



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

**INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL**

**TEMA: EL ABORTO**

**SUMARIO:**

1. HISTORIA DEL ABORTO
2. EL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE
  - a. CÓDIGO PENAL DE 1924
  - b. CÓDIGO PENAL 1957
3. CONCEPTO DE ABORTO HONORIS CAUSA
4. CONCEPTO DE ABORTO PROCURADO
5. EL ABORTO Y EL DERECHO A LA VIDA
6. DIFERENCIA ENTRE ABORTO Y HOMICIDIO
7. EL ABORTO PROCURADO JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
8. EL ABORTO PROCURADO RESOLUCIÓN DE LA PGR



## 1. HISTORIA DEL ABORTO

**"Sección Primera: Historia del Aborto** En algunos pueblos antiguos como India, Asiria, China, Persia, entre otros, el aborto no era considerado como delito. Por ejemplo en India, existía una facultad tácita en el aborto por cuanto no estaba penado por ley.<sup>97</sup>

El Código de Hammurabi, que data del siglo XVIII a.C., destacaba aspectos de la reparación debida a las mujeres libres en casos de abortos provocados mediante violencia por golpes, exigiéndose el pago de 10 sidos por el feto perdido.

En Egipto se permitía el aborto pero se castigaba severamente el infanticidio. Los hebreos, por su parte, penaban solamente los abortos causados violentamente.

En la antigua Grecia, Aristóteles, en principio se opuso a la autorización del aborto, pero en su libro "La Política" destacó que cuando es excesivo el número de ciudadanos se puede autorizar el aborto, antes de la animación fetal en las mujeres embarazadas. Platón también aconsejó el aborto para evitar la superpoblación."

El aborto voluntario de la embarazada no se tenía por delito en la antigua Roma republicana, ya que ni el Derecho ni la filosofía estoica atribuían al producto de la concepción una vida propia. Se consideraba al feto como "partió vicerum matris", así que si la mujer abortaba no hacía más que disponer de su cuerpo.

En Roma, en su primera época, no se consideró el aborto voluntario como delito. En general, su práctica no daba lugar a sanciones, excepto en salvaguarda de los derechos que correspondían al padre o por las eventuales lesiones o muerte causadas a la madre. Se consideraba a los padres (pater familias) con poder sobre la vida y muerte de sus hijos, y por esta razón, se les permitía colaborar con el aborto de sus hijas.«

El Digesto, recopilación escrita de la producción jurídica latina, condena severamente el aborto en el capítulo de las leyes penales con el destierro de la mujer en todos los casos.

Con la llegada del cristianismo cambia radicalmente la actitud frente al aborto, inicialmente en el pensamiento y posteriormente en las leyes. La tesis central del cristianismo era que a partir del momento de la fecundación se constituye ya una vida humana, que posee dignidad y honor similares a los de cualquier ser humano ya nacido. No obstante, ante esta tesis se presentó la controversia acerca de "la animación inmediata" o "la animación retardada" del fruto de la concepción. De acuerdo a la primera tesis se afirmaba que el embrión recibía directamente de Dios su alma racional en el mismo momento de la concepción. Por el contrario, la tesis de la animación retardada sostiene que el alma se integra al cuerpo cuando el embrión humano está lo suficientemente conformado para recibirla. A partir de esta última postura la Iglesia Católica distinguía la muerte del feto que aún no tenía alma de aquél en el que ya residía. "El feto no era un ser humano con alma humana hasta, al menos, 40 días después de la concepción". En este orden de ideas, para el cristianismo -ya sea al momento de la fecundación (según la tesis de la animación inmediata) o cuarenta

días o más posterior a ella (según la tesis de la animación retardada)- la unión del alma y del cuerpo hace al ser humano y por tanto, su destrucción constituiría homicidio.



La controversia respecto del momento de la animación o hilomorfismo terminó con el Papa Pío IX quien el 12 de octubre de 1869 publicó el *Apostólica Sedis*, acta que castiga con la excomunión el aborto producido en cualquier momento del embarazo; considerándolo injustificable desde la moral cristiana, independientemente del trato que le diera la normatividad laica. Este documento es la primera declaración explícita que presta la Iglesia a la tesis de la animación inmediata.

En el siglo XVI el aborto era un crimen al que un gran número de países imponía la pena capital. Esta situación cambiaría a partir del siglo XVIII por influencia de los filósofos de la Ilustración, quienes promovieron un movimiento crítico de la legislación criminal del Antiguo Régimen. En general, se previeron sanciones de prisión severas, aunque se excluyó la pena de muerte. Por otro lado, además de las razones tradicionales esgrimidas en relación con el castigo del aborto -la destrucción de una vida humana-, se añaden motivaciones demográficas y se introduce la figura del aborto *honoris causa* como atenuante.

En el Código de Derecho Canónico se sancionaba con la excomunión a todos aquellos que cooperaban con la realización del aborto, incluyendo a la madre que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo provoque.

En el antiguo Derecho Español abundaban las disposiciones encaminadas a la represión del aborto. Los fueros españoles lo condenaban, pero no fue sino hasta el Fuero Juzgo en que se enfocó claramente el problema del aborto. En el Libro VI de éste Código, se destacaba el delito de aborto, haciéndose referencia a las hierbas que lo causan.

Enrique II, rey de Francia (1547-1559), condenó el aborto por considerar que el embrión desde los 40 a los 80 días era un ser animado y su muerte impedía el sacramento bautismal.

#### **Evolución de la Legislación en América Latina y El Caribe**

La independencia de las naciones latinoamericanas data de la primera mitad del siglo XIX, por lo que vamos a encontrar las primeras normas codificadas en materia penal, generalmente, hacia los años 1830 a 1890. El antecedente más importante de todas estas normas es el Código Penal de Napoleón de 1810, importado a América a través de las normas y codificaciones españolas." <sup>1</sup>

#### **La codificación del siglo XIX**

Encontramos de un lado, legislaciones que optan por penalizar el aborto desde una perspectiva de carácter moralista que sancionaba las relaciones extra-matrimoniales y consideraba que en la mayor parte de casos los abortos sobrevenían a embarazos fuera del matrimonio y por tanto, había que condenar este acto como una especie de afrenta al orden de la familia y a la moralidad pública. De otro lado, hallamos que el aborto se penalizaba en consideración al interés en la protección de la vida del concebido. En tal supuesto, se asumía que la interrupción del embarazo era una práctica que afectaba la vida de un ser humano y por ello debía regularse bajo el capítulo reservado al homicidio.

#### **La codificación del siglo XX**

En las codificaciones de la primera mitad del siglo se conservan los rasgos fundamentales de los primeros códigos, aunque se vislumbra una progresiva ampliación de los supuestos no punibles.



La segunda mitad del siglo se caracteriza por la eliminación progresiva de la figura del aborto "honoris causa" y la ampliación de supuestos no punibles como el aborto terapéutico, el eugenésico, el ético y el aborto socia

## **2. EL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE**

### **a. CÓDIGO PENAL DE 1924**

**"ART. 252.** Aborto sin consentimiento de la mujer:

El que hiciere abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con prisión en sus grados segundo a cuarto; pero si el hecho fuere seguido de la muerte de ella, la pena se aplicará en sus grados quinto a sexto. Si el delincuente ejerciere fuerza o violencia sobre la mujer para obligarla a someterse al tratamiento abortivo, las penas indicadas se inflingirán elevándolas un grado.

