

# ARTÍCULOS PRINCIPALES

## LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO DE LA MUJER PROVENGA DE UNA VIOLACIÓN. OBSERVACIONES SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

FERNANDO CRUZ CASTRO\*

**REFERENCE:** CRUZ-CASTRO, F., *The legalization of abortion in cases of rape. Comments regarding Constitutional law, Medicina Legal de Costa Rica*, 1993, vol. 10, Nº 1, pp. 3-9.

**ABSTRACT:** The Costa Rican legislature is considering acceptance of abortion in cases of rape.

This requires a reassessment of life definition and protection according to the Constitution.

In the United States and Germany, related laws have instead been based on giving priority to the rights of women, as decided by the US Supreme Court; or favoring the protection of the embryo, as done in Germany.

In Costa Rica (art. 21 of the Constitution and art. 4, p. 1, American Convention of Human Rights) legal abortion faces important obstacles, mainly regarding the option based on pregnancy stage, because the Constitution also protects life before birth.

A modification of the sociopolitical status quo is needed to bring about a significant modification of the law.

**KEYWORDS:** Abortion, rape, right to life.

**REFERENCIA:** CRUZ CASTRO, F., *La despenalización del aborto cuando el embarazo de la mujer provenga de una violación. Observaciones sobre su constitucionalidad, Medicina Legal de Costa Rica*, 1993, vol. 10, Nº 1, pp. 3-9.

**RESUMEN:** En Costa Rica, la despenalización del aborto mediante la introducción de la indicación ética o criminológica, tal como se propone en el proyecto de reforma del artículo 121 del Código Penal, plantea un problema constitucional fundamental: la definición de la vida y los límites a su protección. En la jurisprudencia norteamericana y alemana, el problema se ha resuelto de manera diferente, dándole prioridad a los derechos de la mujer, tal como lo resolvió la Corte Suprema norteamericana, o admitiendo, como regla, el respeto a la vida del embrión y autorizando el aborto sólo en casos excepcionales, previamente señalados, tal como lo definió el Tribunal Constitucional alemán.

En el caso de Costa Rica, de acuerdo con el texto del artículo 21 de la Constitución Política y el apartado primero del artículo cuarto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la despenalización del aborto encuentra limitaciones muy claras, especialmente si se opta por la solución de los plazos. En este aspecto, el marco constitucional costarricense es más restringido que el alemán o norteamericano.

La impunidad del aborto, tal como se propone en el proyecto, contradice las normas constitucionales que tutelan la vida antes del nacimiento. Sin embargo, las contradicciones podrían ser superadas si se produce una transformación de los valores sociopolíticos que definen el bien jurídico "vida en formación".

**PALABRAS CLAVES:** Aborto, violación, derecho a la vida.

En el mes de julio de 1991, los diputados Nury Vargas Aguilar, Federico Vargas Peralta, Rodrigo Gutiérrez Sáenz, Daniel Aguilar González y Carlos Castro Arias plantearon una modificación al artículo 121 del Código Penal en el que se despenaliza el aborto practicado con el consentimiento de la mujer o de su representante legal, en caso de incapacidad, cuando el embarazo provenga de una violación. (1)

El proyecto plantea una serie de interrogantes que deben evaluarse detenidamente al determinar los límites constitucionales del derecho a la vida. Con esta reforma se suscita la discusión entre quienes adoptan una actitud "proelec-

ción" y los que se oponen al aborto por estimar que el feto tiene un derecho absoluto a la vida.

La modificación legislativa que se propone se inclina claramente en favor de una actitud "proelección", que condiciona el derecho a la vida del feto a la voluntad de la madre. La libertad de la progenitora adquiere preeminencia frente al derecho a la vida de quien no ha nacido. (2)

### 1. LA REPRESIÓN DEL ABORTO. SUS LIMITACIONES POLÍTICO-CRIMINALES.

El aborto provocado es un tipo penal que difícilmente cumple finalidades pre-

ventivo generales o preventivo especiales.

Respecto a la primera, es evidente que la represión de esta conducta no responde a una demanda social suficientemente definida; las reacciones de la comunidad frente al aborto no denotan una corriente de opinión que refleje un rechazo frontal de tal conducta. Incluso, algunos sectores todavía minoritarios, estiman que es inútil e innecesario reprimir este tipo de conductas. La ineficacia de la represión se agrava aún más ante la posibilidad de que el potencial infractor pueda evadir el rigor de la persecución penal, mediante su desplazamiento a

\* Juez Penal en la Corte Suprema de Justicia. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho, UCR.

otro país en el que esta conducta se haya despenalizado. (3)

El argumento citado no es totalmente convincente, porque existen otros hechos reprimidos por el derecho penal, tal como ocurre con los delitos ecológicos, el abuso del poder, las ejecuciones extrajudiciales, la violencia doméstica, en las que también se encuentra, en muchas ocasiones, una actitud socialmente complaciente o permisiva, pero que no llegaría a justificar, de ninguna manera, la despenalización de tales conductas.

