricidio, por ejemplo. Por ello, hasta que se dé el nacimiento, se puede considerar como persona, antes de ello no; para efectos jurídicos será considerado como un feto.

El bien jurídico vida de un feto, tampoco se iguala al de una persona. El quantum de las penas de prisión de los delitos, son diferentes. En el caso del aborto, la máxima sanción es de 10 años, cuyo agravante se da por realizar el aborto sin el consentimiento de la mujer embarazada; sin embargo, al analizar los montos de las penas, cuando el aborto se practica con el consentimiento de la madre, estos son máximo de tres años. Por el contrario, en el caso del homicidio, los montos de prisión son muy elevados y el extremo mínimo es de 12 años. Es decir, el monto máximo en un caso de aborto, no llega ni si quiera a ser igual al monto mínimo de la pena del homicidio; o sea, el monto máximo del aborto, es menor al monto mínimo del homicidio. En consecuencia, para el legislador, tiene un mayor valor el bien jurídico

procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. 9) Por precio o promesa remuneratoria. 10) A un miembro de los cuerpos policiales del Estado, municipal y de las demás fuerzas de policía públicas, cuya competencia esté prevista por ley, siempre que sea en ejercicio, por causa o en razón de sus funciones.

de vida independiente (de la persona) que el bien jurídico de vida dependiente (el feto).

El bien jurídico de vida, a pesar que tiene un gran valor, que es otorgado por el ordenamiento jurídico, no implica que sea un derecho de contenido absoluto. En nuestro país, existen varias regulaciones sobre el derecho a la vida, las cuales son:

-Convención Americana de los Derechos Humanos (en adelante CADH), artículo 4: “Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...)”²².

- Constitución Política, artículo 21: “La vida humana es inviolable”²³.

-Código Civil, artículo 31: “La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal”²⁴.

Previo a la sentencia de Artavia Murillo vrs CR, la normativa citada, fue interpretada, por parte de los tribunales de nuestro país, en el sentido que el derecho a la vida era absoluto; no obstante, ello cambió y la Corte Interamericana, se pronunció sobre el derecho a la vida, como un derecho progresivo.

La Corte Interamericana, realizó un análisis del artículo 4 de la CADH, que constituye un derecho fundamental de carácter suprallegal e incluso tiene un rango superior a la Constitución Política (ley de mayor rango en nuestro país), sobre este dictaminó lo siguiente: “La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no

²² Sinalevi, tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC

²³ Sinalevi, tomado de: https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

²⁴ Sinalevi, tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437

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”²⁵.

De la cita anterior, se extrae, que el término “general” nos hace entender que a la regla se admite realizar excepciones. Es decir, el derecho a la vida tiene excepciones, cuando ello implica violentar los derechos de otra persona. Por ello, la vida va a ser un derecho gradual y no absoluto. No se puede equiparar el derecho a la vida de un embrión, al derecho a la vida de una persona.

Lo estipulado en el artículo 31 del Código Civil, se debe interpretar en relación al fundamento que llevó a cabo la Corte Interamericana. Se establece en este numeral, que se reconocen los derechos del feto 300 días antes de su nacimiento para todo aquello que lo favorece. Y por eso, se ha utilizado este artículo como parte del fundamento para proteger la vida del feto y rechazar el aborto. Sin embargo, en razón de la pirámide de Kelsen, ninguna ley puede estar por encima de lo estipulado por la Convención Americana de Derechos Humanos y a su vez, la interpretación de la Corte Interamericana; los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, tienen rango superior a las leyes nacionales de los países. Y la Corte Interamericana no iguala la condición de embrión y persona. Por consiguiente, el no nacido, no puede tener más derechos que la madre, que legalmente ya es considerada una persona.

4. Regulación del aborto al embrión

El aborto es un tema que se encuentra contemplado desde diversas posiciones, tal y como fue analizado anteriormente, es un asunto que mezcla

²⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vrs Costa Rica, del 28 de noviembre del 2012, pág 254.

aspectos de índole religioso, éticos, médicos y legales. Y esta variedad de matices, se han combinado de forma que, en nuestro país, se aplica el aborto desde la esfera de pro a la vida, es decir, en contra del aborto.

