

EL ABORTO EN COSTA RICA: SIGUIENDO LAS HUELLAS JURÍDICAS DE UN TABÚ SOCIAL

Mág. Larissa Arroyo Navarrete¹

RESUMEN

El presente artículo desarrolla y analiza un tema prohibido en la sociedad costarricense: el aborto. Para este propósito se expone el marco de la realidad social y jurídica del aborto, el abordaje en el Código Penal en cuanto a la penalización, la diferencia entre el aborto y el homicidio como figuras jurídicas, la protección a los embriones y fetos en el Código Civil, los bienes jurídicos y derechos en conflicto reducidos recurrentemente a la derecho a la vida y a la salud de la mujer versus derecho a la vida del embrión o feto, la sentencia Artavia Murillo y otros vs Costa Rica como

¹ Posee un bachillerato y una licenciatura en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, una Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, dos Diplomas de postítulo por la Universidad de Chile: "Derechos Humanos y Mujeres: Centroamérica" y "Derechos Humanos y Mujeres: Estrategias Jurídicas para la Incidencia" y actualmente está finalizando la Maestría en Justicia Constitucional en la Universidad de Costa Rica. Es abogada, feminista, costarricense, litigante especialista en derechos humanos y género, activista y docente universitaria en maestrías de derechos humanos. Ha sido consultora y asesora jurídica en diversas organizaciones nacionales y regionales en incidencia política y litigio estratégico nacional costarricense y ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Actualmente es la presidenta de la Asociación Ciudadana ACCEDER. Correo electrónico: larissa.arroyo@gmail.com

gestional del feto o embrión. Esto consta en el artículo penal 118³ "Aborto con o sin consentimiento" donde se explicita que, a mayor edad gestacional, la pena se eleva. Este artículo 118, bajo el título "Aborto con o sin consentimiento", evidencia que nuestro ordenamiento hace una valoración de la pena con base en dos elementos esenciales:

- el consentimiento visto como la capacidad de manifestarlo; y
- la edad gestacional del feto o embrión.

Consentimiento	Edad gestacional	Pena
Sin consentimiento de la mujer	Feto tiene más de 6 meses	3-10 años de prisión
Sin consentimiento de la mujer	Feto tiene menos de 6 meses	2-8 años de prisión
Con consentimiento, pero la mujer es menor de 15 años de edad	Feto tiene más de 6 meses	3-10 años de prisión
Con consentimiento, pero la mujer es menor de 15 años de edad	Feto tiene menos de 6 meses	2-8 años de prisión

Con relación, al trato que da nuestro Código Penal a la mujer que se practique un aborto ya sea ella misma o a través de una tercera persona, el artículo 119 sobre "Aborto procurado"⁴ establece coincidentemente con el artículo 118, una valoración basada en la edad gestacional del feto o embrión.

3 "Aborto con o sin consentimiento.

Artículo 118.- El que causare la muerte de un feto será reprimido: 1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto había alcanzado seis meses de vida intrauterina; 2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer."

4 "Aborto procurado.

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

den surgir dudas sobre los números reportados dado el estigma que conlleva el aborto para el personal de salud, sin embargo, no cuenta el país, a pesar de la importancia del tema, con estadísticas e informes estatales que permitan saber con certeza el número de solicitudes de aborto bajo las causales legales vigentes, hechas, otorgadas o denegadas. Es a partir de este contexto que partimos del hecho que el Estado costarricense ha fallado en producir y difundir masivamente datos públicos sobre las solicitudes y consecuentes aprobaciones o denegaciones, de aborto terapéutico, así como de los abortos que se realizan por el sistema público y privado de salud.

3.- EL ABORDAJE DEL ABORTO EN COSTA RICA: VERDADES Y MITOS

I.- EL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE Y LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO

Desde 1970², nuestro ordenamiento contaba con varios artículos penales en los cuales hace referencia al tema del aborto. No obstante, se ha generalizado la idea de que el aborto es prohibido en términos absolutos, tanto en la sociedad costarricense como en el personal de salud e incluso funcionariado del Poder Judicial. Lo cierto es que, si bien el aborto está penalizado, el propio ordenamiento vigente hace una clara diferencia en las excepciones y las penas dependiendo de las circunstancias en las cuales se realiza, la persona o las personas que lo realizan, si existe consentimiento de la mujer o no y el periodo gestacional del embrión o feto.

i. La penalización

En la actualidad en el Libro Segundo de los Delitos bajo el título I de Delitos contra la Vida encontramos una sección dedicada exclusivamente al aborto. Nuestro ordenamiento hace una valoración de la pena con base en dos elementos esenciales: el consentimiento visto como la capacidad de manifestarlo y la edad

2 Código Penal, 15 de noviembre de 1970.

Consentimiento	Edad gestacional	Penal
Mujer se practique un aborto ya sea por sí misma o con la asistencia de una otra persona	Feto tiene más de 6 meses	1-3 años de prisión
Mujer se practique un aborto ya sea por sí misma o con la asistencia de una otra persona	Feto tiene menos de 6 meses	6 meses-2 años de prisión

Adicionalmente, se ha de considerar que la pena de la mujer que se practique un aborto ya sea por ella misma o con la ayuda de otra persona es menor que la pena establecida para esta segunda persona. Este trato diferenciado implica el reconocimiento de que la decisión de practicarse un aborto conlleva razones de peso para el ordenamiento jurídico.