La altísima cifra negra que presenta el aborto (4) es otro de los factores que demuestran el débil efecto intimidante que tiene la represión del aborto. Sin embargo, tampoco este argumento es convincente, porque existen otros delitos con una altísima cifra negra, cuya vigencia en el derecho penal es incuestionable, tal como ocurre, por ejemplo, con el delito de violación.

Por otra parte, la sanción penal que puede imponerse en el delito de aborto tiene un efecto preventivo especial muy escaso, ya que cuando la gestante decide abortar es porque está convencida de que la continuación del embarazo es más gravosa que su interrupción; ante esta decisión, es muy difícil que la pena pueda tener un efecto correctivo, pues se trata de una sanción que no excede, normalmente, de los doce meses. Debe tomarse en cuenta, además, que las circunstancias que provocaron el aborto, difícilmente se volverán a repetir (5). El escaso efecto preventivo especial de la pena tampoco es un problema exclusivo del aborto, porque además de los graves cuestionamientos jurídico-filosóficos que se han planteado al objetivo resocializador (6), en otros delitos con penas de corta duración, la sanción tampoco tiene un efecto rehabilitador o preventivo especial sobre el infractor, tal como ocurre, en algunos casos, con el delito de lesiones cometidas bajo emoción violenta o el hecho impropio.

La represión del aborto, al igual que ocurre con los delitos de narcotráfico, propicia la creación de una lucrativa y extensa organización clandestina, cuyos "servicios" ponen en peligro la vida de la embarazada, pues un importante porcentaje de los abortos son realizados por personas inexpertas y que carecen de medios adecuados para ejecutar tales intervenciones. La represión en este caso provoca una gravísima disfunción, cuyos efectos no deben subestimarse.

Esta grave disfunción tampoco se resuelve satisfactoriamente al legalizarse el aborto, especialmente si se adopta la solución de las indicaciones (7), tal y como se ha hecho en el proyecto de reforma comentado.

## 2. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

La protección del bien jurídico, vida en formación (especialmente cuando se trata del embrión, durante los tres primeros meses del embarazo) entra en colisión con otros bienes jurídicos de los que es titular la mujer y que tienen reconocimiento constitucional, como el derecho a la vida y la salud (art. 21 de la Constitución Política), el libre desarrollo de la personalidad (art. 50 de la Constitución Política), el derecho a la libertad personal (arts. 20 y 37 de la Constitución Política) y el derecho a la intimidad (arts. 23 y 24 de la Constitución Política).

Los que se oponen a la prohibición absoluta del aborto consentido consideran que esta limitación afecta bienes jurídicos fundamentales de la mujer, pues la prohibición se transforma en una imposición de la maternidad. Esta imposición conculca la libertad de la mujer, negándole a ésta la definición de sus condiciones de vida; de igual forma, se ignora su derecho a la intimidad, puesto que la obligación de asumir un embarazo no deseado supone una importante modificación de los deseos y relaciones de quien debe soportar el embarazo. El Estado impone una obligación que condiciona significativamente el desarrollo de la personalidad de la mujer. La intervención estatal en estas condiciones, se convierte en una restricción específica a la libertad e intimidad de la mujer. Aún admitiendo estos argumentos, siempre existirán situaciones en las que será inevitable, tal como ocurre en un embarazo mayor de noventa días, la limitación a la autodeterminación e intimidad de la mujer. La desigualdad evidente entre la mujer y el embrión, el menor desarrollo de éste y su dependencia absoluta respecto de la madre no son circunstancias que definen, por sí mismas, el conflicto de valores que se examina; tal como ha ocurrido con la reivindicación de los derechos de la mujer y de otros grupos marginados, la definición de estas situaciones no se puede inclinar en favor de quien ejerce el poder absoluto en una situación concreta, tal como ocurrió con

la dominación del hombre frente a la mujer, o la del hombre de raza blanca frente al de raza negra. De igual forma, la dependencia concreta del embrión o del feto respecto de la madre, no puede resolverse, jurídicamente, en favor del polo dominante. Esta sería una solución excesivamente simplista. La dominación impuesta por la naturaleza o la herencia no son los valores que pueden resolver un conflicto tan dramático como el que plantea el aborto. La dialéctica opresor-oprimido puede reproducirse fácilmente entre la madre y quien no ha nacido. Después de una larga lucha de la humanidad por romper el círculo opresor hombre-mujer, puede surgir un silencioso círculo de dominación en el que la mujer deja de ser oprimida para convertirse en opresora.

La solución tradicional que se le ha dado al conflicto que surge entre la vida en formación (embrión o nasciturus) y los derechos de la madre, es la prohibición casi absoluta del aborto, el cual se admite sólo cuando exista un estado de necesidad.