La religión, ha jugado un papel importantísimo en este tema y no se ha limitado, a que este sea una cuestión de convicción personal de cada quien, sino que ha trascendido al papel jurídico. La prohibición al aborto, nace desde la religión y esta visión, permea la aplicación del derecho. Cuando analizamos las leyes que regulan al aborto y la vida, así como un estudio de los conceptos médico, podemos desprender que el legislador no prohíbe totalmente el aborto en Costa Rica; es a través de la interpretación de los aplicadores del derecho, influenciados por criterios religiosos y morales, que se ha considerado, infundadamente, que el aborto es una práctica ilegal.

Al encontrarnos en un tema que forma parte de la rama del Derecho Penal, es fundamental hacer referencia al principio de legalidad y de interpretación de las leyes. Los aplicadores del Derecho, debemos emplear la norma en su literalidad, de acuerdo a los que el legislador estipula de forma taxativa y, por consiguiente, restringir cualquier tipo de interpretación analógica o extensiva de la ley. Partiendo de estos principios, contamos con las siguientes premisas:

- La especialidad de Obstetricia, realiza una distinción entre cigoto, embrión y feto.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce que la concepción es desde la implantación en el útero.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que un embrión no es una persona.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que el derecho a la vida es gradual y no absoluto.
- La Constitución Política estipula que la vida cuando es humana es inviolable.
- Los artículos 18 y 19 del Código Penal hacen referencia a la muerte del feto, no del embrión.

De estos apartados, entendemos que el embrión y el feto son seres vivos, pero no son personas, jurídicamente hablando. La legislación costarricense, en concordancia con el control de convencionalidad, estipula que es prohibida la conducta de dar muerte al feto, mas no así del embrión. El bien jurídico del aborto, tiene menos valor que el bien jurídico de vida de la persona independiente; precisamente, es por ello que el legislador reguló una mayor sanción para el homicidio y no para el aborto. Por consiguiente, el embrión, es un término que no se encuentra, de forma expresa y precisa, en la descripción de los elementos objetivos del tipo penal de aborto. Por ende, si no está prohibido dar muerte al embrión, podríamos entender que la conducta es permitida, o sea “se puede practicar un aborto antes de las 8 semanas y 6 días de gestación cuando aún no se ha cumplido el plazo para ser considerado feto. En consecuencia, el aborto al embrión, ya es legalmente admitido en Costa Rica.

Esta posición no es compartida por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, que realiza una extensión (en la protección jurídica) al término embrión y se considera, que el feto surge desde la anidación. De esta forma, se protege al embrión y se prohíbe el aborto desde la concepción. Sin embargo, los aplicadores del derecho, no deben hacer distinciones donde no las hay. Al conservar esta posición, se realiza una interpretación analógica, extensiva y contraria al principio de legalidad. A través de interpretación, no se pueden solventar los defectos de ley, los jueces no legislan. Y el significado extensivo que se da del feto en el ámbito jurídico, no solo viene a ser ilegal, sino que además va en contra de las reglas de la lógica. Cuando existe un tema médico que debe ser regulado por el derecho, se recurre a la ciencia para conocer qué es. Si necesitamos saber qué es un órgano, acudimos a la medicina para definir órgano. No se puede normar una conducta con conceptos distintos a los que realmente la constituyen, porque perdería el sentido. Por ejemplo, no puedo llegar y definir ojos como boca, boca como orejas y nariz como ojo; es decir boca es boca, ojo es ojo y oreja es oreja. Entonces embrión es embrión y feto es feto. Y, por consiguiente, el aborto al embrión es permitido en la ley penal.

5. *El aborto desde una Política Criminal*

La posición que considero correcta, de acuerdo con el principio de legalidad, es que se puede aplicar el aborto, cuando el producto de la concepción aún se

mantiene como un embrión, es decir, hasta las 8 semanas y 6 días. Sin embargo, en los países que el aborto es admitido, en su mayoría, se autoriza hasta las 12 semanas de gestación; es decir, el primer trimestre de vida intrauterina.