Artículo penal	Sujeto	Edad gestacional	Penal
Art. 118	Mujer se practique un aborto ya sea por sí misma o con la asistencia de una otra persona	Feto tiene más de 6 meses	1-3 años de prisión
Art. 119	Persona que cause un aborto que NO sea la propia mujer pero que cuente con el consentimiento de esta	Feto tiene más de 6 meses	3-10 años de prisión
Art. 118	Mujer se practique un aborto ya sea por sí misma o con la asistencia de una otra persona	Feto tiene menos de 6 meses	6 meses-2 años de prisión
Art. 119	Persona que cause un aborto que NO sea la propia mujer pero que cuente con el consentimiento de esta	Feto tiene menos de 6 meses	2-8 años de prisión

ii.- El honor como bien jurídico

El honor en términos arcaicos, es un bien a proteger y por tal razón querer ocultar la deshonra de la mujer y como tal está contemplado por nuestro Código Penal. De tal manera, que este determinó que es un elemento a considerar para disminuir la pena la razón de querer ocultar la deshonra de la mujer. De ahí, la justificante para la figura del "Aborto honoris causa" del artículo 120.⁵

Sobre este tema, también vale resaltar el perdón judicial, bajo el artículo 93⁶ del mismo código supra, en tanto, el legislador concedió valor al honor de la mujer para brindar la posibilidad de extinción de la pena cuando una mujer haya causado su propio aborto e incluso para quien lo haya producido cuando fuera ascendiente o descendiente por consanguinidad o hermana. El mismo artículo va más allá y aunque no es causal legal explícita para interrumpir el embarazo, una violación es considerada como razón suficiente para otorgar ese perdón.

Por último, la pena del "Aborto culposo" refiere a aquella interrupción del embarazo siempre y cuando no caiga en ninguna de las anteriores circunstancias y se limita a establecer días multa y no pena de prisión a diferencia del tipo penal de homicidio culposo que si establece en el artículo 117 penas entre 6 meses a 10 años de prisión.⁷

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

6 "Perdón Judicial.

Artículo 93.- También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos:

(...)

4) A quien haya causado un aborto para salvar el honor propio o lo haya producido con ese fin a una ascendiente o descendiente por consanguinidad o hermana; 5) A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación;"

7 "Artículo 122.- Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto"

II. HOMICIDIO Y ABORTO: DOS FIGURAS PENALES MUY DISTINTAS

Si bien han existido iniciativas para que la figura penal del aborto fuera equiparada con la de homicidio, se debe de recalcar de que en la actualidad son dos tipos penales muy diferentes con consecuencias jurídicas muy distintas. Esto merece ser analizado con minuciosidad en consideración de que, en otros países como El Salvador, precisamente a la luz de este supuesto, existe una denuncia por parte de organizaciones de sociedad civil nacional como la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico Ético y Eugenesico e internacional, así como internacionales tales como Amnistía Internacional (La prohibición total del aborto en El Salvador condena a menores y familias al trauma y la pobreza, 2015), sobre casos de mujeres que están siendo encarceladas aun cuando hayan sufrido abortos espontáneos o las cuales se les está denegando el acceso a éste para reguardar la vida del feto, lo cual resulta en la muerte de ambos. (Ventas, El Salvador: "Murió con el feto adentro porque la ley contra el aborto no nos permitió darle el tratamiento contra su cáncer", 2016) El número de mujeres procesadas y condenadas a penas de prisión de hasta 40 años, en algunos casos por homicidio agravado por el grado de parentesco ha ido en aumento. (Ventas, Aborto en El Salvador: "Si esta fuera mi mujer, yo ya le hubiera volado la cabeza", 2015) En resumen, en el Salvador estas prácticas de criminalización del aborto y equiparación de la figura de éste con la de homicidio, han tenido un impacto desproporcionado en las mujeres en situación de más vulnerabilidad, por encontrarse en situación de pobreza, sin acceso a educación, y muchas veces incluso por ser mujeres jóvenes. (CDR, Excluidas, perseguidas, encarceladas. El impacto de la criminalización absoluta del aborto en El Salvador, 2013).

En el caso de Costa Rica, esto fue resuelto por Sala Constitucional desde el 2004 en su sentencia 2792 (Acción de inconstitucionalidad, 2004) y fue consolidado por la sentencia Artavia Murillo y otros vs Costa Rica en el 2012 (Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs Costa Rica, 2012). La mencionada acción de

inconstitucionalidad en contra de los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil, fue interpuesta por un abogado bajo argumento de que existía una violación al derecho a la igualdad y la justicia protegida por el artículo constitucional 33 ya que varios artículos del Código Penal y del Código Civil costarricense trataban de modo desigual a embriones y fetos con respecto a las personas a pesar de supuestamente ser un mismo bien jurídico "vida". Adicionalmente, alegó que el artículo 121, también era inconstitucional en tanto, le brindaba mayor peso al derecho a la salud de la mujer cuando según su argumentación el derecho a la vida del embrión o feto era un bien jurídico superior.

