

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

“Despenalización del Aborto en casos de violación y en casos de embarazos con alteraciones congénitas y/o genéticas del feto en Costa Rica”

Vivian Cubero Mora

B32186

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

San José, Costa Rica

Octubre 2019



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

FD Facultad de
Derecho

02 de octubre de 2019
FD-3234-2019

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Vivian Cubero Mora, carné B32186, denominado: "Despenalización del aborto en casos de violación y/o abuso sexual y en casos de embarazos con alteraciones congénitas y/o genéticas del feto en Costa Rica" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	<i>Dr. Marvin Carvajal Pérez</i>
Presidente	<i>Dr. Álvaro Burgos Mata</i>
Secretaria	<i>Dra. Rosaura Chinchilla Calderón</i>
Miembro	<i>Dr. Javier Llobet Rodríguez</i>
Miembro	<i>Dr. Olivier Gassiot</i>

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 23 de octubre del 2019, a las 6:30 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



Nuestra *salud mental* importa

RSP/lcv
Cc: arch. Expediente

Recepción
Tel.: 2511-4032
recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos
Tel.: 2511-1521
accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia
Tel.: 2511-1558
administrativacasajustica.fd@ucr.ac.cr

www.derecho.ucr.ac.cr

San Pedro de Montes de Oca, 28 agosto de 2019

Señor

Doctor Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor director:

He leído la tesis de la egresada Vivian Cubero Mora, carné B32186 titulado: “Despenalización del aborto en casos de violación y en casos de embarazos con alteraciones congénitas y o genéticas del feto en Costa Rica”, a la cual le doy mi aprobación, pues cumple con todos los requisitos de forma y fondo para ello.

El trabajo realizado por la egresada Cubero Mora parte de una rigurosa investigación relativa a un tema de absoluta actualidad y de alto impacto jurídico y social. Desarrolla el tema con claridad y basada en un esmerado manejo de fuentes normativas y jurisprudenciales. Es un trabajo que sin duda tendrá un impacto en la academia nacional y en el foro interamericano.

Por estas razones, reitero la aprobación dada al trabajo en cuestión.

Con toda consideración,



Profesor Marvin Carvajal Pérez
Director

San José, 28 de agosto, 2019

Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Dr. Salas,

El suscrito, Álvaro Burgos Mata, en mi condición de lector, hago constar que leído y aprobado el Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado: "Despenalización del aborto en casos de violación y en casos de embarazos con alteraciones congénitas y o genéticas del feto en Costa Rica", propuesta por la estudiante Vivian Cubero Mora, portadora del carné universitario B32186.

Se trata de un trabajo serio y bien elaborado, que parte de una investigación amplia y minuciosa, acerca de un tema de innegable actualidad en la esfera jurídica costarricense.

En virtud de lo anterior, por este medio hago constar que el presente trabajo final cumple con los requisitos formales exigidos por el área de investigación, de conformidad con el reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Con muestras de mi alta estima y consideración,



Dr. Álvaro Burgos Mata

Lector

San José, 02 de octubre de 2019

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica


Asunto: Aprobación de Tesis de Licenciatura de la egresada Vivian Cubero Mora.

Estimado señor Ricardo Salas:

Por este medio, en mi calidad de lector de la tesis elaborada por la egresada Vivian Cubero Mora, carné B32186 titulada *"Despenalización del Aborto en casos de violación y en casos de embarazos con alteraciones congénitas y/o genéticas del feto en Costa Rica"*, le comunico que he leído y revisado dicha investigación, la cual cuenta con mi aprobación.

La investigación realizada por la señorita Cubero Mora es un trabajo elaborado con rigor y precisión académica sobre un tema de actualidad. Asimismo, la tesis cumple con todos los requisitos exigidos por la normativa universitaria, por lo que merece ser defendida ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Sin otro particular,



Dr. Javier Lobet Rodríguez.

Lector

CARTA DE REVISIÓN DEL FILÓLOGO

San José, 09 de septiembre del 2019.

**SEÑORES
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

Estimados señores:

Hago constar que he revisado la tesis para optar por el grado de LICENCIATURA en DERECHO, de la estudiante VIVIAN CUBERO MORA, denominado DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN Y EN CASOS DE EMBARAZOS CON ALTERACIONES CONGÉNITAS Y/O GENÉTICAS DEL FETO EN COSTA RICA.

He revisado errores gramaticales, de puntuación, ortográficos y de estilo que se manifiestan en el documento escrito, y verificado que estos fueron corregidos por la autora.

Con base en lo anterior, se considera que dicho trabajo cumple con los requisitos establecidos por la UNIVERSIDAD para ser presentado como requerimiento final de graduación.

Atentamente,

Dr. Bolívar Bolaños Calvo.

Carné: 2.949

Colegio de Licenciados y Profesores

DEDICATORIA

A todas las mujeres que vieron sus derechos fundamentales cercenados por una sociedad patriarcal, que esta tesis sea parte del cambio para que se nos reconozcan plenamente nuestros derechos, en un plano de igualdad, sin discriminación, sin violencia de género.

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, por su apoyo incondicional, siempre.

A Julie Diane Recinos y Maritza Aguilar, por ser las mejores mentoras que pude haber tenido académica, profesional y personalmente; y por su constante lucha en defensa de derechos fundamentales.

A Megan Hernández por su apoyo durante toda la carrera.

A Marvin Carvajal, Alexander Rodríguez y Adrián Gamboa por toda la guía durante el proceso de redacción de tesis.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
JUSTIFICACIÓN.....	1
ANTECEDENTES.....	4
MARCO TEÓRICO	13
PROBLEMA.....	20
HIPÓTESIS	20
OBJETIVOS	21
Objetivo General	21
Objetivos Específicos:	21
ESTADO DE LA CUESTIÓN	22
PERTINENCIA SOCIAL Y ACADÉMICA.....	28
METODOLOGÍA	29
PRIMERA PARTE: EL ABORTO Y SU DESPENALIZACIÓN	30
TÍTULO I: Dualidad “Vida y Aborto”	30
1. Dualidad “Vida-Aborto”	31
1. El concepto de “vida” en relación con el concepto de “aborto” planteado por la Iglesia Católica. ..	32
1.1. Casti Connubii.....	35
1.2. Humanae Vitae.....	37
1.3. Evangelium Vitae.....	38
2. El concepto de “vida” planteado por la Sala Constitucional de Costa Rica en sus resoluciones 2306-2000 y 2792-2004.	47
2.1. Resolución N° 2306-2000 de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.	47

2.2. Resolución N° 02792 – 2004 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.....	49
3. El concepto de “vida” planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, a propósito de la sentencia 2306-2000 de Sala Constitucional.....	54
i) Interpretación del derecho a la vida conforme al sentido corriente de los términos.....	55
ii) Interpretación sistemática e histórica del derecho a la vida.....	57
iii) Interpretación según el objeto y fin del Tratado.....	62
4. El concepto de “vida” en relación con el concepto de “aborto” planteado por la Corte Constitucional Colombiana, respecto de la sentencia C-355-06.....	64
i) La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado, y su diferencia con el derecho a la vida.....	65
ii) La vida y los tratados internacionales de derechos humanos parte del bloque de constitucionalidad.....	67
Título II: Condición Jurídica Actual del Aborto en Costa Rica y Latinoamérica.....	71
A) Tratamiento del aborto en Costa Rica: El aborto como delito y el aborto no punible.	71
A1) EL ABORTO PUNIBLE: análisis del aborto en el código penal desde la teoría del delito.	71
i) La acción de abortar.....	72
ii) Tipicidad del delito de aborto.....	72
iii) Antijuridicidad en el aborto.....	75
iv) Culpabilidad en el aborto.....	77
A2) EL ABORTO NO PUNIBLE: (Aborto Terapéutico).....	78
A2.1. Análisis del Artículo 121 del Código Penal.....	79
A.2.2. El perdón judicial como causa extintiva de la pena y la extinción de la acción penal bajo la posibilidad de la aplicación de criterios de oportunidad en el aborto en embarazos producto de violación.....	81
A2.3. Norma técnica sobre aborto impune.....	84
B) Recomendaciones de Organismos Internacionales en materia de aborto al Estado de Costa Rica.....	92
B1) Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas sobre el Estado de Costa Rica (CEDAW/C/CRI/CO/7).....	93
B2) Observaciones finales del Comité de los Derechos del niño sobre el cuarto informe de Costa Rica (CRC/C/CRI/4).....	95
B3) Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/WG.6/33/CRI/2).....	97

C) Condición Jurídica Actual del Aborto en Latinoamérica: Despenalización del aborto en legislaciones Latinoamericanas.....	100
C1) Aborto despenalizado y costado por el Estado.	105
C.1.1. México DF	105
C.1.2. Cuba	110
C.1.3. Uruguay.....	111
C2) Aborto despenalizado causalmente	113
C.2.1. Colombia	114
C.2.2. Chile	120
C.2.3. Argentina.....	125

SEGUNDA PARTE: INDICADORES PARA LA DESPENALIZACIÓN Y NECESIDAD DE LA

REFORMA	130
----------------------	------------

TÍTULO I: INDICADORES PARA LA DESPENALIZACIÓN.	130
--	------------

I) Aborto en casos de embarazo producto de violación.	130
I.1) Violación sexual como forma de tortura	130
I.2) Obligaciones internacionales en materia de violación sexual como una forma de tortura	132
I.3) Secuelas de la violación sexual	136
I.3.1) Consecuencias psicológicas, sobre la salud mental y conductual en la mujer producto de violación sexual.	136
I.3.2) Consecuencias físicas en la salud de la mujer producto de violación sexual.	137
I.4.) El embarazo como consecuencia de la violación sexual.	139

II) Aborto en embarazos con alteraciones congénitas y/o genéticas del feto.....	142
--	------------

TÍTULO II: NECESIDAD DE LA REFORMA.....	145
--	------------

I) El bloque de constitucionalidad y el parámetro de convencionalidad: La obligatoriedad de los tratados internacionales en relación a los derechos humanos y en particular, con respecto a la penalización del aborto.	145
I.1) El Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: El bloque de constitucionalidad y el parámetro de convencionalidad.....	146
i) Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.	151
ii) Los derechos fundamentales de las mujeres en el bloque de Constitucionalidad y en el derecho internacional.	153
iii) La dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.....	162
iv) La salud y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.....	166

v) La proporcionalidad y la razonabilidad como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.....	170
i) Sobre la necesidad de la medida:	174
ii. Sobre la idoneidad de la medida:	179
iii. Sobre la proporcionalidad en sentido estricto.	181
CONCLUSIONES	184
BIBLIOGRAFÍA	195
I. Tesis	195
II. Artículos de Revistas Académicas, Periódicos o Informes no Gubernamentales y Publicaciones de Gobiernos	196
III. Libros y Doctrina	206
IV. Sentencias Nacionales, Internacionales, Publicaciones de Cuerpos Internacionales y Jurisprudencia Varia	208
V. Normativa	219
VI. Otros	221

RESUMEN

La doctrina en el derecho internacional público y la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos han reconocido el acceder a servicios legales de aborto como un derecho reproductivo fundamental de la mujer¹. Este reconocimiento compone la obligación de los Estados de Derecho de garantizar la regulación del aborto, brindar los servicios necesarios y de adoptar las medidas administrativas y legislativas necesarias para asegurar que las mujeres puedan efectivamente acceder a dicho servicio. Sin embargo, según estadísticas de la Organización Mundial de la Salud en conjunto con el Instituto Guttmacher², en los países en vía de desarrollo se llevan a cabo anualmente alrededor de 25 millones de abortos inseguros que resultan en muertes maternas evitables; esta relación verificable entre la práctica de abortos inseguros y las tasas de mortalidad materna evitables ha permitido un consenso internacional sobre la innegable relación que existe entre el acceso a servicios de aborto legal, y la garantía de los derechos fundamentales de las mujeres³. En Costa Rica, aun cuando existe en nuestra legislación penal un supuesto de aborto no punible⁴, es innegable la existencia de una realidad de ineficacia en la realización del mal llamado aborto terapéutico⁵; esta inoperancia e incapacidad de una mujer para auto determinarse, proteger su salud, su dignidad, su vida, su derecho a la reproducción sexual, y su derecho a no ser re victimizada después de una violación o torturada al ser obligada a llevar a término un embarazo en el que el producto va a nacer muerto es el centro de este trabajo final de graduación.

Así, mediante un análisis de constitucionalidad de la prohibición del aborto en los casos de embarazo producto de violación o de incompatibilidad del feto con la vida extrauterina esta tesis exalta la necesidad de expulsar de nuestro Código Penal el articulado que penaliza el aborto en

¹ Mutatis Mutandi: Grégor Puppink, “*Abortion and the European Convention on Human Rights*”. Irish Journal of

² Organización Mundial de la Salud, *En todo el mundo se producen aproximadamente 25 millones de abortos peligrosos al año*. Comunicado de prensa conjunto de la OMS y el Instituto Guttmacher, 28 de septiembre de 2017. Accedido 2 de octubre de 2017, www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafe-abortions-worldwide/es/

³ Ver en el mismo sentido a Monica, Arango Olaya. "El acceso al aborto terapéutico en Costa Rica". Periódico La Nación, 16 de junio de 2011. Accedido 2 de octubre de 2017, www.nacion.com/opinion/foros/acceso-aborto-terapeutico-Costa-Rica_0_1201879881.html.

⁴ Artículo 121, Código Penal de la República de Costa Rica

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición P1159-08 A.N. vs. Costa Rica y P 1377-13 Aurora vs. Costa Rica.

dichos supuestos. Inicialmente se planteó como hipótesis la expulsión del articulado mediante reforma legislativa, analizando los argumentos socio políticos y legales en legislaciones hermanas como México, Argentina, Cuba, Uruguay, Colombia y Chile para intentar reproducir dichos argumentos en el contexto costarricense; sin embargo dada la coyuntura política nacional y la mayoría conservadora en el legislativo dicha opción se descartó definiendo como vía más factible para la despenalización del aborto en casos de violación e incompatibilidad del feto con la vida extrauterina la acción de inconstitucionalidad. Para lo anterior se empleó una metodología inductiva con enfoque cualitativo y estudio explicativo, haciendo referencia a doctrina, jurisprudencia y legislación tanto costarricense como de diferentes legislaciones del continente americano y el sistema interamericano, así como de diferentes fuentes primarias, tales como tesis de universidades latinoamericanas, entre ellas la Universidad Autónoma de México (UNAM), la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad de Costa Rica (UCR), artículos de diarios nacionales costarricenses e internacionales, revistas de ciencias jurídicas y otros.

De esta forma en el desarrollo de esta tesis se visibilizaron los valores jurídicos que se ven en choque en la penalización del aborto, ahondando extensamente en cada uno de ellos, especialmente en el derecho a la vida, para luego confrontarlos con diversos instrumentos de derecho internacional público que conforman el parámetro de constitucionalidad y convencionalidad para realizar posteriormente un análisis de proporcionalidad y razonabilidad en sentido estricto de la norma que prohíbe el aborto en nuestro código penal. Todo lo anterior se hizo considerando los mecanismos de control legal y las limitantes a la libertad de configuración del legislador en materia penal, para demostrar que la penalización del aborto en los casos de violación a la mujer e incompatibilidad del feto con la vida extrauterina es desproporcionada, irrazonable y contraria al bloque de constitucionalidad por violentar (entre otros más) el derecho fundamental a la vida, el derecho a la salud entendido de forma íntegra, a la dignidad humana, la igualdad y no discriminación, a la equidad de género, a la libertad, el derecho a la integridad corporal, al control de la propia sexualidad y capacidad reproductiva, el derecho a la planificación familiar, al estar libre de violencia, el derecho a la no tortura, a la libre determinación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sustentando así en las conclusiones la urgente necesidad de expulsar el articulado que penaliza el aborto en dichos supuestos de nuestro ordenamiento jurídico.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Cubero Mora, Vivian. "Despenalización del aborto en casos de violación y en casos de embarazos con alteraciones congénitas y/o genéticas del feto en Costa Rica". Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. viii y 222.

Director: Marvin Carvajal Pérez.

Palabras Clave: aborto, despenalización, tipo penal de atenuante, derechos humanos, derecho a la vida, derecho al aborto, derecho a la dignidad humana, derecho a la salud, derechos de las mujeres, violencia de género, parámetro de convencionalidad, bloque de constitucionalidad, constitucionalización del derecho penal, proporcionalidad en sentido estricto, razonabilidad.

INTRODUCCIÓN

JUSTIFICACIÓN

La doctrina en el derecho internacional⁶ y la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos⁷ han reconocido frecuentemente el acceder a servicios legales de aborto como un derecho reproductivo fundamental de la mujer⁸. Este reconocimiento compone la obligación de los Estados de Derecho a garantizar la regulación del aborto, brindar los servicios necesarios y de adoptar las medidas administrativas y legislativas necesarias para asegurar que las mujeres puedan efectivamente acceder a dicho servicio⁹. Sin embargo, según estadísticas de IIMMHR (International Initiative on Maternal Mortality and Human Rights), y la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) en conjunto con el Instituto Guttmacher, en los países en vía de desarrollo se llevan a cabo anualmente alrededor de 25 millones de abortos inseguros que resultan en muertes maternas evitables¹⁰, lo cual constituye una grave violación al derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes, a la vida, a la salud, a la integridad, a la libre determinación, y a la igualdad de la mujer.

La relación verificable entre la práctica de abortos inseguros y las tasas de mortalidad materna evitables ha permitido un consenso internacional sobre la innegable relación que existe entre el acceso a servicios de aborto legal, y la garantía de los derechos fundamentales

⁶ Ver, inter alia, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/4)* del 21 de julio de 2003, párr. 31, Accedido 2 de octubre de 2017, [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.GC.2003.4.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.GC.2003.4.Sp?Opendocument); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 24 (Artículo 12): La Mujer y la Salud*, A/54/38/Rev.1.1999 cap. I, párrs. 11-14; Comité De Derechos Humanos, *Observación General No. 28 (Artículo 3): La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, CCPR/C/21/Rev.1/Add/10. 2000. párrs. 10, 11, y 20, 2000.

⁷ Ver, inter alia, Corte Europea de Derechos Humanos, *Tysiac v. Polonia*, Aplicación No. 5410/03, párrs. 116-118 (2007), Accedido 2 de octubre de 2018, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470376112.html>; Corte Europea de Derechos Humanos, *A, B & C v. Irlanda*, Aplicación No. 25579/05, párrs. 153-265. 2010; Comité de Derechos Humanos, *K.L. v. Perú*, Comunicación No. 1153/2003 (CCPR/C/85/D/1153/2003), párrs. 6.2 y 6.6, 2005.

⁸ Mutatis Mutandi: Op. Cit. Puppink. "Abortion and the European Convention on Human Rights".

⁹ Ver en el mismo sentido a Op. Cit. Arango Olaya. "El acceso al aborto terapéutico en Costa Rica".

¹⁰ Op. Cit. Organización Mundial de la Salud, *En todo el mundo se producen aproximadamente 25 millones de abortos peligrosos al año*.

de las mujeres¹¹. Los diferentes Comités de Monitoreo de las Naciones Unidas han consolidado una doctrina en la que se reconocen las violaciones a los Derechos Humanos de las mujeres que suceden como consecuencia de la falta de acceso a abortos legales, entre los que se encuentra, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a no ser discriminada, al reconocimiento de derechos reproductivos y sexuales, a no ser re victimizada, a no ser torturada, a la autodeterminación del propio cuerpo¹², entre otros.

En la misma línea, y aterrizando al contexto latinoamericano, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-355 del 2006 en relación con el tema del aborto, consideró contrario a la Constitución Colombiana la penalización del aborto en ciertos casos, constituyéndose así pionera en temas de Derechos Humanos en Latinoamérica, específicamente, derechos reproductivos de la mujer. Sin embargo, la realidad media Latinoamericana no se constituye tan garante de los Derechos reproductivos de las mujeres como en Colombia; situación que incluso llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a dictar medidas provisionales respecto de El Salvador en el “Asunto B”¹³, cuando “B” vio en grave peligro su vida a causa de su embarazo, y al estar penalizado completamente el aborto, la Corte requirió al Estado de El Salvador que adoptara y garantizara, de manera urgente, todas las medidas que fuesen necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B pudiera adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B¹⁴.

Esta situación de incertidumbre legislativa, o penalización del aborto parecía hasta hace poco ser un denominador común en las legislaciones latinoamericanas, no siendo la legislación costarricense la excepción; con penas privativas de libertad para la mujer que abortase¹⁵. Así las cosas, aun cuando en Costa Rica se permite únicamente el mal llamado

¹¹ Ver en el mismo sentido a Op. Cit. Arango Olaya, "El acceso al aborto terapéutico en Costa Rica".

¹² *Ibíd.*

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto B, Medidas Provisionales respecto de El Salvador*, Resolución de 29 de mayo de 2013.

¹⁴ Op. cit. Corte IDH, *Asunto B*, Resultando 1.

¹⁵ Artículos 118 a 120, Código Penal de la República de Costa Rica.

aborto terapéutico (aborto no punible)¹⁶, se constituye en el territorio nacional una realidad de ineficacia en la solicitud de la realización de un aborto terapéutico.¹⁷ Esta inoperancia e incapacidad de una mujer para auto determinarse, proteger su salud, su dignidad, su vida, su derecho a la reproducción sexual, y su derecho a no ser re victimizada después de una violación o torturada al ser obligada a llevar a término un embarazo en el que el producto va a nacer muerto es un tema que pretende ser abordado en esta tesis. Razón que justifica esta investigación; si en países donde el aborto está completamente prohibido o se permite solo para salvar la vida de la mujer o preservar su salud física (como es el caso de Costa Rica), solo 1 de cada 4 abortos fue seguro (según el estudio supra citado de la OMS) y por el contrario, en los países donde el aborto es legal en supuestos más amplios, casi 9 de cada 10 abortos se realizó de manera segura¹⁸, estamos ante una situación que debemos cambiar.

Amén de lo anterior, este trabajo pretende analizar la constitucionalidad de la prohibición del aborto en los casos de violación o de incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, adicional a dar a entender que restringir el acceso al aborto no reduce el número de abortos, solo aumenta la tasa de mortalidad y pone en peligro a las mujeres; finalmente se pretende cambiar la realidad costarricense en pro de una nueva legislación que consolide los derechos reproductivos de las mujeres, remediando así las muertes evitables de niñas, adolescentes y mujeres que ponen en riesgo sus vidas al tener que acudir a abortos clandestinos e ilegales, usualmente bajo condiciones insalubres.

Asimismo, la investigación es pertinente; pues este supuesto de cambio y de reactivación del tema del aborto, procura aportar a la sociedad costarricense una propuesta de despenalización parcial del aborto basada en dos supuestos: a) Despenalización del aborto en casos de embarazo producto de violación y; b) Despenalización del aborto cuando el producto del embarazo se está gestando con una enfermedad congénita o genética de tal

¹⁶ Artículo 121, Código Penal de la República de Costa Rica.

¹⁷ Razón por la cual, actualmente se ha demandado al Estado de Costa Rica, por incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos bajo las peticiones P1159-08 A.N. vs. Costa Rica y P 1377-13 Aurora vs. Costa Rica, en el marco de la prohibición por parte del Estado de brindar acceso al aborto a “Ana” y “Aurora”, bajo el numeral 121 del código penal costarricense.

¹⁸ Op. Cit. Organización Mundial de la Salud, *En todo el mundo se producen aproximadamente 25 millones de abortos peligrosos al año.*

forma que al nacer su muerte es irremediable en forma inmediata o a corto plazo. Cuya utilidad, de consolidarse en la normativa legal costarricense implicaría un gran impacto y un gran avance en los derechos de las mujeres en Costa Rica.

ANTECEDENTES

En Costa Rica, en el marco legislativo, se ha discutido el tema de la despenalización parcial del aborto en diferentes momentos históricos; sin embargo, los datos del Sistema Integrado Legislativo solamente registran dos proyectos de despenalización del aborto que hayan llegado a debate en el plenario en los últimos treinta años, no obstante, ninguno de ellos ha llegado a constituirse Ley de la República.

El primer intento de despenalización relevante para esta investigación fue el propuesto por la diputada socialcristiana Nury Vargas en 1991, tramitado bajo el expediente 11322. El proyecto consistía en la despenalización del aborto en casos de violación sexual, y según Alda Facio¹⁹ a pesar de haber causado una acalorada discusión y polémica, la reacción de los costarricenses fue apática. El principal problema para la aprobación del proyecto de ley, en 1991, fue la demagogia y el fundamentalismo religioso sobre el cual se concentró el debate²⁰. La víctima del crimen de violación e incesto y sus derechos fundamentales raramente se mencionaba, los opositores al proyecto se preocupaban más sobre el derecho a la vida del cigoto y se les olvidaba el derecho a la vida y el derecho a una vida digna de la mujer o niña que había sido brutalmente violada.²¹ Dicha iniciativa terminó en fracaso legislativo²² y fue archivada bajo el expediente desestimado número 8435²³.

¹⁹ Facio, Ada. *La Violencia Nuestra de Cada Día*. Mujer/Fempres, 4. 1991. Citado en Gómez Roldán, Iris Roxana. “Despenalización del aborto en casos de violación sexual e incesto: derecho fundamental de toda mujer a no ser torturada y re-victimizada”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014. p. 9.

²⁰ Gómez Roldán, Iris Roxana. “Despenalización del aborto en casos de violación sexual e incesto: derecho fundamental de toda mujer a no ser torturada y re-victimizada”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014. P. 9.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ Sistema Integrado Legislativo, Biblioteca de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Proyecto de Ley No. 11322 “Reforma al artículo 121 del Código Penal (aborto no punible)”*. Archivado No. 8435. Accedido el 10 de noviembre de 2018,

El siguiente intento legislativo, después del de la diputada Vargas en 1991 fue en noviembre de 2007; en este caso, se presentó una iniciativa que, según la opinión de algunos sectores, podría despenalizar el aborto²⁴. Dicha iniciativa fue propuesta por la entonces diputada socialcristiana y después vicepresidenta de la República, Ana Helena Chacón, rotulada bajo el expediente 16887. Ésta propuesta legislativa buscaba adicionar un capítulo referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, a la Ley General de Salud, n° 5395²⁵. La adición incluía el término salud sexual y salud reproductiva desde una perspectiva integral²⁶, también establecía que le correspondería al Estado mediante sus instituciones promover los cambios culturales, sociales, económicos, políticos e institucionales, así como definir las políticas públicas, para hacer efectivo el pleno ejercicio de dichos derechos. De la misma manera, establecía la responsabilidad del Estado en materia de derechos de salud sexual y reproductiva, el reconocimiento de algunos derechos básicos en el tema, como el uso de los anticonceptivos de emergencia para evitar embarazos no deseados, y educación a adolescentes, entre otros. Dicho expediente recibió un dictamen afirmativo de mayoría en la Comisión de Derechos Humanos (después de superar 356 mociones en el 2014²⁷), estuvo en el plenario a la espera de su votación

http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=11322.

²⁴ Chaverri Valverde, Esteban. Servicios Documentales, Biblioteca de la Asamblea Legislativa, Área de Orientación al Usuario y Gestión de Servicios, Unidad de Referencia Virtual. 2017. Accedido 2 de octubre de 2017, www.asamblea.go.cr/sd/Lists/Consultas%20Biblioteca/DispForm.aspx?ID=1256&ContentTypeId=0x01006D6BF9436BDE9744B205E77060552A13.

²⁵ El proyecto se titulaba “Adición de un nuevo capítulo iii referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al título i del libro i de la ley general de salud, n° 5395 de 30 de octubre de 1973 y sus reformas, anteriormente denominado: (adición de un nuevo capítulo iii referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al título i del libro i de la ley general de salud, n° 5395 de 30 de octubre de 1973)”.

²⁶ El texto del proyecto describía ambos derechos de forma íntegra, de la siguiente manera: *"Artículo 37.- Se entiende por salud sexual un proceso que conduce al bienestar físico, mental, social y cultural relacionado con la sexualidad y no solamente a la ausencia de enfermedad. La salud sexual requiere condiciones de libertad, autonomía, equidad y responsabilidad, así como acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad, la posibilidad de obtener placer y las experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia con énfasis especial en reconocer que la sexualidad saludable le permite a las personas desarrollar la capacidad de vincularse en el marco del desarrollo humano integral. Artículo 38.- Se entiende por salud reproductiva un proceso que conduce al bienestar físico, emocional, social y cultural, en todos los aspectos relacionados con la reproducción humana. No se trata solamente de la ausencia de enfermedades, sino de un proceso que integra las múltiples facetas humanas comprendidas en las decisiones, comportamientos y vivencias reproductivas que incluyen, entre otras, la libertad para reproducirse o no; en caso afirmativo, cuándo, con quién y con qué frecuencia, en el marco del desarrollo humano integral."* El resaltado no es del original.

²⁷ Op. cit. Gómez Roldán. p. 10.

desde el 2015²⁸ hasta el 2018 momento en el que fue archivado por vencimiento cuatrienal bajo el número 15409.²⁹

Adicional a dicha iniciativa, el tema, en el ámbito legislativo, se trató en el 2014 con las entonces diputadas Epsy Campbell, Sandra Píszk y Patricia Mora, quienes presentaron un informe de texto sustitutivo a la Ley Sobre Derechos Sexuales en la Comisión de Asuntos Sociales, impulsando ante la Comisión de Asuntos Sociales el proyecto de Ley Sobre Derechos Sexuales que reglamenta el aborto terapéutico y permitiría la distribución de la contracepción de emergencia³⁰. Sin embargo, dicho texto sustitutivo no trata per sé el tema de añadir causales a la despenalización del aborto, ni de despenalizarlo completamente.

Posteriormente, en el 2015, la diputada Ligia Fallas del Frente Amplio afirmó a medios de comunicación que iba a presentar, a título personal, un proyecto de ley para la despenalización completa del aborto.³¹ Sin embargo, no existe registro de dicho proyecto en los datos del Sistema Integrado Legislativo Costarricense³².

Adicional a estas dos iniciativas concretas no ha existido en los últimos veinticinco años una propuesta que llegue a la agenda legislativa sobre la despenalización parcial o total del aborto³³. Lo más cercano al plenario y a la normativización en el tema del aborto no punible es el protocolo para aplicar el aborto terapéutico (único no punible) que el Poder Ejecutivo

²⁸ Consulta electrónica a Esteban Chaverri Valverde, Área de Orientación al Usuario y Gestión de Servicios, Departamento de Servicios Bibliotecarios, Documentación e Información, Asamblea Legislativa, Costa Rica. Realizada el 4 de octubre de 2017.

²⁹ Consulta electrónica a William Morera Massey, Área de Orientación al Usuario y Gestión de Servicios, Departamento de Servicios Bibliotecarios, Documentación e Información, Asamblea Legislativa, Costa Rica. Realizada el 13 de agosto de 2019.

³⁰ Jimena, Soto. *"Epsy Campbell: Lo primero que debería de hacer la Iglesia es no mentir"*, Periódico CRHoy, 14 de octubre, 2014. Accedido 2 de octubre de 2017, www.crhoy.com/archivo/epsey-campbell-lo-primero-que-deberia-de-hacer-la-iglesia-es-no-mentir/nacionales/

³¹ Karla, Madrigal. *"Diputada del Frente Amplio busca apoyo para despenalizar aborto en Costa Rica"*. Periódico La República. 1 de abril, 2016. Accedido 2 de octubre de 2017, https://www.larepublica.net/noticia/diputada_del_frente_amplio_busca_apoyo_para_despenalizar_aborto_en_costa_rica/

³² Consulta electrónica a Chaverri Valverde, Esteban. Área de Orientación al Usuario y Gestión de Servicios, Departamento de Servicios Bibliotecarios, Documentación e Información, Asamblea Legislativa, Costa Rica. Realizada el 4 de octubre de 2017.

³³ *Ibid.*

Costarricense del Gobierno Solís Rivera impulsó desde el 2015 y se ha seguido trabajando en la Administración Alvarado³⁴.

Este protocolo, impulsado por el Ejecutivo de la Administración Solís fue trabajado mediante el Ministerio de Salud, con una propuesta para convertirlo en decreto ejecutivo, los trabajos de redacción se concluyeron en la Administración Solís, sin embargo su firma se pospuso a la administración del gobierno de Carlos Alvarado.³⁵ Dicho protocolo fue parte del marco de solución amistosa que se buscaba por parte del Estado Costarricense ante la CIDH en el marco de las demandas presentadas por A.N. y Aurora a Costa Rica. No obstante, la falta de sanción a dicho decreto por parte de Presidencia sea de la publicación de la norma técnica provocó que se diera por terminado el proceso amistoso. Fue así como Ana y Aurora decidieron retomar el proceso ante el sistema interamericano el pasado 21 de junio de 2018.³⁶, no existiendo así, a la fecha, ningún decreto vigente.^{37 38}

En la misma línea de pensamiento, sí existe en Costa Rica un protocolo de emergencia que se le administra a la víctima de violación sexual que acude a Servicios Médicos Estatales hasta setenta y dos horas después de haber sucedido el delito. El cual incluye la aplicación de antirretrovirales para evitar la transmisión de VIH, enfermedades venéreas e infecciones³⁹. Sin embargo, no incluye ningún método abortivo para eliminar el posible producto de la violación.

Por su parte, la posición del Poder Ejecutivo de la administración de Luis Guillermo Solís (2014-2018), fue tajante en el tema desde la campaña electoral: no se planeaba y no se promovió ningún proyecto de ley para reformar la legislación vigente, solo se pretendió reglamentar una

³⁴ Carlos, Mora. *Presidente sobre norma de aborto terapéutico: "Se hará cuando yo determine"*. Diario CR Hoy. 23 de Julio de 2018. Accedido 11 de Setiembre de 2018, <https://www.crhoy.com/nacionales/asi-responde-el-presidente-a-quienes-urgen-norma-sobre-aborto-terapeutico/>

³⁵ Luis, Salazar Ramírez. *Costa Rica a las puertas de nueva sentencia de la Corte IDH por negativa de firmar norma para aborto terapéutico*. Periódico Digital Amelia Rueda.com Accedido 11 de Setiembre de 2018, <https://www.ameliarueda.com/nota/costa-rica-demanda-negativa-presidencia-norma-tecnica-aborto-terapeutico>

³⁶ Paula, Umaña. "Aborto terapéutico atrapado entre el temor médico." *Semanario Universidad*. 29 de noviembre, 2017. Accedido 21 de Julio de 2018, <https://semanariouniversidad.com/pais/temor-ata-manos-la-figura-del-aborto-terapeutico/>.