Algunos autores, consideran que la vida humana inicia a partir del inicio de la actividad cerebral. Cuando una persona tiene anuladas de forma completa e irreversible sus capacidades cerebrales, y se mantiene conectada a un respirador, es declarada a nivel médico con muerte cerebral. Dicha proclamación, va a repercutir en el ámbito jurídico. En el reglamento de la Ley N. 9222, Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos, define la muerte encefálica como el “cese total e irreversible de las funciones de todas las estructuras neurológicas situadas por encima del foramen magnum (tronco encefálico y corteza cerebral)”²⁶.

La muerte cerebral, es denominada como la muerte verdadera y, es un indicador del final de la vida, ya que hay un cese de la función del sistema respiratorio, circulatorio y del nervioso central, lo cual es conocido como el trípode de vida de Bichat²⁷.

Por eso, muchos autores, consideran que, al cesar irreversiblemente la función cerebral, es cuando termina la vida. Analizando lo anterior, contrario sensu, podríamos alegar que al iniciar la actividad cerebral es el momento que da inicio a la vida humana. Lo que diferencia a los seres humanos de otros seres vivos, es precisamente esta posibilidad de razonar y pensar, que se desprende de la actividad cerebral. El poder de raciocinio es la principal condición que nos hace humanos. “Que un feto sienta, se mueva o respire no es lo que lo hace humano. Los animales y las plantas se mueven y respiran. Tampoco lo hace humano la “forma” humana que va adquiriendo en su desarrollo. Lo propio, lo específico del ser humano está en la corteza gris del cerebro, con sus cien mil millones de neuronas, con billones de posibles conexiones entre ellas, que nos permiten pensar, conocer quiénes somos,

²⁶ Reglamento a la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos. Tomado de Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=82660&nValor3=105843&strTipM=TC

²⁷ Vargas Alvarado Eduardo, Medicina Legal, 97

elegir, planificar, transformar la realidad, soñar, decidir, crear, saber que vamos a morir”²⁸.

En la mayoría de los países en que el aborto es lícito, suele utilizarse un sistema de plazos, que permite conocer a sus ciudadanos, en qué momento es legal o no el aborto. “Se admite la interrupción del embarazo, bajo la decisión libre de la mujer embarazada, hasta una determinada duración del embarazo, sin exigir una justificación. Usualmente se fija un plazo de 12 semanas, durante el cual la mujer puede optar por abortar, sin que sea necesario aducir ningún motivo, de modo que basta su solicitud”²⁹.

En el caso de Estados Unidos, en el año 1973 con la sentencia N. 410 US 113, Roe vrs Wade de la Corte Suprema de Justicia, reconoció una serie de plazos, que son utilizados de guía por varios países. En la resolución, se “dividió al embarazo en tres periodos de aproximadamente tres meses cada uno. En el primero, la mujer tiene derecho a abortar libremente, tras obtener el visto bueno de un médico (...) En los segundos tres meses los Estados sí pueden regular la cuestión, permitiendo abortar en caso de riesgo para la salud de la madre. Solo en el último trimestre, más o menos en el momento de la viabilidad del feto, adquiere relevancia la potestad de los Estados para proteger la potencial vida humana prohibiéndose todo aborto”³⁰.

La sentencia Roe vrs Wade, es un referente en el tema del aborto por el reconocimiento de derechos de la mujer; sin embargo, hay que tomar en cuenta el año en que fue redactada la resolución. Puesto que los conocimientos médicos han cambiado y existen mayores avances en la ciencia, que se refleja en más métodos para salvar la vida. Por eso, actualmente, incluso se habla y se han documentado en la ciencia, casos donde un feto nace a las 20 semanas de gestación. Por lo que la viabilidad de la vida, actualmente no es solo a partir del tercer trimestre de gestación (27 semanas aproximadamente).

²⁸ María Teresa Blandón Guía práctica para talleres “La decisión es nuestra. El aborto un derecho para salvar vida de mujeres” (Nicaragua: Managua, Copy Express: 2006) 23. Tomado de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/66344>

²⁹ Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto, 474.

³⁰ Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto, 475.