**ART. 253.** Aborto con consentimiento de la mujer:

El que con anuencia de la mujer y sin seguirse la muerte de ésta, cuasare un aborto, será castigado con prisión en un grado segundo, y si se siguiere la muerte, con prisión en un grado tercero." <sup>2</sup>

### **b. CÓDIGO PENAL 1957**

**"ART. 194**

El que con anuencia de la mujer y sin seguirse la muerte de ésta, causare un aborto, será castigado con prisión de uno a tres años, y si se siguiere la muerte, con prisión de dos a cinco años.

**ART. 197**

Sufrirá prisión de seis meses a tres años, la mujer que causare su propio aborto, o que consintiere en que otro se lo cause. La tentativa de la mujer soltera no es punible, cuando fuere su primera preñez." <sup>3</sup>

**NOTA: EL ABORTO HONORIS CAUSA APARECE EN COSTA RICA HASTA FINALES DE LA DÉCADA DE LOS 70.**

**"ART. 120:** Aborto Honoris Causa: Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión." <sup>4</sup>



### 3. CONCEPTO DE ABORTO HONORIS CAUSA

“Aborto honoris causa: Honoris causa significa por razón o causa de honor. Tiene lugar cuando la mujer causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonor o cuando los padres con el mismo fin y con el consentimiento de la hija produzcan o cooperaren a la realización del aborto de esta. Son elementos de este delito: 1°.- Un hecho de procuración de aborto o de consentimiento libre para el mismo; 2°.- Voluntad de destruir el fruto de la concepción degerminada por el móvil de ocultar la deshonor; cualquier otro motivo, como el deseo de evitar la carga del hijo, la penuria económica, excluye la determinación. En Costa Rica, el Código acepta el móvil del honor en el infanticidio; en cambio no lo admite en el aborto. La tentativa de aborto de la mujer soltera cuando es su primera preñez, es una forma mitigada de aborto honoris causa; es el único caso de aborto en que toma en cuenta este motivo de honor.”<sup>5</sup>

“Trato primero esta modalidad, por ser la más importante y sobre la que ha existido mayor controversia acerca de su penalidad, y en tal forma se ha discutido sobre los puntos los autores, que en la actualidad no se han puesto de acuerdo y algunos sostienen que cuando se den determinadas circunstancias este delito debe ser impune. Configura esta modalidad de aborto una razón de honor por parte de la abortada y de parte de su familia. La mujer soltera que queda en estado de preñez, teme a las consecuencias de tener un hijo extra-matrimonial. También podría aceptarse un móvil de honor en cuanto a la mujer viuda o en la casada cuyo marido se encuentra ausente. Pero no podría hacerse igual exculpación a la mujer cuya moral sexual es reprobable como la prostituta o la adúltera conocida, pues es lógico que aquí los motivos de honor no existen. Hay legislaciones que extienden los motivos de honor a ciertos parientes como los padres o los hermanos, pero no creo que se deba extender este motivo de honor al amante o seductor. Las legislaciones positivas adoptan dos posiciones con referencia al aborto honoris causa, algunas proclaman la impunidad total de este delito con base en la causal de honor, otras lo atenuan.



También hay legislaciones como la nuestra que no consideran el móvil del honor y castigan el aborto sin ninguna atenuante de esta clase.”<sup>6</sup>

#### **4. CONCEPTO DE ABORTO PROCURADO**

“Es aquél en el que la mujer desempeña un papel protagónico, actuando como el sujeto activo. Es decir, que la mujer realiza o efectúa sobre sí misma las maniobras dirigidas a producir la extracción del feto, causándole la muerte, o ingiere las sustancias adecuadas para alcanzar dicho fin.

En nuestro país, esta clase de aborto se adapta a lo que estipula el artículo 119 del Código Penal. Sin embargo, según lo señalado en el artículo 118 del mismo código, también se entendería como aborto procurado, el que realiza un tercero, es decir, que según lo regulado en nuestra legislación, no necesariamente debe entenderse que en este tipo de aborto, el único sujeto activo es la propia mujer.”<sup>7</sup>

#### **5. EL ABORTO Y EL DERECHO A LA VIDA**

***“El reclamo del accionante tiene su fundamento en la sentencia de esta Sala número 2306-2000 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil. Resulta importante entonces comenzar con una transcripción de lo que allí se dijo en relación con el tema en discusión:***

“[...]

V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sin sentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas



haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva -primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda



persona "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

"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."

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona "el nacimiento". Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga "devida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable".

VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

"Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)"

El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".

"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella -formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a



profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia"

*Para lo que interesa en este caso, el pronunciamiento anterior, realmente no produce innovación alguna, puesto que más bien, su autoridad deriva de las fuentes normativas vigentes que cita, a saber: el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Preámbulo y el artículo 6.1 de la Convención de Derechos del Niño, así como los artículos 12 y 13 Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley número 7739 de seis de enero de mil novecientos noventa y ocho. De la conjunción y sistematización de todas ellas se concluye (como lo hizo el pronunciamiento citado) que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos para efectos de darles el estatus de ser humano, equivalente al de persona, a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida. En igual sentido, no existe ninguna contradicción con las normas punitivas contra las que se dirige el accionante (el reclamo contra el artículo 31 del Código Civil se analiza más adelante), pues ellas tienen como objeto la criminalización de conductas que, desde la perspectiva del legislador, atentan contra el derecho a la vida; existe así hasta este punto, plena congruencia en nuestro ordenamiento jurídico el cual, en el ámbito constitucional y convencional dispone la protección del derecho a la vida de los seres humanos nacidos o no, lo cual se repite dentro del ordenamiento jurídico penal que penaliza las conductas que atentan contra ese derecho a lo largo de todo el tiempo que dura la vida del ser humano. No existe entonces ninguna infracción al derecho a la vida que quepa reclamar y el propio accionante así lo entiende al reclamar no contra una infracción a ese derecho, sino una lesión a derecho a la igualdad de trato.*

*La argumentación central del accionante en lo que se refiere al principio de igualdad, radica en señalar que previamente a la emisión de la resolución número 2306-2000, existía en nuestro ordenamiento una distinción entre feto y persona, la cual fue superada al emitirse dicho pronunciamiento, de manera que las normas jurídicas que tienen como fundamento dicha distinción, como las normas penales discutidas o bien que produzcan la diferenciación entre nacidos y no nacidos - como el artículo 31 del Código Civil- se han convertido en inconstitucionales por contradecir el principio de igualdad, al distinguir donde la resolución de la Sala prohíbe distinguir. No obstante, ese razonamiento contiene un error que ya se hizo ver anteriormente, y es que en realidad la sentencia 2306-2000 citada no vino a innovar en nada la situación jurídica de las personas en nuestro ordenamiento; de tal manera, no es cierto que antes del citado pronunciamiento al feto no se le considerase persona para efectos de proteger su derecho a la vida en sede penal, pues como se vio el tratamiento penal del aborto específicamente parte de la consideración de que estos delitos lesionan la vida de seres humanos. Por otra parte, el segundo elemento del razonamiento del accionante también resulta incorrecto en el tanto en que parte de la base de que para la penalización de conductas relacionadas con el derecho a la vida, el legislador no*