³⁷ Op. Cit. Chaverri Valverde.

³⁸ Op. cit. Salazar Ramírez.

³⁹ Op. Cit. Gómez Roldán. P.11.

ley que ya permitía el denominado aborto terapéutico⁴⁰. Sin embargo, al terminar su período presidencial dicho reglamento, como se mencionó supra, no fue emitido. Ahora, el actual gobierno de Carlos Alvarado (2018-2022) mantuvo a inicios de su gobierno una posición en la que no se planea proponer cambios en la ley, pero afirmando que se procurará emitir el protocolo para hacer cumplir lo que está vigente en la ley desde 1971⁴¹, sobre esta línea ha indicado que el término “salud” indicado en el 121 del código penal, debe ser interpretado según la OMS, siendo entonces un término “integral” de salud, no coincidiendo entonces con la visión conservadora de Sala Constitucional de únicamente salud física.⁴² Sin embargo, avanzado su término presidencial, el tema del aborto, indico el mandatario, dejó de ser prioridad, como si lo es “el déficit fiscal, la inseguridad y las mejoras en educación”.⁴³

En esta línea, los antecedentes judiciales en el ámbito jurisdiccional costarricense no son tan amplios en el tema del aborto per sé, sino más bien, alrededor del tema del inicio de la vida en aras de la aplicación del aborto. En esta sección no se ahondará mucho al respecto puesto que más adelante en este trabajo se dedicará una sección para el abordaje del concepto vida y aborto; no obstante lo anterior, en lo que nos compete, el criterio jurisdiccional costarricense en relación con el aborto ha estado marcado por la línea jurisprudencial vinculante de Sala Constitucional en relación con el inicio de la vida; así el criterio del juzgador costarricense ha mantenido la visión reproducida en sentencia número 2306-2000 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil, misma que se reproduce en los posteriores pronunciamientos, que en lo conducente en su considerando quinto establece que “*en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico*”⁴⁴. Este criterio desencadenó en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que nuestra Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni

⁴⁰ Natasha, Cambroner. “Luis Guillermo Solís defendió regulación del aborto terapéutico ante el Vaticano”. La Nación, 31 de mayo, 2016. Accedido 2 de octubre de 2017, www.nacion.com/nacional/politica/Solis-defendio-reglamentacion-terapeutico-Vaticano_0_1564043673.html.

⁴¹ Ver en el mismo sentido a Op. Cit. Paula Umaña, Semanario Universidad.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Op. cit. Mora, Carlos. Diario CR Hoy.

⁴⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución 2000-2306 las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.

tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.⁴⁵ El caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* es un antecedente importante para este trabajo de investigación puesto que configura una interpretación auténtica del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁶ (derecho a la vida) que es el que la Sala Constitucional utiliza para dar una protección absoluta al embrión, sin embargo, tal y como se mencionó supra, en esta sección no se ahondará al respecto puesto que en el capítulo primero se extenderá el asunto.

Ahora, siendo que el criterio que se maneja en Costa Rica sobre el aborto es aquel que Sala Constitucional desarrolla, y que Sala constitucional hace referencia al inicio de la vida, casi siempre haciendo mención a las normas consagradas los instrumentos de Derecho Internacional y Derechos Humanos, es menester, en estos los antecedentes mencionar dos casos, en los que se alega justamente una violación de Derechos Humanos por parte del Estado Costarricense por no permitírsele la terminación del embarazo a dos mujeres cuya salud estaba gravemente en peligro. Éstos incluyen el caso de *A.N. vs. Costa Rica*, y *Aurora vs. Costa Rica*, casos que llegaron a instancias internacionales de Derechos Humanos (CIDH para la eventual presentación ante la Corte IDH) después de la inaplicabilidad del único tipo de aborto no penalizado en Costa Rica por parte de las instituciones médicas dentro del territorio nacional⁴⁷, ambos casos pasaron por el “filtro” de nuestra Sala Constitucional, en donde en uno de los casos se rechazó de plano y en otro se negó el acceso a la realización de un aborto terapéutico por no considerarse dentro del término “salud” la salud mental y los efectos de ésta en la salud física.⁴⁸

El primer caso, *A.N. vs. Costa Rica*, versa sobre “Ana”⁴⁹, mujer costarricense que a los 26 años quedó embarazada de un feto diagnosticado con malformaciones severas incompatibles con

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No 257, párr. 316.

⁴⁶ Artículo 4. Derecho a la Vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

⁴⁷ Álvaro. Murillo. “*Mi bebé no nació, agonizo.*” Diario El País, Sección Sociedad, 12 octubre 2013, Accedido 26 de Setiembre de 2018, https://elpais.com/sociedad/2013/10/12/actualidad/1381600530_755158.html

⁴⁸ Ver en el mismo sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución No. 7958-2007 de las diez horas y treinta minutos del siete de junio del dos mil siete.

⁴⁹ El nombre “Ana” y “Aurora” son pseudónimos utilizados por la CIDH y el Ministerio de Culto y Relaciones Exteriores para proteger las identidades de ambas mujeres.

la vida extrauterina. Ana tuvo que soportar duros padecimientos de salud física y mental como consecuencia de la negativa de distintas autoridades estatales para realizarle un aborto terapéutico, obligándola a llevar a término dicho embarazo. Estados de depresión severos con tendencias suicidas por saber que estaba gestando un feto que no sobreviviría al nacer y que tenía que llevar a término dicho embarazo fueron parte de las alegaciones de “Ana” para solicitar la aplicación del artículo 121 y procurar un aborto terapéutico al estar en peligro su salud (por las severas depresiones con tendencias suicidas consecuencia del dolor de gestar un feto que va a nacer muerto). En respuesta de los procesos internos, Sala Constitucional resolvió la acción incoada por la madre de Ana en **sentencia 7958 del 7 de junio de 2007**, en el cual, si bien se reconoció que la situación de Ana implicaba un riesgo para su vida y su salud, se determinó que: *“(...) el peligro para la vida o salud de la madre no se deriva directamente del embarazo, sino que es indirecto, pues se origina en la tendencia suicida desarrollada por la paciente(...)”* por lo que el recurso fue declarado inadmisibles, denegándose la solicitud de la ejecución de un aborto impune.⁵⁰ El 30 de junio de 2007 Ana ingresó a un servicio de urgencias donde tuvo que pasar por una labor de parto de más de 7 horas, después de la cual nació una niña muerta. La autopsia elaborada diagnosticó la muerte por “encefalocelo y óbito fetal”, lo que significa que el feto había muerto dentro del útero, y que padecía un defecto del cerebro en el cual el revestimiento y el líquido protector del mismo quedan por fuera del cráneo, formando una protuberancia.⁵¹ La petición actualmente se encuentra en trámite ante la CIDH, en la cual el Estado de Costa Rica bajo el gobierno de Luis Guillermo Solís planteó a la CIDH la posibilidad de un acuerdo amistoso⁵²⁵³, sin embargo ante la no firma de la norma técnica por parte del Poder Ejecutivo durante el gobierno de Carlos Alvarado, la peticionante decidió retomar el proceso ante el

⁵⁰ Op. Cit. Sala Constitucional, Resolución 7958- 2007.

⁵¹ Centro de Derechos Reproductivos. Acciones Civiles, *Documento de Ana v Costa Rica*. Accedido 20 de marzo de 2019, https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/AN_v_Costa_Rica_Spanish.pdf

⁵² Álvaro, Murillo. “Costa Rica ofrece a CIDH posible arreglo en aborto terapéutico”. Periódico La Nación. Accedido 4 de octubre de 2017, www.nacion.com/nacional/politica/Pais-CIDH-posible-arreglo-terapeutico_0_1492250790.html

⁵³ Diego, Delfino. “Fabricio Alvarado dejó tremenda granada que encendió ayer el debate en torno al aborto.” Periódico Electrónico Delfino.cr Accedido 21 de marzo de 2019, <https://delfino.cr/2018/07/fabricio-alvarado-dejo-tremenda-granada-que-encendio-ayer-el-debate-en-torno-al-aborto/>

sistema interamericano el pasado 21 de junio de 2018, según información publicada por el diario El País de España⁵⁴.

El segundo caso, Aurora vs. Costa Rica, versa sobre una mujer costarricense que queda embarazada en junio de 2012, después de varios intentos. El 9 de agosto de 2012, asistió a control prenatal al hospital, en donde su embarazo fue diagnosticado con “posible síndrome de abdomen pared”; en la semana décimo primera este diagnóstico se confirmó, esto implicaba que los órganos del feto se encontraban expuestos y que su embarazo era inviable. Dicha situación sumió a Aurora en un estado depresivo agudo, acompañándole un síntoma de vómito explosivo que perduró a lo largo del embarazo. Ante dicha situación y notando que su salud física empeoraba, Aurora solicitó que se le practicara un aborto terapéutico a las autoridades de su jurisdicción y posteriormente a Sala Constitucional.⁵⁵ El 17 de diciembre de 2012 presentó un recurso de amparo solicitando la aplicación de un aborto no punible; su recurso fue rechazado el 22 de febrero de 2013, casi dos meses después de que Aurora el 30 de diciembre de 2012 acudiera al hospital por fuertes dolores y ruptura prematura de la membrana. Ese mismo día fue intervenida de emergencia y dio a luz a un feto que murió inmediatamente después de la cesárea⁵⁶.

“No puedo entender cómo el doctor que diagnosticó la enfermedad de mi bebé dijo que no iba a sufrir. Él se estuvo ahogando en mi vientre por semanas, con los pulmones fuera del cuerpo, destripado por mis órganos. Después supe que aspiró su propia materia fecal, hasta que nació. Aunque él no nació, él agonizó cinco minutos.”⁵⁷

Aurora presentó su petición ante la CIDH en agosto de 2013.

⁵⁴ Op. Cit. Ramírez Salazar. Diario Amelia Rueda.

⁵⁵ Centro de Derechos Reproductivos, *Derecho a la salud de las Mujeres Embarazadas*. Accedido 4 de octubre de 2017 desde reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Aurora%20Fact%20Sheet%20Final.pdf

⁵⁶ Op. Cit. Centro de Derechos Reproductivos, *Derecho a la salud de las Mujeres Embarazadas*.

⁵⁷ Paula Umaña, “Aborto terapéutico atrapado entre el temor médico” Periódico Semanario Universidad. Noviembre de 2017. Accedido 8 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/pais/temor-ata-manos-la-figura-del-aborto-terapeutico/>

A raíz de dichas peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el 2016 varias figuras del gobierno externaron la posibilidad de ampliar el derecho de aborto impune⁵⁸, especialmente en lo relativo al término salud, es decir, se consideró ampliar el significado de salud en el aborto terapéutico a no solo la salud física sino también la salud mental que podría poner en riesgo la vida de la madre, como lo fue el caso de A.N. y Aurora, en los que las tendencias suicidas de las madres (por tener que llevar hasta el final un embarazo inviable [con alteraciones congénitas o genéticas que hacían la vida del feto incompatible]) que las llevó a parir un feto muerto), pusieron en riesgo sus vidas al no ser considerado dentro del significado de “salud” la salud mental. Sin embargo, en respuesta a dicho movimiento no faltaron las opiniones de la iglesia y de las bancadas religiosas desde los curules legislativos que rechazan la posibilidad del aborto en cualquier causal, que no incluya el “peligro comprobado a la vida y salud de la madre”⁵⁹. Incluso se ha intentado “retroceder” en materia de derechos humanos⁶⁰ y se han presentado proyectos de Ley para eliminar el aborto impune y para aumentar la sanción al tipo de aborto y equipararla a la impuesta al homicidio⁶¹.

Así las cosas, vemos como desde el ámbito Legislativo, Ejecutivo y Judicial ha existido una negativa en los últimos veinticinco años a la apertura del aborto bajo cualquier supuesto fuera del contemplado en el Artículo 121 del Código Penal, inclusive dicho artículo ha presentado resistencia para su aplicación y normalización desde los tres poderes estatales como se vio reflejado en la dificultad que enfrenta el Poder Ejecutivo para reglamentar el aborto terapéutico ya despenalizado por el legislador.

⁵⁸ Ver en el mismo sentido: Redacción La República. "Gobierno ampliaría derecho de aborto impune" Periódico La República, 27 de mayo 2016. Accedido 2 de octubre, 2017, https://www.larepublica.net/noticia/gobierno_ampliar_derecho_de_aborto_impune

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Ver en el mismo sentido a Nielsen, Pérez Pérez. "Despenalización Del Aborto En Costa Rica", Conferencia, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 20 de marzo, 2019.

⁶¹ Ver en el mismo sentido expediente legislativo "Proyecto de Ley No. 20918 reforma al artículo 21 de la Constitución Política para proteger la inviolabilidad de la vida humana" y expediente legislativo "Proyecto de Ley No. 20673: reformas al código penal ley n° 4573 del 4 de mayo de 1970 ley para proteger el derecho a la vida" propuesto por el diputado Fabricio Alvarado.

MARCO TEÓRICO

Para desarrollar el tema que se pretende, es necesario dilucidar en primer término el concepto de aborto, el cual, etimológicamente hablando, se compone por las partículas latinas Ab que refiere privación, y Orthos que quiere decir nacimiento. “Por lo que el aborto significa privación del nacimiento u origen,⁶² también se deriva de aborire: nacer antes de tiempo”.⁶³ Asimismo, Tardieu agrega un elemento volitivo al establecer que el aborto debe ser provocado, entiende por aborto *la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de las circunstancias de tiempo, de viabilidad y de su formación regular*⁶⁴. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como la terminación de un embarazo antes de que el feto sea viable.⁶⁵ Agregando, la máxima autoridad en salud a nivel mundial, la necesidad de la inviabilidad para que se considere aborto.

Jurídicamente, la definición legal de aborto dentro del contexto costarricense se encuentra en el artículo 118 de nuestro Código Penal, el cual establece como aborto *el causar la muerte a un feto*.⁶⁶ En respuesta, a lo escueta que es ésta definición, la misma ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial. Justamente, Giuseppe Maggiore citado por Sala Tercera en sentencia 442-2004 establece la definición del aborto, también en dicha sentencia se definen ciertos elementos y

⁶² Lisbeth Olivia, Calvillo Campos. “Análisis De La Despenalización Del Aborto En La Legislación Del Distrito Federal”. Tesis para Obtener El Título De Licenciado En Derecho. Universidad Nacional Autónoma De México. México, Aragón. 2010. p. 37.

⁶³ Roberto, Reynoso Dávila. “Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal” Porrúa, México 1997, pág. 249

⁶⁴ Tardieu citado en Rosa Luz, Tenando Méndez. “Propuesta para la Despenalización del aborto, por causas congénitas y genéticas para anexar en el Código Penal Del Estado De Tabasco” Tesis Profesional para obtener el Título de Licenciada en Derecho. Universidad de Sotavento A.C Estudios Incorporados a la Universidad Nacional Autónoma De México. Tabasco. 2010. p. 20.

⁶⁵ Diana Yazmin, Duran García. “El Aborto: Un estudio comparativo sobre la Percepción, Creencias e Información de Mujeres Psicólogas, Religiosas, Abogadas y Médicas.”, Tesis de licenciatura en psicología con incorporación a la UNAM, Universidad Insurgentes / Universidad Nacional de México, 2010. p. 47

⁶⁶ El texto del artículo 118 del Código Penal Costarricense literalmente versa: *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; (*) (Nota de Sinalevi: En la redacción de este inciso es evidente la falta del adverbio de negación "no" para darle sentido a su objetivo. De la forma como aparece en el texto original carece de lógica, pues la pena es menor por un hecho más grave. Obsérvese que el inciso posterior sí contiene el adverbio indicado). 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.*

alcances del tipo penal, junto con la diferencia del tipo penal aborto en contraposición al tipo penal homicidio:

*“(...) para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno [...] – Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de Aborto, a efecto de poder distinguirlo del Homicidio; así, el primer elemento que caracteriza al delito de Aborto es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare **antes del tiempo en que el feto puede vivir**, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo. La doctrina, [...] establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia la protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia [...] De allí que podamos concluir que las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto (...)”⁶⁷*

Adicional a lo anterior, el artículo 118 de nuestro código penal exalta que para configurarse el “aborto” se le debe dar muerte a un “feto”; entonces salta a la vista la necesidad de definir “FETO”. Así, el maestro de la medicina legal, Vargas Alvarado nos deja claro que el producto de la concepción alcanza el estadio de “feto” hasta los 3 meses⁶⁸. Razón por la cual si nos adherimos a la definición médico legal, no debería existir el delito de aborto antes de los tres meses.⁶⁹ No obstante lo anterior, y a pesar de que la jurisprudencia abarca una definición legal de aborto y no una médica, sí es necesario que abordemos el concepto de aborto desde su concepción médica dado que, en una de las propuestas de despenalización del aborto que este trabajo de investigación pretende desarrollar (por malformaciones congénitas y genéticas del

⁶⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense. Sentencia 442 - 2004 de las a las once horas del siete de mayo de dos mil cuatro.

⁶⁸ Eduardo, Vargas Alvarado. “Medicina Legal”. Segunda Edición. Editorial Trillas. 2017. p. 290.

⁶⁹ Rosaura, Chinchilla Calderón. “Despenalización del Aborto en Costa Rica” Conferencia, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 20 de marzo, 2019.

feto) se necesitará terminología más que penal, médica. Precisamente, el concepto obstétrico⁷⁰ de aborto para el Dr. C. Benson Ralph, especialista en obstetricia, “*es el embarazo que termina antes de la vigésima cuarta semana antes de la gestación o en el cual el feto pesa menos de 500 gramos*”⁷¹ Cuando se desconoce el peso fetal puede usarse como medida la duración de la gestación, la cual debe ser menor de 20 semanas completas (ciento treinta y nueve días), contadas a partir del primer día de la última menstruación.⁷²

Hay que destacar que obstétricamente el producto de la concepción no es viable dentro de los cinco y medio o seis primeros meses de embarazo, ya que si se da la expulsión del feto dentro de los tres últimos meses, será denominado parto prematuro, pues ya existe viabilidad en el producto, y con un manejo adecuado de perinatología puede sobrevivir adecuadamente⁷³.

Por su parte, en relación con los *tipos de aborto*, existen diferentes clasificaciones médicas de éste, el aborto espontáneo “es la terminación del embarazo antes que concluya la vigésima semana de la gestación”⁷⁴, sus causas principales son los productos anormales de la concepción, por lo cual también se le denomina causal, natural o involuntario. A este tipo de aborto se aplican muchas variantes diferentes como lo es el aborto temprano, cual que ocurre antes que hayan transcurrido 12 semanas de la gestación⁷⁵. Se llama aborto inducido a la terminación artificial de un embarazo pre viable⁷⁶. Y para hacer un listado más concreto, según indica Manuel Mateos Cándano, existen las siguientes formas clínicas de aborto:

“Aborto esporádico: El que se produce en una sola ocasión. Aborto habitual o repetido: La ocurrencia de tres o más abortos espontáneos consecutivos, cuando no se intercala entre ellos embarazos a término ni embarazos que concluyen en parto prematuro. Aborto infectado: El asociado con infección de los órganos genitales. Aborto séptico: Aborto infectado en el que hay diseminación de microorganismos y sus productos en el sistema circulatorio materno. Aborto diferido, diferido y óbito en

⁷⁰ La obstetricia es una rama o parte de la medicina, que se encarga del embarazo y todo lo relacionado al mismo.

⁷¹ Ralph C. Benson & Martin L. Pernoll. “*Manual de Obstetricia y Ginecología*”, Novena edición, Mc Graw Hill Interamericana, p. 129. 1994

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Op. Cit. Calvillo Campos. p. 38.

⁷⁴ Op. Cit. Calvillo Campos Olivia p. 39.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 40.

útero: Aquel en el que el embrión o feto muere, pero es retenido en el útero. Aborto inaparente o dudoso: Aquel cuya evolución no ha sido conocida (generalmente se presenta un ligero sangrado transcervical de origen intrauterino sin ningún otro síntoma o signo). Aborto franco o demostrable: Aquel cuya existencia es indudable. Aborto complicado: El que presenta patología principalmente de índole traumática, hemorrágica o infecciosa. Aborto no complicado: Aquel que no presenta patología”⁷⁷.

En la misma línea, en Costa Rica de conformidad con el Código Penal vigente⁷⁸ existen los siguientes tipos penales:

1. Aborto con o sin consentimiento: En esta clasificación median para la imposición de la pena variables como la edad de la mujer o la etapa de la gestación en la que se encuentre. (Artículo 118 del Código Penal)
2. Aborto procurado: Este es el caso en que la mujer consienta o ella misma procure la realización del aborto. También existe en este tipo, la variable de la etapa de gestación en la que se encuentre la mujer, como punto de comparación para la interposición de pena. (Artículo 119 del Código Penal)
3. Aborto honoris causa: De acuerdo con este tipo, su realización es justificada para “ocultar la deshonra de la mujer” (Artículo 120 del Código Penal)
4. Aborto culposo: Bajo este tipo penal, se le impondrá una pena a cualquier quien por culpa causare un aborto. (Artículo 122 del Código Penal)
5. Aborto Impune: De importancia para esta investigación, la figura del aborto impune supone que el aborto no será punible (es decir no tendrá medida sancionatoria alguna en el ámbito judicial) en el tanto sea practicado con el consentimiento de la mujer por un médico o una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios. (Artículo 121 del Código Penal)

A este tenor, intrínsecamente relacionado con el aborto, el término “feto” ha sido de especial controversia, en especial contraposición al término “persona”. Al inicio del marco teórico se expuso la definición médico legal de feto de la autoridad Vargas Alvarado, que contempla como feto al producto de la concepción después de los 3 meses, lo cual dejaría de lado la existencia de

⁷⁷ Luis, De La Barrera Solórzano. *"El delito de aborto: una careta de buena conciencia"*; Editorial Miguel Ángel Porrúa. 1991. P. 42.

⁷⁸ María Fernanda, Morales Brenes. *"Los derechos sexuales y reproductivos: Estudio y análisis legal del aborto no punible en Costa Rica."* Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. p. 55-56

un aborto practicado en una mujer con menos de 3 meses de embarazo, no obstante lo anterior, esa no es la definición que ha favorecido nuestra jurisprudencia judicial; la cual en sentencia 442 del 2004 de Sala III de la Corte aclaró:

*“[...] Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados – ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida – no acreditan que la conducta desplegada por el doctor [...] ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. **En este caso no se mató a una persona, sino al producto de la concepción – feto – que no tuvo vida independiente,** por lo que **no había adquirido la categoría jurídico penal de persona,** resultando los hechos atípicos (...) la norma contenida en el numeral 122 ejusdem se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiendo por ello la muerte de un **feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto.**”⁷⁹*

Ahora bien, siendo que éste trabajo de investigación propone la despenalización del aborto por dos causales, es solo lógico definir los términos contenidos en dichas causales. Iniciaremos con el concepto de violación en el ordenamiento jurídico costarricense para luego avanzar con los conceptos de embarazo con alteraciones congénitas.

En el ámbito judicial y normativo costarricense, el término “violación” radica en el tipo penal del delito regulado en el artículo 156 del Código Penal que dice:

“Artículo 156.- Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima sea menor de trece años. 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir. 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma”.

De lo anterior se desprende que los verbos típicos que comportan la norma penal son acceder o hacerse acceder; la jurisprudencia en el voto 871-2016 del Tribunal de Apelación de

⁷⁹ Op. cit. Sala Tercera, Resolución No. 442-2004.

Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, establece los alcances de la violación y dilucida la diferencia con el abuso sexual:

*(...) El delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal. Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él. Asimismo, por medio de la reforma que se hizo a este delito, [...] el concepto de violación se amplía, al incluir tanto a quien accede carnalmente como a quien se haga acceder por vía oral, anal, o vaginal, con una persona de cualquier sexo. [...] Asimismo, tratándose del delito de violación, la intencionalidad del agente activo va dirigida a conseguir una satisfacción sexual, su conducta va subjetivamente encaminada a lesionar la auto-determinación sexual de la víctima, ello mediante el acceso carnal en una o en varias cavidades de su cuerpo (vagina, ano o boca), en contra de la voluntad de ésta, [...] vulnera además, su integridad física y moral, esta última conteniendo como es sabido, su aspecto psicológico [...] el artículo 156 del Código Penal costarricense, es más amplio que el equivalente español, pues nuestros legisladores incluyeron, en la ley de 1999, la introducción de “uno o varios dedos”, además de la de “objetos” (sumándole “animales” en 2007)[...] de modo que los dedos son la única parte del cuerpo cuya introducción se sanciona como violación, y mal haría el operador del derecho en interpretar ampliativamente la palabra “objeto”, para incluir en él otras partes del cuerpo no previstas en el tipo. A la inteligencia de “objeto” cuerpo inanimado, abona también el hecho de que en la reforma posterior (2007), se haya incluido la introducción de “animales” (seres vivos), para distinguirlos de los cuerpos sólidos inanimados (objetos) [...]*⁸⁰

Es importante recalcar la anterior sentencia en el marco de la delimitación de la violación y abuso sexual, puesto que solo los actos considerados como violación que dan como resultado un embarazo entrarían en los supuestos de despenalización expuestos en este trabajo de investigación. Es de especial importancia en este trabajo la anotación del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito en tanto el delito de violación vulnera no solo la integridad física y moral; sino también la psicológica. Asimismo, es de especial importancia para la determinación de la despenalización del aborto por violación, resaltar en esta investigación, que

⁸⁰ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José. Resolución No. 871-2016 de las quince horas cinco minutos, del dieciséis de junio de dos mil dieciséis. -

nuestra legislación protege especialmente al menor de trece años, siendo que se configura el delito de violación incluso si existe consentimiento del menor; así en sentencia 202-2016 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del II Circuito Judicial de San José se explica que:

*“aún y cuando la persona menor de trece años de edad consienta en acceder carnalmente a otra persona o ser accedida, ya sea por vía oral, anal o vaginal, el delito de violación, según su descripción típica, se habría cometido. En el Derecho costarricense se ha establecido el límite de los trece años de edad como el momento objetivo a partir del cual las personas menores de edad pueden hacer uso de su libertad sexual. Antes de cumplir esa edad no se tiene ese derecho”*⁸¹

En la misma línea, dado que la segunda propuesta de despenalización que se propone incluye el embarazo con malformaciones genéticas o congénitas, es menester desarrollar el concepto de embarazo con alteraciones congénitas; así según el Centro Nacional de Defectos Congénitos y Discapacidades del Desarrollo de los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos de América define una malformación congénita como un *defecto en la anatomía del cuerpo humano, o en el funcionamiento de los órganos o sistemas del mismo. Esta alteración se produce porque un agente concreto actúa sobre el desarrollo del embrión en el vientre materno. Según en qué momento del desarrollo del feto actúe, el defecto afectará a un órgano u otro, y con diferente gravedad y pronóstico*^{82 83}. Los defectos al nacimiento y las enfermedades genéticas son una importante causa de morbi-mortalidad, por lo que constituyen un problema de salud pública⁸⁴.

En el caso de embarazos con malformaciones congénitas, la OMS calcula que cada año 276.000 recién nacidos fallecen durante las primeras cuatro semanas de vida en el mundo debido a anomalías congénitas. Y define las anomalías congénitas como anomalías estructurales o

⁸¹ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del II Circuito Judicial de San José, Resolución No. 202-2016 de las diez horas diez minutos del dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

⁸² Centro Nacional de Defectos Congénitos y Discapacidades del Desarrollo, “Defectos congénitos y discapacidades del desarrollo” Accedido 17 de octubre de 2017, <https://www.cdc.gov/ncbddd/spanish/aboutus/index.html>

⁸³ María Alba, Jiménez. "Malformaciones Congénitas" Revista de Salud y Bienestar. Universidad de Alcalá de Henares. 18 de octubre, 2017. Accedido 19 de octubre, 2017, www.webconsultas.com/embarazo/complicaciones-del-embarazo/que-son-las-malformaciones-congenitas

⁸⁴ VG Perdigón & CB Fernández. “Principales causas de muerte en la población general e infantil en México, 1922-2005”. Boletín Médico del Hospital Infantil de México. 2008. p. 65.

funcionales, como los trastornos metabólicos, que ocurren durante la vida intrauterina y se detectan durante el embarazo, en el parto o en un momento posterior de la vida⁸⁵. También, según Cristina Suárez, especialista en Biomedicina de la Universidad de Alcalá, explica que las malformaciones congénitas o defectos congénitos describen las anomalías estructurales, de la conducta, funcionamiento y metabólicas que se encuentran en el momento del nacimiento. Se producen (las malformaciones) durante la formación de estructuras y pueden dar como resultado la falta completa o parcial de una estructura o alteraciones en la morfología normal⁸⁶. Dichas malformaciones, de considerarse fatales y/o incompatibles con la vida extrauterina serían las formuladas en la segunda propuesta de despenalización de este trabajo de investigación.

PROBLEMA

Las mujeres en Costa Rica actualmente sufren una constante violación a sus derechos humanos al no tener la posibilidad de abortar de forma segura y legal en los supuestos de embarazos productos de violación y embarazos con malformaciones congénitas cuyo producto es incompatible con la vida extrauterina, y adicional a no tener la posibilidad, ante la realidad del aborto, las mujeres son penalizadas.

HIPÓTESIS

Una propuesta legislativa de despenalización del aborto en la que la exclusión de penalidad operaría en el caso de darse una confrontación de bienes jurídicos y valores constitucionales, no de equivalente rango, sino de bienes jurídicos de diferente valor siendo superiores los de la mujer por sobre los del feto, podría ser aprobada en la sociedad actual costarricense para resolver el

⁸⁵ Organización Mundial de la Salud, "Anomalías Congénitas", Nota Descriptiva N° 370, abril de 2015. Accedido 17 de octubre de 2017, www.who.int/mediacentre/factsheets/fs370/es/.

⁸⁶ Thomas W, Sadler "*Embriología Médica, Con orientación clínica*". 10ª Edición. Ed: Panamericana. 2008 p. 113 a 125. Y Cristina, Suárez-Lledó Ortea, "*Malformaciones congénitas*", Biología Sanitaria, Universidad de Alcalá de Henares, 2012. Accedido 22 de octubre de 2017, <https://www.slideshare.net/crisitina89/malformaciones-congnitas-14847717>.

tema de violación a los derechos a dignidad, derechos reproductivos, de salud, no revictimación, no discriminación y autodeterminación del propio cuerpo de la mujer.

OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar la viabilidad de una propuesta legislativa u otro tipo de propuesta (acción de inconstitucionalidad) de despenalización del aborto en casos de embarazo producto de violación y en casos de embarazos con alteraciones congénitas que hacen el producto de la concepción incompatible con la vida extrauterina en Costa Rica; con la finalidad de resguardar los derechos a la dignidad, los derechos reproductivos, de salud, de no re victimización, no discriminación y autodeterminación del propio cuerpo de las mujeres costarricenses en la sociedad actual.

Objetivos Específicos:

- A. Analizar la dualidad “vida-aborto” para identificar y criticar los diferentes argumentos dados por diferentes instituciones y contraponerlos frente a los argumentos “contra el aborto” bajo el supuesto de preponderancia de “vida” del feto, y así determinar los valores jurídicos en choque ante el supuesto del aborto.
- B. Explicar cómo la terminación de un embarazo con malformaciones congénitas y/o genéticas que hacen la vida del producto de la concepción incompatible extrauterinamente supone una confrontación de bienes jurídicos de diferente valor (menor) frente a los derechos de la mujer gestante (mayor); con el fin de proponer una causal aceptable desde la óptica de la teoría del delito y política criminal para no penalizar el aborto cuyo producto de concepción posee malformaciones congénitas y/o genéticas incompatibles con la vida extrauterina.
- C. Explicar cómo la terminación de un embarazo producto de violación supone una confrontación de bienes jurídicos de diferente valor con el fin de proponer una causal de despenalización del aborto en este supuesto desde la óptica de la teoría del delito y política criminal.
- D. Analizar la compatibilidad de la normativa costarricense que penaliza el aborto con el bloque de constitucionalidad y convencionalidad en materia de Derechos Humanos, para

determinar si nuestra normativa se ajusta a dichos parámetros o de lo contrario es violatoria de los mismos y es necesario modificarla para que una mujer víctima de violación o que gesta un embarazo incompatible con la vida extrauterina pueda decidir libremente si desea continuar o no con el embarazo, y si decide abortar, poder hacerlo de una forma sanitaria, segura y no penalizada para lograr resguardar sus derechos constitucionales y convencionales en la legislación costarricense.

- E. Examinar en el Derecho Interamericano la despenalización del aborto en las dos causales propuestas con el fin de reconstruir dichos argumentos alrededor de la realidad costarricense actual.
- F. Analizar los argumentos políticos y legales que se han utilizado en otras legislaciones de Latinoamérica al despenalizar el aborto con el fin de adaptarlos a la realidad costarricense y utilizarlos en la justificación de un proyecto de despenalización causal del aborto.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el ámbito de la academia legal costarricense, el tema de la despenalización del aborto se ha abordado en dos tesis de la Universidad de Costa Rica para optar por el título de licenciatura en Derecho. La primera vez, en el 2013, en relación con los derechos sexuales y reproductivos, configurándose un estudio y análisis legal del aborto no punible en Costa Rica, por parte de María Fernanda Morales Brenes. Y la segunda vez en el 2014, en el que la Licenciada Roxana Gómez Roldán trabajó la despenalización del aborto en casos de violación sexual e incesto como un derecho fundamental de toda víctima a no ser torturada y re victimizada.