En las últimas décadas se ha cuestionado seriamente la prohibición absoluta al aborto, y se han planteado las siguientes alternativas:

### a. La solución del plazo.

En primer lugar, se postula la solución del plazo, el cual consiste en la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas, y queda autorizado para todas las mujeres. Esta solución le da preeminencia absoluta al derecho de la mujer sobre su cuerpo, y le corresponde a ella, exclusivamente, la decisión sobre lo que debe hacer con el embrión, a quien se le da plena protección a partir de un determinado plazo, que en el derecho comparado es de noventa días, aproximadamente. Después de este periodo, no se puede realizar libremente el aborto, salvo que sobrevengan situaciones de necesidad extrema que lo justifiquen.

En la determinación del plazo influyen los siguientes factores: mayor riesgo para la embarazada, creciente valor de la vida del feto en virtud de la aparición del sistema nervioso central y de su actividad cerebral (8). Esta solución, según Huerta Tocildo, no postula, de ningún modo, la exclusión de la vida en formación como bien jurídico merecedor de protección penal, sino que parten del concepto que, durante ese plazo, la pena no es el instrumento adecuado para brindar tal

protección, y se sustituye la represión por la obligación que tiene la embarazada que desee abortar, de acudir previamente a instituciones de consulta y asistencia; en este caso se sustituye la pena por una medida preventiva (9). La interpretación de Huerta Tocildo no es muy convincente, debido a que la medida preventiva, aunque impone una limitación, transforma cualitativamente el contenido de la protección que el sistema jurídico brinda a la vida como bien jurídico, pues mientras la represión del aborto supone la indisponibilidad de la vida, las medidas preventivas, una vez superadas, permiten todo lo contrario; el desarrollo del embrión dependerá de la voluntad de su progenitora. La solución de los plazos supone realmente la desprotección total del bien jurídico vida, cuando se trata de un embrión que no haya superado los noventa días (10). La vida humana en formación es un bien jurídico de la comunidad cuya titularidad no puede atribuirse al nasciturus o a la mujer; sin embargo, el sistema del plazo, al dejar desprotegido al embrión durante los primeros noventa días, convierte la vida humana en formación en un bien jurídico individual bajo el control absoluto de la madre. Este concepto es constitucionalmente inaceptable, porque la vida en formación es un bien que merece protección. El peligro de la manipulación genética es uno de los graves problemas que suscita la desprotección de la vida humana durante las primeras semanas de desarrollo (11).

*i. El caso Roe vs. Wade y la preponderancia de los derechos de la mujer sobre la vida del embrión y del feto.*

La jurisprudencia norteamericana, en el famoso caso *Roe vs. Wade* (1973), se inclinó por la solución del plazo, y le reconoció a la mujer el derecho de practicarse el aborto en los primeros noventa días. Durante el plazo mencionado, la madre tiene el derecho indiscutido de practicarse el aborto, excluyendo cualquier interferencia gubernamental. Los límites temporales, después del primer trimestre, los encontró la Corte Suprema norteamericana en el criterio médico, ya que durante el segundo trimestre el aborto es más peligroso para la madre que el nacimiento; por esta razón, durante este período el aborto sólo es aceptable si tal intervención no pone en peligro la vida de la madre. También la ciencia médica permitió resolver la protección del feto durante el tercer trimestre; durante este

período el nasciturus ya tiene una alta probabilidad de sobrevivir fuera del vientre de su madre mediante la aplicación de procedimientos artificiales. En este plazo sólo se admite el aborto cuando sea indispensable preservar la vida o la salud de la progenitora.

Tanto en el segundo como en el tercer trimestre, la sociedad impone límites al derecho de abortar de la madre, en resguardo de la salud de ésta y del feto (12).

La decisión de la Corte Suprema norteamericana le permitió a la mujer la práctica del aborto en los primeros dos trimestres de su embarazo.

A partir del año 1973, la Corte Suprema norteamericana ha mantenido el derecho al aborto y ha rechazado una serie de limitaciones que se han pretendido imponerle, tal como ocurrió, por ejemplo, cuando algunos Estados pretendieron darle al marido o a los padres un derecho absoluto al veto, cuando la esposa o la hija menor, respectivamente, pretendían practicarse un aborto.

Sin embargo, la Corte Suprema sí aprobó las normas estatales que requerían del consentimiento de los padres de una menor o de su notificación antes de practicarse un aborto, siempre y cuando el interesado pueda solicitar la autorización judicial para practicarse tal intervención, cuando los padres no han querido brindar el consentimiento. En casos como el de *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health* (1983) y el de *Thornburgh vs. American College of Obstetricians and Gynecologists* (1986) ha prevalecido la jurisprudencia establecida en *Roe vs. Wade* (13).

Es necesario destacar la debilidad que tiene el criterio médico, ya que en un futuro relativamente cercano, podrían variar las posibilidades de supervivencia, fuera del vientre materno, de un feto de cuatro o cinco meses; esta transformación provocaría un profundo replanteamiento del derecho de la mujer a abortar y de los límites que la sociedad puede imponerle a tal derecho.

*ii. El rechazo de la solución del plazo en la jurisprudencia constitucional alemana.*

Sentencia del 25 de febrero de 1975.