**puede tomar en cuenta otras circunstancias diferentes de la calidad de persona de quien sufre la acción. Para esta Sala lo cierto es más bien lo contrario, dado que un simple vistazo por todo el elenco de penalizaciones asignadas a la comisión de delitos contra la vida, se observa una diversidad de montos que responde a gran cantidad de circunstancias distintas que son sumadas al hecho singularmente considerado de acabar con la vida de un ser humano. De esa manera al núcleo central de una acción consistente en dar muerte a una persona, se agregan muchas otras circunstancias diferentes que se suman para reprimirla en forma diferente según la naturaleza y relevancia de tales particularidades. Así, por ejemplo se toma en cuenta la voluntad del sujeto activo para distinguir el caso del homicidio culposo; la relación entre autor y víctima en el parricidio o del infanticidio o la particular condición y título del sujeto pasivo en el magnicidio, para mencionar solo algunas de las variantes. Todo esto sirve para concluir que es perfectamente factible rescatar y tomar en cuenta diferentes circunstancias y aspectos que, sumados al núcleo básico de la acción lesiva del bien jurídico vida, sirvan para el establecimiento de penas que sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva en cada una de sus variantes, por un lado, y por otro, la pena con que se le ha de sancionar.**

En tal sentido, cabe indicar que esa labor de ordenación y particular tasación de los valores y disvalores como antecedente para la delimitación de una mayor o menor intensidad con que la que vayan a castigarse las conductas calificadas de criminales así como la plasmación de todo ello en normas jurídicas, es el producto de concretas percepciones, sentimientos y creencias de una sociedad en un momento histórico determinado, y le corresponde al legislador como parte de una sus funciones primarias cual es la determinación de la política criminal, tal y como esta Sala ha tenido oportunidad de señalar en diferentes ocasiones (véase al respecto la sentencia número 10543-2001 del diecisiete de octubre de dos mil uno). Ahora bien, y aunque no existe ninguna alegación en ese sentido por parte del accionante, es innegable que en el ejercicio de esa labor legislativa existen límites infranqueables derivados tanto de la Constitución Política como del derecho internacional vigente; no obstante, en este caso particular, no encuentra la Sala que se haya dado un franqueo de esos límites por parte del legislador, en el acto de establecer normativamente una diferencia entre la situación de un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido, para, con base en dicha distinción, imponer sanciones diferentes para cada una de las modalidades de lesión que se produce al derecho a la vida de ambos. En primer lugar, reconoce la Sala que aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar. En segundo lugar, se presenta en el caso de la persona no nacida una particular relación de absoluta dependencia con una segunda persona, la cual incluso se traduce en que en los primeros estadios de su desarrollo no podría incluso sobrevivir de otra forma y en los últimos estadios del desarrollo antes de nacer, esa relación de dependencia es, si no vital, por lo menos considerada la ideal y apropiada; esto acarrea una nueva circunstancia diferenciadora con otras situaciones que puede y debe ser válidamente tomada en consideración (de una u otra manera) en el tanto en que se hacen presentes y deben tenerse en cuenta, los derechos fundamentales de la madre, cosa que no ocurre en el caso de los homicidios en donde falta esa específica relación con otras personas y sus derechos fundamentales. En tercer lugar, cabe agregar a favor de la validez de la diferenciación en la intensidad



de la sanción, el hecho de que ella responde, como se indicó, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente no solo de nuestra sociedad sino, en todas aquellas que componen nuestro entorno cultural, como puede apreciarse de la simple revisión de la forma en que otros países latinoamericanos y europeos han legislado sobre el punto, siempre optando por una disminución en la reacción penal del Estado ante la lesión del derecho a la vida del no nacido. Con relación a este último argumento sin embargo, cabe aclarar que, por su naturaleza relativista, resulta evidente que no podría nunca colocarse sobre otros argumentos ni desbancar otros principios que la Sala ha reconocido como fundamento de nuestro ordenamiento y -en particular- no podría privar por sobre el respeto y consideración a la dignidad humana por ejemplo. Pero en cambio, es válido admitirlo y sumarlo cuando se trata -como en este caso- de juzgar sobre la proporcionalidad y adecuación de la reacción penal legislativamente establecida por el Estado, labor para la cual la particular conciencia social e histórica que la sociedad tenga sobre el tema debe, necesariamente emplearse como guía. Con otros términos, y esto es importante destacarlo aquí, la aceptación por parte de este órgano constitucional de los tres recién citados criterios de diferenciación como pertinentes y aplicables en este caso, toma en consideración de manera esencial, el hecho de que se está ante diferenciaciones que no van a producir ninguna víctima que deba sufrir o que vaya a sufrir alguna disminución o restricción en el disfrute actual o potencial de sus derechos fundamentales, como producto de la diferenciación realizada y, por esa misma razón, no puede decirse que exista afectación de su dignidad humana. Al no estar en juego ese extremo, sino más bien simplemente un tema de ajuste y proporción entre la gravedad que para la sociedad tienen las diferentes conductas a fin de castigar a los culpables de ellas, los argumentos arriba citados parecen suficientes a la Sala para reconocer la validez de la diferenciación hecha por el legislador para la pena a imponer con lo cual no debe entenderse que esta Sala se manifiesta de acuerdo o en desacuerdo con los montos específicos establecidos sino, más bien, que no encuentra que esa distinción que se ha hecho entre un grupo y otro de conductas según se aplique a personas nacidas y no nacidas, no alcanza a ser inconstitucional, sino que se ubica dentro del marco de legítima discrecionalidad del que goza el legislador en estos aspectos.

Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida. Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa 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. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- 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 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. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.

Finalmente, se reclama la inconstitucionalidad del artículo 31 del Código Civil, en tanto señala que contraviene el principio de igualdad al tratar de forma diferente a las personas en razón de si han nacido o no, lo cual contraviene la sentencia 2306-2000. Sin embargo para la Sala basta citar ese mismo texto para desvirtuar lo dicho por el accionante. Dice la sentencia recién citada en lo conducente:

" VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su estatus de persona."

Así las cosas, el tema de la congruencia del artículo 31 del Código Civil y el derecho de la Constitución, fue analizado por parte de la Sala que interpretó, de manera parca pero suficiente, que es justamente con la segunda frase del artículo, que al no nacido se le está reconociendo su estatus de persona tal y como lo requieren las normas y principios constitucionales. Por otra parte, no existe ninguna razón para cambiar ahora de criterio en relación con lo dicho en esa sentencia y tampoco sería congruente hacerlo en esta acción en la que más bien el accionante pretende justamente que se indique por parte de la Sala que la persona no nacida tiene derechos desde que es concebida tal y como se expuso en el pronunciamiento citado. Por todo ello también en este aspecto la acción debe declararse sin lugar."<sup>8</sup>

## **6. DIFERENCIA ENTRE ABORTO Y HOMICIDIO**

"La diferencia entre ambos conceptos no fue resuelta por el legislador, de tal manera que a dichos efectos el operador jurídico deberá echar mano a varias herramientas herméticas, entre las cuales obviamente se encuentra la *doctrina* que informa esas normas penales sustantivas. Ésta, por su parte, establece dicha distinción a partir de varios criterios, todos los cuales indican que el feto