El primer estudio mencionado, tuvo un enfoque conducido al acceso a los servicios de salud y la situación jurídica nacional de la aplicación del aborto no punible bajo circunstancias de riesgo, adicionalmente analizó desde diversas esferas la necesidad que presenta Costa Rica de crear un mecanismo eficaz por medio del cual se dé una correcta aplicación de la figura del aborto no punible, en su categorización de aborto terapéutico. Si bien es cierto existe una pequeña relación en cuanto al tema, esta tesis de licenciatura pretende ir más allá de la necesidad de la aplicación correcta del aborto terapéutico. Este trabajo de graduación pretende dilucidar la necesidad de incluir más causales de despenalización del aborto en nuestro código penal, y no pretende analizar el acceso a los servicios de salud actuales ni los mecanismos de aplicación del

aborto no punible, sino, su enfoque se encamina más al ámbito normativo, de política criminal y del parámetro de constitucionalidad.

Por su lado, la otra tesis de licenciatura mencionada, la de Gómez Roldán, considera en sus inicios trabajar una propuesta de despenalización del aborto en la causal de violación sexual e incesto, y analiza las consecuencias de los delitos de violación para la salud (salud entendida integralmente), y si bien es cierto su análisis es de vital importancia para este trabajo, en dicho trabajo se concluye y recomienda no elaborar ni presentar un nuevo proyecto de ley que despenalice la interrupción temprana del embarazo. Es de rescatar que dicho trabajo se replicó en el contexto de la recién dictada sentencia Artavia Murillo, en el que el legislativo pugnaba con el ejecutivo por el cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH, para la elaboración del proyecto de ley que regulara la fertilización in vitro, y en el contexto de un legislativo que creo un bloque de 27 diputados autodenominados “defensores de la vida” anunciando la promesa de bloquear cualquier proyecto que tuviera relación con los derechos sexuales y reproductivos de los costarricenses⁸⁷. Concluye la licenciada Gómez Roldán que la única forma de despenalizar el aborto en casos de violación sexual en Costa Rica es por medio de una Acción de Inconstitucionalidad que pondere derechos de un embrión y de la mujer o niña víctima de violación, en contra de los artículos 118, 119, 120, 121 y 122, por no excluir el aborto en casos de violación sexual, pero no realiza ningún tipo de análisis sobre el sustento que debería tener senda acción de inconstitucionalidad. Este trabajo pretende retomar la conclusión de la licenciada Gómez e ir un poco más allá, en cuanto a las causales y al desarrollo del sustento para despenalizar por acción de inconstitucionalidad; así esta tesis pretende incluir no solo la despenalización por violación, sino también la despenalización por malformaciones genéticas y congénitas graves del feto que no solo afectarían la salud de la madre en tanto su salud mental se ve afectada, sino en tanto también la vida de dichos fetos es incompatible extrauterinamente.

Este trabajo se diferencia del anterior no solo por proponer causales diferentes y adicionales de despenalización, sino por también implicar un análisis de ponderación de derechos, de teoría del delito y de confrontación del código penal con el bloque de constitucionalidad para que

⁸⁷ Op. cit. Gómez Roldán. p. 153.

dichas causales sean incluidas desde una perspectiva analítica producto de la confrontación de bienes jurídicos y valores constitucionales explicados como de diferente rango. Supuesto que hasta la fecha no ha sido trabajado así, sino como bienes jurídicos de rango equivalente (vida de la mujer equivalente a la vida del feto).

Adicional a la academia, la despenalización del aborto en Costa Rica congloba las observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica, aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (de ahora en adelante CEDAW o Comité CEDAW, por sus siglas en inglés) en su 67° período de sesiones del 3 a 21 de julio de 2017, en las cuales El Comité, en lo pertinente a esta investigación, toma nota con preocupación la penalización del aborto en casos de violación, incesto o malformaciones graves del feto, la falta de accesibilidad a una atención de alta calidad posterior al aborto y la demora en la aprobación de directrices técnicas sobre el aborto terapéutico, que da lugar a abortos en condiciones de riesgo⁸⁸. En el tema de salud, en el punto 31, el Comité CEDAW pide a Costa Rica, legalizar el aborto en casos de violación, incesto y malformaciones severas del feto, le pide también al Estado apurarse a aprobar la norma que tiene pendiente el Ministerio de Salud sobre aborto impune, figura que ya existe en el artículo 121 de nuestro Código Penal y que garantizar la posibilidad del aborto cuando sea para evitar un peligro para su vida o la salud, y no haya podido ser evitado por otros medios. Esta norma se enmarcó en el acuerdo amistoso en los casos de Ana y Aurora, interpuestos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸⁹. En la actualidad, no hay nada que impida un aborto desde la CCSS en el caso de violación, incesto o malformaciones en tanto haya peligro de afectación a la salud y/o la vida de la mujer, pero el desconocimiento y el temor del personal de salud, hace que simplemente se abstengan tan siquiera de hacerle saber esta opción a las mujeres⁹⁰.

⁸⁸ Organización de Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica aprobadas en su 67 período de sesiones. (CEDAW/C/CRI/CO/7)*. 2017. Consultado 2 de octubre de 2017, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCRI%2fCO%2f7&Lang=en

⁸⁹ Ver en el mismo sentido a Larissa Arroyo, “¿Aló, Costa Rica? La CEDAW llama.”, Periódico La Republica, 31 de Julio, 2017. Consultado 2 de octubre de 2017, <https://www.larepublica.net/noticia/alo-costarica-la-cedaw-llama>

⁹⁰ Ibid.

Literalmente, en relación con lo anterior el Comité CEDAW recomendó que Costa Rica:

a) Modificar el Código Penal para legalizar el aborto en los casos de violación, incesto o malformación grave del feto y despenalice el aborto en el resto de los casos, y proporcione a las mujeres servicios de atención de alta calidad posterior al aborto y

b) Acelerar la aprobación de directrices técnicas sobre el aborto terapéutico y ponga en marcha campañas de concienciación para evitar la estigmatización de las mujeres que solicitan un aborto⁹¹.

Sobre este informe, Larissa Arroyo se pronunció en Julio del 2017 para exaltar la ocasión en la que el Comité CEDAW insta a la Asamblea a tomar los pasos necesarios para cumplir con la total implementación de las recomendaciones mencionando que la situación actual de Costa Rica se contrapone particularmente con las posiciones de diputados del bloque fundamentalista cristiano que ha venido oponiéndose a los temas sobre Derechos Humanos, pero particularmente sobre aquellas propuestas dirigidas a reconocer y garantizar los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos⁹².

En relación con los derechos sexuales de las mujeres, en el 2016 el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas recomendó a Costa Rica permitir el aborto cuando sea consecuencia de una violación, de incesto, o en caso de que el feto sufra una malformación fatal, en un pronunciamiento del 30 de marzo de 2016: el pronunciamiento se publicó tras la revisión del avance de los derechos humanos en el país, y el señalamiento instó a adoptar rápidamente medidas que cambien dicha situación⁹³. Sin embargo, dicho pronunciamiento generó molestia en el sector de la Asamblea Legislativa de ese entonces que se oponía a legalizar la interrupción del embarazo, en donde el entonces diputado Fabricio

⁹¹ Op. cit. CEDAW/C/CRI/CO/7

⁹² Op. cit. Larissa Arroyo. Periódico La Republica.

⁹³ Patricia Recio, "ONU insta a Costa Rica a legalizar aborto en caso de violación", Periódico La Nación. 31 de marzo de 2016. Accedido 2 de octubre, 2017, www.nacion.com/nacional/derechos-humanos/ONU-recomienda-Costa-Rica-legislacion_0_1551844880.html

Alvarado, del partido cristiano Restauración Nacional indicó:

“lamentamos mucho esta posición y creemos que el país debería reprocharla. Yo esperaríamos que ahora no vengan los pro aborto a decir que la ONU nos está presionando, porque ese organismo no me representa y desde hace tiempo está promoviendo esa práctica”⁹⁴.

No obstante lo anterior, cabe rescatar que, ante este informe de la ONU, Maureen Clarke, ex ministra de Condición de la Mujer y ex diputada por el Partido Liberación Nacional, celebró el criterio de la ONU indicando que estaba

“totalmente de acuerdo en que se termine el embarazo en caso de violación e incesto. Hay una realidad y es que muchos de esos casos son de niñas en pobreza, y al no permitirlo las están condenando a seguir en esa condición”⁹⁵.

También, podemos denotar que el contexto social de Costa Rica no es tan reacio a la reglamentación del aborto: en Agosto de 2017, el Colegio de Médicos y Cirujanos solicitó al Ministerio de Salud dirigir acciones concretas para la elaboración de guías y protocolos en torno al aborto, según los casos establecidos en el artículo 121 del Código Penal, dichas guías permitirían a los profesionales realizar la intervención del embarazo bajo estándares éticos y técnicos rigurosos, en situaciones donde la vida de la mujer esté en peligro real.⁹⁶ El entonces presidente de dicho Colegio, Andrés Castillo, manifestó al diario la República que

“La interrupción no terapéutica del embarazo no debe analizarse como un tema aislado, sino en un contexto pleno de políticas en salud sexual y reproductiva que comprenda la educación para la prevención del embarazo no deseado, la anticoncepción, evitar el aborto usado como método anticonceptivo, el aborto inseguro y sus consecuencias psicológicas”⁹⁷.

De la misma manera a través de la campaña #SaludyVida121, la Asociación Ciudadana

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Alexandra Cubero, "Colegio de Médicos pide a autoridades desarrollar protocolos para abortos", Noticias de Última Hora, Periódico La República. 16 de agosto de 2017. Accedido 2 de octubre de 2017, <https://www.larepublica.net/noticia/collegio-de-medicos-pide-a-autoridades-desarrollar-protocolos-para-abortos>

⁹⁷ Ibid.

Acceder promueve el acceso al aborto terapéutico en el país con una iniciativa que

*"hace eco de la lucha de Ana y Aurora, a quienes les negaron el aborto, aunque están agotadas de luchar porque Costa Rica garantice sus derechos, han demostrado que no se darán por vencidas hasta asegurarse de que ninguna otra mujer vuelva a tener que pasar por la tortura a la que ellas fueron sometidas y por la cual su salud física y mental fue afectada irremediablemente"*⁹⁸

Como parte de dicha campaña el 28 de septiembre de 2017, Día de la Acción Global por la Despenalización del Aborto, se lanzó el sitio web www.abortoterapeutico.cr para brindar información sobre cómo denunciar casos en los que se niega el aborto terapéutico bajo las características que contempla la ley. Evidenciando un movimiento civil en Costa Rica que propugna fuertemente la ampliación y protección de derechos humanos, reproductivos y sexuales de la mujer.

En relación con datos estatales y casos concretos, la situación actual de Costa Rica por parte del Ejecutivo, si bien ha tenido loables iniciativas, es altamente neurálgica, dadas las declaraciones del expresidente de la República, Luis Guillermo Solís, en relación a las observaciones del Comité CEDAW y su cumplimiento, ya que para él no solo no son vinculantes sino que tiene que someterse al derecho nacional, obviando que la Convención CEDAW tiene incluso para el Estado costarricense, un rango superior a la misma Constitución Política, lo cual ha sido reiterado por nuestra propia Sala Constitucional. En relación a la Convención CEDAW, no hubo una comunicación efectiva por parte del Estado costarricense con la sociedad civil que trabaja sobre derechos de las mujeres hasta el punto de fallar en divulgar de manera amplia, pública y oportuna, tanto el proceso de elaboración del informe del Comité CEDAW como sus resultados⁹⁹. Por otro lado, el Poder Judicial dejó claro el incumplimiento de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, cuando el Estado fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el 2012, por la prohibición de la

⁹⁸ Alexandra Cubero, "Campaña apelará por lineamientos al aborto terapéutico en Costa Rica". Periódico la República, Noticias de Última Hora, martes 26 de septiembre de 2017. Accedido 2 de octubre de 2017, <https://www.larepublica.net/noticia/campana-apelara-por-lineamientos-al-aborto-terapeutico-en-costa-rica>

⁹⁹ Coalición feminista para el avance de los derechos de las mujeres, "Informe alternativo sobre el cumplimiento del Estado de Costa Rica para el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/67/1)." Julio de 2017. Accedido 2 de octubre de 2017, tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/CRI/INT_CEDAW_NGO_CRI_27705_S.pdf

fertilización in vitro que databa del 2000, y la Sala Constitucional invalidó el único mecanismo por el cual se estaba incumpliendo dicho fallo.¹⁰⁰

En relación con casos (peticiones) concretos, los mencionados en los antecedentes, Ana y Aurora contra Costa Rica (P1159-08 y P 1377-13), siguen pendientes, incluso después del fracaso¹⁰¹ de solución amistosa, el cual fue solicitado por el propio Estado.¹⁰²

PERTINENCIA SOCIAL Y ACADÉMICA

Dado que este trabajo nace por la situación actual en Costa Rica en la es claro que restringir el acceso al aborto no reduce el número de los mismos, sino que aumenta la tasa de mortalidad y pone en peligro a las mujeres (ejemplificado con estudios de la OMS supra citados) en los cuales en países donde el aborto está completamente prohibido o se permite solo para salvar la vida de la mujer o preservar su salud física (como es el caso de Costa Rica), solo 1 de cada 4 abortos fue seguro y por el contrario, en los países donde el aborto es legal en supuestos más amplios, casi 9 de cada 10 abortos se realizó de manera segura¹⁰³, su pertinencia social se resalta al intentar cambiar la realidad y crear una alternativa legislativa para la protección garante de todos los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el territorio costarricense. El aporte que este trabajo de investigación brindará a la sociedad se enmarca en la reactivación de un tema de suma importancia en la realidad costarricense, constituyendo una propuesta de despenalización parcial del aborto basada en los dos supuestos supra presentados; cuya utilidad, de consolidarse en un proyecto de ley o en una acción de inconstitucionalidad implicaría un gran impacto y un avance monumental en los derechos de las mujeres en Costa Rica avalando la no victimización de las mismas y sus derechos consecuentes a la no tortura, a la salud, a la auto determinación del propio cuerpo y el más importante de todos, su derecho a la vida.

¹⁰⁰ Manuel, Avendaño. “Sala IV anula decreto que pretendía regular la FIV en Costa Rica”. La Nación. 3 de febrero de 2016. Accedido 2 de octubre de 2017, http://www.nacion.com/nacional/salud-publica/Sala-IV-FIV-Costa-Rica_0_1540446060.html.

¹⁰¹ Op. cit. Ramírez Salazar. Periódico Digital AmeliaRueda.com.

¹⁰² Op. cit. Coalición feminista. p. 5

¹⁰³ Op. cit. Organización Mundial de la Salud, “En todo el mundo se producen aproximadamente 25 millones de abortos peligrosos al año”.

En relación con la pertinencia académica, es de resaltar que como se mencionó supra, la consolidación de una reforma penal en términos de derechos de la salud reproductiva de la mujer se ajusta la visión y misión de la Facultad de Derecho en tanto consolida todos los años de estudio en la Facultad en aras del progreso social y político del país, así como de las ramas del Derecho Constitucional, Internacional Público, Penal, Procesal Penal y Derechos Humanos en Costa Rica. Más aún, este trabajo de investigación asume el compromiso de un desarrollo en la normativa y progresividad de los Derechos de la mujer costarricense enmarcándose en la aplicación de las ciencias jurídicas de Corte Humanista.

METODOLOGÍA

La metodología empleada en el presente trabajo investigativo es mixta, ya que se emplearán distintos métodos. El primero lo constituye el método inductivo, ya que de diferentes premisas (análisis de todos los elementos de carácter bibliográfico-documental [los diferentes valores jurídicos en choque dentro del supuesto de aborto]) se procurará concluir la preponderancia de los derechos de la mujer gestante derivadas de los diferentes datos obtenidos. Aunado a esto se toma en cuenta el método histórico- jurídico, con la finalidad de apreciar la evolución del tema del aborto, su penalización – despenalización, que nos llevarán a determinar su estado actual en el continente americano y en Costa Rica.

En la misma línea de la metodología, es importante indicar que la investigación tiene un enfoque cualitativo, mediante un estudio explicativo, no experimental, haciendo referencia a doctrina, jurisprudencia y legislación tanto costarricense como de diferentes legislaciones del continente americano, como Colombia, México, Cuba, Uruguay, Chile y Argentina, explicando los diferentes puntos de análisis del aborto en el ideario latinoamericano, así como de diferentes fuentes primarias, tales como tesis de diferentes universidades latinoamericanas, entre ellas la Universidad Autónoma de México (UNAM), la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad de Costa Rica (UCR), artículos de diarios nacionales costarricenses e internacionales, revistas de ciencias jurídicas y otros.

PRIMERA PARTE: EL ABORTO Y SU DESPENALIZACIÓN

La primera parte de esta tesis se enfocará, tal y como de su título se desprende, en el aborto y su despenalización. Se desarrollará el aborto desde diferentes perspectivas: el título I, desplegará la dualidad y el supuesto antagonismo expuesto entre el aborto y la vida, explicada desde diferentes visiones, sea la de la iglesia católica desde sus encíclicas papales, nuestra Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia previo al fallo *Artavia Murillo vs Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del fallo de la Sala Constitucional en sentencia *Artavia Murillo v Costa Rica* y la Corte Constitucional Colombiana. De seguido, en el segundo acápite del primer título, se abordará el aborto y su condición jurídica actual en Costa Rica (su tratamiento en el ordenamiento costarricense y las recomendaciones de organismos internacionales para Costa Rica), de seguido se expondrá la condición jurídica actual del aborto en el ámbito interamericano. Se tratará única y específicamente el fenómeno de la despenalización del aborto en legislaciones latinoamericanas; se ha decidido desarrollar solo el contexto latinoamericano puesto que, a pesar de que el tema del aborto en el continente europeo y en la legislación europea ha sido mucho más desarrollado y despenalizado que en Latinoamérica, el contexto social y legal europeo se relaciona muy poco o nada con el contexto social y legal latinoamericano, razón por la cual, las causales de despenalización en Europa acarrear un contexto y origen inherentemente diferente a las tratadas en Latinoamérica, siendo que el fenómeno de la despenalización no se podría entonces explicar con las causales europeas.

TÍTULO I: Dualidad “Vida y Aborto”

En los últimos años, el debate en torno al derecho a la vida y el alcance de este derecho, en relación con su aplicación en el aborto ha sido una constante en los diversos ámbitos legales del mundo. Numerosas discusiones se han generado relacionadas al momento en que inicia la vida, el concepto de persona, las libertades de los individuos y el deber de los Estados de proteger la vida de las personas que habitan dentro de su territorio.¹⁰⁴ La realidad costarricense y

¹⁰⁴ Georgina, Vargas Vera. “La protección del derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretación del artículo 4.1 en los casos *Baby Boy vs Estados Unidos*, y *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica*.” Accedido 26 de setiembre de 2018,

latinoamericana no es extraña a esta discusión, razón por la cual en el presente acápite se desarrollará el concepto de “vida” que se ha manejado en diferentes esferas que inciden con su tratamiento en relación con el concepto de “aborto”, para vislumbrar los argumentos teológicos, teleológicos, sistemáticos e históricos, evolutivos, emocionales, literal-gramaticales, jurídicos, etc., que se han desarrollado y la posición jurídica frente a ellos.

Así, primeramente, se abordará la posición de la Iglesia Católica, la Sala Constitucional Costarricense, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de la interpretación jurisprudencial de nuestra Sala Constitucional, y finalmente la posición de la Corte Constitucional Colombiana sobre el asunto.

1. Dualidad “Vida-Aborto”

Determinar el alcance y contenido de la protección del derecho a la vida es, en general, una tarea compleja, su tratamiento se torna aún más complejo cuando parece necesario determinar el inicio del “derecho a la vida” para así determinar si el aborto violenta este derecho o no; y si así lo hace sopesar la confrontación de valores jurídicos relevantes para determinar cuál de estos valores jurídicos en choque debe prevalecer. Ello se debe principalmente a que el debate acerca de cómo y en qué medida se garantiza el derecho a la vida, está fuertemente marcado por posiciones y creencias filosóficas, religiosas, teológicas, científicas, legales y demás respecto de las cuales, como expondremos a continuación, no hay un consenso generalizado; por lo que encontrar el punto de conciliación tampoco es tarea fácil¹⁰⁵. A modo de ejemplo, existe consenso en el mundo de los derechos humanos sobre que el derecho de asociación no obliga a nadie a asociarse, o que el derecho a tener una religión no obliga a nadie a tenerla¹⁰⁶; sin embargo, respecto del derecho a la vida y la disputa sobre si se está “terminando” una vida, si siquiera

<http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETINES/BOLETIN%2003/18824.%20Publicaciones%20recomendadas/18824.%20Vargas%20Vera,%20Georgina.%20La%20protecci%C3%B3n%20del%20derecho%20a%20la%20vida.pdf>

¹⁰⁵ Ver en el mismo sentido a Op. cit. Medina Quiroga. “*La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.*” Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2003. p. 60. Accedido 26 de setiembre de 2018, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142638>

¹⁰⁶ Para el sistema universal: Manfred Nowak. “*UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*” 2 ed. Kehl am Rhein: Engel. 2005. pp.: 315, 216, 389 y 390. Para el sistema europeo: David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates y Carla Buckley. “*Law of the European Convention on Human Rights*”. 4ta ed. Oxford. 2018. pp. 361, 362 y 421.

“hay vida” y sobre la existencia de un derecho a abortar o no, no existe consenso. Es el objetivo de esta sección intentar encontrar un punto en común, o por el contrario dilucidar la falta de puntos medios y destacar los argumentos de cada punto de vista en relación con la dualidad vida – aborto, explicando los diferentes argumentos de las cuatro instituciones mencionadas supra para así contraponer y enfrentar los bienes jurídicos en relación con la dualidad vida-aborto y en la siguiente sección proponer la ponderación de los mismos.

1. El concepto de “vida” en relación con el concepto de “aborto” planteado por la Iglesia Católica.

*"Declaro que el aborto directo, esto es, el aborto voluntario empleado como un fin o un medio, siempre constituirá un grave desorden moral, puesto que es la muerte deliberada de un ser inocente. Ninguna circunstancia, propósito o ley de ninguna naturaleza podrá jamás volver lícito un acto que es intrínsecamente ilícito, puesto que es contrario a la ley de Dios que se halla escrita en cada corazón humano, es dictada por la razón misma y proclamada por la Iglesia" – Sumo Pontífice, Papa Juan Pablo II.*¹⁰⁷

Si el espectro de argumentos en relación con la “vida” y el “aborto” lo imaginamos en una línea con dos extremidades, encontramos a los argumentos de la Iglesia Católica en un extremo y los de la Corte Constitucional Colombiana en otro; así las cosas y por la extremidad e incompatibilidad de una institución con la otra, inicialmente se expondrán los argumentos de la primera institución mencionada (la Iglesia Católica) para gradualmente llegar a la posición de la Corte Constitucional Colombiana..

En relación con la Iglesia Católica (y en general con la religión) no es extraño afirmar que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida. Por ello, la libertad de conciencia, de religión o de convicciones es uno de los derechos protegidos en el ámbito de los derechos humanos¹⁰⁸, de esta manera la interacción dinámica entre un estado de derecho y libertad religiosa muestra en la postmodernidad los ajustes propios de una sociedad crecientemente multicultural.¹⁰⁹ En

¹⁰⁷ Cf. Conc. Ecum. Vat. II, Const. dogm. *Lumen gentium*, sobre la Iglesia, 25. Citado en Carta Encíclica *Evangelium Vitae* del Sumo Pontífice Juan Pablo II, de 25 de marzo de 1995. Párr. 62.

¹⁰⁸ Monica Pinto. “La libertad religiosa”. Texto sobre la base de la conferencia organizada por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y el Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (Calir), el 16/5/2011. Accedido 9 de Septiembre de 2019, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31648.pdf>

¹⁰⁹ María Araceli Oñate Cantero, “Dialéctica libertad religiosa-laicidad”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid. 2017. p. 11.

consonancia con lo anterior, hay que destacar que Costa Rica según una encuesta realizada por el Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad de Costa Rica (UCR) es un país mayoritariamente católico. Para Febrero de 2018, la población costarricense se divide entre 52% de católicos, 22% evangélicos y 17% sin creencias religiosas. Es la primera encuesta que da un porcentaje tan bajo de adhesión al catolicismo, los datos del mismo centro para noviembre de 2016 eran 72% católicos, 12% evangélicos y 10% sin creencias religiosas¹¹⁰. Sin embargo, aun cuando el porcentaje de feligreses ha bajado, es innegable que la historia de Costa Rica muestra el extraordinario poder que ha tenido la Iglesia Católica (y la religión en general) en casi todas las esferas del país, la político-legal no siendo ajena. Como expresión de lo anterior Costa Rica enmarca dos siglos de constituciones que reconocen al catolicismo como la religión oficial del Estado pese a múltiples levantamientos sociales¹¹¹ manteniendo al 2019 la confesionalidad del Estado en el numeral 75 de la Constitución.

Dicha injerencia se vio especialmente marcada en las elecciones presidenciales y de diputados a nivel nacional en el 2018, las cuales fueron consideradas las más polarizadas por factores religiosos de los últimos tiempos¹¹². Caracterizadas por una carrera electoral que expuso profundas divisiones en el país en torno la religión¹¹³, debates enfocados en temas religiosos y

¹¹⁰ Roberto Herrera, "El lugar de la iglesia católica en nuestro país". Publicación Digital Socialismo Hoy. 27 marzo de 2019. Accedido 9 de Septiembre de 2019, <https://socialismohoy.com/el-lugar-de-la-iglesia-catolica-en-nuestro-pais>

¹¹¹ Ver entre muchos otros: Kenneth Mora Pérez. "La necesidad de un Estado Laico". Hoy en el TEC: A un click de la noticia, Oficina de Comunicación y Mercadeo, Tecnológico de Costa Rica, 28 de Noviembre 2017. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.tec.ac.cr/hoyeneltec/2017/11/28/necesidad-estado-laico>; Patricia Recio. "Cientos marchan por Estado laico en San José" Periódico La Nación. 20 de enero de 2018, Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.nacion.com/el-pais/politica/decenas-marchan-por-estado-laico-en-san-jose/CNPDNCXL2JFMNHFOUDK4I4ME64/story/>; Josue Alfaro, "Diputada del PUSC presenta proyecto de Estado laico: ¿Qué dice en su iniciativa?". Periódico Semanario Universidad, 2 de mayo de 2019. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/pais/diputada-del-pusc-presenta-proyecto-de-estado-laico-que-dice-en-su-iniciativa/>; Josué Alvarado, "Grupo se manifiesta y pide un Estado laico para el país". CRHoy.com, 10 de febrero de 2018. Accedido 9 de septiembre de 2019, " <https://www.crhoy.com/nacionales/grupo-se-manifiesta-y-pide-un-estado-laico-para-el-pais/>; EFE, "Marchan en Costa Rica por un Estado laico y libre de homofobia". EIPaís.cr. 20 de enero de 2018. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.elpais.cr/2018/01/20/marchan-en-costa-rica-por-un-estado-laico-y-libre-de-homofobia/>

¹¹² Noticias TeleSUR, "Marcados por la religión, costarricenses eligen presidente en segunda vuelta", TELESUR, 1 de abril de 2018. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.telesurtv.net/news/religion-marca-segunda-vuelta-presidencial-costa-rica--20180401-0008.html>

¹¹³ Redacción BBC Mundo. "Elecciones en Costa Rica: el candidato oficialista Carlos Alvarado Quesada gana la presidencia en comicios marcados por debates sobre la religión y el matrimonio igualitario" BBC MUNDO. 2 de abril de 2018, Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43609207>

afirmaciones como “Las iglesias hemos tenido que asumir roles que le corresponden al gobierno”¹¹⁴ por parte de candidatos a diputados permiten afirmar que en Costa Rica la atmósfera política se encuentra permeada por el factor religioso.

Todo lo anterior no se menciona en vano, pues en el tema del aborto la Iglesia Católica ha tenido gran influencia política y social en Costa Rica al realizar constantemente campañas en contra del aborto y a favor de la “defensa de la vida desde la concepción”. Recientemente, la Conferencia Episcopal hizo un llamado al Presidente Alvarado para “garantizar la vida humana desde la concepción” como parte de la oposición al aborto terapéutico¹¹⁵, de la misma manera en dicho comunicado de prensa se hizo un llamado a “los cristianos y personas de buena voluntad” a que se respete la vida humana desde la concepción¹¹⁶, aunado a las múltiples marchas “Por la vida y por la familia” que ha convocado la Conferencia Episcopal junto con Federación Alianza Evangélica Costarricense para instar al pueblo costarricense a que presionen a sus representantes políticos en temas como el matrimonio igualitario, y el aborto¹¹⁷. Evidenciando la influencia político social de la Iglesia en la regulación de temas de derecho como la regulación normativa del aborto.

La línea de la Iglesia Católica parece ser muy clara en “la defensa de la vida desde la concepción”, sin embargo, cabe destacar que la posición de la iglesia cristiana no ha sido ajena al cambio¹¹⁸; si bien el aborto nunca ha sido plenamente aceptado por la iglesia católica¹¹⁹, se ha planteado que éste solo ocurría en diversos momentos. Así, en la Doctrina de San Basilio y Sixto

¹¹⁴ Tamara Gil, "Elecciones en Costa Rica: "Elegidos por Dios", la intensa influencia de las iglesias evangélicas en los comicios de ese país" BBC Mundo, 1 de abril de 2018, Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43582350>

¹¹⁵ Monserrat Cordero Parra, "Iglesia católica hace llamado al Presidente para “garantizar la vida humana desde la concepción”. 21 de enero de 2019, Semanario Universidad. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/ultima-hora/iglesia-catolica-hace-llamado-al-presidente-para-garantizar-la-vida-humana-desde-la-concepcion/>

¹¹⁶ Allan Madriz, "Iglesia Católica: La expresión “aborto terapéutico” es un término que disminuye la gravedad del acto", ElPeriodicoCR.com, 21 de enero de 2019, Accedido 9 de setiembre de 2019, <https://elperiodicoCR.com/iglesia-catolica-la-expresion-aborto-terapeutico-es-un-termino-que-disminuye-la-gravedad-del-acto/>

¹¹⁷ Tribunal Supremo de Elecciones, Resolución N° 1375-E1-2018 de las diez horas treinta minutos del cinco de marzo de dos mil dieciocho.

¹¹⁸ Guillermo, Cabanellas de Torres. “*El aborto, su problema social, médico y jurídico*”. Editorial Atalaya, Buenos Aires. 1945. p. 23.

¹¹⁹ CONCEPTO No. 4024-2006 del Procurador General De La Nación De Colombia, Citado en Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-355-06 del 10 de mayo de 2006.

V ocurría desde el momento de la animación del feto¹²⁰, lo que generaba sanciones diversas según el momento en que se realizara¹²¹ y en algunos momentos, se condenó totalmente el aborto¹²², llegando incluso a condenarse como homicidio cualquier maniobra encaminada a evitar la concepción¹²³. No obstante lo anterior, el tema del aborto se ha tratado directamente en varias encíclicas papales, consolidando y unificando la posición “anti abortista” de la Iglesia Católica bajo cualquier circunstancia y la protección de la vida desde la concepción. De esta manera, a continuación se desarrollarán 3 encíclicas papales que se pronuncian sobre la “dualidad vida - aborto”, sean “*Casti Connubii del Papa Pío XI sobre el matrimonio cristiano*” de 1930, “*Humanae Vitae de S.S. Pablo VI a los venerables hermanos los patriarcas, arzobispos, obispos y demás ordinarios de lugar en paz y comunión con la sede apostólica, al clero y a los fieles del orbe católico y a todos los hombres de buena voluntad, sobre la regulación de la natalidad*” de 1968, y “*Evangelium Vitae del Sumo Pontífice Juan Pablo II a los obispos a los sacerdotes y diáconos a los religiosos y religiosas a los fieles laicos y a todas las personas de buena voluntad sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*” de 1995.

1.1. Casti Connubii

La “carta encíclica Casti Connubii del Papa Pío XI sobre el matrimonio cristiano” se pronuncia principalmente sobre 4 temas, la santidad del matrimonio, la oposición a eugenesia, el propósito de la sexualidad en relación con la prohibición del uso de anticonceptivos y la prohibición del aborto. Sobre este último aspecto, nos interesa el llamado del Papa Pío XI al describir la inviolabilidad de la vida, y su antagonismo con el “crimen gravísimo” (el aborto en cualquier circunstancia). En dicha carta encíclica, Pío XI dedica dos numerales a la defensa de la vida desde la concepción, lo cual lo lleva a hacer mención expresa a la prohibición del aborto por

¹²⁰ Doctrina de San Basilio y Sixto V, Bula *ad Efraenatam 1588 citada en* CONCEPTO No. 4024-2006 Del Procurador General De La Nación De Colombia, Citado asimismo en Op. Cit. C-355-06.