Adicionalmente, alegó que el artículo 31 del Código Civil señalaba que la norma le otorga la calidad de persona al que nace viva, y que por lo tanto contravenía lo establecido en la sentencia constitucional 2306 (Acción de inconstitucionalidad, 2000) donde se prohibía la fertilización in vitro, prohibición que por cierto se mantuvo hasta que la Corte Interamericana zanjó el asunto.

La Sala Constitucional, en ese momento determinó que la argumentación del accionante hacía referencia a que:

"(...) 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."⁸

Es por esto, que la Sala se manifestó desde entonces en el sentido de que el peligro de la salud de la mujer representa un peligro a la lesión a su dignidad como ser humano y que el ordenamiento no puede exigirle que la soporte. Otro punto interesante es que hace referencia a que jerárquicamente el derecho a la vida no es superior al derecho a la salud, sino que son de rango equivalente y por lo tanto, la decisión de la mujer cuyo embarazo pudiera resultar en lesión a su salud, a su dignidad o a su vida, no puede ser

8 El resaltado no es del original.

sanccionada.⁹ La Sala constitucional, por lo tanto, concluye que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.

Si bien, este alto Tribunal habla en esta sentencia de peligro para la salud de la mujer, como una amenaza grave y sería aun cuando no pone directamente en riesgo su vida, no es posible omitir la definición de salud por parte la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el Preámbulo de su Constitución, la cual fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados que entró en vigor el 7 de abril de 1948:

"La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades."
(OMS, 1946)

Esta definición ha sido ampliamente utilizada como parámetro por la misma Sala Constitucional costarricense, no obstante, existe una contradicción particular en la temática del aborto, ya que fue la misma Sala quien denegó el acceso a una interrupción del embarazo en los casos de Ana y Aurora, descritos en este artículo en el apartado de casos emblemáticos. En cualquier caso, la protección de la vida y la salud feto no puede pasar sin entender

⁹ "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 sería 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 desahogado 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." El resaltado no es del original

la protección de la vida y la salud de la mujer, por la relación intrínseca entre el producto del embarazo y la persona que carga ese embarazo. Esto lo retomó la sentencia Artavia Murillo como desarrollado en el apartado sobre Bienes Jurídicos en Disputa.

III. CÓDIGO CIVIL

Uno de los alegatos, más utilizados para afirmar que cuando se discute sobre aborto, hay una colisión de derechos de dos sujetos, a entender del feto y de la mujer, en tanto el embrión o feto tiene derecho a la vida sobre la base del artículo 31 del Código Civil, sobre Existencia de las personas, que establece:

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

En ese sentido, vale destacar dos puntos esenciales. El primero que versa sobre el número usado para determinar cómo nacida la persona física: 300 días. Esto no corresponde de manera alguna ni siquiera a las 40 semanas contadas desde la última regla de la mujer, medida usada por la medicina para calcular el parto. El segundo y más importante es el hecho de que se determina que la existencia inicia únicamente si el feto nace vivo.

En relación al derecho a la vida del embrión o feto, es imperativo retomar el criterio de la Corte Interamericana de Derechos en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, que fue el resultado de la disputa desde el año 2000 para poder asegurar el acceso a la técnica médica de fertilización in vitro como se verá más adelante.

4.- BIENES JURÍDICOS EN DISPUTA

Aún con las causales legales vigentes, se ha debatido ampliamente el concepto de "vida humana" y la protección jurídica que

se le otorga a ésta, pero sobre todo sobre el alegado derecho a la vida del producto del embarazo. Para esto es pertinente, desarrollar el tema a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*. (Caso *Artavia Murillo y otros* (fecundación in vitro) vs Costa Rica, 2012).

I. SENTENCIA *ARTAVIA MURILLO VS COSTA RICA DE LA CORTE IDH*

El 3 de febrero de 1995, mediante decreto ejecutivo N° 24029-S, el Ministerio de Salud autorizó el uso de la FIV para parejas conyugales y para regulaba su ejecución. No obstante, el 7 de abril de 1995, se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho decreto. Se alegó que esta práctica médica era una supuesta violación del derecho a la vida de los óvulos fecundados y el 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional anuló por inconstitucional el decreto, convirtiendo a Costa Rica, en prácticamente el único país del mundo en no permitirlo. No fue sino hasta el 28 de noviembre de 2012, que la Corte Interamericana zanjó el asunto, pero el Estado costarricense, a través de la Sala Constitucional, volvió a alegar que había una violación al derecho a la vida de los embriones y que por lo tanto era necesario regular dicha técnica a través de una ley y no de un decreto como lo había intentado hacer el Poder Ejecutivo. Así, de nuevo, la disputa por el derecho a la vida de los embriones, generaba una disputa al punto del cuestionamiento, incluso por parte del Poder Judicial de la obligatoriedad del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH y por lo tanto generar resistencia en el cumplimiento de la sentencia de FIV la propia Sala Constitucional que incluso puso un alto al decreto presidencial que permitía la práctica de la técnica mientras se resolvía en la Asamblea Legislativa bajo la argumentación de la violación al derecho a la vida y con la gravedad del cuestionamiento político y jurídico de la Corte IDH como ente encargado de la interpretación legítima de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto se resolvió en febrero del 2016, con la sentencia de supervisión de la Corte IDH a Costa Rica:

“Por cinco votos contra uno, 4. Disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la Sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta Resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-5 de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia” (Supervisión de cumplimiento de sentencia, 2016).