(que no por ello pierde la calidad de "ser humano") no va a adquirir la condición de persona sino a partir del nacimiento. En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones. En este sentido se ha dicho "... En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un aborto. Al respecto existen varios criterios. Unos indican que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño (así Peña Cabrera ... Cuello Calón ... Ranieri ... Breglia y Gauna ... Núñez ... Maggiore ... Soler ... Fontán ... Creus ... Laje Anaya ... Manigot ... Acevedo Blanco ... Martínez Brenes ... Rojas Sánchez y otros. Debe tenerse en cuenta que las dos últimas investigaciones citadas son de autores costarricenses). Esta posición es dominante en Argentina ... Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde ...). Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... El bien jurídico protegido en los delitos de aborto es la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de aborto se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ..." (Rivero Sánchez (Juan Marcos) u otro, "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989. Págs. 1, 2, 71 y 72). Esta sería la posición que parece defender el impugnante, quien argumenta que en vista de que el ofendido falleció dentro del seno materno (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente de la cavidad uterina), no llegó a adquirir la condición de "persona", de tal manera que por tratarse de un "feto" no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura del aborto culposo. Si bien dicho planteamiento (seguido también por los autores citados) es respetado por esta Sala, la misma no lo comparte, pues más bien se ha inclinado por la tesis que impera en Argentina, la que lleva la protección jurídico penal un poco más atrás, al entender que -a efectos de determinar la correcta calificación jurídica del hecho- existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En 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. Lo anterior implica que la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal no tiene por qué partir de un análisis teórico diverso a éste, como el que propugnan los autores que se comentan (cfr. *ibid*, pág. 2), ya que esta última ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado (con la expulsión del claustro materno), pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento. Es ésta la tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal: "... Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados - ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida - no acreditan que la conducta desplegada por el doctor (...) ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. En este caso no se mató a una



persona, sino al producto de la concepción - feto - que no tuvo vida independiente, por lo que no había adquirido la categoría jurídico penal de persona, resultando los hechos atípicos ... la norma contenida en el numeral 122 ejusdem se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiéndose por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. No cabe en consecuencia duda alguna, contrario a lo que señalan los recurrentes, que en la especie, el actuar culposo del imputado, segó la vida de una persona, de un niño, desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor ..., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno - ver Maggiore, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte Especial**. Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140 - Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de Aborto, a efecto de poder distinguirlo del Homicidio; así, 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 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. La doctrina, entre la que se incluye la italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia 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 - Bacigalupo, Enrique. **Los delitos de Homicidio**. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión, pp. 6 y 7 - El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción - Bacigalupo. Op cit, pp16 a 17 - Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial - Varela, Bernardo C.. **Homicidio Simple**. Buenos aires. Lerner 1968, página 19 - De allí que podamos concluir 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, protegida constitucional y legalmente. En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el período comprendido en la expresión "durante el nacimiento" ..., voto N° 791-01,



de las 10:10 horas del 20 de agosto de 2001. Así las cosas, es claro que el planteamiento de fondo que se esboza en el presente recurso, no resulta novedoso, pues esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuanto al tema debatido. Se comprende, entonces, que el fallo de instancia, al estimar que en este caso los hechos que se tuvieron por plenamente demostrados configuran un delito de homicidio culposo, no incurrió en el supuesto yerro de fondo que se denuncia, pues si bien el niño falleció dentro del seno materno, también debe tenerse claro que ello sucedió una vez que su madre ingresó al hospital, cuando el proceso de alumbramiento ya había dado inicio. Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo.”<sup>9</sup>

"VII.- Para concluir, en el segundo motivo de fondo, se arguye que, al haberse tratado de un aborto culposo, la causa estaría prescrita en lo que concernía a la acción penal. **No le asiste razón al recurrente:** Como es sabido, los hechos a que se refiere esta causa tuvieron lugar el día 20 de febrero del 2001, cuando la señora Muñoz Alfaro estaba siendo atendida hospitalariamente ante el alumbramiento inminente de su hijo, el aquí ofendido. (folio 596). Es decir, ya se encontraba en marcha el proceso de parto. En tales casos, como ya lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, no se está ante un feto, sino ante una persona, por lo que la muerte que se le cause no constituye un aborto, sino un homicidio. En cuanto al tópico, en el voto 442, de las 11:00 horas del 7 de mayo de 2004, tuvo la oportunidad de establecer que: "De acuerdo con el contenido del fallo de instancia, si bien es cierto -tal y como se alega en el recurso- se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como resultado que el menor ofendido muriese dentro del seno materno, es decir, antes de su expulsión, no podría perderse de vista 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". En cuanto a dicho aspecto, el fallo refiere lo siguiente: "... El veintitrés de febrero del año dos mil a eso de las veintidós horas, la señora Sidey Navarro Mora ingresó al hospital de Ciudad Neilly con cuarenta y un semana (sic) de embarazada y dolores de parto, siendo remitida a la sección de emergencia de dicho hospital por parte del doctor Pizarro para que fuera atendida por Albino Patricio Cruz Cruz, enfermero obstetra de dicho nosocomio, de la sala de partos, y a quien le correspondía la valoración de la paciente, haciéndole saber la señora Navarro que su primer parto había sido por cesárea y en el segundo habían tenido muchas complicaciones, solicitándole su atención médica debida para que el parto presente fuera satisfactorio. 2.- El imputado Cruz Cruz, incumpliendo con los deberes de cuidado debidos como enfermero obstetra, no hizo valoración adecuada de los riesgos con base en los antecedentes por cesárea previa, ni tomó en cuenta el riesgo acerca del tamaño de la pelvis de la madre con respecto del feto ... realizando incluso maniobras de expulsión contraindicadas en estos casos. 3) Resultando del actuar culposo del imputado Cruz Cruz, la señora Navarro Mora sufrió una ruptura uterina con muerte de quien llevaría por nombre Innominado Navarro Mora, (sic) al darse una desproporción cefalopélvica (entre la cabeza del feto y el canal del parto materno). 4.- El día siguiente, veinticuatro de febrero de 2001 (sic) a eso de las siete de la mañana, nace el producto por medio de una cesárea practicada a su madre, realizándose maniobras médicas de resucitación, con resultados negativos ya que el acusado había remitido a la paciente a sala de maternidad donde pasó toda la noche sin su debida supervisión, siendo que cuando comunicó lo sucedido ya era demasiado tarde para salvar la vida del menor ... Esto hace que las conclusiones de la autopsia tengan aún más trascendencia en el sentido de que hubo ruptura uterina con muerte de feto ... Quien fallece cuenta con cuarenta y



un semanas de gestación y muere en el seno materno ..." (cfr. folio 167, línea 14 en adelante; folio 195, líneas 2 y 3; y folio 196, líneas 17 y 18). Como se colige de lo transcrito, es claro que en la sentencia de mérito se tuvo por acreditado, a partir de la prueba testimonial y de las conclusiones que se plasmaron en la pericia médico legal (autopsia), que a consecuencia de la conducta violatoria del deber de cuidado en la que incurrió el acusado, el menor ofendido falleció durante el proceso de parto, ello antes de salir del claustro materno. Tan cierto es lo anterior, que en la sección del fallo destinada al análisis de derecho y tipicidad, el propio tribunal expuso las razones jurídicas a partir de las cuales estimaron que, no obstante tal circunstancia, en este caso el ofendido debe ser considerado como "persona" y, por ello, la acción calificaría entonces como un delito de homicidio culposo. Al respecto, el órgano de mérito señaló: "... El nasciturus en nuestro medio es considerado persona. Para dejar claro este punto hay que hacer referencia al concepto de persona y de vida. Dentro de nuestro ordenamiento y con un rango superior a la ley, la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 4.1: "... 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 ...". La consideración del no nacido como persona, a efectos de determinar la presencia de ese elemento de la tipicidad objetiva, no sólo deriva de dicha norma del derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino de la contemplada en otros instrumentos de igual rango, sino también de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. Concretamente del voto 2306-2000 de quince y veintiuna horas del quince de marzo de dos mil, luego de concluir que todo concebido es persona y por tanto la tutela del derecho a la vida le cubre, sostiene: "El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella -formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia" ..." (cfr. folio 1967, línea 18 en adelante). Conforme se puede inferir de lo expuesto, en el presente caso se plantea la discusión entre el concepto de "persona" que por un lado maneja la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la que a su vez incorpora el Código Penal (y la doctrina que lo informa), siendo claro que con respecto a la primera, el segundo es una norma de rango inferior. En este sentido se advierte que los artículos 111, 117, y 118 a 122, todos del Código Penal, parten de una clara distinción entre los conceptos de "persona" (sujeto pasivo de la figura de homicidio, ya sea doloso o culposo), y de "feto" (sujeto pasivo de las figuras de aborto, en sus distintas modalidades). La diferencia entre ambos conceptos no fue resuelta por el legislador, de tal manera que a dichos efectos el operador jurídico deberá echar mano a varias herramientas herméticas, entre las cuales obviamente se encuentra la doctrina que informa esas normas penales sustantivas. Ésta, por su parte, establece dicha distinción a partir de varios criterios, todos los cuales indican que el feto (que no por ello pierde la calidad de "ser humano") no va a adquirir la condición de persona sino a partir del nacimiento. En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones. En este sentido se ha dicho: "... En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un aborto. Al respecto existen varios criterios. Unos indican que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño (así Peña Cabrera ... Cuello Calón ... Ranieri ...