¹²¹ Iglesia Católica. Gratiani. Decreto de Graciano y las Decretales. “*Concordantia discordantium canonum (Concordancia de las discordancias de los cánones)*”. Corpus Juris canonici. Siglo XII

¹²² “*Concilium Eliberritanum [0314-0314] (Concilio de Elvira)*”. Documenta Catholica Omnia, Decretos de la Iglesia Canónica. Accedido 14 de diciembre de 2018, www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_0314-0314__Concilium_Eliberritanum__Documenta_Omnia__LT.doc.html

¹²³ Concilio de Works, citado en Op. cit. Cabanellas de Torres. p. 23.

indicadores médicos, sociales o eugenésicos¹²⁴ exaltando la inviolabilidad de la vida en cualquier supuesto y en estos específicamente:

*“(...) otro crimen gravísimo con el que se atenta contra la vida de la prole cuando aún está encerrada en el seno materno. Unos consideran esto como cosa lícita que se deja al libre arbitrio del padre o de la madre; otros, por lo contrario, lo tachan de ilícito, a no ser que intervengan causas gravísimas que distinguen con el nombre de indicación médica, social, eugenésica. Todos ellos, por lo que se refiere a las leyes penales de la república con las que se prohíbe ocasionar la muerte de la prole ya concebida y aún no dada a luz, (...) **Por lo que atañe a la indicación médica y terapéutica, para emplear sus palabras, ya hemos dicho, Venerables Hermanos, cuánto Nos mueve a compasión el estado de la madre a quien amenaza, por razón del oficio natural, el peligro de perder la salud y aun la vida; pero ¿qué causa podrá excusar jamás de alguna manera la muerte directamente procurada del inocente? Porque, en realidad, no de otra cosa se trata. Ya se cause tal muerte a la madre, ya a la prole, siempre será contra el precepto de Dios y la voz de la naturaleza, que clama: ¡No matarás! Es, en efecto, igualmente sagrada la vida de ambos y nunca tendrá poder ni siquiera la autoridad pública, para destruirla. Tal poder contra la vida de los inocentes neciamente se quiere deducir del derecho de vida o muerte, que solamente puede ejercerse contra los delincuentes; ni puede aquí invocarse el derecho de la defensa cruenta contra el injusto agresor (¿quién, en efecto, llamará injusto agresor a un niño inocente?); ni existe el caso del llamado derecho de extrema necesidad, por el cual se puede llegar hasta procurar directamente la muerte del inocente. Son, pues, muy de alabar aquellos honrados y expertos médicos que trabajan por defender y conservar la vida, tanto de la madre como de la prole; mientras que, por lo contrario, se mostrarían indignos del ilustre nombre y del honor de médicos quienes procurasen la muerte de una o de la otra, so pretexto de medicinar o movidos por una falsa misericordia. (...) Además de que los gobernantes no tienen potestad alguna directa en los miembros de sus súbditos; así, pues, jamás pueden dañar ni aun tocar directamente la integridad corporal donde no medie culpa alguna o causa de pena cruenta, y esto ni por causas eugenésicas ni por otras causas cualesquiera.”***¹²⁵

Al mencionar el Sumo Pontífice “la muerte directamente procurada del inocente” en su referencia al aborto, algunos autores interpretan que cuando el aborto es una consecuencia

¹²⁴ Carta Encíclica Casti Connubii del Papa Pío XI sobre el matrimonio cristiano, de 31 de diciembre de 1930. Accedido 9 de septiembre de 2019, https://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html. párr. 23 y 24.

¹²⁵ *Ibid.*

prevista pero no intencionada ni querida, simplemente tolerada, de un acto terapéutico inevitable para la salud de la madre, éste es moralmente legítimo.¹²⁶ Sin embargo el precepto general expuesto en la encíclica de Pío XI es la prohibición del aborto bajo cualquier supuesto, incluso cuando se encuentra en peligro la vida de la madre, pregonando entonces un concepto absoluto de la vida desde la concepción que no admite excepciones de ningún tipo.

1.2. *Humanae Vitae*

La “*Carta Encíclica Humanae Vitae de S. S. Pablo VI a los venerables hermanos los patriarcas, arzobispos, obispos y demás ordinarios de lugar en paz y comunión con la Sede Apostólica, al clero y a los fieles del Orbe Católico y a todos los hombres de buena voluntad, sobre la regulación de la natalidad*”, del 25 de Julio de 1968 propone en la sección “Nuevo enfoque del problema”, *la posibilidad de revisar las normas éticas hasta ahora vigentes*¹²⁷. Lo anterior se enfoca en la cuestión de la fecundidad, ante el rápido desarrollo demográfico en el planeta y las adquisiciones científicas que controlan las leyes mismas de transmisión de la vida¹²⁸. De seguido la encíclica se refiere al matrimonio y el fin de procreación del mismo, desarrollando y replanteando las conclusiones en el Episcopado sobre el matrimonio. Así, *Humanae Vitae* analiza la natalidad, la paternidad responsable, y el tema que nos interesa de la vida del no nacido.

Según el Sumo Pontífice Pablo VI, la unión matrimonial y la procreación son aspectos inseparables, y ante la problemática ética que plantean los nuevos métodos de regulación de la fertilidad, señala la importancia de respetar la naturaleza y la finalidad del acto matrimonial y reafirma “la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y el

¹²⁶ Aznar F., “Código de Derecho Canónico, edición bilingüe y comentada”, en el comentario al canon 1398 citado en Fernando Chomali, “Aborto terapéutico: Magisterio de la Iglesia”, Catholic.net, s.f. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://es.catholic.net/op/articulos/5201/cat/264/aborto-terapeutico-magisterio-de-la-iglesia.html#modal>

¹²⁷ Carta Encíclica *Humanae Vitae* de S.S. Pablo VI a los venerables hermanos los patriarcas, arzobispos, obispos y demás ordinarios de lugar en paz y comunión con la sede apostólica, al clero y a los fieles del orbe católico y a todos los hombres de buena voluntad, sobre la regulación de la natalidad., de 25 de julio de 1968. Accedido 9 de septiembre de 2019, http://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html párr. 3.

¹²⁸ Tiempo de Evangelizar, “Un resumen de la Encíclica *Humanae Vitae*”. Accedido 9 de septiembre de 2019, <http://tiempodeevangelizar.org/?p=3193>

significado procreador”¹²⁹. Por lo que el acto conyugal deberá también “*transmitir la vida que Dios creador ha puesto en él*”¹³⁰. De esta manera, el Sumo Pontífice Pablo VI introduce el tema que nos compete, mencionando las “*vías ilícitas para la regulación de los nacimientos*” y declarando una vez más la inviolabilidad de la vida humana, bajo cualquier circunstancia. Así declara:

“14. *En conformidad con estos principios fundamentales de la visión humana y cristiana del matrimonio, debemos una vez más declarar que hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas(...)*”¹³¹ Según *Humanae Vitae*, en el respeto a la naturaleza y la finalidad del acto matrimonial, los esposos se unen en casta intimidad, a través de los cuales se transmite la vida humana.¹³² Asimismo el S.S. Juan VI afirma que Dios ha dispuesto con sabiduría leyes y ritmos naturales de fecundidad que por sí mismos distancian los nacimientos por lo que la Iglesia Católica exige que los hombres observen las normas de la ley natural interpretada en su constante doctrina, sea que cualquier acto matrimonial debe quedar abierto a la transmisión de la vida.¹³³ De esta manera vemos re afirmado el criterio de protección de la vida humana de forma absoluta, desde incluso antes de la concepción.

1.3. Evangelium Vitae

La Carta “*Encíclica Evangelium Vitae del Sumo Pontífice Juan Pablo II a los obispos, a los sacerdotes y diáconos, a los religiosos y religiosas, a los fieles laicos y a todas las personas de buena voluntad; sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*”¹³⁴ (de ahora en adelante *Evangelium Vitae* o EV) es el documento emitido por la iglesia católica más simbólico y representativo de la opinión de la Iglesia Católica como institución respecto de la vida en los tiempos modernos. Esta encíclica, a diferencia de las anteriores trata directamente el tema de “la

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Op. cit. Humanae Vitae. párr. párr. 13.*

¹³¹ *Op. cit. Humanae Vitae. párr. 14.*

¹³² *Op. cit. Tiempo de Evangelizar.*

¹³³ *Op. cit. Humanae Vitae, párr. 11.*

¹³⁴ Carta Encíclica *Evangelium Vitae* del Sumo Pontífice Juan Pablo II, de 25 de marzo de 1995. Accedido 29 de agosto de 2018, http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html

vida”; en dicha encíclica, el Papa Juan Pablo II divide a través de 4 capítulos y 105 números una profunda lectura bíblica sobre la responsabilidad ante la vida humana e ideas orientadas a la defensa de la vida desde la perspectiva ideológica de la Iglesia Católica. *Evangelium Vitae* promulga una defensa a la vida humana sin excepciones, exalta el carácter inviolable de la vida humana en todos sus aspectos afirmando que todo ser humano tiene un valor intrínseco e inviolable y como tal se desprende de la ley natural¹³⁵. Se le acuña valor sagrado a la vida “*desde su inicio hasta su término*”¹³⁶.

En la primera sección “*Valor Incomparable de la persona humana*” se describe el valor sagrado de la vida humana, según la ley natural y la posición que deberían tener *los creyentes en Cristo*, tal y como se explicó en el Concilio Vaticano II, sea la defensa de la vida.¹³⁷ En la segunda sección nuevas amenazas a la vida humana,¹³⁸ el Papa Juan Pablo II cita al Concilio Vaticano II y deplora categóricamente el acto del aborto, en general, y bajo todo supuesto, oponiéndolo antagónicamente a la vida:

*«Todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, (...) son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonran más a quienes los practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al Creador».*¹³⁹

En dicha sección el Papa expone cómo los anteriores “*atentados contra la vida*” han sido justificados por amplios sectores de la opinión pública “*en nombre de los derechos de la libertad individual*”, lo cual causa una gran amenaza moral.¹⁴⁰ Más adelante, en la sección “En comunión con todos los Obispos del mundo”, se hace referencia al objetivo de la encíclica EV:

“La presente Encíclica (...) quiere ser pues una confirmación precisa y firme del valor de la vida humana y de su carácter inviolable, y, al mismo tiempo,

¹³⁵ Op. Cit. *Evangelium Vitae*. Párr. 62

¹³⁶ Op. Cit. *Evangelium Vitae*. Párr. 2

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ Op. Cit *Evangelium Vitae*. Párr. 3-4

¹³⁹ Op. Cit *Evangelium Vitae*. Párr. 3

¹⁴⁰ Op. Cit *Evangelium Vitae*. Párr. 3-4

una acuciante llamada a todos y a cada uno, en nombre de Dios: ¡respetar, defender, amar y servir a la vida, a toda vida humana!”¹⁴¹

De seguido, en el capítulo I “*Actuales amenazas a la vida humana*”, el Evangelio de la Vida se expone desde el versículo de Génesis en relación con Caín y Abel, en donde Dios da libremente la opción frente al pecado¹⁴², pero el ser humano puede y debe dominarlo¹⁴³, siendo que cuando se mata a otro ser humano “*se viola el parentesco espiritual que agrupa a los hombres en una única gran familia, y se viola también el parentesco «de carne y sangre», por ejemplo, cuando las amenazas a la vida se producen en la relación entre padres e hijos, como sucede con el aborto*”¹⁴⁴, pues la vida humana le pertenece solamente a Dios¹⁴⁵ y Dios no puede dejar impune el delito¹⁴⁶ destacando así en un tono entre sociológico y valorativo, referencias a las amenazas y atentados contra la vida presentes en la coyuntura cultural contemporánea. La enumeración es amplia y hecha con tono severo a lo largo de dicho capítulo, sin embargo, no es la coyuntura social lo que el papa identifica como «cultura de la muerte». Con esta expresión el Sumo Pontífice hace referencia a una realidad que desde su opinión no es fáctica sino cultural; es el recurso a la muerte visto como una solución civilizada, y ello no ya por individuos aislados o en contextos excepcionales, sino en amplios sectores sociales y precisamente -aborto- al afrontar problemas referidos a momentos clave.¹⁴⁷

En lo referente al aborto en dicha sección, *Evangelium Vitae* establece que atentados relativos a la vida naciente

“(…) suscitan problemas de gravedad singular, por el hecho de que tienden a perder, en la conciencia colectiva, el carácter de «delito» y a asumir paradójicamente el de «derecho», hasta el punto de pretender con ello un verdadero y propio reconocimiento legal por parte del Estado y la sucesiva

¹⁴¹ Op. Cit *Evangelium Vitae*. Párr. 5.

¹⁴² En tanto en dicho versículo, la Biblia expone la opción de Caín de no matar a su hermano, sin embargo, éste decide asesinarlo.

¹⁴³ Op. Cit *Evangelium Vitae*. Párr. 7

¹⁴⁴ Op. Cit *Evangelium Vitae*. Párr. 8

¹⁴⁵ Op. Cit *Evangelium Vitae*. Párr. 9.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ José Luis, Illanés. “*La vida, substancia y meta de la historia, La Evarigelium Vitae en el contexto de la coyuntura cultural contemporánea.*” *Revista SCRIPTA THEOLOGICA* No 28 de marzo de 1996. pp. 737-758. Accedido 29 de agosto de 2018, <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/scripta-theologica/article/download/14710/14820>

*ejecución mediante la intervención gratuita de los mismos agentes sanitarios(...)*¹⁴⁸

En cuanto al origen del aborto, El Papa Juan Pablo II considera como raíz del mismo la crisis de la cultura, así:

*“(la) crisis de la cultura, que engendra escepticismo en los fundamentos mismos del saber y de la ética, haciendo cada vez más difícil ver con claridad el sentido del hombre, de sus derechos y deberes. A esto se añaden las más diversas dificultades existenciales y relacionales, agravadas por la realidad de una sociedad compleja, [...] además situaciones de particular pobreza, angustia o exasperación, en las que la prueba de la supervivencia, el dolor hasta el límite de lo soportable, y las violencias sufridas, especialmente aquellas contra la mujer, hacen que las opciones por la defensa y promoción de la vida sean exigentes, a veces incluso hasta el heroísmo. Todo esto explica, al menos en parte, cómo el valor de la vida pueda hoy sufrir una especie de «eclipse», aun cuando la conciencia no deje de señalarlo como valor sagrado e intangible, como demuestra el hecho mismo de que se tienda a disimular algunos delitos contra la vida naciente o terminal con expresiones de tipo sanitario, que distraen la atención del hecho de estar en juego el derecho a la existencia de una persona humana concreta”*¹⁴⁹

Señala la encíclica que el aborto se debe a la incertidumbre moral¹⁵⁰ que ha generado una sociedad basada en la eficiencia.¹⁵¹ y que ésta misma sociedad ha acusado a la iglesia católica de favorecer el aborto por declarar ilícita la anticoncepción sin embargo, en los argumentos expuestos en dicha sección:

“(...)la cultura abortista está particularmente desarrollada justo en los ambientes que rechazan la enseñanza de la Iglesia sobre la anticoncepción. Es cierto que anticoncepción y aborto, desde el punto de vista moral, son males específicamente distintos: la primera contradice la verdad plena del acto sexual como expresión propia del amor conyugal, el segundo destruye la vida de un ser humano; la anticoncepción se opone a la virtud de la castidad matrimonial, el

¹⁴⁸ Op. cit. Evangelium Vitae. párr. 11.

¹⁴⁹ Ibíd.

¹⁵⁰ Ibíd.

¹⁵¹ Op. Cit. Evangelium Vitae. Párr. 12.

*aborto se opone a la virtud de la justicia y viola directamente el precepto divino « no matarás. »*¹⁵²

Evangelium Vitae parece incluir como criterio novedoso atenuantes en la responsabilidad subjetiva y culpabilidad de quien aborta, pero no pierde de vista el valor absoluto de la vida:

*"Las opciones contra la vida proceden, a veces, de situaciones difíciles o incluso dramáticas de profundo sufrimiento, soledad, falta total de perspectivas económicas, depresión y angustia por el futuro. **Estas circunstancias pueden atenuar incluso notablemente la responsabilidad subjetiva y la consiguiente culpabilidad de quienes hacen estas opciones** en sí mismas moralmente malas. Sin embargo, hoy el problema va bastante más allá del obligado reconocimiento de estas situaciones personales. Está también en el plano cultural, social y político, donde presenta su aspecto más subversivo e inquietante en la tendencia, cada vez más frecuente, a interpretar estos delitos contra la vida como legítimas expresiones de la libertad individual, que deben reconocerse y ser protegidas como verdaderos y propios derechos. De este modo se produce un cambio de trágicas consecuencias en el largo proceso histórico, que después de descubrir la idea de los « derechos humanos » —como derechos inherentes a cada persona y previos a toda Constitución y legislación de los Estados— incurre hoy en una sorprendente contradicción: justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho mismo a la vida queda prácticamente negado y conculcado, en particular en los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte(...)"*¹⁵³

En su Capítulo III: “No Matarás. La Ley Santa de Dios”, el sumo pontífice expone el mandamiento divino “no matarás” e impone el carácter sagrado e inviolable de la vida¹⁵⁴ así mismo, expone los aspectos negativos y positivos de dicho mandamiento, es decir la prohibición de matar y la “*actitud positiva de respeto absoluto por la vida, ayudando a promoverla y a progresar por el camino del amor que se da, acoge y sirve.*”¹⁵⁵

¹⁵² Op. Cit. Evangelium Vitae. Párr. 13

¹⁵³ Op. cit. Evangelium Vitae. Párr. 53

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Op. cit. Evangelium Vitae. Parr. 54.

En efecto, *Evangelium Vitae* pregona un absoluto carácter inviolable de la vida en tanto es una decisión deliberada, doctrina fundamentada en “*aquella ley no escrita que cada hombre, a la luz de la razón, encuentra en el propio corazón (...) corroborada por la Sagrada Escritura, transmitida por la Tradición de la Iglesia y enseñada por el Magisterio ordinario y universal*”¹⁵⁶ y **califica al aborto como un homicidio**¹⁵⁷ siendo que desde el punto de vista de la Iglesia desde la concepción existe vida independiente de la madre¹⁵⁸.

Referente a las sanciones, la *disciplina canónica de la Iglesia*, desde los primeros siglos, ha castigado con sanciones penales a quienes eran encontrados culpables de practicar un aborto, y esta praxis, con penas más o menos graves, ha sido ratificada en los diversos períodos históricos. El *Código de Derecho Canónico* de 1917 establecía para el aborto la pena de excomunión. También la nueva legislación canónica se sitúa en esta dirección cuando sanciona que « quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión *latae sententiae* »¹⁵⁹ es decir, automática. La excomunión, según EV, afecta a todos los que cometen este delito conociendo la pena, incluidos también aquellos cómplices sin cuya cooperación el delito no se hubiera producido. Sin embargo, el Título III del Código de Derecho Canónico, canon 1323 establece una excepción a la regla. Sea esta los menores de 16 años, en tanto “1323. *No queda sujeto a ninguna pena quien, cuando infringió una ley o precepto: 1 aún no había cumplido dieciséis años;*”¹⁶⁰

En conclusión, y para efectos del análisis jurídico que nos compete realizar infra se pueden dilucidar entonces los siguientes argumentos concretos extraídos de la doctrina de la Iglesia

¹⁵⁶ Cf. Conc. Ecum. Vat. II, Const. dogm. *Lumen gentium*, sobre la Iglesia, 25. Citado en *Op. Cit. Evangelium Vitae*, párr. 57.

¹⁵⁷ *Op. Cit. Evangelium Vitae*, párr. 58.

¹⁵⁸ *Op. Cit. Evangelium Vitae*, párr. 60.

¹⁵⁹ *Código de Derecho Canónico*, can. 1398; cf. *Código de los Cánones de las Iglesias Orientales*, can. 1450 ~ 2. Citado en *Op. Cit. Evangelium Vitae*, párr. 62.

¹⁶⁰ *Código de Derecho Canónico*, Libro VI: De las sanciones en la Iglesia, Parte I de los delitos y penas en general, Título III: del sujeto pasivo de las sanciones penales, Canon 1323.

Católica en Casti Connubii, Humanae Vitae y Evangelium Vitae:

- la Iglesia Católica considera la vida del no nacido como un bien absoluto, la considera independiente a la vida de la madre y considera la interrupción del embarazo por cualquier razón y en cualquier estadio como homicidio
- La única excepción en cuanto a reprochabilidad y la pena dentro de la iglesia se resguarda para los menores de 16 años, bajo el Título III del Código de Derecho Canónico, canon 1323, en tanto *No queda sujeto a ninguna pena quien, cuando infringió una ley o precepto aún no había cumplido dieciséis años*¹⁶¹

Ahora bien, teniendo en clara la posición de la Iglesia Católica en relación con la dualidad vida - aborto, y las múltiples manifestaciones que esta ha realizado en contra de la regulación normativa del aborto¹⁶² hay que resaltar la importancia de la libertad religiosa, en especial cuando según mandato constitucional Costa Rica se erige como Estado confesional garante de no solo de la libertad religiosa sino también de la libertad de expresión.

A partir del numeral 75 de la constitución es posible señalar que el Estado costarricense es de carácter confesional, en cuanto se declara que un credo religioso determinado es el del Estado y éste tiene el deber de contribuir a mantenerlo.¹⁶³ Constitucionalmente se le concede a la religión católica (en contra de las más modernas tendencias del Derecho constitucional comparado) un trato diferenciado. Este numeral constitucional impide concluir que el Estado costarricense, como la gran mayoría de los contemporáneos, tengan un carácter aconfesional o laico. Es decir,

¹⁶¹ Op. cit. Código de Derecho Canónico, Libro VI: De las sanciones en la Iglesia, Parte I de los delitos y penas en general, Título III: del sujeto pasivo de las sanciones penales, Canon 1323.

¹⁶²“MANIFIESTO CONJUNTO DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE COSTA RICA Y LA FEDERACION ALIANZA EVANGELICA COSTARRICENSE. *Nosotros Obispos católicos de la Conferencia Episcopal de Costa Rica y los Pastores evangélicos unidos en la Federación Alianza Evangélica, luego de haber orado al Señor por el buen desarrollo del proceso electoral 2018, y en especial por todos los candidatos a puestos de representación popular, queremos manifestar a ustedes y a toda la opinión pública nuestras preocupaciones y nuestra posición de frente a temas de gran importancia para nuestro país, a saber: 1. El Valor de la vida humana: Conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política, reafirmamos el valor absoluto de la Vida Humana desde su concepción (fecundación) hasta su desenlace natural. Este designio divino plasmado en la Palabra de Dios y en los valores cristianos que animan nuestra sociedad, no admite ataques de ningún tipo, y esperamos el compromiso de toda la sociedad, en especial de los políticos en la defensa de este valor innegociable; (...)*”Comunicación Conferencia Episcopal de Costa Rica, Accedido 8 de septiembre de 2019, <https://www.facebook.com/341869476147600/posts/559165804417965/>

¹⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 02023 - 2010 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos de dos de febrero de dos mil diez.

el carácter confesional del Estado se agota en tener a la Religión Católica, Apostólica y Romana como la oficial y en el deber de aquél de contribuir a su mantenimiento¹⁶⁴, pero esta cláusula es de cuidado, porque según Sala Constitucional la segunda parte del artículo 75 sobre el Estado confesional debe ser objeto de una interpretación y aplicación restrictiva, en cuanto, ineluctablemente, impacta la libertad religiosa en su más pura expresión. Lo anterior de la con el supra citado sondeo de Opinión Sociopolítica del Centro de Investigación y Estudios Políticos (CIEP), de la Universidad de Costa Rica (UCR) que revela que el credo cristiano (en sus denominaciones católica y evangélica) ha sido adoptado por cifras que rondan el 84% de la población costarricense y que, al menos, el 77.59% de la muestra considera que la religión es muy importante en sus vidas¹⁶⁵, es admisible afirmar que la religión tiene la capacidad de impactar todas las esferas del Estado¹⁶⁶.

Por lo anterior y respecto de a la fuerte influencia que ejerce el credo en decisiones políticas, el Tribunal Supremo de Elecciones en el contexto de las elecciones presidenciales del 2018 manifestó que tanto la Conferencia Episcopal como la Federación Evangélica -por su naturaleza, militancia y trayectoria- *presentan condiciones para exhibir una posición que les convierte en referente de esas orientaciones religiosas con innegable influencia y posición frente a la comunidad de fieles católicos o evangélicos, según corresponda*¹⁶⁷. Por ello, si bien las organizaciones que representan esos credos religiosos pueden -de acuerdo con el principio de libertad-, tomar posición sobre los problemas sociales del país, explicitar su postura frente a temas puntuales de la realidad nacional, manifestar públicamente el marco axiológico que se corresponda con la ideología de su credo religioso particular, predicar la fe con auténtica libertad, enseñar su doctrina social, ejercer una misión terrenal sin traba alguna y dar juicio moral, incluso, en materias referentes al orden público; no procede que, al amparo de tales roles, utilicen su poder de influencia para incidir en la libre decisión de los electores que comulgan con su

¹⁶⁴ Ibíd.

¹⁶⁵ Op. cit. TSE, Resolución N° 1375-E1-2018.

¹⁶⁶ Ibíd.

¹⁶⁷ Ibíd.

ideología dado que en tal caso se cruza, incuestionablemente, la línea demarcada por el constituyente en el artículo 28.¹⁶⁸

Por ende, no toda manifestación que haga la Iglesia Católica (o evangélica) queda amparada a la libertad de expresión y de credo religioso. Dada la posición que ocupan la Conferencia Episcopal y la Federación Evangélica, el Tribunal Supremo de Elecciones en el contexto de las elecciones presidenciales incluso determinó que “El Manifiesto” que emitieron la Conferencia Episcopal y la Federación Evangélica, que entre otros se refería a la posición de la iglesia sobre la vida humana y el contexto político:

“(…)sobrepas[ó] las facultades que le otorga el derecho a la “libertad de culto” y constituy[ó] una amenaza cierta, real, efectiva e inminente a la libertad del sufragio (de manera refleja) en su dimensión activa para aquellos electores (independientemente de su número) que -aún profesando la fe evangélica o la católica- tienen derecho a emitir el voto en condiciones de libertad y secretividad, en un contexto de pluralismo político y en su dimensión pasiva en relación con aquellos candidatos disidentes que, por su ideología, no resultan conformes con las creencias citadas. Todo ello provoc[ó] una afectación del sistema de valores político electorales que el constituyente quiso tutelar y la infracción de una norma prohibitiva del mayor nivel(…)”¹⁶⁹

Bajo esta misma línea, la jurisprudencia constitucional nacional también ha inducido el **principio de la neutralidad religiosa**. Según el cual los poderes del Estado deben interpretar los conceptos constitucionales con fundamento en criterios de aplicación neutrales y que resulten válidos para todos, esto es, de manera no confesional o vinculada a una creencia religiosa en particular:

“(…)La proyección de la neutralidad religiosa del Estado en la programación, desarrollo y ejecución de políticas públicas, surge de una serie de valores, principios y normas constitucionales. Así, el artículo 1º de la Constitución Política, a partir de la proclamación del Estado costarricense como una “República”, supone la

¹⁶⁸ ARTÍCULO 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. **No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.**

¹⁶⁹ Op. cit. TSE, Resolución N° 1375-E1-2018.

*consagración del principio republicano al que es consustancial la secularización de la esfera pública (...)*¹⁷⁰

En razón de lo anterior, aun cuando Costa Rica se erige como estado confesional, garante de la libertad de expresión y de la libertad religiosa, el desarrollo y ejecución de políticas públicas (entre las cuales la salud de la mujer gestante se debe incluir) las decisiones tomadas en el ámbito legal, en especial atención a las de políticas públicas no pueden ni deben verse permeadas por las directrices de la religión. Empero lo anterior, desde el punto de vista político no puede desconocerse que las doctrinas de la Iglesia Católica han desempeñado esa influencia e injerencia, que en definitiva permeó el desarrollo de la resolución que a continuación se desarrolla.

2. El concepto de “vida” planteado por la Sala Constitucional de Costa Rica en sus resoluciones 2306-2000 y 2792-2004.

2.1. Resolución N° 2306-2000 de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.

A pesar de que la sentencia de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil, número 2306-2000, refiere a la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, el cual hace alusión a la técnica de Fertilización in Vitro (FIV), es en esta sentencia en donde Sala Constitucional deja más clara su posición respecto al inicio de la vida y el tratamiento jurisprudencial vinculante que se le dará al “derecho a la vida” a partir de la emisión de dicha sentencia. Razón por la cual es de sumo interés para este trabajo tener claro cuál ha sido el tratamiento jurisprudencial del máximo órgano constitucional vinculante en Costa Rica que se le ha dado al “inicio de la vida”, puesto que este es vital en la argumentación a favor o en contra del aborto.

En el considerando “V.- *La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana*” de la sentencia 2306 del año 2000 de Sala Constitucional se desarrolla el criterio sobre el inicio de la vida humana en términos de **cuándo**

¹⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 02023 - 2010 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos de dos de febrero de dos mil diez.

empieza la protección jurídica dada por el ordenamiento costarricense, así la Sala Constitucional esboza que

*“(...) Al describir la segmentación de las células que se **produce inmediatamente después de la fecundación**, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, **en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico**”¹⁷¹*

En cuanto al sustento jurídico utilizado para dar fundamento a dicha argumentación, en el considerando VI se esboza el fundamento que se le da en diferentes instrumentos internacionales; así el argumento principal de Sala Constitucional implica que el artículo 4.1¹⁷² de la Convención Americana de Derechos Humanos *“declara [el Derecho a la vida] a favor de todos, sin excepción”* y *“(...) -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe.”¹⁷³* Más aún el juzgador constitucional costarricense se avoca la interpretación del mencionado artículo 4.1 del Pacto de San José e **indica que la protección dada en la Convención “da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción.”¹⁷⁴**

Asimismo, respecto al artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Sala consideró que el no nacido computaba personalidad jurídica desde la concepción y que por lo tanto merecía reconocimiento de todos los derechos:

“[E]ste instrumento internacional [...] prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección

¹⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución 2306-2000 de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.

¹⁷²El artículo 4.1 de la CADH versa: *Artículo 4. Derecho a la Vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

¹⁷³ Op. cit. Sala Constitucional. Resolución 2306-2000.

¹⁷⁴ *Ibíd.*

*directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos*¹⁷⁵.

Finalmente, en sus conclusiones, Sala Constitucional admite al embrión como sujeto de derecho y es bajo esta concepción que se le otorga protección igual a la de los otros seres humanos, equiparando el feto a la condición de persona:

“Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraría permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado.”

Es decir, **bajo la línea de argumentación de la Sala Constitucional en la supra descrita resolución, se es persona con protección jurídica desde la concepción**, lo anterior en fundamento al artículo 4.1 de la CADH, el cual según la Sala Constitucional no admite excepciones puesto que *“éstas destruirían el contenido del derecho y, solo al no admitir que el embrión es sujeto de derecho se podría perder la tutela dada por el Estado”*¹⁷⁶.

En razón de los argumentos esgrimidos en la anterior resolución, surgió la duda en el gremio jurídico sobre la constitucionalidad entonces del aborto terapéutico, pues si el embrión es sujeto de derechos igual que todos los demás seres humanos, entonces el artículo 121 del Código Penal (que despenaliza el aborto terapéutico) podría ser inconstitucional, junto con el 118 a 122, por admitir un trato diferenciado entre el no nacido y los demás ciudadanos. Consecuentemente, en el 2004, se interpuso una acción de inconstitucionalidad relacionada con los artículos 118 a 122 del Código Penal costarricense que regulan el aborto, la cual se desarrolla a continuación.

2.2. Resolución N° 02792 – 2004 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.

En razón de la sentencia expuesta anteriormente (No. 2306-2000), el profesor universitario Gustavo González interpuso una acción de inconstitucionalidad en el año 2004 solicitando se declare la inconstitucionalidad de los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. En dicha acción de inconstitucionalidad alegó que el articulado del Código

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Op. Cit. Sala Constitucional Resolución. 2306-2000

Penal sobre el aborto contraviene el artículo 33 de la Constitución Política, los artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y lo dispuesto en la sentencia número 2306-2000 emitida por la Sala Constitucional.

Respecto del artículo 33 de la Carta Fundamental se reclamó que las normas legales discutidas, contenidas en los Códigos Penal y Civil, plasman una diferencia de tratamiento, empleando como fundamento una distinción entre persona y feto, pero dicha distinción de acuerdo con la propia Sala Constitucional es inconstitucional por ser contraria al derecho de la Constitución, tal y como señaló la sentencia 2306-2000. Dicha jurisprudencia es vinculante de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción, de modo que debe aplicarse por parte de los jueces, según lo dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo cual lo dispuesto por las normas jurídicas impugnadas lo es en clara infracción a las reglas citadas. Asimismo, agregó el accionante González que

*"al pretender tratar a seres iguales (dado que pertenecen a una misma categoría que es la categoría de persona, con el mismo bien jurídico vida), de modo desigual, se produce una violación del artículo 33 de la Constitución Política que establece el principio de igualdad (y de justicia) que como derecho fundamental tienen todos los individuos nacidos o no nacidos".*¹⁷⁷

En su desarrollo, el impugnante González esbozó que el artículo 121 del Código Penal es inconstitucional pues establece la no punibilidad del aborto practicado con consentimiento de la mujer, por médico, cuando se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud de la madre, **con lo que perime el derecho a la vida a favor de un simple derecho a la salud de la madre, cuando es claro que la vida tiene mayor importancia.** En relación con el artículo 31 del Código Civil señala que la norma le otorga la calidad de persona al que nace viva, con lo cual contraviene lo dispuesto por la sentencia 2306-2000 que dijo que se es persona desde el momento de la concepción. Con ello se produce entonces la infracción del artículo 33 Constitucional, que señala que toda persona es igual ante la ley.