En todo caso, la sentencia *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, nos dejó 5 puntos clave (UNFPA, 2016) para resolver otros temas de derechos reproductivos y en particular el tema del aborto terapéutico:

i. *El reconocimiento a los derechos y la autonomía reproductiva*

La Corte IDH en el caso de *marras* reconoció la interrelación que existe entre la autonomía reproductiva, el acceso a los servicios de salud reproductiva, dentro de los cuales se debe incluir el acceso a los avances científicos, la protección de la vida privada y familiar, a la libertad e integridad personal y a fundar una familia, vistos estos como derechos reproductivos y por lo tanto como derechos humanos, cuya violación impactan de manera particular a las mujeres por las consecuencias que estas decisiones tienen a la hora de desarrollar su proyecto de vida. Adicionalmente la Corte IDH determinó que los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente: el número de hijos e hijas, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.¹⁰

ii. *El acceso a servicios de salud reproductiva*

Para la Corte IDH, la falta de normativa nacional en materia de salud reproductiva podía resultar en un deterioro grave del

¹⁰ (Caso *Artavia Murillo y otros* (fecundación in vitro) vs Costa Rica, 2012) (Párr. 146, Párr. 150)

derecho a la autonomía y la libertad reproductiva (Párr. 147) y que la Caja Costarricense de Seguro Social debía incluir el acceso a la FIV como parte de sus programas y tratamientos de reproducción asistida e infertilidad, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación (Párr. 4).

iii. Definición del concepto del derecho a la vida

El tema del inicio de la vida, el derecho a ésta y el reconocimiento de protección jurídica ha constituido el mayor nudo en estos temas de discusión. En resumidas, la Corte IDH determinó que la CONCEPCIÓN inicia con la IMPLANTACIÓN. Las implicaciones de esto son enormes en un país donde aún se alega que la anticoncepción de emergencia es abortiva y el aborto terapéutico debe ser restringido a cuando la mujer esté en peligro mortal, aun que eso no sea lo que dice el art. 121 del Código Penal que asegura el derecho de todas las mujeres al aborto impune para evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer.

La Corte definió cómo debe interpretarse el término "concepción" y sobre la base de la prueba científica, determinó que hay que diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación, señalando que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. La Corte indicó que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas.¹¹

iv. El reconocimiento de la protección del derecho a la vida es gradual, NO absoluto

Este es un punto de impacto torrencial en nuestra normativa. La Corte, concluyó que la protección del derecho a la vida es

11 (Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, 2012) (Párr. 186-187; Párr. 189; Párr. 222; Párr. 264).

gradual e incremental y no absoluto, a partir de la implantación del embrión en el útero de la mujer y en la medida que el desarrollo gestacional de éste alcanza un mayor grado de proximidad a la condición psicobiológica y moral del nacido vivo. La mayoría de los Estados Parte de la CADH permiten la práctica de la FIV dentro de sus territorios. La Corte consideró que ello es posible a partir de la interpretación dada a los alcances del artículo 4 de la CADH según la cual la protección al embrión no debe ser de tal magnitud que no se permita la técnica FIV (párr. 256). La Corte sostuvo que en el marco del artículo 4.1 de la Convención, la protección absoluta del embrión que genera la violación a los derechos de autonomía, autodeterminación, libertad, identidad personal y proyecto de vida es contraria al objeto y fin de la CADH, que tutela los derechos humanos.¹²

Desde un punto de vista jurídico, el alegato de que únicamente la Asamblea Legislativa puede permitir la FIV debido a la reserva de ley por la supuesta vulneración del derecho a la vida del embrión no implantado, se derrumba con la interpretación en la sentencia contra Costa Rica de la Corte IDH del art. 4.1. de la CADH en el párrafo 189 sobre el término "concepción", ya que establece que éste debe de ser entendido como implantación y por lo tanto ha de leerse que la protección legal al derecho a la vida se debe desde la implantación y no desde la fecundación.

v. La protección del embrión, la cual se realiza a través de la protección de la mujer embarazada

Para terminar, la Corte IDH estableció que la protección del embrión se realiza a través de la protección a la mujer embarazada. Si la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de ésta.¹³ En ese sentido, es determi-

12 (Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, 2012) (Párr. 314 y 315).

13 (Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, 2012) (Párrafo 222).

nante el parr. 223, que concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión. Esta es la base vigente para la interpretación de nuestro art. 21 constitucional que dice que "La vida humana es inviolable", el cual debe de ser complementado por lo establecido por la Corte IDH al respecto de que el embrión implantado gozará de la protección de ley a su derecho a la vida, y ésta protección deberá de ser gradual e incremental según el desarrollo del embrión y no absoluta como han mantenido los sectores que trabajan arduamente para erosionar los derechos de las mujeres y hombres que sufren de infertilidad en el país. En otras palabras, se debe de proteger jurídicamente la vida humana antes de la implantación y se debe de reconocer el derecho a la vida después de la implantación.