Breglia y Gauna ... Núñez ... Maggiore ... Soler ... Fontán ... Creus ... Laje Anaya ... Manigot ... Acevedo Blanco ... Martínez Brenes ... Rojas Sánchez y otros. Debe tenerse en cuenta que las dos últimas investigaciones citadas son de autores costarricenses). Esta posición es dominante en Argentina ... Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde ...). Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... El bien jurídico protegido en los delitos de aborto es la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de aborto se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ..." (Rivero Sánchez (Juan Marcos) u otro, "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989. Págs. 1, 2, 71 y 72). Esta sería la posición que parece defender el impugnante, quien argumenta que en vista de que el ofendido falleció dentro del seno materno (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente de la cavidad uterina), no llegó a adquirir la condición de "persona", de tal manera que por tratarse de un "feto" no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura del aborto culposo. Si bien dicho planteamiento (seguido también por los autores citados) es respetado por esta Sala, la misma no lo comparte, pues más bien se ha inclinado por la tesis que impera en Argentina, la que lleva la protección jurídico penal un poco más atrás, al entender que -a efectos de determinar la correcta calificación jurídica del hecho- existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En 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. Lo anterior implica que la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal no tiene por qué partir de un análisis teórico diverso a éste, como el que propugnan los autores que se comentan (cfr. *ibid*, pág. 2), ya que esta última ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado (con la expulsión del claustro materno), pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento. Es ésta la tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal: "... Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados - ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida - no acreditan que la conducta desplegada por el doctor (...) ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. En este caso no se mató a una persona, sino al producto de la concepción - feto - que no tuvo vida independiente, por lo que no había adquirido la categoría jurídico penal de persona, resultando los hechos atípicos ... la norma contenida en el numeral 122 *ejusdem* se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiendo por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. No cabe en consecuencia duda alguna, contrario a lo que señalan los recurrentes, que en la especie, el actuar culposo del imputado, segó la vida de una persona, de un niño, desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor ..., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, de allí que no resulten de



recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno - ver Maggiore, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte Especial.** Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140 - Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de aborto, a efecto de poder distinguirlo del homicidio; así, 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 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. La doctrina, entre la que se incluye la italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia 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 - Bacigalupo, Enrique. **Los delitos de Homicidio.** Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión, pp. 6 y 7 - El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción - Bacigalupo. Op cit, pp16 a 17 - Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial - Varela, Bernardo C.. **Homicidio Simple.** Buenos aires. Lerner 1968, página 19 - De allí que podamos concluir 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, protegida constitucional y legalmente. En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el período comprendido en la expresión "durante el nacimiento"...", voto N° 791-01, de las 10:10 horas del 20 de agosto de 2001. Así las cosas, es claro que el planteamiento de fondo que se esboza en el presente recurso, no resulta novedoso, pues esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuanto al tema debatido. Se comprende, entonces, que el fallo de instancia, al estimar que en este caso los hechos que se tuvieron por plenamente demostrados configuran un delito de homicidio culposo, no incurrió en el supuesto yerro de fondo que se denuncia, pues si bien el niño falleció dentro del seno materno, también debe tenerse claro que ello sucedió una vez que su madre ingresó al hospital, cuando el proceso de alumbramiento ya había dado inicio. Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo." Siendo así, 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 mayor es, de acuerdo con el artículo 117 del Código Penal, de ocho años de prisión, los cuales no se habrían cumplido en su modalidad ordinaria, ni en el plazo reducido a la mitad (de acuerdo a lo postulado por el artículo 33 del Código Procesal Penal), pues la indagatoria tuvo lugar el 19 de septiembre de 2001 (folio 46) y el señalamiento de la audiencia preliminar el 18 de marzo de 2003 (folio 95), para desembocar en la sentencia del 16 de marzo de 2005 (folios 588 y siguientes). Por ende, ni el plazo ordinario de ocho años, ni el reducido de cuatro años, habrían transcurrido entre cada una de las causas interruptoras de la prescripción." <sup>10</sup>

## **7. EL ABORTO PROCURADO JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

**Exp:** 02-007331-0007-CO

**Res:** 2004-02792

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Gustavo González Solano, mayor, cédula de identidad número 1-847-709, vecino de San José, abogado, contra los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. Interviene también en el proceso, Farid Beirute Brenes en representación de la Procuraduría General de la República.

### **Resultando:**

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el cuatro de setiembre del dos mil dos, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. Alega que dichos artículos contravienen en primer lugar el artículo 33 de la Constitución Política, además de los artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y lo dispuesto en la sentencia número 2306-2000 emitida por la Sala Constitucional. Respecto del artículo 33 de la Carta Fundamental se reclama que las normas legales discutidas, contenidas en los Códigos Penal y Civil, plasman una diferencia de tratamiento, empleando como fundamento una distinción entre persona y feto, pero dicha distinción de acuerdo con la propia Sala Constitucional es inconstitucional por ser contraria al derecho de la Constitución, tal y como quedó claramente señalado en la sentencia 2306-2000. Dicha jurisprudencia es vinculante de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción, de modo que debe aplicarse por parte de los jueces, según lo dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo cual lo dispuesto por las normas jurídicas impugnadas lo es en clara infracción a las reglas citadas. Agrega el accionante que "al pretender tratar a seres iguales (dado que pertenecen a una misma categoría que es la categoría de



persona, con el mismo bien jurídico vida), de modo desigual, se produce una violación del artículo 33 de la Constitución Política que establece el principio de igualdad (y de justicia) que como derecho fundamental tienen todos los individuos nacidos o no nacidos". Agrega que el artículo 121 del Código Penal es inconstitucional pues establece la no punibilidad del aborto practicado con consentimiento de la mujer, por médico, cuando se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud de la madre, con lo que perime el derecho a la vida a favor de un simple derecho a la salud de la madre, cuando es claro que la vida tiene mayor importancia. En relación con el artículo 31 del Código Civil señala que la norma le otorga la calidad de persona al que nace viva, con lo cual contraviene lo dispuesto por la sentencia 2306-2000 que dijo que se es persona desde el momento de la concepción. Con ello se produce entonces la infracción del artículo 33 Constitucional, que señala que toda persona es igual ante la ley.