Según el análisis de Sala Constitucional en su considerando IV no se referirá al derecho a la vida puesto que queda claro que con la sentencia 2306-2000 los no nacidos y los nacidos tienen la misma protección y derecho a la vida, y el accionante se refiere no a la infracción de este

¹⁷⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02792 – 2004 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.

derecho, sino una lesión a derecho al principio de igualdad. Por su parte, en el considerando V y VI, se analiza el principio de igualdad entre no nacidos y nacidos. Así, en relación con la penalidad del aborto el redactor constitucional indica que no lleva la razón el accionante en el tanto en que parte de la base de que, para la penalización de conductas relacionadas con el derecho a la vida, el legislador puede tomar en cuenta otras circunstancias diferentes de la calidad de persona de quien sufre la acción, razón por la cual a pesar de que existen límites constitucionales a las labores legislativas (límites al legislador penal), en la despenalización del aborto terapéutico y en la penalización del aborto procurado no se encuentra vulnerado ninguno de los límites cuando el legislador penal hace una diferenciación entre la situación de un “ser humano nacido” y la de un “ser humano que no ha nacido”, en lo referente a las penas asignadas al delito de aborto y homicidio, por existir diferencias objetivas entre ellos. Adicionalmente menciona la Sala que al ser el feto dependiente de la mujer se deben tomar en cuenta los derechos fundamentales de la madre y que siempre debe primar el derecho a la dignidad humana:

“(…) En primer lugar, reconoce la Sala que, aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar. En segundo lugar, se presenta en el caso de la persona no nacida una particular relación de absoluta dependencia con una segunda persona, la cual incluso se traduce en que en los primeros estadios de su desarrollo no podría incluso sobrevivir de otra forma y en los últimos estadios del desarrollo antes de nacer, esa relación de dependencia es, si no vital, por lo menos considerada la ideal y apropiada; esto acarrea una nueva circunstancia diferenciadora con otras situaciones que puede y debe ser válidamente tomada en consideración (de una u otra manera) en el tanto en que se hacen presentes y deben tenerse en cuenta, los derechos fundamentales de la madre, cosa que no ocurre en el caso de los homicidios en donde falta esa específica relación con otras personas y sus derechos fundamentales. En tercer lugar, cabe agregar a favor de la validez de la diferenciación en la intensidad de la sanción, el hecho de que ella responde, como se indicó, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente no solo de nuestra sociedad sino, en todas aquellas que componen nuestro entorno cultural, como puede apreciarse de la simple revisión de la forma en que otros países latinoamericanos y europeos han legislado sobre el punto, siempre optando por una disminución en la reacción penal del Estado ante la lesión del derecho a la vida del no nacido. Con relación a este último argumento, sin embargo, cabe aclarar que, por su naturaleza relativista, resulta evidente que no podría nunca colocarse sobre otros argumentos ni desbancar otros principios que la Sala ha

reconocido como fundamento de nuestro ordenamiento y -en particular- no podría privar por sobre el respeto y consideración a la dignidad humana, por ejemplo. Pero en cambio, es válido admitirlo y sumarlo cuando se trata –como en este caso- de juzgar sobre la proporcionalidad y adecuación de la reacción penal legislativamente establecida por el Estado, labor para la cual la particular conciencia social e histórica que la sociedad tenga sobre el tema debe, necesariamente emplearse como guía.(...) ¹⁷⁸

En relación con el aborto terapéutico, la Sala Constitucional se pronuncia solamente sobre el peligro a la salud, y no el peligro a la vida por referirse el recurrente solo al primer supuesto; así, “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”. Sobre este particular, la Sala Constitucional menciona que **aun cuando un peligro a la salud podría no poner en peligro la vida de la mujer gestante esto representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano, razón por la cual el ordenamiento jurídico no puede exigirle soportar esta vulneración bajo amenaza de una sanción penal**, análogo al razonamiento en que se soportan los indicadores de esta tesis (y se expondrán posteriormente) y se computan entonces valores constitucionales no de diferente rango, sino de rango equivalente:

“(..)en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aun cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos

¹⁷⁸ Op. cit. Sala Constitucional Resolución N° 02792 – 2004

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.(...)”¹⁷⁹

Los anteriores argumentos parecieran indicar que, al realizar la ponderación de valores jurídicos en choque, en la despenalización del aborto terapéutico, los derechos de la mujer gestante computan valores constitucionales no de diferente rango, sino de rango equivalente al derecho a la vida. Razón por la cual el ordenamiento jurídico no puede exigirle a la mujer soportar la vulneración de su dignidad humana y demás derechos bajo amenaza de una sanción penal y procede entonces como constitucional el aborto terapéutico.

De esta forma, según el criterio esbozado podría afirmarse que en un examen posterior (dado que “la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto”) la inclusión del mismo análisis se podría aplicar a los indicadores que esta tesis propugna. Sin embargo, a la fecha no ha existido ningún análisis posterior por parte de Sala Constitucional en los supuestos de aborto producto de violación o aborto en embarazos con fetos inviables por alteraciones congénitas o genéticas.

Habiendo entonces analizado la posición de Sala Constitucional en sus resoluciones del año 2000 y 2004 en donde se concluyó que la vida humana predica protección desde la concepción y consecuentemente el feto es persona según la interpretación realizada del artículo 4.1 de la CADH, se procederá en la siguiente sección a abordar el desarrollo que le ha dado el intérprete originario de la Convención a dicho artículo, es decir, la propia Corte IDH en el caso del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

¹⁷⁹ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución 2792-2004.

3. El concepto de “vida” planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica¹⁸⁰, a propósito de la sentencia 2306-2000 de Sala Constitucional.

En respuesta a la prohibición de la FIV en Costa Rica se llevó a cabo un proceso contencioso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que culminó con la sentencia del 28 de noviembre del 2012 por parte de la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, última instancia en materia de derechos humanos en el continente americano. Siendo la Corte Interamericana el intérprete auténtico de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) dicha sentencia es de suma relevancia para esta tesis en tanto interpreta y **rectifica la interpretación dada por nuestra Sala Constitucional sobre el artículo 4 de la CADH**, el cual consagra el derecho a la vida. En lo que nos compete, la Corte observa que en la sentencia de la Sala Constitucional se incluyó un concepto de protección absoluta de la vida del embrión¹⁸¹, por lo que estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional, es decir, que según Sala Constitucional la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida"¹⁸². Al respecto:

“(...) la Corte ha analizado con mucho detenimiento el presente caso teniendo en cuenta que intervino el más Alto Tribunal de Costa Rica, y que éste en su sentencia realizó una interpretación del artículo 4 de la Convención Americana. Sin embargo, esta Corte es la intérprete última de la Convención, por lo cual estima relevante precisar lo pertinente respecto a los alcances de dicho derecho¹⁸³.

Para realizar una responsable interpretación del derecho a la vida, artículo 4.1 de la CADH, la Corte realiza una interpretación de su articulado en su papel de intérprete originario de la

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Serie C No. 257. Excepciones, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

¹⁸¹ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 158.

¹⁸² Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 162

¹⁸³ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 171

convención desde diferentes aristas, sean estas: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado¹⁸⁴.

Siendo la interpretación del derecho a la vida y su concatenante obligación para los Estados de protegerla medular para esta investigación, a continuación, se desarrollarán algunos¹⁸⁵ de los criterios de interpretación adoptados por la Corte IDH, sobre el Derecho a la vida.

i) Interpretación del derecho a la vida conforme al sentido corriente de los términos.

En cuanto al sentido corriente de los términos, es necesario mencionar el artículo 1 de la Convención Americana, que establece:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (Añadido fuera del texto)¹⁸⁶

Entonces, surge, para efectos de esta investigación la interrogante de la **terminología persona y ser humano**, es decir las definiciones y alcances de cada término. En su desarrollo jurisprudencial, la Corte advierte que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones

¹⁸⁴ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 173.

¹⁸⁵ El desarrollo de la interpretación evolutiva en la sentencia Artavia Murillo centra su análisis en el estatus jurídico del embrión en la legislación europea y las regulaciones sobre la FIV en el Derecho Comparado, no siendo el Derecho Europeo marco de referencia útil para esta investigación por las razones expuestas supra, ni las regulaciones sobre la FIV, dicho criterio de interpretación se dejará por fuera en el análisis posterior.

¹⁸⁶ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 174.

que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance deben valorarse a partir de la literatura científica.¹⁸⁷

Así, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con diversos tribunales internacionales y nacionales¹⁸⁸, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones; sin embargo, **estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, tal y como lo hizo la Sala Constitucional Costarricense, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.**¹⁸⁹

Ahora, el término “concepción” no es de tanta importancia para este trabajo de investigación, por no cuestionarse el momento en que dicho acto se da, en el derredor del aborto; incluso

¹⁸⁷ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 176.

¹⁸⁸ Respecto a decisiones de tribunales constitucionales: Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso Roe Vs. Wade, 410 U.S. 115, 157. 1973 (“No necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida. Si los que están formados en sus respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología no logran llegar a consenso alguno, la judicatura [...] no está en situación de especular una respuesta”). Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health, [2002] England and Wales High Court 610 (Admin), Voto del juez Munby, párr. 54 y 60 (“No es parte de mi función, tal como lo concibo, determinar el momento en que comienza la vida [...]. Así, aún la biología y la medicina no pueden decirnos el momento preciso en que “la vida” realmente empiece”). Corte Suprema de Justicia de Irlanda, Caso Roche Vs. Roche & Ors, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, [2009] IESC 82, Voto del juez Murray C.J (“En mi opinión, no debe ser un tribunal de leyes, confrontado con las opiniones más divergentes, aunque las más eruditas disponible en las citadas disciplinas, pronunciarse sobre la verdad del momento preciso cuando comienza la vida humana); Voto del juez Denham J, párr. 46 (Esto no es el arena adecuada para tratar de definir “la vida”, “el comienzo de la vida”, “el momento que el alma entra en el feto”, “vida en potencia”, “la singular vida humana”, cuando comienza la vida, u otros imponderables relacionados con el concepto de la vida. **Esto no es el foro apropiado para decidir principios de la ciencia, la teología o la ética. Esto es un tribunal de leyes** a que se ha sido solicitado interpretar la Constitución y tomar una decisión jurídica acerca de la interpretación de un artículo de la Constitución.). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006 (Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Vo. Vs. Francia, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84.

¹⁸⁹ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 185.

cuando la Sala Constitucional costarricense argumenta que la protección a la vida se da tajantemente desde la concepción, la definición del término carece de importancia cuando se contrasta con las palabras que le anteceden en el articulado de la convención, es decir, “**en general**”.¹⁹⁰ Así la Corte indica:

*“Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término “en general” se relaciona con la expresión “a partir de la concepción”. La interpretación literal indica **que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones. (...)la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.**”¹⁹¹*

Es decir, la existencia de la expresión “en general” existe para prever excepciones a la regla particular. Sin embargo, para poder precisar las excepciones la Corte IDH analiza el artículo 4.1 desde una interpretación sistemática e histórica, que a continuación se desarrolla.

ii) Interpretación sistemática e histórica del derecho a la vida.

Previo al caso Artavia Murillo, y debido a éste, la Sala Constitucional y el Estado Costarricense sustentaron sus argumentos de protección absoluta al derecho a la vida a partir de una interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”), la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención Americana de Derechos humanos. En particular, la defensa del Estado Costarricense de cara al sistema interamericano afirmó que otros tratados distintos a la Convención Americana exigen la protección absoluta de la vida prenatal. La Corte entra a analizar este alegato a partir de una valoración general de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la protección del derecho a la vida, sean el i)

¹⁹⁰ Recordemos que el artículo 4 de la CADH dice “*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.*”

¹⁹¹ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 189.

el Sistema Interamericano; ii) el Sistema Universal; iii) el Sistema Europeo, y iv) el Sistema Africano.¹⁹²

Es de especial interés para este trabajo, el desarrollo que se da en el Sistema Interamericano y el Sistema Universal, dado que el Estado costarricense califica al embrión como “ser humano” y “persona” bajo la interpretación de cuerpos internacionales de dichos sistemas.

En relación con el Sistema Interamericano, la Corte en la interpretación sistemática trajo a luz que la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana¹⁹³, y, al analizar todos estos artículos *no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos*. Asimismo, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que 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 la mujer**, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales¹⁹⁴. Por tanto, **la Corte concluyó 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**.¹⁹⁵

Ahora, en relación con las excepciones que podría indicar la interpretación literal de la frase “en general” en el artículo 4.1., la Corte IDH concluyó que **después de analizar los trabajos preparatorios de la CADH se determina que la frase “en general” que recoge el artículo 4.1. fue expresamente incluida a raíz de las legislaciones de los Estados americanos que permitían el aborto**. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) revisó el artículo que consagraba el derecho a la vida y decidió introducir antes de la formulación “desde el momento de la concepción” las palabras “en general”, las cuales por voto de la mayoría fueron

¹⁹² Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 196.

¹⁹³ Véase al respecto, los artículos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 y 25.2 de la Convención Americana.

¹⁹⁴ Op. cit. Artavia Murillo, párr. 221-222.

¹⁹⁵ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 222-223.

incluidas por la conferencia en el texto sometido por la CIDH el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4.1 de la Convención Americana.¹⁹⁶ Al momento de ratificar la Convención, sólo México hizo una declaración interpretativa, aclarando que “con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión “en general” [...] no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida `a partir del momento de la concepción´ ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”¹⁹⁷.

Por otra parte, dado que el Estado costarricense califica al embrión como “ser humano” y “persona”, a continuación, se exponen brevemente los trabajos preparatorios respecto a estas expresiones desarrollados por la Corte.

En el contexto del Sistema Universal de Derechos Humanos, sea la Declaración Universal de Derechos Humanos, respecto al alegato del Estado de Costa Rica según el cual “la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] protege al ser humano desde [...] el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide”, la Corte estimó que **según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración**¹⁹⁸. **Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son “inherentes desde el momento de nacer”. Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.**¹⁹⁹

De la misma manera, se analizó en Artavia Murillo, el alegato del Estado Costarricense según el cual el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre*”. Al analizar los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP²⁰⁰ la Corte arribó a la conclusión de que los Estados **no pretendían**

¹⁹⁶ Op. cit. Artavia Murillo, párr. 201 - 211.

¹⁹⁷ Op. cit. Artavia Murillo, párr. 212.

¹⁹⁸ Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. “*Trabajos Preparatorios, Declaración Universal de Derechos Humanos: Summary record of 35th meeting, held at the Palais des Nations, Geneva, on Friday, 12 December 1947: Commission on Human Rights: 2nd session (E/CN.4/SR.35)*” 1947.

¹⁹⁹ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 224.

²⁰⁰ Durante la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos, para la redacción del PIDCP, realizada del 2 al 17 de diciembre de 1947, Líbano propuso la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción

tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas.²⁰¹ Ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida)²⁰², ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño)²⁰³, el Comité de los Derechos del Niño (CRC) y el Comité de Derechos Humanos se han pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir²⁰⁴. Estas decisiones permiten afirmar que **del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.**

(UN Doc. E/CN.4/386, 398). Ante la resistencia contra la formulación “desde el momento de la concepción” a la luz de la admisibilidad del aborto en muchos Estados, Líbano sugirió la formulación “en cualquier fase del desarrollo humano” (“at any stage of human development”). Esta formulación, aceptada inicialmente, fue borrada posteriormente. Otra propuesta del Reino Unido de reglamentar el asunto del aborto en un artículo autónomo fue considerada inicialmente, pero luego fue también abandonada (UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, párr. 2, 3, 12 (1947)). Luego, durante la Sexta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos del 27 de marzo al 19 de mayo de 1950 fracasó un nuevo intento del Líbano de proteger la vida humana desde el momento de la concepción (UN Doc. E/CN.4/SR.149, párr. 16 (1950)). En las deliberaciones del Tercer Comité de la Asamblea General del 13 al 26 de noviembre de 1957, un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos), propuso la enmienda al artículo 6.1 en los siguientes términos: “a partir del momento de la concepción, este derecho [a la vida] estará protegido por la ley” (UN Doc. A/C.3/L.654). Sin embargo, esta propuesta fue rechazada con 31 votos en contra, 20 votos a favor, y 17 abstenciones (UN Doc. A/C.3/SR.820, § 9 (1957))

²⁰¹ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 225.

²⁰² Observación General No. 6, *Derecho a la vida (artículo 6) (HRI/GEN/1/Rev.7)* en Organización de Naciones Unidas, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos. *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. (HRI/GEN/1/Rev.7)*. 2004. Accedido 4 de febrero de 2019, <https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.7>

²⁰³ Ver específicamente el artículo 24 de Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31) (CRC/C/GC/17). 2013.

²⁰⁴ A manera de ejemplo, Comité de Derechos Humanos ha emitido las siguientes observaciones finales en este sentido: Argentina, § 14, UN Doc. CCPR/CO/70/arg (2000); Bolivia, § 22, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.74 (1997); Costa Rica, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.107 (1999); Chile, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999); El Salvador, § 14, UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003); Ecuador, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998); Gambia, § 17, UN Doc. CCPR/CO/75/GMB (2004); Guatemala, § 19, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001); Honduras, § 8, UN Doc. CCPR/C/HND/CO/1 (2006); Kenia, § 14, UN Doc. CCPR/CO/83/KEN (2005); Kuwait, §§ 9, CCPR/CO/69/KWT (2000); Lesotho, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.106 (1999); Islas Mauricio, § 9, UN Doc. CCPR/CO/83/MUS (2005); Marruecos, § 29, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004); Paraguay, § 10, UN Doc. CCPR/C/PRY/CO/2 (2006); Perú, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.72 (1996); Perú, § 20, UN Doc. CCPR/CO/70/PER (2000); Polonia, § 8, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004); República de Tanzania, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.97 (1998); Trinidad y Tobago, § 18, UN Doc. CCPR/CO/70/TTO (2000); Venezuela, § 19, UN Doc. CCPR/CO/71/VEN (2001), y Vietnam, § 15, UN Doc. CCPR/CO/75/VNM (2002). Asimismo, en el caso K.L. vs. Perú, el Comité de Derechos Humanos determinó que, al haberle negado un aborto terapéutico a una mujer pese a que la continuación del embarazo ponía en grave peligro su vida y salud mental, el Estado violó su derecho a no ser sometida a trato cruel, inhumano o degradante. Caso K.L. vs. Perú, CDH, Com. N° 1153/2003,

En cuanto al argumento del Estado Costarricense frente a que el embrión debe considerarse como “niño” y que, en consecuencia, existe una obligación especial de protección respecto a él, la Corte analizó el corpus juris internacional de protección de las niñas y los niños, específicamente los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰⁵, los cuales no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. Ahora, **aun cuando el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.**²⁰⁶²⁰⁷. Más aún, el Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal.

De esta forma, la Corte IDH al margen de la interpretación sistemática e histórica, concluyó que la Sala Constitucional costarricense se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 para fundamentar la protección absoluta al derecho a la vida del embrión. No obstante, **de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona** en los términos del artículo 4 de la Convención, así como tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios de los tratados internacionales

(CCPR/C/85/D/1153/2003), 2005. Esta interpretación fue ratificada en el caso *L.M.R. vs. Argentina*, donde el Comité observó que negar el aborto legal en un caso de violación causó a la víctima sufrimiento físico y mental, con lo que se violó su derecho a la intimidad y a no ser sometida a tortura o trato cruel, inhumano o degradante. Caso *L.M.R. vs. Argentina*, CDH, Com. N° 1608/2007, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

²⁰⁵ El artículo 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “*Artículo 1 Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*” “*Artículo 6. 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.*”

²⁰⁶ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 231.

²⁰⁷ Ante la dificultad de encontrar una definición de “niño” en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión “tanto antes como después del nacimiento” en el Preámbulo, a la cual varios Estados se opusieron. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención. (UN Doc. E/CN.4/1989/48 párr. 34, 36, 43. 1989).

en materia de derechos humanos o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana²⁰⁸.

iii) Interpretación según el objeto y fin del Tratado.

Los antecedentes que se han analizado a lo largo de la Sentencia Artavia Murillo v Costa Rica, hasta el momento han permitido inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula "en general" de dicho artículo 4.1. fue interpretada por la Corte Interamericana de forma que tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos²⁰⁹.

En consecuencia, bajo una interpretación acorde con el fin de la CADH, indica la Corte IDH que no es admisible el argumento del Estado costarricense, en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, **en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella**²¹⁰.

Al respecto, la Corte IDH consideró (muy acorde con la propuesta de balance de bienes jurídicos que esta tesis propugna) que otras sentencias en el derecho constitucional comparado **procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto,**

²⁰⁸ Ver en el mismo sentido Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 244.

²⁰⁹ Ver en el mismo sentido Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 258.

²¹⁰ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 259.

constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula "en general, desde la concepción" establecida en el artículo 4.1 de la Convención,²¹¹ así se mencionan fallos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos²¹², la Corte Constitucional Colombiana²¹³, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina²¹⁴ y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.²¹⁵ Por tanto, la Corte concluye que **el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto, señalando que el objeto y fin, entonces implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.**²¹⁶

En resumen, y a modo de conclusión sobre la interpretación auténtica que realizó la Corte IDH sobre el artículo 4.1 de la CADH que regula el derecho a la vida: mediante los diversos métodos de interpretación se arribaron a resultados coincidentes, en el sentido de que el **embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, ni para ninguno de los cuerpos internacionales de derechos humanos analizados**; y que dicho artículo no contempla una protección absoluta al derecho a la vida, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.²¹⁷

²¹¹ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 260.

²¹² Op. cit. Caso Roe Vs. Wade, En lo que nos interesa la sentencia señaló que “[e]s razonable y lógico que un Estado, en un determinado momento, proteja otros intereses [...] como por ejemplo los de la potencial vida humana”, lo cual debe ser ponderado con la intimidad personal de la mujer -la cual no puede entenderse como un derecho absoluto- y “otras circunstancias y valores”

²¹³ Op. cit. C-355-06, VI.5., que se analizará en el siguiente acápite.

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Argentina, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Sentencia de 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10. Que abduce que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias, "por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto" como el previsto en el Código Penal argentino.

²¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Sentencia de 28 de agosto de 2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*. En particular, en la sentencia se indicó que: “En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo”.

²¹⁶ Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 263.

²¹⁷ Ver en el mismo sentido Op. Cit. Artavia Murillo, párr. 264.

4. El concepto de “vida” en relación con el concepto de “aborto” planteado por la Corte Constitucional Colombiana, respecto de la sentencia C-355-06.

Producto de un proceso equiparable a la acción de inconstitucionalidad costarricense, en el 2006 la Corte Constitucional Colombiana conoció la constitucionalidad de varios artículos de su código penal que criminalizaban el aborto por medio de la sentencia de marras. En dicha sentencia, la C-355-06, se solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad del articulado penal que criminalizaba el aborto por considerar que la penalización de este vulneraba el derecho a la dignidad, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía reproductiva, el derecho a la salud, y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos.

Al realizar el análisis de constitucionalidad, la Corte Constitucional Colombiana hizo referencia a la vida como un bien constitucionalmente relevante y su diferencia con el derecho fundamental a la vida; a los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, a los derechos fundamentales de las mujeres en la constitución colombiana y en el derecho internacional considerados íntegramente para establecer si entran en colisión con el derecho a la vida y el deber de protección a la vida. También se pronunció sobre el tema de los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y de manera especial los relacionados con los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, el bloque de constitucionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad; realizando finalmente el control de constitucionalidad que incluye la ponderación correspondiente de los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida.

Todos los anteriores argumentos son de suma importancia para la presente tesis, por incorporar elementos esenciales en el análisis frente a la ponderación de derechos de la mujer embarazada y el derecho a la vida, razón por la cual, a continuación, se expondrán en detalle los más relevantes para este trabajo de graduación.

i) La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado, y su diferencia con el derecho a la vida.

El artículo 11 de la Constitución Política Colombiana, al igual que el artículo 21 de la Constitución Política Costarricense, consigna que “*el derecho a la vida es inviolable*”, amén de otras referencias constitucionales²¹⁸, pero al incorporarse dicho articulado en la Constitución Colombiana se incorporó, según los magistrados constitucionales colombianos²¹⁹, también *un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares*²²⁰, por lo que cabe establecer la **distinción hecha por la Corte Constitucional Colombiana entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental**.

Así, la vida como un bien constitucionalmente protegido destaca el deber de protección a la misma como valor constitucional, que trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida **como bien constitucionalmente protegido**²²¹.

Es por esto que la vida como un bien constitucionalmente protegido encadena el deber de protección a la vida, en su carácter de bien que goza de relevancia constitucional vinculando a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales²²². De esta manera, la Corte Constitucional Colombiana analiza cómo el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus

²¹⁸ Así, por ejemplo, el artículo 44 de la Constitución Colombiana establece que la vida es uno de los derechos fundamentales de los niños; según el artículo 46 del mismo cuerpo, el Estado, la sociedad y la familia deben promover la integración de las personas de la tercera edad en la vida activa y comunitaria; y de conformidad con el artículo 95 de la Constitución Colombiana uno de los deberes de la persona y del ciudadano es responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponga en riesgo la vida de las personas.

²¹⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-239 del 20 de mayo 1997 citada en Op. cit. C-355-06.

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ Op. Cit. C-355-06.

²²² *Ibíd.*

funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados.²²³

Sin embargo, al exponer anterior, no escapa de la vista de la Corte que **se trata de una vinculación en dos sentidos**: una de naturaleza positiva que obliga al Congreso de la República Colombiana a adoptar medidas que protejan la vida; y otra de carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, que se convierte en un límite a la potestad de configuración del legislador, al cual le quedaría entonces vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico²²⁴. En razón del anterior carácter negativo –analiza la Corte Constitucional Colombiana - si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional, **la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.**²²⁵

Más aún, dentro del ordenamiento constitucional colombiano, así como dentro del sistema interamericano²²⁶, existen diferentes tratamientos normativos para la vida, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política Colombiana, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución: **el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.**²²⁷²²⁸

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ Así, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo que al Legislador le está vedado adoptar mandatos legales que impidan a los particulares proteger su propia vida o la de terceros, en aras del interés general, mediante la sanción penal de ciertas conductas.

²²⁵ *Op. Cit.* C-355-06.

²²⁶ Ver en el mismo sentido el acápite desarrollado supra “Artavia Murillo” sobre el tratamiento normativo del derecho a la vida en el sistema interamericano de Derechos Humanos.

²²⁷ *Op. cit.* C-355-06.

²²⁸ En este sentido indica la Corte en la sentencia de marras: “*En relación con esta distinción cabe recordar, que por ejemplo en la sentencia C-133 de 1994, la Corte no reconoció expresamente al nasciturus el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida. Al respecto resultan ilustradores algunos apartes de esta decisión: “Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son*

Así, se deja en claro la **distinción entre vida como bien constitucionalmente protegido, en tanto pregon a un mandato constitucional con aristas positivas y negativas (límites al legislador) y el derecho a la vida como derecho subjetivo de carácter fundamental cuya titularidad para su ejercicio está restringida a la persona humana**, estableciéndose la diferencia de trato jurídico al feto y al carácter de persona humana. Lo anterior nos lleva a proceder con el análisis entonces de la vida en el contexto de los tratados internacionales que constituyen el bloque de constitucionalidad colombiano que determinan los alcances del anterior desarrollo.

ii) La vida y los tratados internacionales de derechos humanos parte del bloque de constitucionalidad.

En relación con los alegatos sobre la protección sin excepciones que debe recibir el feto, y con los alegatos sobre que el derecho internacional de los derechos humanos le da al feto la calidad de titular del derecho a la vida, la Corte Constitucional Colombiana analizó el bloque de constitucionalidad que conforman los tratados internacionales, y si se desprende o no del bloque de constitucionalidad la obligación estatal de la penalización total del aborto. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana inició señalando que en el Sistema Universal el marco normativo básico sobre el derecho a la vida viene dado por el primer numeral del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula:

“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”²²⁹

personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal. En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento” A la luz de los anteriores argumentos, puede concluirse que para la Corte el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida.”

²²⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Parte III. Artículo 6. Inciso 1. Accedido 05 de febrero de 2019, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=189&IID=2>

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (parte también del Sistema Universal), indica en su Preámbulo la necesidad de protección del niño “*tanto antes como después del nacimiento*”, no obstante, el artículo 1º de dicha Convención no establece claramente que el feto sea un niño y como tal titular de los derechos consagrados en el instrumento internacional. En efecto, el artículo 1º señala que:

*“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*²³⁰ (el resaltado no es del original)

Así pues, la definición citada hace referencia al concepto de ser humano, concepto amplio e indeterminado cuya precisión correspondería pues a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance del tratado. La Corte Constitucional Colombiana, en este análisis, al igual que la Corte IDH, realiza una interpretación teleológica de la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención, de los cuales se desprende que **tal indeterminación obedeció a una decisión deliberada, pues se consideró que debía dejarse a los Estados Partes la facultad de adoptar, de conformidad con los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño**, que se extiende, al concepto de vida protegido por la Convención^{231 232}.

Así las cosas, en el análisis que se colige, la Corte Constitucional de Colombia arriba a la conclusión que dicha convención (que forma parte del bloque de constitucionalidad), **tampoco**

²³⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 1. Accedido 05 de febrero de 2019, <https://www.oas.org/dil/esp/Convención%20sobre%20los%20derechos%20del%20Niño%20Republica%20Dominicana.pdf>

²³¹ De acuerdo con los anteproyectos de la Convención desarrollados en la sentencia C-355-06, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de “niño” y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema. Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho internacional de los derechos humanos. normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, 2004, p. 804.

²³² UN Human Rights Treaties, *Travaux Préparatoires, Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child. "E/CN.4/1989/48"*. Accedido 5 de febrero de 2019, <http://hr-travaux.law.virginia.edu/document/crc/ecn4198948/nid-139>

consigna expresamente que el *feto* es una persona humana y bajo dicho estatus titular del derecho a la vida.

Adicionalmente, en el análisis del bloque de constitucionalidad, naturalmente se analizó el artículo 4.1. de la CADH, sin embargo por haber expuesto ya todo un acápite sobre dicho articulado y por ser los argumentos en su esencia similares, en esta sección se omitirá el desarrollo de los argumentos que permitieron a la Corte Constitucional arribar a la misma conclusión que la Corte IDH, sea que **el artículo 4.1. no propugna un derecho con naturaleza absoluta producto del enunciado “y, en general”, sino que es claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos.**²³³

Por otra parte, y en consonancia con la interpretación de la Corte IDH, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo que la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, sino que es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos²³⁴

En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad analizados por parte de la Corte Constitucional Colombiana **no se desprende la existencia de un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación**; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática -interpreta la Corte Constitucional Colombiana- *surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos*, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado y fue hecha clara en *Artavia Murillo vs Costa Rica*, caso de acatación obligatoria para los tribunales nacionales. *Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la*

²³³ Op. Cit. C-355-06.

²³⁴ Ibid.

*mujer embarazada*²³⁵, lo cual implica que las potestades de configuración normativa del legislador no devienen irrestrictas sino todo lo contrario, se ven limitadas axiológicamente por los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud en conexidad con la vida y la integridad de mujer gestante.²³⁶

En razón de lo anterior y atendiendo al bloque de constitucionalidad, después de dejar claro que el derecho a la vida no es absoluto, que solo las personas ostentan este derecho y que el feto no es una persona, la Corte Constitucional Colombiana ponderó el deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada y concluyó que la prohibición total del aborto resultaba inconstitucional y que por lo tanto cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto el aborto debía ser despenalizado.

Siguiendo este criterio, después de analizar los diferentes tratamientos al derecho a la vida y a la protección del bien jurídico vida en los diferentes ámbitos que permean la realidad costarricense se estima necesario realizar el mismo ejercicio y **analizar si el legislador penal costarricense, con el propósito de proteger el bien jurídico vida del feto, afectó más bien de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgredió entonces los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración legislativa.** Por lo cual, en el siguiente acápite se desarrollará la condición jurídica actual del aborto en Costa Rica, con el fin de identificar los diferentes bienes jurídicos afectados con las sanciones penales existentes actualmente al aborto en el Código Penal Costarricense para luego determinar con argumentos jurídicos si esta sanción afecta o no de manera desproporcionada los derechos de la mujer costarricense y si contravienen o no el derecho internacional público, los derechos humanos, el parámetro de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad.

²³⁵ Op. Cit. C-355-06.

²³⁶ Ver en el mismo sentido Op. cit. C-355-06.

Título II: Condición Jurídica Actual del Aborto en Costa Rica y Latinoamérica

Tal y como se mencionó supra, en este segundo título se abordará el aborto y su tratamiento como delito en el ordenamiento costarricense; de seguido, se tratará la condición jurídica actual del aborto en algunos países de Latinoamérica. Para contrastar con la siguiente parte de esta tesis que pretende abordar la necesidad de la reforma al ordenamiento costarricense en razón de considerarse que la legislación actual contraviene el bloque de constitucionalidad, el bloque (control) de convencionalidad, la obligatoriedad de los tratados internacionales y las recomendaciones de los organismos internacionales con relación a los derechos humanos con respecto a la penalización del aborto.

A) Tratamiento del aborto en Costa Rica: El aborto como delito y el aborto no punible.

En este primer acápite se desarrollará un pequeño estudio de los artículos 118 a 122 del código penal costarricense vigente que tratan el “aborto con o sin consentimiento”, el “aborto procurado”, el “aborto honoris causa”, el “aborto impune” y el “aborto culposo” desde la teoría del delito, para confrontar posteriormente el articulado con el necesario juicio de razonabilidad y proporcionalidad mencionado en el Título I de esta tesis. Primeramente, nos enfocaremos en el aborto punible (artículos 118, 119, 120 y 122) para después tratar el “aborto impune”, artículo 121 del Código.

A1) EI ABORTO PUNIBLE: análisis del aborto en el código penal desde la teoría del delito.

En palabras del maestro Claus Roxin, en la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial un acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad²³⁷. Por lo que toda conducta punible debe presentar 4 elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y

²³⁷ Claus, Roxin. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Traducción de la 2 edición alemana. Editorial Civitas, 1997. p. 193-194.

culpabilidad). Por lo tanto, a continuación se analizarán los “estadios” de la teoría del delito en relación con los tipos penales contenidos en los artículos 118, 119, 120 y 122 del Código Penal costarricense vigente.

i) La acción de abortar

La acción, o “conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad”²³⁸, es entendida como aquel comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, su elemento más importante.²³⁹ Generalmente la acción se describe con un verbo, que en el marco del aborto punible en el código penal costarricense se describe como: “causar la muerte de un feto” (aborto con o sin consentimiento), “consentir o causar un aborto” (aborto procurado), “cometer un aborto” (aborto honoris causa), y “causar un aborto” (aborto culposo).

ii) Tipicidad del delito de aborto

El tipo penal trata de retratar la conducta humana en toda su plasticidad²⁴⁰, por lo que implica necesariamente la descripción de una conducta que se sanciona con una pena, ante su desobediencia, por afectar la misma un bien jurídico considerado esencial²⁴¹. En esta medida, dicha descripción tiene que hacerse en forma clara y precisa, de tal forma que se conozca a ciencia cierta, en qué consiste la conducta que se está prohibiendo.²⁴² En el caso del aborto con o sin consentimiento, el Código Penal tipifica:

“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; (*)*

²³⁸ Op. Cit. Roxin. p.194.

²³⁹ José Arnoldo, Gónzales Castro. Programa de formación inicial de la Defensa Pública, Teoría del Delito. Poder Judicial – Costa Rica. 1era Edición, San José, Costa Rica. 2008. P. 120.

²⁴⁰ Op. Cit. Gónzales Castro. P. 121.