En Alemania, también fue relevante la discusión sobre el tema del aborto. Existen antecedentes de gran importancia, sobre todo después de la caída del Muro de Berlín y la unificación de Alemania. En aquel entonces, se promulgó la “Ley de Ayuda a la Embarazada y su Familia” del 22 de junio del 1992³¹. “El aborto no sería antijurídico durante las primeras 12 semanas si la mujer declaraba estar en una situación de necesidad o conflicto. Se requeriría que asistiera a una consejería y no podía abortar sino hasta 3 días después de haber asistido a la consejería”³². Posteriormente, la ley se somete al escrutinio del Tribunal Federal Constitucional, y se decretó la Ley de 21 de agosto de 1995, que eliminó la referencia a la falta de antijuridicidad con respecto al aborto realizado por un médico, luego del asesoramiento previo de la mujer, dentro de las 12 semanas desde la concepción³³. También se reguló el aborto terapéutico (en aquellos casos que existiera un peligro para la salud o vida de la madre); y el aborto por el producto de una agresión sexual a la madre. Cuando suceden estos presupuestos, el costo del aborto es asumido por el Seguro Social.

Parte de los requisitos para practicar el aborto en Alemania, es que la mujer debe recibir un asesoramiento previo, con el fin de incentivar y motivar a las madres que continúen con el embarazo. El asesoramiento deberá conducir, por medio de consejo y ayuda, a superar la situación de conflicto existente en el contexto del embarazo, y a solucionar un estado de necesidad.³⁴ Se pretende que, a través del asesoramiento, las mujeres tomen una decisión responsable e informada. También, se brindará a las madres, información de los centros que les proporcionen ayudas de asistencia social, tanto económicas, psicológicas, redes de cuidado, entre otras, que eventualmente ayuden a la mujer y a su hijo, en caso que decidan continuar con el embarazo.

Los Estados que en su legislación a favor del aborto, establecen como requisito el asesoramiento, se fundamentan que a través de esta orientación a las mujeres, se cumple un doble propósito: Por un lado, informar a las mujeres embarazadas las

³¹ Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto, 521

³² Llobet Rodríguez Javier, Op cit, 521

³³ Llobet Rodríguez Javier, Op cit, 536

³⁴ Llobet Rodríguez Javier, Op cit, 537

consecuencias físicas y emocionales del aborto; así como explicarles en qué consiste y el medio por el cual se va a practicar. Por otro lado, el Estado, considera que, al intentar convencer a la madre de continuar con el embarazo, se está cumpliendo con el deber del Estado de intentar proteger la vida del producto de la concepción; no obstante, la última decisión la tendría la madre. Los movimientos feministas, han alegado que esta interferencia del Estado, es en contra de los derechos de la mujer, ya que se interfiere en la toma de decisión libre de la madre.

La Organización Mundial de la Salud, realizó un protocolo para asegurar el aborto seguro. Entre las consideraciones, se estableció que la madre debe tener un abordaje integral que sea pre-aborto y post-aborto. Sin embargo, no menciona que este abordaje pre- aborto, se encuentre dirigido a convencer a la madre de continuar con el embarazo. Sino que debe ser informativo y enfocado en el estado de salud física de la mujer; realizando exámenes de laboratorio, físicos u otros que sean necesarios, explicarle los distintos métodos anticonceptivos³⁵.

Como he mencionado anteriormente, los distintos cuestionamientos, del inicio de la vida, de cuándo se inicia la actividad cerebral, de si el Estado debe asesorar a la mujer o convencer para que no aborte, entre otros múltiples temas en relación al aborto, no van a encontrar un consenso. El criterio dominante, es que los países deben determinar una política criminal adecuada y conforme a Derecho que se asuma por parte de un país, se va a encontrar definido por parte de la política criminal que determine el Estado. Se debe determinar qué se busca con la penalización del aborto.