2.- La Procuraduría General de la República rindió su informe en el cual señala que no existe posibilidad de entender que los artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional o la resolución número 2306-2000, sean empleados como parámetros de constitucional. Así, el reclamo en realidad se limita a la violación del principio de igualdad por parte de las normas discutidas. En ese último sentido, se afirma que la labor de elegir cuales conductas han de ser criminalizadas le corresponde en un Estado democrático al legislador, quien, apego a principios como la legalidad penal, existencia de daño a tercero, proporcionalidad y humanidad de la pena, entre otros, tiene sobre si la tarea de fijar el grado de la respuesta penal del Estado ante la infracción penal, siempre como se dijo con los límites impuestos por la normativa constitucional o bien internacional sobre el tema. En este caso, señala la Procuraduría en las normas impugnadas del Código Penal, se protege el bien jurídico vida y en tal sentido no hay ninguna diferencia de trato. Se trata de la muerte de un ser humano, pero lo que ocurre es que el legislador distingue las acciones empleando como parámetro la diferencia de desarrollo que existe entre el nacido y el no nacido. Ahora bien dadas esas circunstancias particulares el legislador ha decidido darles una respuesta penal más atenuada, sin que ello implique una lesión a la igualdad, dado que se trata de criterios válidos por objetivos y razonables, que han sido tomadas en cuenta para la fijación de la pena, lo cual no resulta constitucionalmente incorrecto. Se indica que en el caso del artículo 121 del Código Penal discutido, es cierto que elimina la punibilidad del aborto cometido en protección de la vida o la salud de la madre, pero ello se debe a que aquí están en juego bienes jurídicos de la misma categoría y el legislador ha considerado correcto optar por proteger a la madre. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 31 del Código Civil, se señala que esa norma lo que hace es definir un momento para el comienzo de la personalidad jurídica como concepto de derecho civil, sin que tenga ninguna relación con el tema tratado en la sentencia 2306-2000, sino más bien con la atribución de un derecho a la personalidad, que evidentemente no fue objeto de tratamiento por parte de la Sala.

2.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Mora Mora**; y,





**II.- Objeto de impugnación.** El accionante discute la normativa del Código Penal relacionada con el delito de aborto (artículos 118 a 121), y además el numeral 31 del Código Civil. En concreto los textos discutidos son los siguientes:

" **Artículo 118.-** *Aborto con o sin consentimiento.*

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."

" **Artículo 119.-** *Aborto procurado.*

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."

" **Artículo 120.-** *Aborto honoris causa.*

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

" **Artículo 121.-** *Aborto impune.*

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."

" **Artículo 122.-** *Aborto culposo.*

Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto."



También, el accionante reclama la inconstitucionalidad del numeral 31 del Código Civil que señala:

**" Artículo 31.- Existencia de las personas.**

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."

De los citados artículos el accionante se limita a señalar que resultan contradictorios con la resolución número 2306-2000 de la Sala Constitucional que estableció que los no nacidos se consideran personas, de modo que la distinción que las normas sancionatorias establecen en cuanto a la pena, son contrarias al artículo 33 Constitucional por tratar de manera distinta a una misma categoría de sujetos. Similar problema se plantea frente al artículo 31 del Código Civil en tanto establece una distinción inconstitucional cuando ya la Sala señaló que nacidos y no nacidos tienen el mismo estatus de persona.

**III.- Sobre el Fondo.- El reclamo del accionante tiene su fundamento en la sentencia de esta Sala número 2306-2000 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil. Resulta importante entonces comenzar con una transcripción de lo que allí se dijo en relación con el tema en discusión:**

" [...]

V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sin sentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento



de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva -primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma: "*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona "*tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la



cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

"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."

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona "el nacimiento". Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga "devida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable".

VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

"Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)"

El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".

"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella -formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente



que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia"

*IV.- Para lo que interesa en este caso, el pronunciamiento anterior, realmente no produce innovación alguna, puesto que más bien, su autoridad deriva de las fuentes normativas vigentes que cita, a saber: el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Preámbulo y el artículo 6.1 de la Convención de Derechos del Niño, así como los artículos 12 y 13 Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley número 7739 de seis de enero de mil novecientos noventa y ocho. De la conjunción y sistematización de todas ellas se concluye (como lo hizo el pronunciamiento citado) que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos para efectos de darles el estatus de ser humano, equivalente al de persona, a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida. En igual sentido, no existe ninguna contradicción con las normas punitivas contra las que se dirige el accionante (el reclamo contra el artículo 31 del Código Civil se analiza más adelante), pues ellas tienen como objeto la criminalización de conductas que, desde la perspectiva del legislador, atentan contra el derecho a la vida; existe así hasta este punto, plena congruencia en nuestro ordenamiento jurídico el cual, en el ámbito constitucional y convencional dispone la protección del derecho a la vida de los seres humanos nacidos o no, lo cual se repite dentro del ordenamiento jurídico penal que penaliza las conductas que atentan contra ese derecho a lo largo de todo el tiempo que dura la vida del ser humano. No existe entonces ninguna infracción al derecho a la vida que quepa reclamar y el propio accionante así lo entiende al reclamar no contra una infracción a ese derecho, sino una lesión a derecho a la igualdad de trato.*

*V.- La argumentación central del accionante en lo que se refiere al principio de igualdad, radica en señalar que previamente a la emisión de la resolución número 2306-2000, existía en nuestro ordenamiento una distinción entre feto y persona, la cual fue superada al emitirse dicho pronunciamiento, de manera que las normas jurídicas que tienen como fundamento dicha distinción, como las normas penales discutidas o bien que produzcan la diferenciación entre nacidos y no nacidos - como el artículo 31 del Código Civil- se han convertido en inconstitucionales por contradecir el principio de igualdad, al distinguir donde la resolución de la Sala prohíbe distinguir. No obstante, ese razonamiento contiene un error que ya se hizo ver anteriormente, y es que en realidad la sentencia 2306-2000 citada no vino a innovar en nada la situación jurídica de las personas en nuestro ordenamiento; de tal manera, no es cierto que antes del citado pronunciamiento al feto no se le considerase persona para efectos de proteger su derecho a la vida en sede penal, pues como se vio el tratamiento penal del aborto específicamente parte de la consideración de que estos delitos lesionan la vida de seres humanos. Por otra parte, el segundo elemento del razonamiento del accionante también resulta incorrecto en el tanto en que parte de la base de que para la penalización de conductas relacionadas con el derecho a la vida, el legislador no puede tomar en cuenta otras circunstancias diferentes de la calidad de persona de quien sufre la acción. Para esta Sala lo cierto es más bien lo contrario, dado que un simple vistazo por todo el elenco de penalizaciones asignadas a la comisión de delitos contra la vida, se observa una diversidad de montos que*



*responde a gran cantidad de circunstancias distintas que son sumadas al hecho singularmente considerado de acabar con la vida de un ser humano. De esa manera al núcleo central de una acción consistente en dar muerte a una persona, se agregan muchas otras circunstancias diferentes que se suman para reprimirla en forma diferente según la naturaleza y relevancia de tales particularidades. Así, por ejemplo se toma en cuenta la voluntad del sujeto activo para distinguir el caso del homicidio culposo; la relación entre autor y víctima en el parricidio o del infanticidio o la particular condición y título del sujeto pasivo en el magnicidio, para mencionar solo algunas de las variantes. Todo esto sirve para concluir que es perfectamente factible rescatar y tomar en cuenta diferentes circunstancias y aspectos que, sumados al núcleo básico de la acción lesiva del bien jurídico vida, sirvan para el establecimiento de penas que sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva en cada una de sus variantes, por un lado, y por otro, la pena con que se le ha de sancionar.*