El 18 de junio de 1974 se aprueba en Alemania la ley que permitía el aborto libre en los tres primeros meses, con la previa consulta médica y siempre que tal

intervención la practicara un profesional en Medicina. La ley no pudo entrar en vigencia en virtud de una acción de inconstitucionalidad interpuesta en su contra. El 25 de febrero de 1975 se decretó la inconstitucionalidad de la regulación de los plazos (en los primeros noventa días, absoluta libertad para abortar bajo control médico), por las siguientes razones:

1) Se establece que la vida en formación es un bien jurídico autónomo protegido por la Constitución (14). La protección de la vida no sólo impide la interferencia del Estado sobre su desarrollo sino que también le impone el deber de protegerla y favorecerla.

2) La obligación estatal de tutela de la vida en formación persiste aun frente a los derechos de la madre.

3) La protección de la vida del embrión (antes de los noventa días), como principio, prevalece, durante todo el embarazo, sobre el derecho de autodeterminación de la gestante, sin que sea aceptable debilitar la protección del bien jurídico vida en formación durante las primeras semanas del embarazo.

4) Desde el punto de vista constitucional, no es indispensable que la protección de la vida en formación se traduzca siempre en una medida de represión penal. Lo importante es determinar si las medidas destinadas a proteger la vida antes del nacimiento garantizan su tutela efectiva en proporción a la importancia del bien jurídico por tutelar. En caso extremo, si la protección que exige la constitución no puede obtenerse de otra forma, el legislador tiene la obligación de utilizar la represión penal como instrumento para garantizar el respeto a la vida en desarrollo.

5) La continuidad del embarazo no es exigible cuando la interrupción del mismo sea necesario para salvar a la madre de un peligro para su vida o de un grave daño en su salud.

También el legislador tiene plena libertad para asumir, en todas sus consecuencias, el principio de que no cabe exigir a la madre otros sacrificios excepcionales de análoga gravedad, en cuyo caso podría dejar impune, en tales circunstancias, la interrupción del embarazo. Con fundamento en todos estos argumentos, el Tribunal Constitucional además rechazó la solución del plazo, y sugirió directamente, la fórmula de las indicaciones (15), pues sólo acepta el aborto como excepción y el respeto a la

vida en formación como regla. La diferencia entre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Roe vs. Wade* y la del Tribunal Constitucional alemán, es evidente. En el primero se le da absoluta preponderancia a la decisión de la gestante sobre el desarrollo de la vida en formación, especialmente durante los primeros tres meses del embarazo. En cambio, el Tribunal Constitucional alemán convierte la vida en formación en un bien jurídico autónomo sobre el que la madre no tiene ningún derecho de disposición, salvo en situaciones excepcionales.

Los argumentos del Tribunal Constitucional alemán se adaptan mejor al contenido de las normas de la constitución costarricense; sin embargo, debe destacarse que el artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica le brinda una protección más amplia a la vida como bien jurídico, pues establece, sin distinciones que la vida humana es inviolable, en cambio el artículo 2.2 de la Constitución alemana prevé una definición más restringida, en los siguientes términos: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. La utilización del término "todos" restringe la protección constitucional de la vida, excluye al nasciturus, tal como lo postula, por ejemplo, un sector importante de la doctrina española (16). Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán no se inclinó, como ya se expuso, por la interpretación restrictiva. El artículo 21 de la Constitución Política costarricense no permite hacer distinciones entre la vida del embrión o feto y el que ha nacido; se refiere en términos generales a la inviolabilidad de la vida. Esta definición incluye la inviolabilidad del feto y del embrión. En las etapas mencionadas existe, indudablemente, vida humana, aunque dependa de otra persona. Queda por dilucidar el momento en que inicia la vida humana. Para algunos autores, como Cerezo Mir, la vida comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide; en contraposición con esta opinión, otros autores como Bustos, Díez Ripollés, etc., consideran que la vida humana se inicia con la anidación del óvulo fecundado en el útero (17). En el caso de Costa Rica, la discusión sobre el inicio de la vida no es un problema de interpretación doctrinal, sino que lo define el apartado primero del artículo cuarto de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en los siguientes términos:

*"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..."*

De acuerdo con este texto, la vida se inicia a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide; en ese momento se debe iniciar la protección de la vida. Tanto el artículo 21 de la Constitución Política costarricense, como el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, definen la vida humana en formación como un bien jurídico autónomo, cuya existencia no depende, en ningún momento, de la voluntad de la progenitora. En estas condiciones, la solución del plazo resulta inaplicable en el ordenamiento jurídico costarricense.