En conclusión, la sentencia Artavia Murillo es un hito en la realidad jurídica costarricense, por el fondo y por la forma. En el fondo, marca la progresividad de la protección embrionaria y coloca su inicio en la implantación. En la forma, le deja claro al sistema jurídico costarricense sus obligaciones frente a los instrumentos e instancias internacionales que ha ratificado: no se trata de letra muerta. Ambas situaciones configuran sin duda alguna un panorama más propicio para la protección y el cumplimiento de los derechos sexuales y reproductivos en Costa Rica.

5.- LA EXCEPCIÓN A LA NORMA: EL ABORTO IMPUNE

Tal y como descrito en el apartado anterior, el Código Penal costarricense, abarca el aborto en el Título de Delitos contra la vida en consideración de la vida del feto, esto a pesar de la ponderación que hace de la pena en relación al desarrollo gestacional del feto, aunque no hace mención a su viabilidad en sí como consecuencia de la edad gestacional. Es en este mismo título, que se encuentra un artículo poco conocido tanto por aquellas personas profesionales en derecho, incluyendo el personal del Poder Judi-

cial como por aquellas personas profesionales en salud ya sea en el sector privado o en el sector estatal. El artículo 121¹⁴ sobre aborto impune, conocido popularmente como "aborto terapéutico" específica que no es punible aquel aborto que reúna necesariamente todos los siguientes elementos:

- 1.- Sea consentido por la mujer;
- 2.- Sea realizado por médico (o médica) o obstétrica autorizada (o obstétrico autorizado)¹⁵;
- 3.- Se haga para evitar un peligro para la vida de la mujer¹⁶;
- 4.- Se haga para evitar un peligro para la salud de la mujer;
- 5.- El peligro para la vida y/o salud de la mujer no haya podido ser evitado por ningún otro medio que no fuera el embarazo.

5.1.- Costa Rica en la mira: evaluaciones y recomendaciones al país de los Comités de Derechos Humanos

I. OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

En el 2011, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en sus Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, 2011), manifestó al Estado Costarricense su preocupación por el insuficiente reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos del país, incluyendo la falta de garantía al acceso al aborto legal, debido a la falta de directrices médicas

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

15 El lenguaje género inclusivo es de uso reciente por lo cual, no se encuentra presente en la inmensa mayoría de la normativa costarricense, aunque de acuerdo a la jurisprudencia constitucional se ha de interpretar el masculino como no restrictivo del femenino.

16 El artículo hace mención de la palabra "madre" y no "mujer", constituyendo un error en tanto el concepto "madre" deriva por un lado de la construcción identitaria de la mujer o bien de las consecuencias jurídicas para aquella mujer que haya dado a luz y que el producto de ese embarazo haya sido registrado de acuerdo a la normativa como hijo o hija.

claras en que se esboce cuándo y cómo puede hacerse un aborto legal.¹⁷ Adicionalmente, le recomendó la elaboración de directrices médicas sobre el acceso al aborto legal y su correspondiente difusión amplia entre los profesionales de la salud y el público en general así como que considerara la posibilidad de revisar la ley relativa al aborto con miras a la identificación de otras circunstancias bajo las cuales podría permitirse el aborto, como los abortos en casos de embarazos resultantes de violación o incesto.¹⁸

II. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas brindó sus observaciones al Estado costarricense con respecto al tema del aborto (ComitéDDHH, 2016), manifestando que le preocupaba que el aborto únicamente estuviera permitido cuando existiera un riesgo grave para la vida y la salud de la mujer embarazada y que la legislación no permitiera otras excepciones como en casos de violación, incesto y de discapacidad fatal del feto, y adicionalmente que en la práctica el aborto fuera inaccesible incluso cuando respondiera al único motivo permitido, debido a la ausencia de protocolos que determinen cuándo procede su realización, lo que lleva a las mujeres embarazadas a buscar servicios de abortos clandestinos que ponen en peligro su vida y su salud. De manera adicional manifestó preocupación por la información de denuncia según la cual mujeres han sido víctimas de violencia por parte de personal médico y en algunos casos incluso se les ha denegado el acceso a procedimientos médicos básicos.¹⁹

17 “32. El Comité expresa su preocupación por el insuficiente reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos en el Estado parte. Le preocupa que las mujeres no tengan acceso al aborto legal, debido a la falta de directrices médicas claras en que se esboce cuándo y cómo puede hacerse un aborto legal (...).”

18 “c) Elabore directrices médicas sobre el acceso al aborto legal y las difunda ampliamente entre los profesionales de la salud y el público en general.”

d) Considere la posibilidad de revisar la ley relativa al aborto con miras a la identificación de otras circunstancias bajo las cuales podría permitirse el aborto, como los abortos en casos de embarazos resultantes de violación o incesto.”

19 “Aborto 17. Preocupa al Comité que el aborto únicamente está permitido cuando existe un riesgo grave para la vida y la salud de la mujer embarazada y que la legislación no permita otras excepciones como en casos de violación, incesto y de discapacidad fatal del feto. Además, le preocupa que en la práctica el aborto sea inaccesible incluso cuando responde al único motivo permitido, debido a la au-

No emitió decir que el Estado costarricense debía:

“a) Revisar su legislación sobre el aborto a fin de incluir motivos adicionales para la interrupción voluntaria del embarazo, inclusive cuando el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto y en caso de discapacidad fatal del feto, con el fin de garantizar que las barreras legales no causen a las mujeres recurrir al aborto clandestino que pone su vida y su salud en riesgo.”