En el caso de Costa Rica, en el 2008 la Asociación Demográfica Costarricense trató de determinar la cantidad de abortos inducidos. Se concluyó que el aborto inducido se realizaba más de los que se pensaba, porque de cada 100 nacidos se daban 38 abortos; lo que implica que de cada tres nacidos hay un aborto. También se indicó que, en los centros de salud, anualmente atienden 11.636 abortos, de los cuales 3.550 son espontáneos y 8.086 son inducidos.³⁶Y es importante recalcar, que esas son los datos que se conocen, pero la cifra negra puede aumentar

³⁵ Organización Mundial de la Salud. Manual de práctica clínica para un aborto seguro (Montevideo: Uruguay, 2014) Tomado de <http://www.who.int>

³⁶ Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto, 419-420.

sustancialmente la cantidad de abortos procurados, que se practican anualmente en Costa Rica.

Partiendo de este hecho, podríamos afirmar que a pesar que el aborto en la aplicación de los tribunales de justicia y la doctrina se considera una conducta prohibida, ello no ha implicado que no se realicen. No se ha internalizado en la psiquis de la mujer que no debe realizar abortos procurados. Y nos lleva al punto, que cuando una mujer desea abortar, lo va a hacer; buscará los medios que tenga a su alcance para lograr su objetivo. Inclusive, podríamos analizar, que la mujer que se realiza un aborto procurado, está ejerciendo su derecho a disponer de su propio cuerpo.

Valorando las cifras de los abortos procurados que se dan en el país, el Estado a través de la penalización del aborto, pone en riesgo la salud de las mujeres. La gran mayoría de las mujeres que asisten a un centro de salud, después de haberse procurado un aborto, lo hacen por las distintas complicaciones que sufren. Y muchas de esas complicaciones son por realizarse abortos en lugares clandestinos o mediante fármacos que consiguen de forma clandestina. Si el aborto estuviera permitido, las mujeres podrían realizarse abortos seguros, con los protocolos y recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y no pondrían sus vidas y su salud en riesgo. La Organización Mundial de la Salud, ha definido el aborto inseguro, como “el procedimiento de terminación de un embarazo no deseado, que es ejecutado 1) por personas sin el entrenamiento requerido para tales intervenciones, 2) en un ambiente que no se adecúa a los estándares médicos mínimos, o 3) cuando ambas situaciones coinciden”³⁷. La Organización Mundial de la Salud, ha considerado que el tratamiento post-aborto es indispensable para evitar un aborto inseguro y evitar complicaciones “por ejemplo, la ausencia de seguimiento médico para prevenir una hemorragia severa o una sepsis, la ausencia de asesoría en salud reproductiva para que la mujer inicie con algún método anticonceptivo seguro y efectivo o bien, la negativa de una mujer a buscar atención médica para una

³⁷ Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, “ Despenalización del aborto en Costa Rica: un posicionamiento ético-político” p 6. Tomado de <https://filosofia.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2015/05/Despenalizaci%C3%B3n.pdf>

complicación post-aborto por temor a ser denunciada por el personal sanitario (esto en los países en los cuales el aborto está criminalizado)”³⁸.

La penalización del aborto, también viene a criminalizar la pobreza y a ser discriminatorio. Las mujeres que tienen recursos económicos y desean practicarse un aborto, pueden recurrir a médicos de confianza o viajar y realizarse el procedimiento en los países donde es lícito. En cambio, las mujeres que no cuentan con recursos, deben de resignarse a continuar con un embarazo no deseado por miedo a repercusiones en su salud o, acudir a medios que ponen en peligro su vida o integridad física. Por ende, se marca una brecha de desigualdad entre las propias mujeres.

La perspectiva de género es elemental en el tema del aborto, porque mediante la penalización del aborto procurado, se violentan derechos de las mujeres como el derecho a la salud, a la autodeterminación, a la dignidad humana (al no ser consideradas como un objeto) y a la elección o no de la maternidad. “En definitiva, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo y la negación del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo muestra cómo, en algunos países, grupos poderosos son capaces de imponerle al resto sus concepciones morales, incluso utilizando la fuerza de ley, lo que se convierte en un obstáculo para la aspiración y demanda creciente de construir una sociedad que respete la diversidad que de hecho existe y que fomente la tolerancia como un valor fundamental de la convivencia humana”³⁹.