#### b. La solución de las indicaciones.

La solución alternativa al sistema de plazos es la de las indicaciones, que tal como he mencionado, opera bajo el esquema regla-excepción. Se define como principio general, la prohibición del aborto consentido, salvo que concurren algunos supuestos excepcionales específicamente señalados. El proyecto de reforma del artículo 121 del Código Penal opta por esta solución e introduce una indicación ética o criminológica en la que es admisible el aborto. Es una excepción más amplia que las previstas respecto a la vida humana independiente en virtud del menor valor otorgado, desde el punto de vista penal (18), a la vida del concebido que aún no ha nacido y cuyo fundamento reside en el criterio del interés preponderante y en el principio regulador general de la no exigibilidad. La reforma comentada resuelve el conflicto entre la madre y la vida en formación, en favor de la intimidad y la libertad de la progenitora. Esta solución le da un rango inferior a la vida humana en formación, al definirla como un bien jurídico derivado del derecho fundamental a la dignidad humana. No se trata, por tanto, de un derecho fundamental autónomo (19); el menor valor que tiene la vida del concebido permite brindarle una protección diferente que la que el ordenamiento constitucional y penal le concede a la vida del nacido.

Los que se adhieren por la solución de las indicaciones, tal como se hace en el proyecto de reforma del artículo 121 del Código Penal, aunque admiten como regla general la protección de la vida del

nasciturus, no rechazan las excepciones, cuyo contenido es mucho más amplio que las previstas para la vida humana independiente. El menor valor que tiene en la legislación penal la vida del feto o embrión, permite ampliar significativamente las autorizaciones que legitiman la supresión de la vida del nasciturus, tal como se propone en el proyecto.

En realidad, la despenalización del aborto mediante el sistema de indicaciones no significa, en todos los casos, una violación a la norma constitucional que garantice el derecho a la vida (20). Tampoco contraviene el artículo 4.1 del Pacto de San José, pues esta norma sólo establece, como regla general, la protección de la vida a partir de la concepción (21). El problema no tiene una solución fácil, porque aun admitiendo las excepciones, la mayor o menor amplitud de éstas dependerá de la concepción que tenga la Sala Constitucional sobre el bien jurídico vida y los derechos de la madre.

### 3. LA TUTELA DE LA VIDA EN FORMACIÓN Y LA INDICACIÓN ÉTICA O CRIMINOLÓGICA.

El proyecto de reforma del artículo 121 del Código Penal introduce la indicación ética o criminológica, al autorizar el aborto dentro de las primeras ocho o doce semanas del embarazo, cuando éste provenga de una violación o de prácticas sexuales llevadas a cabo en la persona de una menor o que no tenga capacidad de resistir.

Esta modificación pretende darle pleno reconocimiento al derecho que tiene la mujer a una maternidad consciente. Según Binding, la justificación de esta causal reside en la injusticia que significaría la exigencia de que la mujer soporte la permanencia de su deshonor (22).

El aborto ético ha tenido una aceptación relativa a partir de la Primera Guerra Mundial. Las violaciones cometidas por los soldados durante el desarrollo de este conflicto, crearon una atmósfera favorable a la licitud del aborto, cuando el embarazo se origina en un hecho tan reprochable. En estos casos, las mujeres reclamaron su derecho a procurarse el aborto, acudiendo incluso al infanticidio, cuando éste no era posible. Ante una situación tan excepcional, los tribunales franceses, aún sin un texto legal expreso que lo autorizara, eximieron de responsabilidad penal a muchas de las mujeres que aniquilaron la vida del feto o del hijo

fruto de la violación ejecutada por los miembros del ejército invasor.

En Italia este problema fue examinado por la doctrina, y se le definió, mayoritariamente, como un estado de necesidad en el que la acción debía quedar impune (23).

El problema fue similar en la Segunda Guerra Mundial; sin embargo, durante esta época ya existía, en muchas legislaciones, una previsión específica que resolvía el problema.

Uno de los argumentos en favor de la indicación ética o criminológica proviene del aborto honoris causa. Si en este caso se establece una importante atenuación de la pena (de tres meses a dos años de prisión en el código costarricense), sin hacer ninguna valoración ética sobre el origen del embarazo, con mayor razón se justifica la exención de pena cuando la deshonra proviene de una acción que anula la voluntad expresa de la mujer.

Sin embargo, si se le reconoce a la vida en formación plena autonomía, tal como lo prevé el artículo 21 de la Constitución Política y el artículo 4.1 del Pacto de San José, es muy difícil, justificar, constitucionalmente, la autorización de suprimir una vida con fundamento en su origen criminal. Valores como la libertad y la vida se enfrentan dramáticamente en este caso. La indicación ética o criminológica sólo será aceptable, constitucionalmente, si se le da preeminencia a la libertad (autodeterminación) y dignidad de la mujer sobre la vida en desarrollo. Sin embargo, el artículo 21 de la Constitución Política costarricense establece, sin matización alguna, la inviolabilidad de la vida; desde este punto de vista, la ponderación del valor vida en desarrollo y la libertad de la mujer, se inclina en favor del primero. La constitución opta por la tutela de la vida, como bien jurídico autónomo, por esta razón, es difícil admitir, constitucionalmente, tal como se pretende en el proyecto, que una vida en desarrollo deba ser aniquilada por voluntad de la progenitora. La reprochabilidad del acto original no autoriza la supresión de un bien jurídico que tiene reconocimiento constitucional expreso. En este sentido, la introducción de la indicación ética o criminológica contraviene el artículo 21 de la Constitución Política. Esta interpretación podría modificarse en el futuro, si se produce una profunda transformación de las valoraciones sociales y se llega a considerar que la vida en for-

mación debe ceder frente a la autodeterminación y dignidad de la mujer. Las variaciones en los valores sociales se reflejarán en el desarrollo de un vigoroso movimiento político que influirá, inevitablemente, en las definiciones de la justicia constitucional.