III. RECOMENDACIONES DEL COMITÉ DEL NIÑO

El Comité de Derechos del Niño examinó el cuarto informe periódico de Costa Rica (CRC/C/CRI/4) en sus sesiones 1630ª y 1631ª (véanse CRC/C/SR.1630 y CRC/C/SR.1631), celebradas el día 10 de junio de 2011, y aprobó, en su 1639ª sesión, celebrada el 17 de junio de 2011, las siguientes observaciones finales referentes al aborto:

— Preocupación por la falta de acceso al aborto legal, la carencia de directrices para informar a los médicos acerca de cuándo pueden practicar legalmente un aborto, la elevada tasa de abortos practicados en condiciones de riesgo y la falta de atención adecuada después de un aborto.²⁰ Sobre esta base, recomendó tanto la adopción de directrices en las cuales se informara a los médicos cuándo pueden practicar legalmente

sencia de protocolos que determinen cuándo procede su realización, lo que lleva a las mujeres embarazadas a buscar servicios de abortos clandestinos que ponen en peligro su vida y su salud. También preocupa al Comité la información según la cual mujeres han sido víctimas de violencia por parte de personal médico y en algunos casos incluso se les ha denegado el acceso a procedimientos médicos básicos (arts. 3, 6, 7 y 17). 18. El Estado parte debe: a) Revisar su legislación sobre el aborto a fin de incluir motivos adicionales para la interrupción voluntaria del embarazo, inclusive cuando el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto y en caso de discapacidad fatal del feto, con el fin de garantizar que las barreras legales no causen a las mujeres recurrir al aborto clandestino que pone su vida y su salud en riesgo.”

20 “62. El Comité celebra el Plan de Salud de la Adolescencia 2010-2015, pero le preocupa: (...) c) La falta de acceso al aborto legal, la carencia de directrices para informar a los médicos acerca de cuándo pueden practicar legalmente un aborto, la elevada tasa de abortos practicados en condiciones de riesgo y la falta de atención adecuada después de un aborto.”

un aborto en caso de riesgo para la vida y la salud de la madre y se les aclare que la excepción al artículo 121 del Código Penal relativa a la salud se aplica, entre otras cosas, a los embarazos en razos resultantes de la violencia sexual y a los embarazos en que el feto tenga malformaciones graves, y garantice el derecho de las mujeres y adolescentes embarazadas a recurrir las decisiones de los médicos; así como que se ampliara el aborto legal a los casos de violación y violencia sexual intrafamiliar y mejoré en los hospitales públicos la disponibilidad y la calidad de la atención posterior al aborto.²¹

Vale mencionar que ninguna de estas recomendaciones de los 3 comités se ha cumplido de manera integral y efectiva.

6.- CASOS EMBLEMÁTICOS

Actualmente dos mujeres, Ana y Aurora, han presentado la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la denegación del Estado costarricense de proveerles del aborto al que tenían derecho según la normativa vigente respetivamente.

I. ANA (A.N.N.) (CDR, A.N. vs COSTA RICA, 2008)

Ana (o A.N. siglas usadas en el caso presentado ante la CIDH para proteger su identidad) es una mujer que a sus 26 años de edad, quedó embarazada. No lo había planeado, pero esto la ilusionó mucho y por ello se sintió muy preocupada cuando en la primera etapa de su embarazo empezó a tener abundantes vómitos.

21 “c) Adopte directrices en que se informe a los médicos cuándo pueden practicar legalmente un aborto en caso de riesgo para la vida y la salud de la madre y se les aclare que la excepción al artículo 121 del Código Penal relativa a la salud se aplica, entre otras cosas, a los embarazos resultantes de la violencia sexual y a los embarazos en que el feto tenga malformaciones graves, y garantice el derecho de las mujeres y adolescentes embarazadas a recurrir las decisiones de los médicos; d) Amplíe el aborto legal a los casos de violación y violencia sexual intrafamiliar y mejoré en los hospitales públicos la disponibilidad y la calidad de la atención posterior al aborto.”

tos y sangrado. Por esta razón, acudió a un hospital estatal para realizarse exámenes médicos, y ahí, recibió una noticia que cambió su vida: un diagnóstico que resultó en una agonía. El ultrasonido reveló un embarazo de 6 semanas de alto riesgo con “amenaza de aborto” de un feto al cual diagnosticaron encefalocele occipital, es decir tenía malformaciones tan severas que eran incompatibles con la vida extrauterina.

El resultado fue una depresión profunda, por lo cual conociendo la legislación costarricense, que establecía el derecho a una interrupción del embarazo para evitar un peligro para la salud (y la vida) y solicitó de forma reiterada, verbal y escrita, a las autoridades hospitalarias. Estas se negaron. Mientras tanto su salud se veía cada vez más afectada, al punto de que al 5 mes un psiquiatra determinó que el embarazo la exponía a un riesgo de muerte por suicidio y recomendó a las autoridades de salud interrumpir el embarazo.