²⁴¹ Op. Cit. Gónzales Castro. P. 120.

²⁴² Op. Cit. Gónzales Castro. P. 120, 122.

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.*”

Bajo este articulado podemos identificar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal²⁴³; así claramente la conducta constituyente del núcleo del tipo es la de abortar (con o sin el consentimiento de la mujer gestante). En cuanto al sujeto activo del delito de aborto, se refiere precisamente al hecho de que como el delito es obra humana, siempre tiene un autor que realiza la acción prohibida (en este caso abortar) y descrita en el tipo penal²⁴⁴; en el artículo 118 se tiene como sujeto activo entonces a “*El que causare la muerte de un feto*”; es decir una persona diferente a la madre, ya que con respecto a ésta se aplica el artículo 119 del Código Penal²⁴⁵. El consentimiento o no de la madre opera para determinar la penalidad.²⁴⁶ Relacionado con el sujeto activo, y en función de la relación psicológica entre el autor y su acción o resultado²⁴⁷, el artículo 118 describe un delito doloso; más aún, el tipo subjetivo del presente delito de aborto admite el dolo eventual²⁴⁸. En cuanto al bien jurídico, o el valor que la ley quiere proteger se habla de un “delito contra la vida”, por lo que el bien jurídico tutelado en los delitos de aborto es la vida del producto de la concepción²⁴⁹. El sujeto pasivo, titular del bien jurídico se entiende al feto; y el artículo 118 incluye una agravante por el resultado de la muerte de la madre, respecto de la cual rige lo establecido por el artículo 37 del Código Penal²⁵⁰, dicha agravante se aplica respecto de la muerte de la madre cuando el sujeto ha actuado con culpa; puesto que si la acción fue con dolo (incluso eventual) se estaría ante el supuesto de concurso de delitos de homicidio doloso con aborto (sin calificarse por el resultado)²⁵¹

²⁴³ Siguiendo a Francisco, Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*. Editorial Temis. S.A. 2012. p. 43-49.

²⁴⁴ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Temis S.A. 2004. p.37. Véase en este sentido a Op. Cit. González Castro. p. 122.

²⁴⁵ Llobet Rodríguez, Javier Eduardo. “*Delitos en contra de la vida y la integridad corporal*”. 2 edición. Editorial Jurídica Continental. 2001. p. 200.

²⁴⁶ *Ibíd.*

²⁴⁷ Op. Cit. Muñoz Conde. Edición 2012. p. 51-53.

²⁴⁸ Op. cit. Llobet Rodríguez. p 200.

²⁴⁹ Op. cit. Llobet Rodríguez. p.186.

²⁵⁰ El artículo 137 del Código Penal Costarricense establece: “Pena más grave por consecuencia especial del hecho. ARTÍCULO 37.- Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos culposamente respecto a ella.”

²⁵¹ Op. Cit. Llobet Rodríguez. p. 202.

Bajo aborto procurado, el artículo 119 del Código Penal, tipifica:

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.

Relacionado con el tipo objetivo se prevén 2 supuestos o dos conductas identificables en el tipo penal con relación a la madre: consentir en el aborto o causarse el aborto.²⁵² El consentimiento del aborto por sí solo no es punible, sino que requiere que efectivamente se inicie la ejecución del aborto²⁵³ y en el segundo supuesto (causarse el propio aborto) la mujer tiene pleno dominio del hecho. En razón de lo anterior, el sujeto activo del aborto procurado es “*la mujer que consintiere o causare su propio aborto*”. Relacionado con el sujeto activo, y en función de la relación psicológica entre el autor y su acción o resultado, el artículo 119 describe también un delito doloso. El bien jurídico, protegido en todos los tipos de aborto del artículo 118 al 122 es la vida del producto de la concepción²⁵⁴. Y finalmente, el sujeto pasivo, titular del bien jurídico es el feto.

El aborto honoris causa (artículo 120 Código Penal) no cambia la prohibición tipificada en el aborto procurado, no obstante, su diferencia radica en la penalidad impuesta, siendo que si éste fuese realizado en aras de resguardar la “honra de la mujer” la penalidad es menor; constituyendo un tipo penal de atenuante; así:

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

La conducta constituyente del núcleo del tipo es la de abortar “*para ocultar la deshonra de la mujer*”; el sujeto activo del aborto honoris causa es la mujer que procura su propio aborto o un

²⁵² Op. Cit. Gonzáles Castro. p. 120.

²⁵³ Op. Cit. Llobet Rodríguez. p. 204.

²⁵⁴ Op. Cit. Llobet Rodríguez. p. 186.

tercero con el consentimiento de aquella. El tipo describe también un delito doloso; el bien jurídico protegido es la vida y el sujeto pasivo, es el feto.

El aborto culposo versa: “*Aborto culposo ARTÍCULO 122.- Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.*”

En este tipo penal la situación cambia un poco en tanto no es un tipo doloso, sino tal y como lo ha establecido la jurisprudencia²⁵⁵ se trata de un delito imprudente: el aborto culposo requiere que la producción del resultado desvalorado, en este caso la pérdida del feto en gestación, haya sido previsible para el sujeto activo (*cualquiera que por culpa causare un aborto*), pues sólo así se le puede reprochar su evitabilidad si hubiera observado la norma de cuidado.²⁵⁶ En razón de ser un delito imprudente, la conducta típica no está determinada con precisión en la ley, pues solo habla de “*cualquiera que por culpa*”, es pues el juez o interprete quien debe establecer el contenido de la conducta imprudente; por lo tanto, nos encontramos ante un tipo abierto que debe ser completado por vía judicial o doctrinal.²⁵⁷

iii) Antijuridicidad en el aborto

Sin ahondar mucho en la teoría del delito, es preciso recordar que el delito en general, se define a grandes rasgos como: “*acción típica, antijurídica y culpable*”, aludiendo a los distintos filtros de análisis que doctrinariamente se han dispuesto para la denominada “Teoría del delito”.²⁵⁸ La antijuridicidad entendida como *la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho*²⁵⁹ y que no concurre una causal de justificación. Debe entenderse en la legislación actual costarricense excluida en los delitos de aborto únicamente si el aborto se realiza bajo los supuestos del artículo 121: aborto impune, por ser este tipo penal el llamado tipo permisivo. De aquí se deduce que en la práctica, la función del juicio de antijuridicidad se reduce

²⁵⁵ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón. Resolución N° 849 - 2017 de las trece horas cincuenta y cinco minutos del treinta de noviembre de dos mil diecisiete.

²⁵⁶ Ver en el mismo sentido Op. Cit. Resolución 849-2017.

²⁵⁷ Ver en el mismo sentido a Op. Cit. Muñoz Conde, Edición 2012. p. 67.

²⁵⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución 2011-01444 de las dieciséis horas y veintiocho minutos del dos de diciembre del dos mil once.

²⁵⁹ Op. Cit. Muñoz Conde, edición 2012. p. 81.

a la constatación negativa de la misma, la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación²⁶⁰ que permita eliminar la antijuridicidad.

En el caso concreto del aborto se ha entendido únicamente como causal de justificación la existencia de un peligro para la vida o la salud de la mujer que justifique la realización del aborto, y que esta intervención medico/obstetra no haya podido evitarse por algún otro medio que no sea el aborto. Entiéndase el aborto terapéutico normado en el 121 del código penal.

Algunos han considerado que no era necesaria regularla expresamente, ya que está comprendida por el estado de necesidad (art. 27 C.P.). El criterio que imperado es que el aborto terapéutico es más amplio que el estado de necesidad contemplado en la parte general. Así para que exista este se requiere que el mal que se quiere evitar sea inminente, mas en el aborto terapéutico no se necesita esto, puesto que el peligro para la vida o salud de la madre puede ser futuro.²⁶¹

Al margen de los casos en los que legalmente cabe la interrupción del embarazo, esta tesis defiende el criterio de que en la legislación actual no pueden descartarse como excluyente de la antijuridicidad la aplicación del instituto del estado de necesidad justificante²⁶² que surge de la colisión por conflicto y confrontación de bienes jurídicos, derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, a su integridad, a la no revictimización y a su propia vida colisionantes con el bien jurídico vida del feto en gestación (como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador, y no derecho a la vida del feto pues no puede ser recipiente de derechos subjetivos). Más aún, tratado como causal de estado de necesidad no existiría una limitación subjetiva para los sujetos que pueden actuar, por el

²⁶⁰ Op. Cit. Muñoz Conde, edición 2012. p.81.

²⁶¹ Fontan Balestra, Carlos. *Derecho Penal: parte especial*. 17 edición. Buenos Aires. p. 76; Creus, Carlos. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo I. 5ta ed. 1995 p. 69 citados en Op. cit. Llobet Rodríguez. p. 196.

²⁶² El estado de necesidad justificante (que excluye la antijuridicidad de un comportamiento típico), se diferencia del estado de necesidad exculpante (que excluye la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho y con ello la culpabilidad) en que el primero sólo existe cuando colisionan bienes jurídicos de distinto rango, ante lo cual se procede a salvaguardar el bien jurídico de mayor categoría a costa de lesionar o sacrificar el de menor rango. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, Resolución N° 00614 - 2014 de las nueve horas quince minutos del dieciocho de diciembre de dos mil catorce.

contrario, en el aborto impune solo se permite la actuación del médico u obstétrica autorizada.²⁶³ Y a diferencia del estado de necesidad, se necesita el consentimiento de la madre: si falta el consentimiento de la madre solo se podría practicar el aborto cuando se den los supuestos del estado de necesidad.²⁶⁴ Ahora bien, el análisis debe ser casuístico, pero en un panorama general es criterio de la suscrita que la antijuridicidad en los supuestos mencionados puede verse excluida desde la óptica de la teoría del delito que justificaría una absolutoria penal en circunstancias más amplias que las del aborto impune, por no existir una conducta antijurídica y, por ende, no existir delito.

iv) Culpabilidad en el aborto

La culpabilidad, imputabilidad o capacidad de imputación dentro del concepto más amplio es entendida como un componente esencial de la teoría del delito²⁶⁵. Se divide en tres elementos: 1- la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (capacidad de comprensión, de acción y de inhibición), 2- el conocimiento actual y la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, *es decir que esta se encuentra prohibida y penada*²⁶⁶ (capacidad de adecuarse a esa comprensión o reprochabilidad)²⁶⁷ y 3- la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho²⁶⁸. Surgen entonces, varios presupuestos que hacen de la culpabilidad una exigencia ineludible en un sistema respetuoso de los derechos fundamentales²⁶⁹:

i) se es culpable si se tiene la capacidad de comprender –en general- el carácter ilícito o no de las conductas; en el caso del aborto implica conocer y tener la capacidad de comprender la ilicitud del aborto.

²⁶³ Ver en el mismo sentido a Op. Cit. Llobet Rodríguez. p. 196.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, Resolución No. 72-2011 de las dieciséis horas del veintiuno de enero de dos mil once.

²⁶⁶ Gustavo, Chan Mora, “*Observaciones Críticas al Concepto Ideal Abstracto de Culpabilidad*”, 1 ed., San José Costa Rica, 2004, p. 35.

²⁶⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución No. 1020-2005 de las nueve horas del nueve de setiembre de dos mil cinco.

²⁶⁸ Op. Cit. Chan. p. 36 citado en Op. Cit. Tribunal de Casación, Resolución 72-2011.

²⁶⁹ Op. Cit. Sala Tercera, Resolución 1020-2005.

ii) se es culpable además si teniendo esa capacidad, se puede obrar conforme a ese conocimiento, escogiendo libremente abortar o consentir un aborto

iii) si se escoge libremente abortar o consentir un aborto (de nuevo, dependiendo del articulado), la sanción que el tipo penal establece, deberá ser individualizada como reproche en el caso concreto, considerando las especiales condiciones de la persona a sancionar y delimitando la pena según el reproche que se le pueda hacer.

Por ser la culpabilidad un análisis que solo se puede hacer caso por caso y según las aristas de cada situación y de cada imputado/a, solo se pueden exponer en términos generales los presupuestos de la culpabilidad o exclusión de la misma en relación con el aborto punible; no obstante las diferentes aristas que podrían conllevar a la no exigibilidad de otra conducta (por ejemplo) deben partir de un análisis casuístico que no se puede exponer de forma abstracta en este trabajo puesto que atañe intrínsecamente a circunstancias personales de cada autor del ilícito penal.²⁷⁰

A2) EL ABORTO NO PUNIBLE: (Aborto Terapéutico)

Si bien es cierto, el tipo penal implica la descripción de una conducta que se sanciona con una pena, ante su desobediencia, por afectar la misma un bien jurídico considerado esencial²⁷¹, existe también, según la doctrina generalmente aceptada, las causas de justificación o tipos permisivos al igual que los tipos prohibitivos²⁷². Los tipos permisivos como el artículo 121 del código penal tienen una estructura compleja que requiere junto a la existencia de elementos objetivos definidos normativamente, la concurrencia de aspectos subjetivos que exigen que el sujeto activo del delito debe tener conocimiento de la existencia de esos elementos objetivos.²⁷³ En razón de lo anterior a continuación se analizará el artículo 121, aborto impune del código penal costarricense.

²⁷⁰ En igual sentido se pronuncia la Sala Tercera de la Corte, en Resolución N° 00486 - 1997 de las diez horas del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete. - Considerando VI.

²⁷¹ Op. Cit. Gonzáles Castro. Teoría del Delito. p. 120.

²⁷² Francisco, Sánchez Fallas. “¿Es necesario el elemento subjetivo de justificación?”, Revista Pensamiento Penal, mayo 2017. Accedido 21 de marzo de 2019, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/05/doctrina45264.pdf>

²⁷³ Op. Cit. Sánchez Fallas, p.1.

A2.1. Análisis del Artículo 121 del Código Penal

El artículo 121 del Código Penal costarricense versa:

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

Para poder analizar este articulado es pertinente destacar la doble vertiente de los tipos permisivos que generan causas de justificación; tal y como señala Eduardo Demetrio Crespo²⁷⁴ podemos distinguir la vertiente objetiva y subjetiva, así, “*en la parte objetiva existe un presupuesto de hecho, que es la situación fáctica previa que desencadena la capacidad de actuar de modo lícito vulnerando un bien jurídico*”²⁷⁵, sea en el caso del aborto impune el aborto practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre que no ha podido ser evitado por otro medio. Y en cuanto al aspecto subjetivo, este presenta una estructura similar al dolo, pues también *requiere un elemento cognoscitivo, que exige que quien actúa bajo una causa de justificación, conozca que concurre el presupuesto de hecho que habilita para actuar justificadamente*²⁷⁶, lo cual queda plasmado en el tipo penal cuando se establece “*el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada cuando (...)*”. La existencia de ambos elementos, objetivo y subjetivo, lleva a desarrollar la llamada **congruencia del tipo permisivo**²⁷⁷ o tipo permisivo congruente²⁷⁸; concepto del que se deriva la exigencia de que deben concurrir ambos elementos para poder aplicar una determinada causa de justificación.²⁷⁹ En otras palabras, deben concurrir los requisitos del artículo 27 (Código

²⁷⁴Crespo, Eduardo Demetrio; De Vicente Martínez, Rosario & Matellanes Rodríguez, Nuria. “*Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*”, San José: Editorial Jurídica Continental, 2016. p. 344.

²⁷⁵ Op. Cit. Sánchez Fallas. p.1.

²⁷⁶ *Ibíd.*

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución N° 00422 – 2006 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del doce de mayo de dos mil seis.

²⁷⁹ Maurach, Reinhart. “*Tratado de derecho penal*”. Volumen I. Barcelona, Editorial Ariel, 1962, p. 370. Citado en Op. cit. Sánchez Fallas. p.1. En el mismo sentido se pronuncian Muñoz Conde y García Arán, quienes hacen ver que, de faltar el elemento subjetivo de justificación, el acto no queda justificado. Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. “*Derecho Penal Parte General*”. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 310.

Penal) de peligro actual o inminente, no evitable de otra forma y no provocado voluntariamente y el agregado por la jurisprudencia: *“que exista la necesidad de una ponderación de bienes para escoger la defensa de aquél más importante, y, además, aspectos de conocimiento del sujeto actuante que coincidan con esos elementos objetivos de la justificante”*.²⁸⁰ Todos los elementos anteriores se suponen subsumidos dentro del articulado del 121, sin embargo tal y como se expuso en el acápite de antijuridicidad anterior, es criterio de la presente autora que de una lectura amplia del artículo 121 puede desprenderse la posibilidad de una causal de justificación del aborto en casos de embarazo producto de violación o embarazo incompatible con la vida extrauterina operante bajo el **instituto del estado de necesidad justificante**, si se hace una ponderación de derechos de la madre gestante (derechos reproductivos, de salud, no reactivación en el caso de violación, no discriminación, autodeterminación del propio cuerpo de la mujer, dignidad de la mujer, vida e la integridad de la mujer gestante, salud, prohibición de tortura, etc.) y de los del feto (bien jurídico vida [recordando la distinción entre el derecho a la vida y la vida como bien jurídico protegido]), al existir uno de los supuestos de violación o incompatibilidad del feto extrauterinamente deben verse confrontados los bienes jurídicos en juego mencionados supra, que a criterio de la suscrita no pueden tomarse como de valor equivalente, si no de valores diferentes: teniendo un mayor peso los de la madre gestante; generándose entonces como causal de justificación el sacrificio del bien jurídico de menor grado en aras de resguardar la acumulación de bienes jurídicos que se sacrificarían sino, computándose de mayor grado (los de la madre gestante). Ahora bien, si el anterior criterio fuese compartido por la jurisprudencia costarricense, despenalizar el aborto en los casos de embarazo producto de violación o de embarazos en donde por razones congénitas o genéticas, la vida del feto es incompatible con la vida extrauterina, no sería necesario. Sin embargo, no existe todavía jurisprudencia costarricense que soporte la anterior tesis.

No obstante lo anterior, si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su

²⁸⁰ Sala Tercera de la Corte, Resolución No. 13-1993. La misma línea jurisprudencial se refleja también en las sentencias: 217-97 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, 439-2004 de la Sala tercera de la Corte, y 135-2008 del Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz.

margen de configuración debe en principio ser más limitado. **En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja, porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia legal, constitucional y convencional; por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian,** por lo que el legislador en principio puede y debe modificar sus decisiones²⁸¹, especialmente si se parte de una visión en la que el Derecho es una respuesta a las necesidades de la sociedad.

A.2.2. El perdón judicial como causa extintiva de la pena y la extinción de la acción penal bajo la posibilidad de la aplicación de criterios de oportunidad en el aborto en embarazos producto de violación.

Habiendo analizado el aborto punible y no punible según la teoría del delito, cabe también analizar las **alternativas que ya existen en nuestro ordenamiento jurídico sobre la exclusión de la penalidad y no ejercicio de la acción penal**, en los casos de aborto en embarazos producto de violación. Para considerar si dada la existencia de estas alternativas, la despenalización en términos de su necesidad no sería requerida.

Así las cosas, el artículo 93. 5 del Código Penal establece lo siguiente:

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: (...) 5) A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación.

Por su parte el artículo 22. c) del Código Procesal Penal establece:

Criterios de oportunidad. Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en

²⁸¹ Ver en el mismo sentido Op. cit. c-355-06.

el hecho, cuando: (...) c) El imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.

Sobre el criterio de oportunidad contemplado en el artículo 22.c, es aplicable la segunda parte del inciso, “*cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena*”. Este supuesto, en principio, no debería presentar mayor complicación en cuanto a hermenéutica de la norma se refiere, pues la ley penal establece taxativamente los casos donde el Tribunal Penal puede prescindir de la pena, que en lo que nos compete se refiere al inciso 5 del artículo 93 del Código Penal en donde se determina la extinción de la pena, que en sentencia podrán otorgar los jueces a la condenada por un delito de aborto en razón de embarazo producto de violación.

Ahora bien, para que el Ministerio Público pueda conceder un criterio de oportunidad basado en este supuesto del inciso c) del art. 22 de C.P.P., debe adecuar los presupuestos del artículo 93 del C.P., a los requisitos para la aplicación del criterio de oportunidad.²⁸² Es decir, autorización del superior jerárquico del fiscal (v.gr.: el fiscal adjunto, respecto del fiscal auxiliar) y que se haya cometido el delito tipificado en el artículo 119 del Código Penal, aborto procurado. Lo que implica que el perdón judicial y la posibilidad de aplicación del criterio de oportunidad solo es lícito en el caso que el aborto lo haya causado la mujer embarazada siempre y cuando haya sido consecuencia de una violación. Deja por fuera cuando lo comete un tercero con el consentimiento de la embarazada.²⁸³

Como consecuencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, en el caso de aborto en embarazo producto de violación, se erige una excepción al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal que se declina en casos taxativamente establecidos²⁸⁴, que como consecuencia extingue la acción penal con el dictado de un sobreseimiento definitivo.

²⁸² Gonzaga Flory, Jeffrey & Jiménez Robleto, Carlos. “Análisis de los Criterios de Oportunidad en las Políticas de Persecución Penal del Ministerio Público en concordancia con el Principio de Igualdad”. Tesis de Graduación para optar por el grado académico de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica . San José, Costa Rica. 2010. p. 255 - 256.

²⁸³ Op. cit. Gonzaga Flory. p. 256.

²⁸⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 01239 - 2011 de las nueve horas treinta y un minutos del siete de octubre del dos mil once.

La anterior alternativa, a diferencia del perdón judicial (que se dicta una vez concluida la acción penal) no expone a la mujer víctima de violación a todo un proceso penal revictimizante^{285 286}, puesto que por su característica procesal, el criterio de oportunidad se aplica en la fase intermedia, y no una vez concluido el debate, como sucede con el perdón judicial.

Es de resaltar que el criterio de oportunidad opera solo a criterio del fiscal. El acuerdo para aplicar un criterio de oportunidad, la solicitud que realiza el Ministerio Público en ese sentido, así como la respectiva aquiescencia del órgano jurisdiccional y la resolución en la que se suspende el ejercicio de la acción penal, y –eventualmente- la que la extingue²⁸⁷ no puede ser considerada como una obligación ni una regla general, sino como una posibilidad casuística a criterio del órgano acusador.

De forma similar opera la posibilidad del perdón judicial (esto es, el perdón que en sentencia pueden conceder los jueces), pues su otorgamiento no es automático, sino que el Tribunal debe apreciar varios factores para pronunciarse en uno u otro sentido, en especial el informe sobre la personalidad de la autora del delito, según el estudio que al efecto rinda el Instituto de Criminología²⁸⁸. Y aun así ésta es una facultad que la ley deja al criterio de los juzgadores.²⁸⁹ Por su parte, el artículo 93 del Código Penal es claro en que **sólo extingue la pena y no se elimina el**

²⁸⁵ En similar sentido, la Resolución N° 00585 - 2003 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, menciona el tema de la mujer como víctima en el proceso penal, indicando que la práctica judicial debe procurar evitar la revictimización de la mujer víctima de violación: “El artículo 7 inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem Do Pará, ratificada y aprobada por Costa Rica en la ley 7499 del 22 de junio de 1995, establece que es obligación de los Estados partes “tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” y el inciso f) del mismo artículo señala “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a la violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”, de modo tal que si bien son declaraciones programáticas que vinculan a los Estados suscriptores a concretar esas políticas, también son una declaración de principios que debe impregnar el quehacer de los aparatos públicos involucrados y muy especialmente, al sector de administración de justicia, de modo que tengan vocación para tratar de darle el manejo más adecuado a la problemática, con el instrumental y los recursos de que se disponga, mientras éstos no sean mejorados por el legislador(...).”

²⁸⁶ Ver en el sentido de la participación de la mujer violada en un proceso penal a: Cindy A. Morales. “El proceso judicial puede ser una segunda violación”. 22 de mayo de 2017. Accedido 9 de setiembre de 2019, <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/el-proceso-judicial-puede-ser-una-segunda-violacion-90268>

²⁸⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00244 - 2011 de las ocho horas y treinta y dos minutos del once de marzo del dos mil once.

²⁸⁸ Sala Tercera de la Corte la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00935 - 1997 de las quince horas cinco minutos del once de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

²⁸⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 00170 - 1992 de las ocho horas cincuenta minutos del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y dos.

juicio de reproche que importa la condenatoria²⁹⁰. Por consecuencia, siendo la función del Registro Judicial de Delincuentes la de comprobar los antecedentes penales de los habitantes de la República, (artículo 3 de la Ley del Registro Judicial de Delincuentes) y tratándose en estos casos de **perdón judicial de una sentencia condenatoria, en que sólo se deja sin efecto la pena**, la sentencia dictada en estos casos deberá comunicarse al Registro para su inscripción (artículo 5 de la Ley del Registro de Archivos Judiciales, número 6723 del 10 de marzo de 1982). Sin embargo debe reconocerse, que ya que la ley no indica de modo expreso que deben inscribirse las condenatorias dictadas con perdón judicial, pudiera la inscripción de ellas ser materia de discusión; puesto que la inscripción no deja de ser una pena accesoria, que en ciertas circunstancias podría ser de un perjuicio notable para la persona condenada y que, obviamente, no es una simple consecuencia civil de las que no desaparecen según el artículo 96 del Código Penal (que indica que tales formas de extinción no afectan el comiso ni la responsabilidad civil).²⁹¹

En razón de lo anterior, es factible concluir que la exclusión de la acción penal (criterio de oportunidad) y la exclusión de aplicación de penalidad (perdón judicial) en el aborto de mujeres violadas no es algo novedoso. La despenalización como no aplicación de penalidad o como no ejercicio de la acción penal ya es posible en nuestro ordenamiento jurídico, pero solo a criterio casuístico del órgano acusador o del órgano juzgador, por lo tanto, no existe seguridad jurídica para todas las mujeres costarricenses. Por ello, la despenalización en términos de su necesidad de estandarización y seguridad jurídica para todas las mujeres costarricenses no se puede asegurar con las alternativas que ya existen en nuestro ordenamiento.

A2.3. Norma técnica sobre aborto impune

Antes de poder arribar a la sección B mencionada supra, es necesario ahondar en este acápite si con el decreto ejecutivo sobre el aborto impune (la “norma técnica”) sería o no necesario despenalizar expresamente el aborto en los casos de embarazo producto de violación o embarazo cuyo feto es incompatible con la vida extrauterina, esto a causa de la posibilidad de que estos

²⁹⁰ CIJUL en Línea, “*Excusas legales absolutorias y la Extinción de la responsabilidad penal.*” Informe de Investigación. 2011. p. 9, 10.

²⁹¹ Ver en el mismo sentido: CIJUL en Línea, “*Excusas legales absolutorias y la Extinción de la responsabilidad penal.*” Informe de Investigación. 2011. p. 10.

supuestos ya se encuentren incluidos en el articulado del 121; entendiendo el término “salud” descrito en el tipo como un término integral, incluyendo entonces la posibilidad de encontrarse ya excluida la responsabilidad penal a quienes efectúen el aborto impune en los supuestos esbozados el artículo 121.

Es decir, la situación legislativa en el artículo 121 del código penal vigente incluye la posibilidad de excluir de responsabilidad penal a quienes se ajusten a los supuestos de dicho articulado, sin embargo, a partir de estudios científicos y casos concretos que se han conocido en instancias nacionales e internacionales²⁹², ha resultado claro que no hay ni criterios objetivos ni un procedimiento estandarizado que den garantías, tanto a las mujeres que pueden requerir la aplicación del aborto impune, como a los médicos o enfermeras obstetras que deban efectuarlo²⁹³.

*“No hay caminos, los médicos no tenemos directrices concretas y entonces cuando la ley no lo impide lo hace el proceso, porque es una tramitología que cada vez que sucede nos la inventamos”, manifestó Oscar Cerdas, jefe de la unidad de gineco-obstetricia del Hospital San Juan de Dios.*²⁹⁴

El desconocimiento o miedo por parte de los médicos de los hospitales nacionales implica que aun cuando el aborto terapéutico ya se encuentra en el Código Penal de 1970 y ha estado previsto en legislaciones anteriores a este (por ejemplo el Código Penal de 1924) en la realidad objetiva éste no se aplica, en consecuencia la existencia del artículo 121 es meramente teórica y en el papel, porque en la práctica no existe, deviniendo en nugatorios los derechos de las mujeres bajo sendas circunstancias.

Producto de lo anterior, durante enero del 2015, el Estado costarricense entró en conocimiento de dos casos *concretos de mujeres que pusieron sobre la mesa las dificultades enfrentadas en*

²⁹² Ver CIDH A.N. y Aurora vs. Costa Rica.

²⁹³ Ver en este sentido Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal 19º período de sesiones 28 de abril a 9 de mayo de 2014, “*Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 b) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo (A/HRC/WG.6/19/CRI/2)*”. p. 11.

²⁹⁴ Op. cit. Umaña, “*Aborto terapéutico atrapado entre el temor médico*”.

*hospitales públicos al someter a consideración de diversos órganos la posibilidad de aplicar el aborto impune cuando estuvo en peligro su salud integral*²⁹⁵.

Estos casos, tal y como se expuso en la sección de antecedentes de esta tesis, constituyen las peticiones de A.N. vs. Costa Rica, y Aurora vs. Costa Rica, casos que llegaron a instancias internacionales de Derechos Humanos (CIDH para la eventual presentación ante la Corte IDH) después de la inaplicabilidad del único tipo de aborto no penalizado en Costa Rica por parte de las instituciones médicas dentro del territorio nacional²⁹⁶, ambos casos pasaron por el filtro de nuestra Sala Constitucional, en donde en uno de los casos se rechazó de plano y en otro se negó el acceso a la realización de un aborto terapéutico por no considerarse dentro del término “salud” la salud mental y los efectos de ésta en la salud física.²⁹⁷

El primer caso, A.N. vs. Costa Rica (P1159-08), versa sobre “Ana”²⁹⁸, mujer costarricense que a los 26 años quedó embarazada de un feto diagnosticado con malformaciones severas incompatibles con la vida extrauterina. Al conocer que estaba gestando un feto que no sobreviviría al nacer Ana desarrolló estados de depresión severos con tendencias suicidas, parte de las alegaciones para solicitar la aplicación del artículo 121 y procurar un aborto terapéutico al estar en peligro su salud (por las severas depresiones con tendencias suicidas consecuencia del dolor de gestar un feto que va a nacer muerto).

En respuesta de los procesos internos, Sala Constitucional resolvió la acción incoada por la madre de Ana en la **Resolución No. 7958 del 7 de junio de 2007**, en el cual, **si bien se reconoció que la situación de Ana implicaba un riesgo para su vida y su salud, se determinó que: “(...) el peligro para la vida o salud de la madre no se deriva directamente del embarazo, sino que es indirecto, pues se origina en la tendencia suicida desarrollada por la paciente(...)”**

²⁹⁵ Ver en este sentido el borrador de la norma técnica del artículo 121 del Código Penal filtrado por el ex diputado Mario Redondo mediante su cuenta personal de Twitter el 7 de agosto de 2018, a la 1:48 PM. Accedido el 2 de mayo de 2019, https://opcionesheroicas.org/wp-content/uploads/2018/08/NORMA-TECNICA-PARA-EL-ABORTO-1_4578.pdf

²⁹⁶ Álvaro. Murillo. “*Mi bebé no nació, agonizo.*” Diario El País, Sección Sociedad, 12 octubre 2013, Accedido 26 de Setiembre de 2018, https://elpais.com/sociedad/2013/10/12/actualidad/1381600530_755158.html

²⁹⁷ Ver en el mismo sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución No. 7958-2007 de las diez horas y treinta minutos del siete de junio del dos mil siete.

²⁹⁸ El nombre “Ana” y “Aurora” son pseudónimos utilizados por la CIDH y el Ministerio de Culto y Relaciones Exteriores para proteger las identidades de ambas mujeres.

por lo que el recurso fue declarado inadmisibile, denegándose la solicitud de la ejecución de un aborto impune.²⁹⁹

El 30 de junio de 2007 Ana ingresó a un servicio de urgencias donde tuvo que pasar por una labor de parto de más de 7 horas, después de la cual nació una niña muerta. La autopsia elaborada diagnosticó la muerte por “encefalocele y óbito fetal”, lo que significa que el feto había muerto dentro del útero, y que padecía un defecto del cerebro en el cual el revestimiento y el líquido protector del mismo quedan por fuera del cráneo, formando una protuberancia.³⁰⁰

La petición actualmente se encuentra en trámite ante la CIDH, en la cual el Estado de Costa Rica bajo el gobierno de Luis Guillermo Solís planteó a la CIDH la posibilidad de un acuerdo amistoso³⁰¹³⁰², en la que condición del mismo era la firma de la norma técnica.

El segundo caso, Aurora vs. Costa Rica (P 1377-13), versa sobre una mujer costarricense que queda embarazada en junio de 2012, después de varios intentos. El 9 de agosto de 2012, asistió a control prenatal al hospital, en donde su embarazo fue diagnosticado con “posible síndrome de abdomen pared”; en la semana décimo primera este diagnóstico se confirmó, **esto implicaba que los órganos del feto se encontraban expuestos y que su embarazo era inviable.**

Dicha situación sumió a Aurora en un estado depresivo agudo, acompañándole un síntoma de vómito explosivo que perduró a lo largo del embarazo. Ante dicha situación y notando que su salud física empeoraba, Aurora solicitó que se le practicara un aborto terapéutico a las autoridades de su jurisdicción y posteriormente a Sala Constitucional.³⁰³ El 17 de diciembre de 2012 presentó un recurso de amparo solicitando la aplicación de un aborto no punible; su recurso fue rechazado el 22 de febrero de 2013, casi dos meses después de que Aurora el 30 de

²⁹⁹ Op. Cit. Sala Constitucional, Resolución 7958- 2007.