Aun con la legislación vigente, los casos que podrían enmarcarse dentro de la indicación ética o criminológica, pueden resolverse, como un estado de necesidad o de inexigibilidad de otra conducta (inculpabilidad). En otras ocasiones, también sería aplicable una norma tan amplia como el aborto impune (art. 121 del Código Penal), pues la salud mental de la madre resulta gravemente quebrantada si se le obliga a soportar una maternidad impuesta mediante un acto tan violento como la violación.

La responsabilidad de la sociedad respecto de este problema no debe soslayarse, tal como se hace usualmente, porque si por un lado se le impone la maternidad a la mujer violada, también deben desarrollarse mecanismos adecuados que le permitan a la sociedad asumir la tutela de los hijos cuyo cuidado no debe imponerse a la madre.

Desde el punto de vista estrictamente práctico, la indicación ética o criminológica puede originar graves abusos en virtud de las dificultades probatorias que siempre se presentan en la investigación de los delitos sexuales, circunstancia que facilita la presentación de un importante número de denuncias en las que se atribuye un embarazo no deseado a un delito de violación inexistente. Esta situación se agrava aún más si se toma en cuenta que en estos casos el aborto debe practicarse antes que se demuestre en sentencia la existencia de la violación, pues si el aborto debe realizarse en las primeras ocho semanas, es imposible demostrar la violación en ese plazo.

La impunidad del aborto por indicación ética o criminológica suscita otro problema constitucional, respecto a la potestad del Estado de destinar fondos públicos para la práctica de estos abortos, en los casos de mujeres de escasos recursos que no pueden sufragar esta operación en una institución de salud privada.

¿Podrá el Estado destinar recursos públicos para aniquilar una vida en desarrollo? ¿La impunidad del aborto justifica el destino de fondos públicos para aniquilar un bien jurídico que según la constitución es inviolable? La impunidad

del aborto no resuelve estos interrogantes, pues estamos analizando dos problemas diferentes. La impunidad del aborto se refiere a un acto ejecutado por un particular; en cambio, el destino de los fondos públicos se refiere a un típico acto de derecho público. Como principio se debe admitir que el gasto público no puede destinarse hacia actividades que contravienen valores tutelados por la Constitución, por esta razón el Estado no podría financiar los abortos practicados por indicación ética o criminológica.

#### 4. CONCLUSIONES.

I. La despenalización del aborto no responde sólo a objetivos político-criminales. Se requiere también una definición sobre el contenido constitucional del bien jurídico vida en formación.

II. La solución de los plazos contra viene la tutela de la vida prevista en el artículo 21 de la Constitución Política y el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

III. El artículo 21 de la Constitución Política y el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos podrían ser compatibles con alguna(s) de las excepciones que prevé la solución de las indicaciones. Esta compatibilidad supondría, fundamentalmente, una vigorosa modificación de las valoraciones sociopolíticas sobre el bien jurídico vida en formación.

IV. El aborto impune por indicación ética o criminológica, tal como se propone el proyecto de reforma del artículo 121 del Código Penal, contradice la actual definición constitucional sobre la vida en formación (artículo 21 de la Constitución Política y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

V. El proyecto de reforma del artículo 121 del Código Penal, tampoco es compatible con los valores sociopolíticos imperantes, pues se le sigue dando mayor valor a la vida en formación que a la intimidad y autodeterminación de la madre.