Parte importante de la vida en sociedad es que, en Costa Rica, nos regimos por un Estado de Derecho democrático. Y debe permitir la tolerancia al pensamiento o creencias de sus ciudadanos. No debe imponer convicciones religiosas o éticas. Debe respetar el principio de la mínima intervención estatal, es decir, interceder solamente en aquellos casos que es estrictamente necesario. Al respecto, el autor Juan Marco Rivero ha indicado: “yo creo que el Estado adquiere un carácter autoritario cuando le impone a una mujer una determinada concepción sobre la vida y la obliga

³⁸ Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, “ Despenalización del aborto en Costa Rica: un posicionamiento ético-político” p 6. Tomado de <https://filosofia.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2015/05/Despenalizaci%C3%B3n.pdf>

³⁹ Sagot Rodríguez Montserrat , Ana Carcedo Cabañas. Aborto Inducido:Ética y Derechos, 12.

a soportar (sola, como no puede ser, en última instancia, de otra manera, a pesar de la ayuda “técnica” que se le puede brindar), el peso psicológico, físico y social de un embarazo no deseado. La mujer debe ser libre para determinar, durante un periodo razonable de tiempo, si desea el embarazo o no. Por ello, no conviene, desde el punto de vista de una adecuada política legislativa, reprimir el aborto que, con el consentimiento de la mujer, se produzca durante los primeros tres meses de embarazo. El problema del aborto en este periodo debe ser tratado como un problema de conciencia. Y es claro que un estado de derecho debe garantizar la libertad de conciencia”⁴⁰.

6. Conclusiones

Tal y como fue mencionado anteriormente. Manteniendo un estricto sentido de la legalidad y respetando los derechos de interpretación restrictiva y no analógica de la ley, los numerales 118 y 119 CP determinan como prohibición la muerte del feto. En cuanto al embrión, la ley penal no hace referencia alguna. En este sentido, el principio de legalidad, establece que para que una acción sea delito, debe estar previamente tipificada en la ley y “dar muerte al embrión” no es lo mismo que “dar muerte al feto”. En consecuencia, en Costa Rica, se puede practicar el aborto procurado antes de las 8 semanas y 6 días de gestación.

En la mayoría de los países que admiten el aborto procurado, se considera que es viable entre las 12 y 14 semanas, porque a partir de ese momento empieza la actividad cerebral. Interpretando la ley en nuestro país, para ampliar el plazo del aborto procurado, si sería necesario una reforma legislativa en pro del aborto procurado. Sin embargo, no existe un impedimento legal para ello, bastaría anuencia política.

Con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Artavia Murillo, se define que la protección legal a la vida, inicia desde la implantación del embrión en el claustro materno. Pero también nos orienta que el artículo 4 CADH, la vida humana no es un derecho absoluto, que es gradual y el término “general” hace alusión a las excepciones de este derecho. Por ende, de forma expresa no está

⁴⁰ Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto, 465.

prohibiendo que eventualmente los países puedan regular en sus legislaciones el aborto.

Desde la legislación nacional, tampoco existen criterios técnicos para definir por qué se protege al feto y no al embrión, parece que ello obedece a una posición antojadiza del legislador o un error de este al no empaparse de conceptos médicos. Pero no hay ninguna norma técnica que nos guíe a partir de cuándo, se debe considerar la protección legal al producto de la concepción. Por su parte, el numeral 21 de la Constitución Política, refiere que la vida humana es inviolable, pero ya se analizó anteriormente por qué el feto y el embrión no son personas y el derecho a la vida, no es absoluto.

El plazo para el aborto procurado se puede ampliar por parte del legislador. Ello mediante una política criminal que establezca parámetros concretos, objetivos y congruentes con el ordenamiento jurídico. Si la legislación establece que la vida humana termina con la muerte cerebral, entonces que se determine que la misma inicia con la función cerebral. Que se realice la ponderación adecuada de derechos de la madre (persona) y el feto (vida humana dependiente). La vida de la madre es inviolable y sus derechos tienen un mayor valor jurídico que los del feto que no es considerado persona.