³⁰⁰ Centro de Derechos Reproductivos. Acciones Civiles, *Documento de Ana v Costa Rica*. Accedido 20 de marzo de 2019, https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AN_v_Costa_Rica_Spanish.pdf

³⁰¹ Álvaro, Murillo. “Costa Rica ofrece a CIDH posible arreglo en aborto terapéutico”. Periódico La Nación. Accedido 4 de octubre de 2017, www.nacion.com/nacional/politica/Pais-CIDH-posible-arreglo-terapeutico_0_1492250790.html

³⁰² Diego, Delfino. “Fabricio Alvarado dejó tremenda granada que encendió ayer el debate en torno al aborto.” Periódico Electrónico Delfino.cr Accedido 21 de marzo de 2019, <https://delfino.cr/2018/07/fabricio-alvarado-dejo-tremenda-granada-que-encendio-ayer-el-debate-en-torno-al-aborto/>

³⁰³ Centro de Derechos Reproductivos, *Derecho a la salud de las Mujeres Embarazadas*. Accedido 4 de octubre de 2017 desde [reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Aurora%20Fact%20Sheet%20Final.pdf](https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Aurora%20Fact%20Sheet%20Final.pdf)

diciembre de 2012 acudiera al hospital por fuertes dolores y ruptura prematura de la membrana. Ese mismo día fue intervenida de emergencia y dio a luz a un feto que murió inmediatamente después de la cesárea³⁰⁴.

*“No puedo entender cómo el doctor que diagnosticó la enfermedad de mi bebé dijo que no iba a sufrir. Él se estuvo ahogando en mi vientre por semanas, con los pulmones fuera del cuerpo, destripado por mis órganos. Después supe que aspiró su propia materia fecal, hasta que nació. Aunque él no nació, él agonizó cinco minutos.”*³⁰⁵

Aurora presentó su petición ante la CIDH en agosto de 2013. Ambas peticiones fueron acumuladas en la CIDH y en el marco de intención de solución amistosa las peticionantes solicitaron una norma técnica, que reglara los límites y casos de aplicación del aborto impune.

Consecuentemente, y teniendo en cuenta la recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) en sus Observaciones finales sobre el examen realizado al Estado de Costa Rica en 2011, en las que instó al país a elaborar directrices técnicas sobre el acceso al aborto "legal"³⁰⁶, el Estado de Costa Rica valoró la posibilidad de entrar en un proceso de solución amistosa con "Ana" y "Aurora", en los casos mencionados supra, bajo la facilitación de la CIDH. Dicho proceso de solución amistosa incluyó como primer aspecto fundamental avanzar en generar regulaciones concretas que den contenido a la figura del aborto impune (también conocido como aborto terapéutico) previsto en el artículo 121 del Código Penal y permitan su aplicación efectiva en el sistema de salud costarricense, abarcando instituciones de salud públicas y privadas.³⁰⁷

La norma técnica desarrollaba con datos de la Caja Costarricense de Seguro Social la evidencia de que los embarazos ectópicos, las corioamniotitis, y las molas hidatiformes

³⁰⁴ Op. Cit. Centro de Derechos Reproductivos, Derecho a la salud de las Mujeres Embarazadas.

³⁰⁵ Paula Umaña, “Aborto terapéutico atrapado entre el temor médico” Periódico Semanario Universidad. Noviembre de 2017. Accedido 8 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/pais/temor-ata-manos-la-figura-del-aborto-terapeutico/>

³⁰⁶ Comisionado de las Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. “Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica (CEDAW/C/CRI/CO/7).” 2017.

³⁰⁷ Ver en el mismo sentido Op. Cit. Norma técnica Aborto Impune.

constituyen, por la alta frecuencia con que se presentan, las motivaciones más comunes para los abortos impunes; la hipertensión asociada al embarazo, las afecciones cardíacas y nefrológicas, y las neoplasias, entre otros, constituyen también, aunque en menor proporción, justificativos para la práctica de estos procedimientos.³⁰⁸ **Pero si bien las interrupciones no punibles del embarazo se practican, el análisis de los casos evidencia que los profesionales de la salud hacen un uso excesivamente restringido del artículo 121 del Código Penal, deviniendo en casi nulo, siendo que la interrupción del embarazo tiende a practicarse únicamente cuando la mujer corre peligro de muerte inminente³⁰⁹, a pesar de que el artículo 121 del código penal costarricense protege no solo el peligro inminente para la vida de la mujer gestante, sino también su salud.**

Ahora, en cuanto al término salud, la institución mundial rectora en el tema de la salud, la Organización Mundial de la Salud en su acta constitutiva de 1946, ratificada por Costa Rica en 1949,³¹⁰ entiende el término salud como un estado de bienestar biopsicosocial³¹¹, es decir salud integral y no solo física, por lo que una situación de peligro para la vida **o la salud** de la mujer gestante debería comprender un término amplio de salud. Justamente así se entendía en el borrador de la norma técnica:

“Situación de peligro para la vida o la salud: Para efectos de la presente norma se entenderá como aquella situación que pueda provocar la muerte de la mujer o un mal grave, a causa de patologías médicas o

³⁰⁸ Carranza María (no publicado). La práctica del aborto terapéutico en Costa Rica (manuscrito en revisión para publicación). Citado en Op. cit. norma técnica del aborto impune. p. 4.

³⁰⁹ Asociación Ciudadana ACCEDER, Asociación de Desarrollo LBGT, Asociación Esperanza Viva, Asociación MANU, Centro de Investigación y Promoción para América Central Derechos Humanos CIPAC, AGECHO, Familias Homoparentales, Frente por los Derechos Igualitarios (FDI), Iglesia Luterana Costarricense, Peras del Olmo, Hivos, Movimiento Diversidad, Asociación Demográfica Costarricense, ICW Costa Rica, Colectivo Trans-Parentias, Colectiva Transcendentes, Siwo Alar Hombres Trans CR, y la Iniciativa por los Derechos Sexuales. *“Informe conjunto sobre el Examen Periódico Universal de Costa Rica 33 Sesión, mayo 2019.”* p. 3.

³¹⁰ Poder Ejecutivo. Decreto No.5. Aprobación y ratificación de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada por los Estados que participaron en la Conferencia Internacional de la Salud, el 22 de julio de 1946. Firmado por el Presidente de la República de Costa Rica el 16 de febrero de 1949. Consultado 13 de Abril de 2019, https://www.paho.org/cor/index.php?option=com_content&view=article&id=24:acerca-de-ops-costarica&Itemid=122,

³¹¹ Establece la OMS:” (...) La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades(...)”. Constitución De La Organización Mundial De La Salud. Conferencia internacional de la salud, julio 1946. Consultado de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf el 13 de Abril de 2019.

*mentales, debidamente certificadas dentro de este procedimiento. La valoración del peligro debe hacerse para cada caso en particular, sobre la base de un análisis minucioso y de acuerdo al criterio de los profesionales de la salud (...)*³¹²

Lo anterior es relevante en el caso de situaciones de peligro para la vida o la salud de la mujer gestante a causa de patologías mentales y no solo físicas; tal y como lo fue el caso de Ana y Aurora cuyo estado mental depresivo grave producto de un embarazo incompatible con la vida extrauterina las lleva a atentar contra su propia vida. Concordantemente, la norma técnica en el párrafo 7.4.7 sí incluía el aborto del producto del embarazo inviable:

*“7.4.7 Cuando se certifique, dentro de este procedimiento, que el producto es inviable, se permitirá la extracción estipulada en esta Norma Técnica. Asimismo, cuando se determine que el producto es viable, se garantizará la mejor atención posible para conseguir ese fin, en función de los recursos disponibles y sin afectar el fin primordial señalado en el artículo 121 del Código Penal.”*³¹³

En concordancia, **la norma técnica desarrollada por el Poder Ejecutivo en efecto esclarece la ambigua interpretación que se le ha dado al aborto impune, incluyendo explícitamente uno de los indicadores que propone esta tesis de licenciatura (aborto en casos de embarazos incompatibles con la vida extrauterina) y podría (en un análisis casuístico según las circunstancias) incluir el supuesto de aborto cuando el embarazo es producto de violación sexual, no obstante este último supuesto por sí solo no viene incorporado, se necesitaría una confluencia de diversos factores que probasen el nexo causal entre la violación sexual a la mujer gestante y el atentado a la salud o vida de la mujer.** Como se expondrá en la segunda parte de esta tesis, desde una óptica de salud mental y protección contra la tortura³¹⁴ existe una afectación directa a la salud psicológica de una mujer el verse sometida al trauma de una violación sexual por sí solo, más aún, éste trauma podría

³¹² Op. Cit. Norma técnica sobre aborto terapéutico. P. 6.

³¹³ Op. Cit. Norma técnica sobre aborto terapéutico. P. 7.4.7.

³¹⁴ “El comité de Derechos Humanos de la ONU y comité de monitoreo de la convención contra la tortura han establecido que la violación sexual de la mujer y el no permitirle abortar cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación del derecho a no ser torturada y que son modalidades de tortura basadas en el género.” Op. Cit. Corte Constitucional Colombiana, C-355-06.

desencadenar afectaciones psicológicas tales como intentos de suicidio que en definitiva se configurarían como un peligro a la vida de la mujer gestante. Sin embargo, no se ahondará acá sobre el tema puesto que la segunda parte de esta tesis (infra) desarrolla el tema in extenso.

Ahora, a pesar de que la norma técnica, en teoría, resolvería la problemática expuesta en esta tesis de violación de derechos a las mujeres, a la fecha el presidente de la República, Carlos Alvarado no ha firmado la norma técnica en cuestión, justificándose y reafirmando la necesidad de una reforma legislativa. Más aún, las presiones del ámbito legislativo mediante un debate reglado, propusieron en Enero del 2019, una moción que pretende pedirle a Carlos Alvarado que se abstenga de emitir la norma técnica sobre aborto terapéutico.³¹⁵ En dicha moción 24 diputados de los partidos Unidad Social Cristiana (PUSC), Restauración Nacional (PRN), Integración Nacional (PIN), Republicano Social Cristiano (PRSC), del bloque independiente Nueva República y dos del Partido Liberación Nacional (PLN), definieron la petición al presidente Carlos Alvarado de abstenerse de “*emitir o ampliar vía decreto, interpretación, regulación, protocolo, reforma legal o cualquier norma en relación al aborto impune*”.³¹⁶ Finalmente, el pronunciamiento recibió el apoyo de 27 legisladores, mientras que 26 se pronunciaron en contra.³¹⁷

Habiendo expuesto entonces los diferentes tratamientos entre el derecho a la vida y el bien jurídico vida, el tratamiento del aborto punible y no punible en Costa Rica, las excepciones al principio de legalidad que dimiten la acción penal en los casos de aborto producto de violación, el perdón judicial en el mismo supuesto y el contenido de la norma técnica (que si se aprobase regularía el aborto impune en Costa Rica), se procederá ahora a exponer los análisis y

³¹⁵ Allan Madriz. "Iglesia Católica: La expresión “aborto terapéutico” es un término que disminuye la gravedad del acto" ELPERIODICOCR. 21 de enero de 2019. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://elperiodicocr.com/iglesia-catolica-la-expresion-aborto-terapeutico-es-un-termino-que-disminuye-la-gravedad-del-acto/>

³¹⁶ Josué Alfaro. “24 diputados le piden a Carlos Alvarado no firmar norma técnica sobre aborto terapéutico”. Semanario Universidad. 17 de enero de 2019. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/pais/24-diputados-le-piden-a-carlos-alvarado-no-firmar-norma-tecnica-sobre-aborto-terapeutico/>

³¹⁷ Aaron Sequeira. "Con 27 votos a favor y 26 en contra, Asamblea aprueba moción contra aborto terapéutico". Periódico La Nación. 21 de enero de 2019. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.nacion.com/el-pais/politica/con-27-votos-a-favor-y-26-en-contra-asamblea/THLZK5YZJBHYVDS3BWWQ56O6FM/story/>

recomendaciones que se le han dado a Costa Rica en materia de aborto por parte de Organismos Internacionales especializados en Derechos Humanos.

B) Recomendaciones de Organismos Internacionales en materia de aborto al Estado de Costa Rica.

En el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, existen 9 Organismos Internacionales creados en virtud de los tratados de Derechos Humanos que supervisan la aplicación de estos tratados internacionales de derechos humanos. Estos son el Comité de Derechos Humanos (CCPR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Comité contra la Tortura (CAT), el Comité de los Derechos del Niño (CRC), el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) y Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED).

De los anteriores organismos, El Comité CEDAW tiene una especial función en la protección de los derechos de la mujer latinoamericana, cuyo soporte especial se consagra en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, los tratados internacionales son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional³¹⁸. Así, las recomendaciones de organismos internacionales interpretadores de dichos tratados internacionales adquieren una importancia especial en la salvaguarda de los derechos de las mujeres latinoamericanas.

En razón de lo anterior, en la presente sección se expondrán las recomendaciones emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas sobre el Estado de Costa Rica en las observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica (julio 2017); las observaciones finales del comité sobre los derechos del

³¹⁸ Ver en el mismo sentido Op. cit. C-355-06.

niño (CRC por sus siglas en inglés) en el cuarto informe periódico de Costa Rica (CRC/C/CRI/4); y el Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas de mayo de 2019 (A/HRC/WG.6/33/CRI/2).

B1) Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas sobre el Estado de Costa Rica (CEDAW/C/CRI/CO/7)

En cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales (entre ellos la CEDAW) que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud, mismas que han sido incorporadas y aceptadas por nuestra jurisprudencia.³¹⁹ Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes.³²⁰ En el área de salud la CEDAW ha hecho hincapié en que se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva,³²¹ y en especial nota con este trabajo, en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud³²² y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente.

³¹⁹ Ver entre otros Corte Suprema de Justicia, Acta de Consejo Superior N° 077 - 2011 del 8 de setiembre de 2011; Circular de Secretaría de la Corte N° 173 - 2012 del 8 de noviembre de 2012; Acta de Corte Plena N° 033 - 2012 del 17 de setiembre de 2012, entre otras.

³²⁰ Organización de las Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica (CEDAW/C/CRI/CO/7). 2017. p. 4.

³²¹ Op. cit. CEDAW/C/CRI/CO/7. p. 11.

³²² “(...)El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones” Op. cit. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24 (Artículo 12): La Mujer y la Salud (A/54/38/Rev.1)

Para lo que nos compete, las recomendaciones de la CEDAW se erigen como marco de referencia acogido por nuestra Sala Constitucional en resoluciones como la N° 01966 - 2012, 16070 - 2015, 04519 - 2016, entre otras. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer examinó el séptimo informe periódico de Costa Rica (CEDAW/C/CRI/7) en sus sesiones 1508^a y 1509^a, celebradas el 7 de julio de 2017; y emitió el presente informe. En lo relacionado con el tema del aborto, el Comité notó con preocupación:

“(...) a) La penalización del aborto en casos de violación, incesto o malformaciones graves del feto, y la falta de accesibilidad a una atención de alta calidad posterior al aborto;

b) La demora en la aprobación de directrices técnicas sobre el aborto terapéutico, que da lugar a abortos en condiciones de riesgo (...)”³²³

No solo en este informe, sino en múltiples publicaciones la CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.³²⁴ Igualmente han señalado, que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.³²⁵ Como criterio de análisis del asunto bajo estudio, deben tenerse en cuenta las recomendaciones realizadas por las autoridades internacionales encargadas de la vigilancia del cumplimiento por los Estados Partes y en particular las recomendaciones que se han hecho al Estado costarricense con relación al tema de la penalización total del aborto. Así, el Comité recomendó al Estado costarricense que:

“(...) a) Modifique el Código Penal para legalizar el aborto en los casos de violación, incesto o malformación grave del feto y despenalice el aborto en el resto de los casos, y proporcione a las mujeres servicios de atención de alta calidad posterior al aborto;

³²³ Op. cit. CEDAW/C/CRI/CO/7, p. 11.

³²⁴ Op. Cit. C-355-06.

³²⁵ Op. Cit. C-355-06.

*b) Acelere la aprobación de directrices técnicas sobre el aborto terapéutico y ponga en marcha campañas de concienciación para evitar la estigmatización de las mujeres que solicitan un aborto. (...)*³²⁶

Si bien es cierto, producto de las recomendaciones de la CEDAW en el 2011 se encomendó al INAMU la conformación de una comisión interinstitucional con representación de los tres poderes de la república, y que ha venido trabajando con acompañamiento de la Secretaria Técnica de Género³²⁷; la conformación de esta comisión interinstitucional ha sido aceptada por el Comité internacional CEDAW como una metodología apropiada para dar seguimiento participativo a la Convención y para institucionalizar mediante su funcionamiento los procesos gubernamentales que garanticen su cumplimiento en el país.³²⁸ No obstante lo anterior, la realidad es que la situación en temas de salud integral de la mujer, más específicamente su salud sexual y psicológica en temas como el aborto se quedan cortas; y queda debiendo el estado en materia de salud respecto de las recomendaciones de la CEDAW.

B2) Observaciones finales del Comité de los Derechos del niño sobre el cuarto informe de Costa Rica (CRC/C/CRI/4)

El Comité de los Derechos del Niño (CRC por sus siglas en inglés) no ha emitido ninguna recomendación general sobre aborto³²⁹ pero sí ha hecho alusión al tema en sus observaciones de conclusión por país. En dichas oportunidades ha hecho referencia a los artículos 2³³⁰, 6³³¹, 13³³²

³²⁶ Op. cit. CEDAW/C/CRI/CO/7. 2017. p. 11.

³²⁷ Corte Suprema de Justicia. Acta de Corte Plena N° 038 - 2013, del 9 de Setiembre de 2012.

³²⁸ Instituto Nacional de las Mujeres. “*Memoria Anual Institucional (mayo 2014-abril 2015)*”. 2015. pp. 18, 19.

³²⁹ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. “*Serie de información sobre Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos: Aborto.*” Accedido 28 de mayo de 2019, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB_SP.pdf

³³⁰ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 2. “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

³³¹ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 6. “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

³³² Convención de los Derechos del Niño. Artículo 13. “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de

y 24³³³ de la Convención de los Derechos del Niño.³³⁴ En varias ocasiones ha hecho la conexión entre la mortalidad materna y abortos ilegales e inseguros, así como alusión sobre su preocupación por los altos índices de aborto además de ser usado como un método de anticoncepción.³³⁵

En junio de 2011, el CRC examinó el cuarto informe periódico de Costa Rica (CRC/C/CRI/4) en sus sesiones 1630^a y 1631^a (CRC/C/SR.1630 y CRC/C/SR.1631), celebradas el día 10 de junio de 2011, y aprobó, en su 1639^a sesión, celebrada el 17 de junio de 2011, las observaciones finales del Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. En relación con el aborto en Costa Rica, el CRC externó su preocupación por

“la falta de acceso al aborto legal en Costa Rica, la carencia de directrices para informar a los médicos acerca de cuándo podían practicar legalmente un aborto

fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.”

³³³ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 24. “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

³³⁴ Convención de los Derechos del Niño firmada por el Estado de Costa Rica el 26 de enero de 1990, ratificada mediante Ley 7184 del 18 de julio de 1990.

³³⁵ Ver en el mismo sentido el razonamiento expuesto en Op. cit. c-355-06.

y la elevada tasa de abortos practicados en condiciones de riesgo y la falta de atención adecuada después de un aborto”³³⁶

Así, remitiéndose a su Observación general N° 4 (2003) relativa a la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité recomendó al Estado costarricense que:

“(…) 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 mejore en los hospitales públicos la disponibilidad y la calidad de la atención posterior al aborto.³³⁷”

Las recomendaciones del CRC aunadas con la lectura del artículo 1 y 6.1 de la Convención de Derechos del Niño permiten concluir que no solo no existe un derecho absoluto a la vida, sino que de la convención no se desprende la protección del feto y más aún que el CRC aboga por la despenalización del aborto en los indicadores que esta tesis defiende en el caso de mujeres y adolescentes bajo sendas condiciones.

B3) Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/WG.6/33/CRI/2)

Del 6 al 17 de mayo de 2019 Costa Rica fue examinada durante el Examen Periódico Universal (EPU), mecanismo instaurado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que funciona como un examen de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. El EPU es un proceso dirigido por los Estados con el auspicio del Consejo de Derechos Humanos, que ofrece a cada Estado la oportunidad de declarar

³³⁶ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Costa Rica. (CRC/C/CRI/CO/4). 2011. p. 15.

³³⁷ Op. cit. CRC/C/CRI/CO/4. p. 16.

qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país y para cumplir con sus obligaciones en la materia³³⁸. Al ser una de las herramientas principales del Consejo, el EPU se concibió para asegurar un trato homogéneo a todos los países cuando se evalúan las situaciones de derechos humanos, asimismo el EPU es considerado uno de los elementos clave del Consejo que recuerda a los Estados su responsabilidad de respetar y aplicar plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. El objetivo final de este mecanismo es mejorar la situación de derechos humanos en todos los países y abordar las violaciones de los derechos humanos dondequiera que se produzcan.³³⁹

Los documentos en los que se basa el EPU son: 1) un informe nacional con información presentado por el Estado de Costa Rica ; 2) una compilación de los informes de expertos y grupos de trabajo independientes conocidos como los Procedimientos Especiales, los Órganos de los Tratados de derechos humanos, y otras entidades de las Naciones Unidas; y 3) un resumen de la información proporcionada por los actores interesados pertinentes, incluyendo las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones regionales y las organizaciones no gubernamentales.³⁴⁰

En el tema que nos compete, el aborto, el EPU notó con preocupación los informes de 3 comités de derechos humanos³⁴¹ en el tema del derecho a la salud, así:

“Preocupaba a tres Comités que el aborto únicamente estuviese permitido cuando existía un riesgo grave para la vida o la salud de la mujer embarazada y que, incluso en esos casos, no estaba garantizado el acceso al procedimiento debido a la ausencia de protocolos que determinaran cuándo procedía su realización. Recomendaron a Costa Rica que legalizase el aborto en los casos de violación, incesto o malformación grave del feto, despenalizase el aborto en el resto de los casos y agilizase la adopción de un protocolo que garantizara el

³³⁸ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Página oficial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. UPR Examen Periódico Universal Accedido de ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx el 21 de mayo de 2019.

³³⁹ *Ibíd.*

³⁴⁰ *Op. cit.* ACDH, Examen Periódico Universal.

³⁴¹ *Op. cit.* CEDAW/C/CRI/CO/7, párr. 31; Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Costa Rica (E/C.12/CRI/CO/5), 2016. paras. 53–54; y Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Costa Rica. (CCPR/C/CRI/CO/6)”. 2016. paras. 17– 18 (b).

acceso al aborto cuando existiera un riesgo para la vida o la salud de la mujer.”³⁴²

Sobre los 3 Comités de Derechos Humanos a los que hace alusión el EPU, al Comité de los Derechos del Niño le preocupaba la falta de acceso al aborto legal, la carencia de directrices para informar a los médicos acerca de cuándo podían practicar legalmente un aborto y la elevada tasa de abortos practicados³⁴³. El CEDAW por su parte externó su recomendación para que Costa Rica elaborase directrices médicas claras sobre el acceso al aborto legal y considerase 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 incesto³⁴⁴, incluida la violencia sexual intrafamiliar³⁴⁵. Finalmente, desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos en su informe rendido bajo las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Costa Rica, externó su preocupación sobre el aborto únicamente 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, externó especial preocupación relacionada con que en la práctica el aborto sea inaccesible incluso cuando responde 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.³⁴⁶

ONU-Costa Rica fue citada en el EPU en donde el Consejo de Derechos Humanos resaltó las denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la negación del aborto

³⁴² Organización de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Recopilación sobre Costa Rica, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/WG.6/19/CRI/2. párr. 52.

³⁴³ Op. cit. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención (CRC/C/CRI/CO/4), párr. 63 (c).

³⁴⁴ Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, “*Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/CRI/CO/5-6)*”. 2011. párr. 33 (c) y (d).

³⁴⁵ Op. cit. CRC/C/CRI/CO/4 párr. 63 (d)

³⁴⁶ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Humanos, “*Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/6)*”. 2016. párr. 17.

terapéutico, notando que:

“ (...) El aborto estaba permitido solo en casos en que peligrase la vida o la salud de la madre; sin embargo, se tendía a realizar una **interpretación restrictiva de la salud** y, al no existir un mecanismo institucional encargado de la observancia de la ley, las creencias de quienes operaban los servicios tendían a ser la base de las decisiones que se tomaban al respecto(...).”³⁴⁷

De esta forma, podemos determinar que la comunidad internacional ha reconocido que se deben tomar cartas en el asunto, y despenalizar el aborto en los casos que esta tesis defiende, por ser (la penalización) una violación a diversos derechos humanos. Aunado a lo anterior, no se debe dejar de lado que la penalización del aborto corresponde a uno de los diversos tipos de violencia contra las mujeres, la cual a su vez constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales, específicamente el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo y el género. Situación que en un estado de Derecho como Costa Rica no se puede seguir perpetuando.

Habiendo finalizado la exposición del tratamiento al aborto en Costa Rica, a continuación se expondrá la situación jurídica actual de la despenalización del aborto en Latinoamérica, para contrastar la misma con la situación costarricense y exponer en la segunda parte de esta tesis la necesidad de una reforma a la legislación penal costarricense, en aras de despenalizar el aborto en los dos indicadores que contiene el título.

C) Condición Jurídica Actual del Aborto en Latinoamérica: Despenalización del aborto en legislaciones Latinoamericanas

Sin pretender hacer una descripción a fondo de la legislación extranjera ni de la jurisprudencia de otros países, cabe resaltar que aunque el tema del aborto ha sido objeto de cambios legislativos en la mayoría de estados occidentales, las reformas en Latinoamérica no solo se han dado por el poder legislativo, sino en control constitucional y convencional por parte de los jueces constitucionales (como el caso expuesto supra de la Corte Constitucional colombiana y el caso de Chile que se expondrá infra). La regulación actual del aborto en los

³⁴⁷ Op. cit. A/HRC/WG.6/19/CRI/2 párr. 60.

sistemas jurídicos occidentales es bastante dispar, sin embargo, a partir de finales de los años sesenta es posible verificar el abandono, por parte de la mayoría de los países, de legislaciones absolutamente prohibitivas del aborto y la adopción de una regulación más permisiva.³⁴⁸

En América Latina la legislación sobre el aborto también es bastante dispar, así mientras algunos países como Argentina³⁴⁹, México³⁵⁰, Bolivia³⁵¹, Cuba³⁵² establecen en su legislación penal indicadores en los cuales la interrupción del embarazo no es delito, al igual que ocho estados brasileños³⁵³, otros países establecen una prohibición total del aborto o bastante

³⁴⁸ Op. Cit. C-355-06 “La cuestión del aborto en el derecho comparado”.

³⁴⁹ El artículo 86 del Código Penal argentino establece: *ARTICULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.*

³⁵⁰ El artículo 333 y 334 del Código Penal Federal Mexicano establecen: *Artículo 333. No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. Artículo 334. No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora*

³⁵¹ El Código Penal de Bolivia prevé: *Artículo 266.- (aborto impune). - Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.*

tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

³⁵² Código Penal Cubano dispone: *Artículo 267. 1. El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas. 2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior: a) se comete por lucro; b) se realiza fuera de las instituciones oficiales; c) se realiza por persona que no es médico.*

³⁵³ Dado que Brasil es una República Federal es preciso aclarar que ocho constituciones estatales establecen la legalidad del aborto, adicional al Código Penal Federal (que lo despenaliza en su artículo 128). Así:

(i) Bahía

Artículo 279 de la Constitución: “La familia recibirá conforme a la ley la protección del Estado, el cual, en forma individual o en cooperación con otras instituciones, mantendrá vigentes programas destinados a asegurar (...) IV.- el amparo de mujeres, niños y adolescentes víctimas de violencia dentro y fuera del hogar, incluidas las mujeres con embarazo no deseado, de preferencia en instituciones especializadas, garantizándose la capacitación profesional y la designación de un destino para el niño, en organismos del Estado o a través de procedimientos adicionales.”

Artículo 282 de la Constitución “El Estado garantizará ante la sociedad la imagen en la mujer como madre, trabajadora y ciudadana en igualdad de condiciones con respecto al hombre, con los siguientes objetivos: (...) III.- reglamentar los procedimientos para la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley, garantizándose acceso a la información y agilizándose los mecanismos operativos para la atención integral de la mujer.”

restringida, que deviene en nulatoria de los supuestos despenalizados, tal y cómo se expuso la problemática de aplicación del único supuesto de aborto impune en Costa Rica.

La mayoría de legislaciones (13 en América Latina) que han despenalizado o legalizado el aborto lo han hecho bajo el sistema de indicadores (usualmente cuando la vida y/o salud de la mujer gestante se encuentra en riesgo), un número importante de países (5) mantiene una penalización total del aborto con altas cifras de criminalización y mortalidad materna por aborto inseguro³⁵⁴, y un número creciente de países (6) han despenalizado el aborto según el sistema de plazos, es decir, no requieren una justificación por parte de la mujer gestante para acceder a la práctica, sino adherirse a los plazos establecidos en la legislación.³⁵⁵ En la siguiente tabla 1 se puede observar la tendencia en Latinoamérica sobre la despenalización del aborto, sea por el sistema de indicadores (sistema que esta tesis propugna) o por plazos.

(ii) Goiás

Artículo 153 de la Constitución “Son atribuciones del sistema Unificado y Descentralizado de Salud, entre otras, las siguientes: (...) XIV.- garantizar a la mujer víctima de violación sexual o aquella cuya vida corre peligro por causa de un embarazo de alto riesgo asistencia médica y psicológica y el derecho de interrumpir el embarazo de alto riesgo, asistencia médica y psicológica y el derecho a interrumpir el embarazo conforme a la ley, así como la atención por parte de los organismos del Sistema.”

(iii) Minas Gerais

Artículo 190 de la Constitución “Son atribuciones del Estado en el ámbito del Sistema Único de Salud, además de las previstas por la ley federal: (...) X.- garantizar la atención en casos lícitos de interrupción del embarazo. (...)

(iv) Pará

Artículo 270 de la Constitución “(...) Párrafo único. La Red Pública prestará atención médica para la práctica del aborto, en los casos previstos por la ley federal. (...)

(v) Río de Janeiro

Artículo 291 de la Constitución “El Estado garantizará asistencia integral a la salud de la mujer en todas las etapas de su vida a través de la implantación de una política adecuada que asegure: (...) IV.- asistencia a la mujer en casos de aborto, sea o no provocado, así como en casos de violencia sexual, a través de dependencias especializadas en los servicios garantizados o, indirectamente, por los organismos públicos (...)

(vi) Sao Paulo

Artículo 224 de la Constitución “Es competencia de la Red Pública de Salud, a través de su cuerpo médico especializado, prestar atención médica para la práctica del aborto en casos no antijurídicos previstos en la legislación penal.”

(vii) Tocantins

Artículo 146 de la Constitución (párrafo 3º) “Las mujeres tienen garantizada la atención en las dependencias del Sistema de Salud del Estado en los casos lícitos de interrupción del embarazo.”

Artículo 152 de la Constitución “El Sistema Único de Salud tiene por ley las siguientes atribuciones: (...) XVII.- garantizar a las mujeres víctimas de violación sexual asistencia médica y psicológica en las dependencias del Sistema Único de Salud (...)

³⁵⁴ Sonia Ariza Navarrete, "El derecho al aborto en Latinoamérica". 14 de marzo de 2018. Revista Código y Frontera. Universidad de Buenos Aires. Argentina. 2018. Accedido 8 de setiembre de 2019, www.codigoyfrontera.space/2018/03/14/el-derecho-al-aborto-en-latinoamerica/

³⁵⁵ *Ibid.*

Tabla 1. Regulación del Aborto en América Latina, 2019.

Pais	Sistema de Regulación: I (indicadores) P (plazos) T (penalización total)	Plazo. # de semanas de embarazo, V (viabilidad)	Indicadores Vida / salud de la mujer	Violación	Incompatibilidad del feto con vida extrauterina	Socio-económico	Inseminación no consentida	Regulación en el Código Penal de cada país
Haití	T							Art. 262.
Honduras	T							Arts. 126 a 132
República Dominicana	T							Art. 317
Nicaragua ³⁵⁶	T							Arts. 143-145
El Salvador ³⁵⁷	T							Arts. 133 a 137.
Guatemala	I		X					Art. 137-140
Paraguay	I		X					Arts. 349 a 352
Venezuela	I		X					Arts. 432-436
Costa Rica	I		X					Arts. 118-121.
Bolivia	I		X	X				Arts. 263-269 y Resolución

³⁵⁶ Antes del 2007 el Código Penal de Nicaragua permitía el aborto terapéutico en su artículo 165, pero mediante reforma legislativa en el 2007 se penalizó en todas las circunstancias. Artículos 143 a 145 del Código Penal de Nicaragua.

³⁵⁷ Antes de 1997 se permitía el aborto terapéutico, con el Código Penal de 1973, no obstante con el Código Penal de 1997 se penaliza el aborto en todas las circunstancias.

								Ministerial 0426 ³⁵⁸
Brasil	I		X	X	X			ADPF No. 54/2012* ³⁵⁹
Ecuador	I		X	X				Arts. 147 a 150 del Código Orgánico Integral Penal de 2014
Panamá	I		X	X				Arts. 141- 144
Perú ³⁶⁰	I		X	X*	X*			Arts. 114- 120.
Argentina	I		X	X				Arts. 85-88.
Chile	I		X	X	X			Ley 21.030
Colombia	I		X	X	X		X	Sentencia T-841 y C- 355-06
México ³⁶¹	I		X (14-24)	X (32)	X (16)	X (2)	X (13)	Arts. 329- 334
México D.F.	P	12 semanas						Art. 144- 147 Código

³⁵⁸ Estado Plurinacional de Bolivia. Ministerio de Salud y Deportes. Dirección General de Servicios de Salud. Unidad de Servicios de Salud y Calidad. *Normas y protocolos clínicos sobre el empleo del misoprostol en ginecología y obstetricia*. La Paz. 2009 A través del Documento Técnico- Normativo se aprobaron las normas y protocolos de usos gineco-obstétricos del misoprostol y su inclusión en la lista de insumos básicos de medicamentos para que las mujeres cuenten con un medicamento gratuito en atención del embarazo y parto a través del Seguro Universal Materno Infantil (SUMI).

³⁵⁹ Sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil ADPF No. 54/2012; Norma técnica Atensão Humanizada ao abortamento del 2005; Decreto-Lei 2.848, Artículo 128 del Código Penal Federal y Ver supra nota 264 para la Constitución de cada estado

³⁶⁰ El artículo 120 del Código Penal de Perú establece una pena menor, de no más de 3 meses de prisión, en los casos de aborto producto de violación sexual fuera del matrimonio, inseminación artificial no consentida y "Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico".