VI. El Estado no puede destinar el gasto público hacia la financiación de actividades que contradicen valores fundamentales tutelados por la Constitución Política (art. 21 de la Constitución Política), por esta razón, aunque el aborto fuese impune, ninguna institución pública podría financiar tales intervenciones.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. El texto completo de la reforma es el siguiente: "...Adiciónase al artículo 121 del Código Penal, el siguiente párrafo: Tampoco será punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer, o de su representante legal en caso de incapacidad, realizado por un médico o por una obstetra autorizada en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuere menor de doce años. 2. Cuando la víctima se hallare privada de razón o estuviera incapacitada para resistir. 3. Cuando sobre la víctima se usare la violencia corporal o intimidación. Para la aplicación de este artículo, de previo a la intervención médica deberá existir una denuncia penal por la violación en donde consten pruebas e indicios de la existencia de tal delito, y siempre que la víctima se encuentre en las primeras ocho semanas del embarazo..." (Expediente legislativo número 11.322).
2. El respeto a la vida del feto depende, en gran medida, del avance de la ciencia, porque en el momento en que sea posible extraer, mediante un procedimiento eficaz, al feto para insertarlo en una especie de incubadora que permitiría su crecimiento hasta que alcance plena autonomía, la discusión variaría sustancialmente, porque si el feto pudiere sobrevivir fuera del vientre materno, sin peligro y sin inconvenientes para la progenitora, muy pocas personas aprobarían el aborto. En realidad gran parte de la polémica proviene de la inevitable dependencia que tiene el feto respecto de la gestante. En este sentido cabe preguntarse si el reconocimiento de un derecho depende de quién es más fuerte o más desarrollado, en este caso, la madre, o si deben analizarse otros valores. La hipótesis planteada, aunque impensable, por ahora, demuestra que la polémica del aborto depende más de transformaciones circunstanciales que del contenido esencial de los valores en discusión. Ver FERRATER MORA, José y COHN, Priscilla, *"Ética aplicada del aborto a la violencia"*, Ed. Alianza Universidad, España, 1983, p. 42.
3. HUERTA TOCILDO, Susana, *"Criterios para la reforma del delito de aborto"*, publicado en un volumen colectivo titulado *"La despenalización del aborto"*, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p. 11.
4. La cifra negra que existe en el aborto, obedece, especialmente a los siguientes factores: El sujeto activo en estos delitos se asegura la clandestinidad, tal como ocurre en los delitos sexuales; por otra parte, muchas de las personas que conocen la ejecución de este tipo de delitos, no lo considerarían merecedor de sanción, por tanto no lo denunciarían ni estarían dispuestos a rendir testimonio. Es necesario agregar, también, la extraordinaria dificultad probatoria que puede presentarse cuando se pretende demostrar la existencia de un embarazo interrumpido por prácticas abortivas o la identificación de los rastros que dejan las maniobras abortivas, pues si no existen ulteriores complicaciones, las secuelas de la intervención desaparecen en pocos días. Es importante señalar que también en delitos como el enriquecimiento ilícito o el cohecho (propio o impropio), pocas personas están dispuestas a denunciarlos o rendir un testimonio incriminatorio, *ibidem*, pp. 12, 13.
5. *ibidem*, p. 13.
6. El objetivo rehabilitador o resocializador de la pena es una aspiración cuyas realizaciones prácticas son muy escasas. En muchos casos, el infractor no requiere resocialización, tal como ocurre con la criminalidad de cuello blanco, corrupción política o narcotráfico. En otros casos, aún con la delincuencia convencional, resulta difícil, casi imposible, pretender que la privación de libertad permita reincorporar al infractor, cuando en realidad la reclusión provoca el alejamiento de la persona del medio al que se le pretende reinsertar. Cuando se quiere imponer la resocialización del delincuente, se parte de una ingenua concepción causalista e individualista sobre la criminalidad, ignorando sus condicionantes sociológicos y las funciones sociales que cumple. La resocialización es una aspiración que debe reconocerse con un razonable escepticismo. Su vigencia, sin embargo, permite superar la filosofía retributiva de la pena, racionalizando la reacción estatal frente a los hechos delictivos.
7. La solución de indicaciones opera con base en el sistema de regla-excepción. La regla general establece la punibilidad del aborto, sea cual sea el momento de su realización, autorizándolo sólo en las siguientes hipótesis:
  1. Indicación terapéutica o médica. En este caso se autoriza el aborto, en cualquier momento del embarazo, cuando su realización evite un grave peligro para la vida o la salud (física o mental) de la madre, siempre que no sea evitable de otra forma. Esta hipótesis la prevé el artículo 121 del Código Penal costarricense.
  2. Indicación eugenésica. Se justifica el aborto cuando se prevé que el niño pueda nacer con graves taras físicas o psíquicas. Algunas corrientes de opinión cuestionan seriamente esta indicación, al considerar que impone un racismo cromosómico. Es un tema muy polémico sobre el que es difícil opinar, puesto que valores fundamentales se enfrentan contradictoriamente, sin que sea fácil trazar una línea delgada que resuelva el problema. Por ejemplo, podríamos aplicar esta indicación en el siguiente caso: el padre es sífilítico y la madre tuberculosa; ellos han tenido ya cuatro hijos: el primero está ciego, el segundo murió al nacer, el tercero es sordomudo, y el cuarto está tuberculoso. Se anuncia un quinto embarazo. ¿Aconsejaría usted interrumpirlo? Con toda seguridad, la respuesta podría ser abrumadoramente afirmativa y sin embargo, en este caso, se le habría dado muerte a Beethoven. Ver TOULAT, Jean, *"El aborto. ¿Crimen o liberación?"*, Ed. Mensajero, España, 1975, p. 83. Este ejemplo no puede ser el único elemento de juicio que resuelva el problema, pero sí plantea las dificultades que siempre surgen cuando la sociedad debe definir, sobre reglas generales, la continuidad o interrupción de la vida.
  3. Indicación ética o criminológica que es la que se propone en el proyecto.
  4. Indicación económica o social. Se autoriza el aborto cuando la precaria situación económica familiar de la embarazada se vea agravada por el nacimiento de un nuevo hijo, amenazándose de igual forma, el bienestar económico de los otros hijos.
  5. Situación general de necesidad. Esta es una variación de la indicación anterior, se permite el aborto en los tres primeros meses del embarazo, cuando al considerar todas las circunstancias que rodean su vida, no se le pueda imponer a la embarazada el deber de dar a luz. El contenido de esta indicación es bastante amplio, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *"Política criminal del aborto"*, Ed. Bosch, España, 1976, p. 55 ss.
8. A partir de los tres primeros meses, el embrión carece de actividad cerebral y después del plazo mencionado comienza a adquirir una forma semejante a la humana. Ver GIMBERNAT, Enrique, *"Por un aborto libre"*, publicado en el volumen titulado: *"La despenalización del aborto"*, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1983, p. 35. Estos argumentos no son muy convincentes, porque la definición de la vida humana no puede depender de un elemento único como la actividad cerebral y menos si tal inactividad no es irreversible; con este criterio se simplifica excesivamente el contenido de la vida. Respecto a la forma humana, es un criterio mucho más cuestionable, porque no define la vida humana en función de valores esenciales, sino que recurre, en último término, a una huida y discutible formalidad.
9. HUERTA TOCILDO, *supra*, nota 3, pp. 17 y 18.
10. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *"Derecho a la vida"*, publicado en volumen titulado: *"La despenalización del aborto"*, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1983, p. 95.
11. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *"Manual de Derecho Penal, parte especial"*, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1991, p. 16.
12. WILLIAMS, Wendy, *"Sex Discrimination: Closing the Law's Gender Gap"*, publicado en el volumen *"The Burger Years"*, Penguin Books, 1988, pp. 115-116.
13. *ibidem*, p. 117.
14. El artículo 2.2 de la Constitución alemana establece: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. De igual manera, el artículo 1.1 reconoce la intangibilidad de la dignidad del hombre, imponiendo a todo poder público la obligación de protegerla y respetarla.
15. HUERTA TOCILDO, Susana, *supra*, nota 3, p. 28.
16. Así lo consideran Luis Arroyo Zapatero y Enrique Gimbernat. Estos autores consideran que el artículo quince de la Constitución española sólo se refiere a quienes han nacido, ya que cuando establece que: "todos tienen derecho a la vida...", incluye exclusivamente a las personas que han alcanzado una vida independiente, excluyendo al embrión o feto. Ver de GIMBERNAT, Enrique, *"Constitución y aborto"*, publicado en volumen colectivo titulado: *"La despenalización del aborto"*, publicado por la Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1983, pp. 83 y ss. Ver también de ARROYO ZAPATERO, Luis, el artículo *"Prohibición del aborto y Constitución"*, publicado en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, España, 1980, p. 209.
17. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *supra*, nota 10, p. 16.
18. El Código Penal refleja muy claramente las diferentes valoraciones que se hace entre la vida del feto o embrión y la que se le reconoce a la persona. Para el aborto procurado (art. 119, C.P.), la sanción es de uno a tres años, atenuándose esta pena a seis meses hasta dos años, cuando el feto no ha alcanzado seis meses de vida intrauterina. En cuanto al aborto honoris causa (art. 120, C.P.), la pena es de tres meses a dos años. En este caso, se le reconoce al honor de la