Un elemento determinante fue que además de la denegación del aborto, Ana tuvo que enfrentar un entorno hostil y maltratos de parte del personal médico, el cual “en lugar de cumplir con su deber de cuidar de su salud, la enjuició e incluso la sometió a burdas acerca de su situación, vulnerando aún más su frágil condición mental.”

El 5 de junio de 2007, cuando abandonó la esperanza de que el sistema de salud cumpliera su deber de velar por su salud, la madre de Ana recurrió ante la Sala Constitucional para proteger la salud y la vida de su hija y pedir la autorización de un aborto terapéutico o impune como lo conoce la legislación costarricense. Dos días después, la Sala Constitucional determinó que si bien se había documentado y corroborado un riesgo para su vida y su salud, éste provenía de sí misma y no del embarazo. 27 días después, una labor de parto de más de 7 horas, tuvo como resultado una un feto muerto de sexo femenino. La autopsia reveló que la muerte fue por “encefalocele y óbito fetal”, que, en palabras sencillas, descubriría lo que ya Ana sabía que ocurriría: el feto había

muerto dentro del útero ya que las malformaciones implicaron que el revestimiento y el líquido protector del cerebro quedarían por fuera del cráneo.

Ana perdió su trabajo, su pareja, la posibilidad de finalizar sus estudios, la alegría de vivir y hoy en día lucha, contra la depresión, ataques de ansiedad, diarrea crónica e inhibición social. Esta mujer, muy religiosa, lleva tatuado en su piel, el nombre que le hubiera puesto a su hija, y se ha dispuesto que ninguna mujer vuelva a vivir la tortura que ella recuerda todos los días de su vida desde el 2007.

II. AURORA

A pesar de que Ana, había empezado su batalla para asegurar el derecho de toda mujer cuya salud estuviera riesgo de poder acceder a una interrupción terapéutica del embarazo, en el 2012, Aurora (CDR, Derecho a la Salud de Mujeres embarazadas, 2015) sería, desgraciadamente, la prueba de que el sistema de salud sería manteniendo prácticas discriminatorias y denegatorias de los derechos fundamentales de las mujeres y que aún quedaría mucho camino que recorrer.

Este embarazo, igual que el de Ana, fue inesperado pero muy deseado y su vida quedaría marcada para siempre, cuando en una etapa muy temprana del embarazo, Aurora fue al control prenatal al hospital estatal que le correspondía, y recibió el diagnóstico de que el feto tenía un "posible síndrome de abdomen pared". Por consejo médico, tuvo que esperar hasta la semana 11, para tener certeza del diagnóstico que resultó ser el mismo: las malformaciones del feto impedirían cualquier posibilidad de sobrevivencia fuera del útero. Esto provocó en Aurora a lo largo del embarazo, un estado depresivo agudo, síntoma de vómito explosivo y dolores físicos severos y continuos, los cuales el doctor afirmaba que eran "normales". La historia de Ana se repitió y aunque en múltiples ocasiones, de forma verbal y escrita, Aurora solicitó la interrupción del embarazo por el peligro que corría su salud integral, es

decir física y emocional. El argumento que salía de la boca de los doctores y autoridades de salud también fue el mismo: solo se podía interrumpir aquel embarazo que pusiera en riesgo la vida de la mujer. Fueron inútiles los alegatos de que eso no era lo que decía el artículo 121 del Código Penal costarricense y que estaban restringiendo una norma penal de forma antojadiza, sin razón legítima y menos con la potestad jurídica para hacerlo.

Ella también recurrió igual que Ana, a la Sala Constitucional, ya que su salud física y emocional empeoraba, para demandar ya no el acceso a un aborto impune sino un adelanto de parto. El tiempo que había perdido solicitando a las autoridades médicas su derecho al aborto terapéutico, había convertido la situación en mucho más grave de lo que inicialmente era. En teoría, las semanas de gestación hacían que un feto sin malformaciones pudiera sobrevivir fuera del útero, y por lo tanto aunque tuviera las patologías congénitas diagnosticadas como incompatibles con la vida extrauterina, el procedimiento que aplicaba no podía ser aborto, sino un adelanto del parto para no alargar su sufrimiento.

La respuesta la recibió 7 semanas después que ocurriera lo inevitable: fue intervenida de emergencias, entre fuertes dolores y ruptura prematura de la membrana. Dio a luz a un feto que murió inmediatamente después de la cesárea. Desde entonces, Aurora padece de inhibición social, ansiedad y una grave afectación emocional.

III. LOS CASOS DE ANA Y AURORA ANTE LA CIDH

En el 2008, Ana presentó su caso ante la CIDH acompañada de la organización costarricense Colectiva por el Derecho a Decidir y con el apoyo jurídico del Centro por los Derechos Reproductivos. Para el 2013, con la misma convicción de que ninguna mujer volviera a vivir la tortura y tratos inhumanos y degradantes a los que fue expuesta, Aurora presentó su denuncia ante la misma entidad y con el mismo acompañamiento. En la actualidad, Ana y Aurora son representadas por la Asociación Ciudadana ACCEDER y por

el Centro de Derechos Reproductivos y se encuentra en un proceso de negociación de acuerdo amistoso iniciado bajo solicitud del Estado costarricense.