VI.- En tal sentido, cabe indicar que esa labor de ordenación y particular tasación de los valores y disvalores como antecedente para la delimitación de una mayor o menor intensidad con que la que vayan a castigarse las conductas calificadas de criminales así como la plasmación de todo ello en normas jurídicas, es el producto de concretas percepciones, sentimientos y creencias de una sociedad en un momento histórico determinado, y le corresponde al legislador como parte de una sus funciones primarias cual es la determinación de la política criminal, tal y como esta Sala ha tenido oportunidad de señalar en diferentes ocasiones (véase al respecto la sentencia número 10543-2001 del diecisiete de octubre de dos mil uno). Ahora bien, y aunque no existe ninguna alegación en ese sentido por parte del accionante, es innegable que en el ejercicio de esa labor legislativa existen límites infranqueables derivados tanto de la Constitución Política como del derecho internacional vigente; no obstante, en este caso particular, no encuentra la Sala que se haya dado un franqueo de esos límites por parte del legislador, en el acto de establecer normativamente una diferencia entre la situación de un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido, para, con base en dicha distinción, imponer sanciones diferentes para cada una de las modalidades de lesión que se produce al derecho a la vida de ambos. En primer lugar, reconoce la Sala que aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar. En segundo lugar, se presenta en el caso de la persona no nacida una particular relación de absoluta dependencia con una segunda persona, la cual incluso se traduce en que en los primeros estadios de su desarrollo no podría incluso sobrevivir de otra forma y en los últimos estadios del desarrollo antes de nacer, esa relación de dependencia es, si no vital, por lo menos considerada la ideal y apropiada; esto acarrea una nueva circunstancia diferenciadora con otras situaciones que puede y debe ser válidamente tomada en consideración (de una u otra manera) en el tanto en que se hacen presentes y deben tenerse en cuenta, los derechos fundamentales de la madre, cosa que no ocurre en el caso de los homicidios en donde falta esa específica relación con otras personas y sus derechos fundamentales. En tercer lugar, cabe agregar a favor de la validez de la diferenciación en la intensidad de la sanción, el hecho de que ella responde, como se indicó, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente no solo de nuestra sociedad sino, en todas aquellas que componen nuestro entorno cultural, como puede apreciarse de la simple revisión de la forma en que otros



países latinoamericanos y europeos han legislado sobre el punto, siempre optando por una disminución en la reacción penal del Estado ante la lesión del derecho a la vida del no nacido. Con relación a este último argumento sin embargo, cabe aclarar que, por su naturaleza relativista, resulta evidente que no podría nunca colocarse sobre otros argumentos ni desbancar otros principios que la Sala ha reconocido como fundamento de nuestro ordenamiento y -en particular- no podría privar por sobre el respeto y consideración a la dignidad humana por ejemplo. Pero en cambio, es válido admitirlo y sumarlo cuando se trata -como en este caso- de juzgar sobre la proporcionalidad y adecuación de la reacción penal legislativamente establecida por el Estado, labor para la cual la particular conciencia social e histórica que la sociedad tenga sobre el tema debe, necesariamente emplearse como guía. Con otros términos, y esto es importante destacarlo aquí, la aceptación por parte de este órgano constitucional de los tres recién citados criterios de diferenciación como pertinentes y aplicables en este caso, toma en consideración de manera esencial, el hecho de que se está ante diferenciaciones que no van a producir ninguna víctima que deba sufrir o que vaya a sufrir alguna disminución o restricción en el disfrute actual o potencial de sus derechos fundamentales, como producto de la diferenciación realizada y, por esa misma razón, no puede decirse que exista afectación de su dignidad humana. Al no estar en juego ese extremo, sino más bien simplemente un tema de ajuste y proporción entre la gravedad que para la sociedad tienen las diferentes conductas a fin de castigar a los culpables de ellas, los argumentos arriba citados parecen suficientes a la Sala para reconocer la validez de la diferenciación hecha por el legislador para la pena a imponer con lo cual no debe entenderse que esta Sala se manifiesta de acuerdo o en desacuerdo con los montos específicos establecidos sino, más bien, que no encuentra que esa distinción que se ha hecho entre un grupo y otro de conductas según se aplique a personas nacidas y no nacidas, no alcanza a ser inconstitucional, sino que se ubica dentro del marco de legítima discrecionalidad del que goza el legislador en estos aspectos.

**VII.-** Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida. Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa 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. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales,



no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- 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 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. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.

**VIII.-** Finalmente, se reclama la inconstitucionalidad del artículo 31 del Código Civil, en tanto señala que contraviene el principio de igualdad al tratar de forma diferente a las personas en razón de si han nacido o no, lo cual contraviene la sentencia 2306-2000. Sin embargo para la Sala basta citar ese mismo texto para desvirtuar lo dicho por el accionante. Dice la sentencia recién citada en lo conducente:

" VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su estatus de persona."

Así las cosas, el tema de la congruencia del artículo 31 del Código Civil y el derecho de la Constitución, fue analizado por parte de la Sala que interpretó, de manera parca pero suficiente, que es justamente con la segunda frase del artículo, que al no nacido se le está reconociendo su estatus de persona tal y como lo requieren las normas y principios constitucionales. Por otra parte, no existe ninguna razón para cambiar ahora de criterio en relación con lo dicho en esa sentencia y tampoco sería congruente hacerlo en esta acción en la que más bien el accionante pretende justamente que se indique por parte de la Sala que la persona no nacida tiene derechos desde que es concebida tal y como se expuso en el pronunciamiento citado. Por todo ello también en este aspecto la acción debe declararse sin lugar. Salva el voto el Magistrado Volio Echeverría y rechaza de plano la acción.-

Por tanto: Se declara sin lugar la acción.

## **8. EL ABORTO PROCURADO RESOLUCIÓN DE LA PGR**

O. J. 169-2002

4 de diciembre, 2002

**Licenciado**



**José Miguel Corrales Bolaños**  
**Presidente**  
**Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos**  
**Asamblea Legislativa**

**Estimado señor Diputado:**

Por encargo y con la aprobación del señor Procurador General Adjunto de la República, me es grato dar respuesta a su oficio número CJ-252-10-02 de 14 y recibido en nuestras oficinas el 25, ambas fechas del mes de octubre del año que corre, según el cual solicita el criterio técnico-jurídico de este Órgano Consultivo con relación al proyecto de *"Reforma al (sic) artículo 118 y 199 (sic) del Código Penal"*, expediente legislativo N° 14.706.-

**I.- Alcances del presente pronunciamiento.**

Tal y como es de su estimable conocimiento, en vista de que la gestión formulada por la Comisión consultante no se ajusta al procedimiento de solicitud de dictámenes establecido en el artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los comentarios siguientes no obligan al órgano consultante ni constituyen jurisprudencia administrativa de acatamiento obligatorio. La presente constituye, en consecuencia, una opinión jurídica, que emana de este Órgano Asesor como una colaboración a los señores diputados, en atención a la delicada labor a su cargo.-

Finalmente, conviene advertir que -dado que esta Institución no se encuentra dentro de los supuestos que informan lo preceptuado en el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa-, no les es aplicable el plazo ahí dispuesto.