mujer un valor relativo frente al bien jurídico vida. Las sanciones previstas en los delitos mencionados denotan la diversa valoración que el ordenamiento jurídico hace sobre la vida antes y después del nacimiento, especialmente si se toma en cuenta que para el homicidio simple se establece una pena de ocho a quince años (art. 111, del Código Penal).

19. ARROYO ZAPATERO, Luis, "Prohibición del aborto y Constitución", *supra* nota 15, pp. 216-217.

20. Si se admite que la vida del nasciturus es un bien jurídico jerárquicamente inferior al de la vida

humana independiente, las excepciones que autorizan el aborto (indicaciones) serían compatibles con la protección constitucional del bien jurídico vida. Algunos autores como Enrique Gimbernat excluyen la vida del embrión (*nasciturus*) de la protección constitucional. Esta exclusión la deduce el citado autor, de la propia redacción del artículo quince de la Constitución española, en el que se establece que "todos tienen derecho a la vida..."

21. El artículo 4.1 del Pacto de San José, establece que el derecho a la vida "...estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". El texto admite expresamente la

posibilidad de que existan situaciones excepcionales en las que no sea posible proteger la vida desde el momento de la concepción.

22. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *supra* nota 7, p. 81. Se aduce en favor de la indicación ética o criminológica, el siguiente argumento: a la madre le será más fácil la decisión de aceptar el hijo cuando sea una decisión libre y no impuesta por la amenaza de una pena estatal.

23. S. LONGHI, "Le donne violentate in guerra e lo stato di necessità", publicado en *La Scuola Positiva*, 1915, p. 481 ss. Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *supra* nota 7, p. 82.