7.- LAS BARRERAS PARA EL ACCESO AL ABORTO TERAPÉUTICO: ¿CUANTAS MÁS ANAS Y AURORAS?

Si bien existe una vasta lista de posibles y reales barreras para el acceso al aborto impune, algunas a considerar de manera inmediata son:

- i. No existen datos oficiales sobre cuántas mujeres solicitan por año un aborto impune porque su salud está en riesgo o cuántas mujeres acceden a este procedimiento médico por esta misma causa. De la misma forma que ocurre con el aborto inducido por causas que no correspondan al artículo 121 del Código Penal, el Estado costarricense ha omitido ahondar en la recopilación, sistematización y análisis de información que es determinante para la toma de decisiones en materia de salud pública.
- ii. Está pendiente la creación y aprobación de la reglamentación del artículo 121, que le indique al personal de salud y le brinde seguridad sobre cuáles son las causales permitidas por ley en el país, a saber, de forma expresa, que no es únicamente la vida de la mujer que es tutelada y protegida, sino que además la salud también lo es.
- iii. El temor del personal de salud de ser denunciado por desconocimiento de la normativa solo puede aliviado bajo la urgencia de un cambio en el curriculum universitario de las carreras de salud que permita incorporar el enfoque de derechos humanos, género y particularmente de derechos sexuales y reproductivos en el marco de las tecnologías para no funcionar.
- iv. El propio desconocimiento en materia jurídica del personal médico incluso del mismo funcionariado del poder judicial se ve sustentado por el hecho de que Costa Rica es un estado confesional que sostiene de manera impune la imposición de

criterios morales y religiosos por encima de criterios técnico-médicos y jurídicos.

- v. La falta de reglamentación técnica ha hecho que se equiparen las costumbres institucionales a la normativa como producto precisamente de la falta de formación en derechos humanos, género y normativa vigente en las carreras de salud.
- vi. La falta de conocimiento de las mujeres sobre sus derechos y los mecanismos para exigirlos. Esto ha implicado un incumplimiento por parte del estado de campañas de divulgación de información los derechos reproductivos y sus mecanismos de acceso así como de denuncia en caso de denegación y por lo tanto.

8.- CONCLUSIONES FINALES

Ha pasado mucho tiempo desde la interposición de una acción de inconstitucionalidad donde se cuestionaba que el derecho a la salud de la mujer estuviera por encima del derecho a la vida del embrión, y de la resolución de la Sala Constitucional, pero la sociedad e incluso la comunidad jurídica, sigue sosteniendo recurrentes cuestionamientos del derecho de las mujeres en Costa Rica a tomar decisiones sobre sus cuerpos y por lo tanto las acciones dirigidas a materializar esa voluntad. Esto deriva de la omisión del reconocimiento de estas como sujetas de derechos, titulares de una dignidad inherente a su condición de persona.

Este tema es un tabú, y en donde si duda se requiere hacer un ejercicio de ponderación para determinar una posible colisión de derechos pero esto no puede ser hecho ignorando el hecho de que la mujer es sujeta de derechos con una dignidad inherente a su condición de persona para poner decidir sobre su cuerpo, ni tampoco el impacto diferenciado en la denegación al acceso a los servicios reproductivos incluyendo el aborto impune.

La afectación por esta denegación, siempre en consideración de la voluntad de la mujer como requisitos esencial para cualquier

práctica médica, implica poder reconocer por lo tanto que existen derechos violentados de manera sistemática por el Estado costarricense tales como el derecho a la vida, en su más amplia interpretación, es decir, el derecho a una vida digna y libre de todo tipo de violencia incluyendo aquella ejercido por el Estado, el derecho a la integridad física y emocional, entre otros sin omitir el derecho a tener recursos.

Ante el alegato de una supuesta colisión de derechos entre la vida y la salud de la mujer y la vida del producto del embarazo, sea embrión o feto, se debe de considerar en todo momento los estándares internacionales de derechos humanos. En ese sentido, la sentencia Artavia Murillo establece que la protección de embrión o feto no puede darse más que a través de la protección a la mujer.

Por otra parte, pareciera que la constante en pretender tomar como equivalentes el derecho a la vida de un embrión con el de un feto, sin considerar la edad gestacional, omite varios puntos tales como que nuestro propio ordenamiento considera de gran relevancia este elemento del desarrollo del producto del embarazo incluso para determinar las penas, además de que en el art. 121 del Código Penal, no se establece plazos para permitir el aborto, sino que son otros los requisitos, entre otros el que la salud o la vida de la mujer pudiera estar en riesgo. Se debe de hacer énfasis en el que "pudiera" y no en el que necesariamente "tenga que estar" en riesgo además de la prevalencia del derecho a la salud de la mujer incluso por encima del derecho a la vida el embrión o feto.

En resumen, nuestro propio derecho interno, estableció décadas atrás el examen de ponderación al punto que garantiza el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo para evitar un riesgo a su salud, coincidente por cierto con la sentencia Artavia Murillo que recalca la protección gradual y no absoluta del derecho a la vida del feto, no obstante seguimos sin acceso garantizado al aborto impune como lo establece la normativa vigente y sin abarcar las discusiones en el plano de los socio-cultural lejos de los estigmas, estereotipos y mitos ajenos por supuesto a la evidencia científica.