El aborto no se puede basar en concepciones éticas o religiosas. Las convicciones no se imponen. E incluso, en la religión no existe una norma clara y expresa que el aborto es pecado. La decisión de la mujer respecto a continuar o no con su embarazo, nunca debe de sustituirse con factores morales o ideológicos; y menos aún en un Estado que se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto. La mujer, por el simple hecho de estar embarazada, no puede ser expropiada por el Estado de su propio cuerpo⁴¹.

Finalmente, comparto la posición feminista de la Licda. Rose Mary Madden Arias, al inferir que las mujeres no debemos buscar la despenalización del aborto; sino más bien, el derecho a la interrupción del embarazo. Porque al hablar de despenalización, se hace referencia a que no todas las mujeres pueden tener acceso

⁴¹ Sanz Mulas Nieves y García Chaves Alberto, Manual de Política Criminal, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2017), 221

a los servicios de salud para practicarse un aborto. Al buscar “despenalizar deja por fuera a muchas mujeres que por falta de recursos económicos no puedan acceder a servicios de salud cubiertos por el Estado, con lo cual el derecho a la interrupción voluntaria e informada del embarazo se vuelve nugatorio, es decir no puede ser utilizado. Yo, particularmente, me abogo por la legalización de la interrupción del embarazo, siempre y cuando esa decisión sea voluntaria y la mujer embarazada esté debidamente informada; y aclaro explícitamente: informada no perjudicada, porque la legalización es la forma en que el Estado asume la ejecución del derecho a interrumpir su embarazo como parte de los servicios de salud que deben ofrecer los servicios integrales de salud”⁴².

7. Referencias bibliográficas

- Blandón María Teresa Guía práctica para talleres “La decisión es nuestra. El aborto un derecho para salvar vida de mujeres”, Nicaragua: Managua, Copy Express: 2006. Tomado de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/66344>
- Carpizo Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las cinco semanas” Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pág 6. Tomado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2841/4.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vrs Costa Rica , del 28 de noviembre del 2012.
- Córdoba González Juan Diego, “Estudio de la UNA: 52,5% de la población costarricense es católica practicante; 27,1% es evangélica” La Nación, 29 de julio del 2019. Tomado de: <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/estudio-de-la-una-525-de-la-poblacion/JLW7NPRMPZANLLQUIUPTIBRW3RE/stor>
- Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, “ Despenalización del aborto en Costa Rica: un posicionamiento ético-político” . Tomado de <https://filosofia.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2015/05/Despenalizaci%C3%B3n.pdf>

⁴² Madden Arias Rose Mary, La interrupción voluntaria e informada del embarazo. Med. leg. Costa Rica vol.23 n.1Mar. 2006 (Heredia,Costa Rica) , 10 Tomado de https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152006000100003

- Gisbert Calabuig J.A. y Gisbert Grifo M.S, Medicina Legal y Toxicología, 6a. ed. (Barcelona: Elsevier Masson, 2004),
- Llobet Rodríguez Javier, Homicidio, Femicidio y Aborto. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2020.
- Madden Arias Rose Mary, La interrupción voluntaria e informada del embarazo. Med. leg. Costa Rica vol.23 n.1Mar. 2006. Heredia, Costa Rica. Tomado de https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152006000100003
- Organización Mundial de la Salud. Manual de práctica clínica para un aborto seguro (Montevideo: Uruguay, 2014) Tomado de <http://www.who.int>
- Sagot Rodríguez Montserrat , Ana Carcedo Cabañas. Aborto Inducido:Ética y Derechos . San José, Heredia: Medicina Legal de Costa Rica v19 n 2, 2002.
- Sanz Mulas Nieves y García Chaves Alberto, Manual de Política Criminal, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2017), 221
- Sinalevi, tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC
- Sinalevi, tomado de: https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871
- Sinalevi, tomado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437
- Reglamento a la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos. Tomado de Sinalevi: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=82660&nValor3=105843&strTipM=TC

- Vargas Alvarado Eduardo, Medicina Legal (México: Trillas, 2012) 321
- <https://dle.rae.es/%C3%A9tico>
- https://www.ministeriodesalud.go.cr/sobre_ministerio/prensa/texto_nt_2019.pdf
- Zúñiga Morales Ulises, comp., Código penal: remunerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A, 2019