**II.- Pretensión del proyecto bajo estudio.**

Básicamente, lo que pretende el proyecto legislativo de comentario, es lograr un equiparación de trato en lo que respecta a la protección del feto, no importando la edad intrauterina alcanzada. Es decir, que la pena a imponer no debe regirse por la edad del producto de la concepción, dado que eso sería *"... establecer divisiones entre los actos punibles que se den contra la vida según los momentos vitales de la persona humana."*

Si no existe discusión sobre el norte constitucional establecido en el canon 21, que contiene el principio de la inviolabilidad de la vida humana, deben derogarse las diferencias que materializan los artículos 118 y 119 del Código Penal, basadas exclusivamente en la edad intrauterina alcanzada por el feto.

**III.- Criterio de la Procuraduría General de la República.**

De previo a externar nuestro criterio sobre la propuesta que atrae nuestra atención, valga la ocasión para mencionar algunos eventos de *"oportunidad o conveniencia"* que reflejan la innecesariedad de las derogatorias gestionadas, o bien, quizás un replanteamiento de la misma.

En efecto, en el proyecto legislativo 11.871, que es la propuesta de Código Penal que actualmente se maneja, según la última versión o texto sustitutivo de 11 de junio del año que corre, se aprecian los artículos 113, 114 y 115 del



citado proyecto, que contienen los delitos de aborto sin consentimiento, aborto con consentimiento y aborto procurado, en su orden. Como se observa, en sus tenores ya no aparece la mención de la edad intrauterina alcanzada por el feto como elemento normativo para imponer la pena, lo que refleja una exacta compaginación y armonía entre la propuesta hecha por su persona con el proyecto de marras.

Ello nos conduce a cuestionar la conveniencia de una reforma parcial del Código Penal, a estas alturas, si visto está que una vez aprobado en su totalidad el proyecto (circunstancia que se espera pronto), las intenciones de su propuesta, cifradas en el expediente legislativo 14.706, se verían satisfechas.

Ahora bien, motivados por la iniciativa que nos ocupa, logramos encontrar un grave error en el texto del Código Penal actual, yerro que deriva no sólo del sentido lógico de las cosas, sino también de las actas en donde se discutió originalmente el Código represivo.

En la inteligencia de la época en la cual se promulgó el actual Código Penal, la edad de los seis meses, desde el punto de vista médico, era de gran trascendencia, (1- Dicho elemento ha perdido trascendencia, o al menos esa edad de seis meses, en vista de que avances médicos hoy permiten rescatar y hacer sobrevivir fuera del claustro materno a fetos de menos de seis meses.) dado que marcaba la diferencia entre la viabilidad y la no viabilidad del feto; de ahí que se castigase con mayor severidad a quien abortase un feto de más de seis meses y con menor severidad si el producto no había alcanzado esa edad (ver acta de discusión de páginas 304 y 305).

Estas intenciones represivas, no se vieron reflejadas ni en el proyecto final ni en la publicación oficial del Código Penal, lo que provoca el sin sentido en el inciso 1) del artículo 118 de castigar menos severamente (de dos a ocho años de prisión) el aborto de un feto si había alcanzado seis meses de vida intrauterina, en contraposición de los tres a diez años de prisión que establece la figura básica, que supondría entonces el aborto de un feto de menos de seis meses de vida intrauterina.

Si nos atenemos a las discusiones y posiciones médicas que prevalecían en la época de promulgación del Código Penal, en donde regía la edad de viabilidad o no del producto de la concepción, la redacción final ni las satisfizo ni tampoco cumplió con preceptos básicos de logicidad represiva, tal y como ha quedado demostrado. La solución a este gazapo sería la inclusión de un "no" para que se lea la segunda parte del inciso 1) del artículo 118 del Código Penal así:

"Esa pena será de dos a ocho años, si el feto **no** había alcanzado seis meses de vida intrauterina."

En todo caso, tampoco tendría sentido una reforma en estos momentos, si como ya fue analizado, el proyecto 11.871 elimina toda connotación referida a la edad del feto. Quedaría como única opción, según nuestro criterio, enmendar un yerro (2- De hecho, se le está informando a la Dra. Elena Fallas Vega, Directora de la División Legislativa, del error localizado, para que se tomen las previsiones que correspondan. ) que se ha mantenido a través de 32 años, sin que se tengan noticias que la exclusión del "no" haya propiciado grave impunidad. (3- En efecto, el error actuaría en perjuicio del acusado (a), a quien se le impondría una pena superior (3 a 10 años) por causar la muerte de un feto de menos de seis meses, mientras que quien cegare la vida de un feto de más de seis meses,



## Centro de Información Jurídica en Línea



recibiría -gracias al error- una pena inferior (2 a 8 años). Como se observa, en ninguno de los dos supuestos la acción queda impune, provocando, a lo sumo, una desigualdad represiva de trato.)

Finalmente, le informamos que en forma reciente (4 de setiembre), se presentó ante la Sala Constitucional una acción contra los artículos 118, 119, 120, 121 y 112 del Código Penal y 31 del Código Civil, planteamiento que, con base en la resolución de esa Sala N° 2306-2000, pretende eliminar toda diferencia de trato o protección hacia el feto en razón de la vida intrauterina alcanzada (véase expediente 02-007331-0007-CO, en etapa de estudio).

De regreso al planteamiento inicial, creemos que por las razones de conveniencia o de oportunidad señaladas, su propuesta devendría innecesaria. No empece, si de motivos jurídicos se tratase, este Órgano Consultivo no observa inconvenientes o reparos que hacerle al proyecto de ley 14.706.

Dejamos así evacuada la opinión legal que nos fuera solicitada del Proyecto de ley denominado: "*Reforma al (sic) artículo 118 y 199 (sic) del Código Penal*".

Reciba las muestras de nuestra mayor estima y consideración.  
Cordialmente,

**Licdo. José Enrique Castro Marín**  
**PROCURADOR DIRECTOR**



### FUENTES CITADAS

- <sup>1</sup> GALLEGOS STEINVORTH y MONTVELISKY ROCHWERGER, Aborto como violación del derecho a la vida, Tesis de Grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2001. Pp 104-105 (localización Biblioteca de Derecho UCR, signatura 3689b) Pp 93-98
- <sup>2</sup> CÓDIGO PENAL, Imprenta librería y encuadernación Trejos Hnos. San José, Costa Rica, 1924. pp. 125-126 (Localización Biblioteca de Derecho UCR, signatura 343.972.86 C8374c 1924-U)
- <sup>3</sup> Código Penal y Código de Policía Editado por Librería Las Americas. 1957. P56 (Localización Biblioteca de Derecho UCR, signatura 343.972.86 C8374c 1957 U)
- <sup>4</sup> Código Penal. 3° ed. Editorial Porvenir, San José 1983. p 45 (Localización Biblioteca de Derecho UCR, signatura 343.972.86 c8374c 1984)
- <sup>5</sup> BREEDY JALET Ana María, Derecho Penal II Curso, Universidad de Costa Rica, Departamento de Publicaciones. p25-26 (Localización Biblioteca de Derecho UCR, signatura 343 B431dr)
- <sup>6</sup> PORRAS P., Bernardo El Aborto, Tesis de grado para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1959, página 16 (Localización Biblioteca de Derecho UCR, signatura 709)
- <sup>7</sup> GALLEGOS STEINVORTH y MONTVELISKY ROCHWERGER, Aborto como violación del derecho a la vida, Tesis de Grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2001. Pp 104-105 (localización Biblioteca de Derecho UCR, signatura 3689b)
- <sup>8</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución número 2792 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro
- <sup>9</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución número 442 de las once horas del siete de mayo de dos mil cuatro
- <sup>10</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución número 1267 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil cinco.