³⁶¹ Varía según Estado, entre paréntesis se indica la cantidad de Estados.

								Penal del Distrito Federal.
Uruguay	P	12 semanas						
Puerto Rico	P	V ³⁶²						El Pueblo de Puerto Rico v. Pablo Duarte Mendoza ³⁶³
Cuba	P	12 semanas						Arts. 267 a 271

Así, a continuación, se pretende exponer de forma somera el fenómeno de despenalización del aborto en Latinoamérica, en algunos de los países en los que el aborto está despenalizado o es legal, ya sea bajo el sistema de indicadores o el sistema de plazo, con el fin de identificar los argumentos que han llevado a las legislaciones hermanas a despenalizar el aborto. Así inicialmente se expondrán 3 legislaciones latinoamericanas pioneras en el tema, sea la del Distrito Federal de México, Uruguay y Cuba; y 3 legislaciones que recientemente se han visto expuestas a una despenalización causal del aborto, sea Colombia, Chile y Argentina.

C1) Aborto despenalizado y costeadado por el Estado.

C.1.1. México DF

En el Distrito Federal, México la despenalización del aborto se dio por medio de reforma legislativa, con una consecuente afirmación de la constitucionalidad de dicha reforma; en noviembre del 2006 se presentó ante la Asamblea Legislativa la primera iniciativa para despenalizar el aborto en el Código Penal para el Distrito Federal³⁶⁴, la cual fue votada en el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 24 de abril del 2007 y publicada en la

³⁶² En Puerto Rico el aborto es legal por cualquier razón hasta el momento de viabilidad del feto.

³⁶³ Tribunal Supremo de Puerto Rico. 109 D.P.R. 596. El Pueblo de Puerto Rico v. Pablo Duarte Mendoza, Sentencia del 17 de abril de 1980.

³⁶⁴ Op. cit. Calvillo Campos. p.17

Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 26 de abril de 2007, decretando como aborto la interrupción del embarazo después de la 12^{va} semana de gestación.³⁶⁵

Posterior a la reforma, que despenalizaba el aborto totalmente en la legislación penal del Distrito Federal, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República presentaron sendas acciones de inconstitucionalidad³⁶⁶. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México promovió la discusión de la constitucionalidad de las reformas, a través de un formato de seis audiencias públicas para escuchar ambas partes, finalmente, y luego de un debate amplio y plural, y de haber discutido los 11 ministros en sesiones abiertas durante cuatro días, la mayoría de sus integrantes, se pronunció por la constitucionalidad de las Reformas impugnadas³⁶⁷.

El quid del asunto, vio su énfasis en el tema de la interrupción del embarazo y la configuración del delito de Aborto, por una parte y, por otra, en la cuestión relativa al momento en el que se debe proteger la vida humana³⁶⁸; la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó el tema del derecho a la vida de la misma forma que el derecho internacional público, la Corte IDH, y la Corte Constitucional Colombiana:

“(...) del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos. En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo. Asimismo, este argumento no distingue entre la naturaleza de los derechos y sus condiciones de ejercicio. Es evidente que, si no existe un individuo vivo, no hay posibilidad de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente, pero de

³⁶⁵ Gaceta Oficial Del Distrito Federal, 26 de abril de 2007. Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal de México. Accedido de <https://www.ddeser.org/wp-content/uploads/2016/05/Gaceta-ILE-DF.pdf> el 22 de mayo de 2019.

³⁶⁶ Op. Cit. Calvillo Campos, p. 21.

³⁶⁷ Op. cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

³⁶⁸ *Ibid.*

ahí no se sigue que la vida se condición de existencia de los demás derechos, menos la necesidad de otorgarle una posición lógicamente preeminente frente a los demás. Aceptar un argumento semejante destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático. Los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente. Este alto tribunal ya lo ha refrendado en precedentes y tesis aplicables: los derechos fundamentales no son, en ningún caso, absolutos (...) los derechos fundamentales, o garantías individuales, no son derechos absolutos y admiten la posibilidad de modulación. De este modo, si el derecho a la vida se encontrara reconocido expresamente en la Constitución este sería, de cualquier forma, un derecho relativo y, en consecuencia, tendría que ser un derecho armonizable con otro conjunto de derechos.³⁶⁹ (el resaltado no es del original)

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó los cuerpos de derecho internacional público³⁷⁰ y llegó a la conclusión de que de la lectura de todas esas disposiciones no se puede establecer el derecho a la vida como un derecho absoluto:

“(...) el derecho a la vida en los tratados internacionales no se establece ni reconoce como un derecho absoluto. Pues aun cuando está ubicado en los derechos insuspendibles o inderogables en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado (...) esa situación no lo transforma en un derecho absoluto frente a los demás derechos fundamentales, en la medida que los propios tratados internacionales contemplan la pena de muerte y en algunos casos establecen o aceptan la posibilidad de afectar ese derecho, siempre y cuando se haga por los procedimientos adecuados,

³⁶⁹ Op. cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007

³⁷⁰ Entre los cuales se mencionan la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4, la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6 y 37), el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (art. 1), el Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 1), Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (art. 3), Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (principio 4, 5, 6 y 9)47, Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve (art. 3 común), Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (art. I y II), Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 1 y 2) y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. I y II).

sin excesos y sin causar sufrimiento innecesario.”³⁷¹ (el resaltado no es del original)

Arribando a la conclusión de que los instrumentos internacionales de derechos humanos sí garantizan y protegen el derecho a la vida, pero no como un derecho absoluto, no existiendo un mandato para penalizar el aborto y constituyéndose constitucional la despenalización total del aborto. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la inidoneidad de la penalización del aborto y la idoneidad de la despenalización, por su importancia se transcribe in extenso el razonamiento de la Suprema Corte:

“(…) De este modo, al no encontrar ningún mandato constitucional específico para la penalización de todas estas conductas, no parece existir ninguna razón jurídicamente argumentable que nos indique no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social. (...) Es en este sentido que es posible afirmar, además, que el legislador democrático, al descriminalizar esta conducta, no tomó una decisión aislada, sino que la misma se encuentra reforzada mediante obligaciones a cargo del Gobierno del Distrito Federal y en particular de las autoridades que tienen a su cargo los servicios de salud, de proporcionar información oportuna y veraz de otras opciones que se encuentre al alcance de las mujeres, además de la interrupción anticipada del embarazo, así como de proporcionar información sobre las consecuencias que esta interrupción pueda tener para su salud. De este modo, se hace efectiva la obligación prestacional del Estado establecida en el artículo 4º constitucional en relación con la salud, información y responsabilidad en la toma de decisiones por parte de las mujeres. (...) Este Tribunal considera que la medida utilizada por el Legislador resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aun en la actualidad, como lo refiere claramente el legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna. (...) En este sentido, el principio de última ratio en el Derecho Penal Moderno obliga que las penas como el medio coercitivo más importante del Estado, sean el último de los

³⁷¹ Op. cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

*instrumentos estatales para prevenir los ataques a los bienes y valores fundamentales de la sociedad; en consecuencia, esa intrusión debe ser la mínima posible. De este modo, penalizar la conducta en cuestión sería tanto como utilizar al derecho penal como una herramienta simbólica y no como un mecanismo de última ratio. Es por ello que el legislador considera la penalización de la conducta como ineficaz y, lejos de impedir que las mujeres recurran a la interrupción voluntaria del embarazo de una manera segura, las orilla a someterse a procedimientos médicos en condiciones inseguras en las que, incluso, ponen en riesgo su vida.”*³⁷² (el resaltado no es del original)

La justificación de idoneidad de la Asamblea Mexicana que llevó a la despenalización del aborto se fundamentó en la necesidad de acabar con el problema de salud pública derivado de la práctica de abortos clandestinos, estimando que la despenalización del aborto permitirá que las mujeres interrumpan voluntariamente su embarazo en condiciones de higiene y seguridad; asimismo, garantizar un trato igualitario a las mujeres, en específico aquéllas de menores ingresos, así como reconocerles libertad en la determinación de la forma en la que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva; **reconocer que no debe existir la maternidad forzada y se debe permitir que la mujer pueda desarrollar su proyecto de vida en los términos que lo estime conveniente.** Se justificó, asimismo, que el procedimiento para abortar se lleve a cabo dentro del período de doce semanas, puesto que es más seguro y recomendable en términos médicos.³⁷³

En los términos del Estado Federal Mexicano, y expuesto por la Suprema Corte de la Nación, la interrupción del embarazo se despenaliza únicamente para el período embrionario y no el fetal, antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción.³⁷⁴ Aunado a lo anterior, el legislador al emitir el decreto que modifica los artículos analizados, dado su ámbito de temporalidad, tomó en cuenta el incipiente desarrollo del embrión y la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la mujer en contraposición. Si dicha interrupción se realizara clandestinamente y fuera de los

³⁷² Op. cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

³⁷³ Op. cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

³⁷⁴ Ibid.

parámetros dados por el Legislador, no es posible asegurar la salud de la madre.³⁷⁵ Por otro lado, la penalización de la interrupción de esta etapa primaria del embarazo no resulta idónea para salvaguardar la continuación del proceso de gestación, puesto que el legislador tomó en cuenta que constituye una realidad social que las mujeres, que no quieren ser madres, recurran a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos con el consiguiente detrimento para su salud e incluso, con la posibilidad de perder sus vidas.³⁷⁶

Así, en México, el poder legislativo y el poder judicial en la declaratoria de constitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, consideraron que la despenalización del aborto resulta idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan *respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida*; decisiones que resultan acordes con la tendencia legislativa reflejada en el derecho comparado, que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria de embarazo o límites a la persecución penal del aborto, sustentadas en la ponderación concreta de los bienes en conflicto que tuvieron como resultado, también en el derecho comparado, la despenalización de una conducta.³⁷⁷

C.1.2. Cuba

Por su parte, la legislación cubana es considerada pionera en materia de aborto, siendo el primer país en Latinoamérica en reformar sus códigos a favor de los derechos de la mujer; desde 1965 la práctica del aborto voluntario en Cuba no es ilegal, por el contrario, es gratis³⁷⁸, a petición de la mujer hasta la décima semana de embarazo y realizada bajo el sistema nacional de salud³⁷⁹. Es considerado un servicio institucionalizado de salud, por lo que existe un número

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Ver en el mismo sentido *Op. cit.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

³⁷⁸ Agencia IPS. "El derecho al aborto en Cuba, en entredicho tras 50 años legalizado" Diario CiberCuba. 2 de septiembre de 2017. Accedido 21 de mayo de 2019, <https://www.cibercuba.com/noticias/2017-09-02-u162416-e192519-nuevos-retos-derecho-al-aborto-cuba-tras-medio-siglo>

³⁷⁹ Marge, Berer. "Abortion Law and Policy Around the World In Search of Decriminalization", *Health and Human Rights Journal*. Edición de Junio, 2017. Accedido 21 de mayo de 2019, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5473035/>

importante de hospitales y otras unidades acreditadas para este proceder con personal debidamente calificado y entrenado.³⁸⁰

El código penal adoptado en 1979 penaliza el aborto solo si éste se realiza sin el consentimiento de la mujer embarazada, si *se comete por lucro; se realiza fuera de las instituciones oficiales; o se realiza por persona que no es médico.*³⁸¹ La primera ley al respecto data de 1936, cuando el aborto comenzó a ser permitido en tres causales: salvar la vida de la madre o evitar un grave daño a su salud, violación o posibilidad de transmitir al feto una enfermedad hereditaria grave.³⁸² Pero fue hasta 1965 que se institucionalizó el aborto voluntario sobre cuatro principios básicos: es la mujer quien decide, debe realizarse en una institución hospitalaria, ser practicado por personal experto y totalmente gratuito.³⁸³

C.1.3. Uruguay

En el caso de Uruguay, el aborto se despenalizó y legalizó bajo el gobierno de José Mujica mediante la Ley N° 18.987 IVE (Interrupción Voluntaria del Embarazo 22/10/2012)³⁸⁴, el 17 de octubre de 2012, por 17 votos en 31, constituyéndose como una legislación ejemplar en materias de salud pública estableciendo altos estándares de protección a la salud en el acceso a un aborto sanitario.³⁸⁵ Con la reforma legislativa, Uruguay puso fin a casi treinta años de confrontaciones entre opiniones a favor y en contra de amparar el aborto; la ley 18.987, junto con la 18.426 (Derechos en Salud Sexual y Reproductiva del 01.12.2010), tenía como objetivo garantizar el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de todas y todos los uruguayos, promoviendo al mismo tiempo la procreación consciente y responsable. Constituyéndose piedra

³⁸⁰ EcuRed. Enciclopedia Cubana. “Aborto” Accedido 21 de mayo de 2019, <https://www.ecured.cu/Aborto#Fuentes>

³⁸¹ Op. Cit. Berer. Health and Human Rights Journal.

³⁸² Op. cit. Agencia IPS. Diario CiberCuba.

³⁸³ *Ibíd.*

³⁸⁴ Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, “*Ley N° 18.987 Interrupción Voluntaria Del Embarazo*”. Accedida 22 de mayo de 2019, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3741753.htm>

³⁸⁵ Ana Labandera, Monica Gorgoroso, Leonel Briozzo. “*Implementation of the risk and harm reduction strategy against unsafe abortion in Uruguay: From a university hospital to the entire country*” International Journal of Gynaecology and Obstetrics. Edición de Agosto, 2016; 134: S7-S11. Accedido 20 de Mayo de 2019, <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1016/j.ijgo.2016.06.007>

angular en materia de atención y cuidado de la salud sexual y reproductiva de la población uruguaya con perspectiva de derechos y género.³⁸⁶

Previo a la reforma, el aborto se encontraba penalizado por la Ley N° 9.763 de enero de 1938, que sostenía que “la mujer que causare su aborto o lo consintiera” sería “castigada con prisión de tres a nueve meses”.³⁸⁷ La ley IVE N° 18.987 del año 2012 reguló la práctica del aborto despenalizando los casos en que se cumpla con determinados requisitos establecidos en la misma, sea que la interrupción voluntaria del embarazo se realice en las primeras doce semanas de embarazo, que se cumpla con un procedimiento que implica: consulta con un equipo interdisciplinario integrado por profesionales de ginecología, psicología y asistencia social; periodo de reflexión de cinco días; y ratificación de la voluntad de interrumpir el embarazo mediante consentimiento informado³⁸⁸; estos requisitos no son exigibles sin embargo cuando el embarazo es resultado de una violación (el plazo para interrumpirlo se extiende a catorce semanas, requiere presentar denuncia); cuando hay malformaciones en el feto incompatibles con la vida extrauterina, cuando se identifica la anomalía y cuando existe riesgo grave para la salud de la mujer no se requiere plazo.³⁸⁹

Desde el ámbito jurídico y la protección de derechos de las mujeres gestantes cabe destacar el **alcance nacional y la gratuidad del procedimiento** para las usuarias como lo establecen respectivamente el Artículo 20 y 25 del Decreto Reglamentario N.º 375/0122:

“Artículo 20. Todas las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud tendrán la obligación de cumplir con lo preceptuado en la presente ley. Las instituciones comprendidas en esta reglamentación deberán disponer las condiciones técnico-profesionales y administrativas necesarias para posibilitar a

³⁸⁶ Ver en el mismo sentido a Sergio, Maglio Dubois. “Aborto despenalizado en Uruguay: la nueva ley y los desafíos para el trabajo social” Revista Trabajo Social Hoy. No. 69 (31-38) Mayo, 2013. Accedido 24 de Mayo de 2019, <http://dx.doi.org/10.12960/TSH.2013.0009>

³⁸⁷ Alberto Armendáriz, Silvia Pisani, Nelson Fernández, Daniel Lozano, Rafael Mathus Ruiz, Federico Grunewald y Ricard González. “Aborto: cómo es la situación en España, EE.UU., Cuba, Venezuela, Brasil, Chile y Uruguay”, Diario LA NACION, Argentina. 23 de febrero de 2018, Accedido 24 de mayo de 2019, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/aborto-como-es-la-situacion-en-chile-y-uruguay-nid2111611>

³⁸⁸ Mujer y Salud en Uruguay. “Leyes, Decretos Y Ordenanzas. Ley N° 18.987 De Interrupción Voluntaria Del Embarazo (22/10/2012)” Accedido 24 de Mayo de 2019, <http://www.mysu.org.uy/que-hacemos/observatorio/normativas/ley-decreto-y-ordenanza/normativa-sanitaria-14/>

³⁸⁹ Op. cit. Mujer y Salud en Uruguay.

sus usuarias el acceso a dichos procedimientos dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las guías y normativa que dicte el Ministerio de Salud Pública. Las prestaciones previstas en la Ley 18.987 formarán parte de los Programas Integrales de Salud.

Artículo 25 Las instituciones autorizadas de acuerdo a este capítulo deberán celebrar convenios y contratos para que las usuarias que soliciten la interrupción voluntaria del embarazo amparadas por la ley que se reglamenta tengan garantizados sus derechos, debiendo la Institución Médica hacerse cargo de todos los gastos.-”³⁹⁰

Desde la vigencia de la ley, Uruguay se convirtió en el segundo país, detrás de Canadá, con menor mortalidad materna en América, según la Revista Internacional de Ginecología y Obstetricia: “Uruguay ha presentado una drástica disminución de su mortalidad materna en los últimos 25 años, y se encuentra según los datos de Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) en el segundo lugar con la menor mortalidad materna en la región de las Américas”.³⁹¹ Los cinco países con menor mortalidad materna de la región son Canadá (11 por 100 000 nacidos vivos), Uruguay (14 por 100 000), Puerto Rico (20 por 100 000), Chile (22 por 100 000) y Estados Unidos (28 por 100 000), todos con legislaciones que encuentran el aborto despenalizado.³⁹²

C2) Aborto despenalizado causalmente

Conscientes de la realidad costarricense en relación con las “actitudes hacia el aborto”³⁹³, proponer una despenalización "total" del aborto (tal cual se expuso en los Casos de México DF,

³⁹⁰ Presidente de la República del Uruguay, actuando en Consejo de Ministros. “Decreto N.º 375/012 del 22/11/2012: Reglamentación de la Ley 18.987. de 22 de octubre de 2012” Accedido 22 de Mayo de 2019, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/375-2012>

³⁹¹ Organización Panamericana de la Salud. “La Mortalidad Materna en el contexto de una nueva Agenda de salud de la Mujer en la Región”. Accedido 22 de Mayo de 2019, https://www.paho.org/clap/index.php?option=com_content&view=article&id=313:la-mortalidad-materna-en-el-contexto-de-una-nueva-agenda-de-salud-de-la-mujer-en-la-region&Itemid=215&showall=1&lang=es

³⁹² Ver en el mismo sentido Portal Montevideo, “Uruguay es el segundo país con menor mortalidad materna de las Américas, detrás de Canadá”. 03 de enero de 2017. Accedido 24 de mayo de 2019, <https://www.montevideo.com.uy/Mujer/Uruguay-es-el-segundo-pais-con-menor-mortalidad-materna-de-las-Américas-detrás-de-Canadá-uc330914>

³⁹³ Universidad de Costa Rica, Escuela de Estadística, Curso Diseño de Encuestas por Muestreo, “Encuesta actualidades 2018”. Accedido 27 de Mayo de 2019, <https://www.ucr.ac.cr/medios/documentos/2018/estadistica-ucr-encuesta-actualidades-2018.pdf>

Cuba y Uruguay) que sea factible en la sociedad actual presentaría un desafío casi imposible, sin embargo según estadísticas de la Universidad de Costa Rica realizadas en el 2018, al consultar por el apoyo o rechazo hacia el aborto en distintas circunstancias, 57,2% respondió que está de acuerdo en que se realice si está en peligro la vida de la madre, 49,6% también lo está si está en peligro la salud de la madre (casos teóricamente ya permitidos en Costa Rica); 45,5% respondió igual si el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida (una de las propuestas de esta tesis); y la respuesta si el embarazo es producto de una violación fue de un 28,3%. Por el contrario, si la mujer lo decide por cualquier motivo (11,9%) y si la familia no tiene recursos para mantener más hijos (9,8%) recibieron un apoyo mucho menor³⁹⁴, en razón de lo anterior, en la presente sección se pretende identificar los argumentos planteados en legislaciones hermanas frente al cambio legislativo que dio paso a una despenalización parcial del aborto, con el objetivo de replantear dichos argumentos en el contexto costarricense.

C.2.1. Colombia

En el Título I de esta tesis se expuso parte de los argumentos de la sentencia C-355-06 de la Corte Constitucional Colombiana, en la que mediante una acción de inexecutable en el 2006 (equivalente a una acción de inconstitucionalidad en Costa Rica) se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición total del aborto, despenalizándolo en 3 supuestos claves; *cuando existe peligro para la salud física o mental de la mujer, cuando hay una grave malformación del feto que haga inviable su vida extrauterina y en caso de violación, transferencia de óvulo fecundado o inseminación artificial no consentida*.³⁹⁵ Sin embargo, en la el Título I solo se desarrollaron los razonamientos de la Corte relativos a la cuestión del derecho a la vida, el deber de protección del Estado al derecho a la vida y las limitaciones al poder legislativo. En resumidas cuentas (puesto que en el Título I se desarrolló in extenso), la Corte Constitucional Colombiana arribó a la decisión de que el no nacido no puede ser considerado como persona, por lo tanto, no es titular del derecho constitucional a la vida, aunque su vida si goza de protección, por lo que aun cuando no existe jurídicamente un derecho a la vida en el que el feto pueda ser depositario, éste si tiene relevancia jurídica y existen bienes jurídicos

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Op. Cit. C-355-06.

colisionantes que se hacen necesario ponderar. Y, una vez realizada la ponderación de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada no resulta constitucional ni democrático mantener la penalización del aborto en los supuestos expuestos³⁹⁶.

Así, en Colombia, la evaluación de la constitucionalidad o no de la penalización de aborto en los casos que se examinaron en la Sentencia C-355-06, giró principalmente en la relación que existe entre el principio de dignidad humana y el cumplimiento del fin preventivo del poder de sanción del Estado. La Corte Constitucional Colombiana, proyectó el asunto en estudio en una doble perspectiva: es decir, no se enfocó unilateralmente en si hay o no derecho a la vida al no nacido (aunque como ya se dijo, al resolver sobre su falta de personalidad jurídica [ed. ist, el feto no es persona] determinó que éste no es depositario de dicho derecho) sino, abordó el asunto de la constitucionalidad de la penalización del aborto tanto desde el punto de vista de la vida futura del no nacido como el de la vida de la mujer que lo ha concebido como resultado de un hecho criminal o que debe elegir entre seguir con su embarazo a riesgo de su vida o su salud o en circunstancias que no garantizan la vida extrauterina del feto.³⁹⁷ De esta manera, la Corte afirmó categóricamente que:

(...) la protección de unos determinados bienes jurídicos con fundamento en nociones ajenas a ese ordenamiento, no puede realizarse por parte de la ley penal en detrimento de otros que constituyen la razón misma de ser de la Constitución Política, entendida como un ordenamiento cuyo fin es hacer que la vida de los asociados sea una práctica de la dignidad humana.

Así, la Corte deja muy claro que la penalización del aborto, per sé no constituye una violación del Estado a la autonomía privada de la mujer embarazada, ni es en sí inconstitucional,

³⁹⁶ "(...)Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente. Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública. (...)" Op. Cit. C-355-06.

³⁹⁷ Op. Cit. C-355-06.

puesto que “(...) la vida del nasciturus es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de la autonomía privada e interesan al Estado y al legislador”³⁹⁸. En este sentido, el legislador tiene la potestad de penalizar el aborto sin que se pueda entender este hecho como una “(...) medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales”³⁹⁹. El problema está en la penalización del aborto en todas las circunstancias, pues con ello se está violando la autonomía privada de la mujer embarazada⁴⁰⁰. En palabras de la Corte:

“(...) la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional [...] una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección(...)”

En el mismo sentido, las aclaraciones de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa señalan que no es constitucionalmente válido sancionar penalmente la interrupción voluntaria del embarazo en todos los casos, por cuanto con ello se violan los derechos subjetivos de las mujeres embarazadas y finalmente su autonomía privada.⁴⁰¹ El magistrado Jaime Araújo Rentería, hace énfasis en el supuesto de que el feto no puede ser considerado persona y, por lo tanto, no es titular de derechos⁴⁰², por lo que la ponderación de los

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Aguirre Román, Javier; Silva Rojas, Alonso y Pabón Mantilla Ana Patricia. “Análisis de la sentencia c-355 del 2006 de la corte constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública en Diálogo con Ronald Dworkin”. Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 17, núm. 2, julio-diciembre, 2015”. Universidad del Rosario Bogotá, Colombia. 2015. p. 181-182.

⁴⁰¹ Ver en este sentido a Op. Cit. Aguirre Román, et al.

⁴⁰² “El derecho solamente reconoce personalidad jurídica a aquel ser que ha nacido, y por tanto posee derechos ciertos. En otras palabras, **mientras el ser no nazca lo que existen son intereses susceptibles de protegerse, o más exactamente prestaciones en favor de este, sin que ello traiga consigo que se le esté reconociendo personalidad jurídica.** Los seres humanos con personalidad jurídica tienen la posibilidad de obligarse, y por ende pueden adquirir bienes y servicios, contratar, fungir en calidad de acreedores o deudores, tienen una serie de deberes con

bienes en choque se debe hacer entre la madre que tiene personalidad jurídica y derechos ciertos y actuales, frente a un ser que carece de personalidad jurídica, que no tiene derechos subjetivos y que solo es objeto de prestaciones (y que por lo tanto solamente posee potencialidades)⁴⁰³.

Sobre el **supuesto en específico del aborto en el caso de violación**, se resuelve que la penalización del aborto en este caso viola gravemente la dignidad de las mujeres, su autonomía y penalizarlo supone una carga desproporcionada que desconoce totalmente a la mujer como sujeto de derechos, así:

*“a juicio de esta Corporación, ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la **prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos** y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal.*

*(...)Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero **no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación.***

*el Estado como pagar impuestos o prestar el servicio militar. Situación jurídica no presente en aquellos intereses sin personalidad jurídica, que si bien pueden ser protegidos por el derecho no implica ello de suyo el reconocimiento de la personalidad jurídica. Por consiguiente, el nasciturus es ser protegido por el derecho, pero claramente no tiene personalidad jurídica; y no la tiene por cuanto no puede adquirir bienes o servicios, contratar, pagar impuestos, etc. (...)En este orden de ideas, **la confrontación existente debe plantearse entre la madre que tiene personalidad jurídica y derechos ciertos y actuales, frente a un ser que carece de personalidad jurídica, que no tiene derechos subjetivos y que solo es objeto de prestaciones (y que por lo tanto solamente posee potencialidades).**” - Aclaración de Voto a la Sentencia C – 355 De 2006 Del Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.*

⁴⁰³ Aclaración de Voto Del Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería de la sentencia C-355-06.

*(...)Tratar a las mujeres conforme al derecho fundamental a la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Constitución, es siguiendo a Kant **tratarla como algo más que una máquina reproductora**. Su dignidad es vulnerada cuando es violada; cuando se le insemína artificialmente o se le trasfiere un óvulo fecundado sin su consentimiento. En estos tres casos la mujer es cosificada. Se le convierte en un instrumento, ya sea para satisfacer los deseos del violador o los planes de quien le trasfiere el óvulo o la insemína. También se le cosifica cuando se le obliga a procrear contra su voluntad, esto es contra su libertad. En todos los casos en que no se le da a la mujer su libertad de no procrear, cuando se le obliga contra su voluntad a tener un hijo se le instrumentaliza y cosifica, se le trata de manera indigna como vientre sin conciencia del cual se sirven o sobre el cual deciden los demás. La penalización del aborto viola el artículo 1 de la constitución que consagra no solo el derecho fundamental sino algo más valioso como es el principio fundamental de la dignidad de las mujeres. (...)*⁴⁰⁴

A criterio de la Corte Constitucional Colombiana, obligar a una mujer violada a mantener su embarazo hasta dar a luz supone una intromisión estatal de tal magnitud en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad humana de la mujer que privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida **resulta la penalización del aborto una medida manifiestamente desproporcionada e irrazonable**⁴⁰⁵. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.⁴⁰⁶

Sobre el supuesto de la existencia de malformaciones del feto que tornan la vida extrauterina inviable, la Corte Constitucional Colombiana abordó el tema desde la hipótesis límite del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, según el razonamiento de la Corte, el deber estatal de proteger la vida del feto carece de sentido, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable.⁴⁰⁷ De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a

⁴⁰⁴ Op. Cit. C-355-06.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid.

la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones. Adicionalmente, sancionar penalmente a la mujer gestante en este supuesto con el fin de proteger la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre,⁴⁰⁸ puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable; obligar a la mujer gestante, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significaría según el razonamiento de la Corte someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana⁴⁰⁹. Así, concluye la Corte Constitucional Colombiana que:

(...)Del anterior análisis resulta, que si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito-, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. (...) no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (...) ”

Finalmente, la Corte, en general refiriéndose a la totalidad de la sentencia aclara que la decisión adoptada en la sentencia de despenalizar el aborto en los 3 supuestos abordados no

⁴⁰⁸ *Ibíd.*

⁴⁰⁹ Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada. Ver en este sentido Op. Cit. C-355-06.

implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar:

“(…) Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.”

En conclusión, la decisión mayoritaria de la Corte Constitucional Colombiana y de los magistrados que aclaran el voto rechazan las opciones perfeccionistas y paternalistas que intentan promover una concepción de la vida basada en principios religiosos o morales que, en últimas, violan los derechos que se desprenden de los principios de igualdad y libertad que fundamentan un orden constitucional democrático⁴¹⁰, basándose en la ponderación de bienes jurídicos en juego, tanto en cabeza de la madre gestante como del no nacido, determinando la prevalencia del derecho a la dignidad, autodeterminación de la mujer y la prohibición de reducir a la mujer a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

C.2.2. Chile

Por 60 años, el aborto terapéutico fue legal en Chile, desde el 31 de mayo de 1931 hasta el 24 de agosto de 1989 cuando, a 7 meses de abandonar el poder después de 17 años de dictadura, en las postrimerías de la dictadura militar, se eliminó la excepción del aborto terapéutico, penalizando esta práctica y poniendo en riesgo a las mujeres.⁴¹¹⁴¹² La despenalización parcial del aborto se volvió a dar en Chile en el año 2017, en la etapa final de tramitación del Proyecto de

⁴¹⁰ Op. Cit. Aguirre Román, et al. p. 193.

⁴¹¹ Carolina Herrera Corthorn y Daniela Ruiz Barbaste. “*El Aborto Terapéutico en Chile. Estado Actual de la Discusión.*” Taller de Memoria: Género, Biopoder y Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2011. Accedido 30 de mayo de 2019, http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110914/de-Herrera_c.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁴¹² Jaime Vieyra-Poseck. “*El futuro del aborto terapéutico en Chile: volver al pasado.*” Diario digital El Mostrador. 11 de agosto de 2017. Accedido 30 de mayo de 2019, <https://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/08/11/el-futuro-del-aborto-terapeutico-en-chile-volver-al-pasado/>

Ley “Sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” -hoy Ley N° 21.030 con la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol 3729 del 28 de agosto de 2017⁴¹³ que declaró dicho proyecto de ley conforme con la constitución y la aprobación final del congreso el 23 de septiembre de 2017.⁴¹⁴

Es importante destacar que la despenalización en Chile suscitó, como en casi todo el mundo, una serie de debates que salían de la esfera de lo jurídico, sin embargo, muy atinadamente el Tribunal Constitucional, como consideración previa dejó muy claro que el asunto se debía abordar jurídicamente:

*“(…) no se nos escapa lo complejo del tema que estamos resolviendo. No hay país en el mundo, donde este tema no haya generado profundas diferencias [sic]. El presente requerimiento afecta profundas convicciones, porque se trata de decidir sobre la manera en que se protege la vida del que está por nacer y la manera en que se amparan los derechos de la mujer. La sociedad espera que nuestra decisión sea una interpretación fiel del texto constitucional. Pero no podemos evadir la decisión. Sabemos que hay posiciones religiosas, valóricas y morales involucradas. **Sin embargo, no vamos a decidir desde la óptica de la religión, de la moral, de la política, sino que desde la perspectiva de la Constitución. Somos un Tribunal de Derecho y conforme a ello decidiremos.** Nosotros tenemos nuestras convicciones personales, pero no podemos decidir conforme a ellas. Se nos exige actuar como Órgano del Estado, en una decisión que afectará más allá de las creencias y reglas morales que cada uno tenga. Comprendemos la posición legítima que tienen ciertas personas contrarias al aborto, para quienes este no puede ser aceptado nunca por el Estado. Algunos, incluso han hecho de esto, una causa justa en su vida. Pero este no es un debate entre buenos y malos, entre pecadores y justos, entre personas con y sin escrúpulos. Entre personas religiosas y otras que no lo son. No podemos interpretar la Constitución conforme a esos parámetros (…)* el resaltado no es del original.

⁴¹³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley No. 21.030, Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”. Accedido 30 de mayo de 2019, <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6701/>

⁴¹⁴ Adriano Van De Ven Leal. "Análisis crítico de la regulación legal del aborto en Chile" Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2018. p. 23.

Así, el Tribunal Constitucional de Chile abordó primeramente el tema de la protección de la vida del que está por nacer, puesto que la constitución chilena, en su artículo 19.1 establece que “la ley protege la vida del que está por nacer.” De esta manera, el Tribunal Constitucional dejó claro que la palabra “proteger” no implica automáticamente un derecho a la vida, no habla de proteger el derecho a la vida⁴¹⁵; sin embargo, si implica un deber al Estado, deber de protección que no puede significar ni desprotección, ni sobreprotección irrazonable:

“(…) la Constitución manda a la ley proteger. Lo primero que cabe señalar es que la Constitución marca una diferencia en su regulación con lo establecido en el inciso primero. Mientras ahí establece “el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona”, utilizó aquí un lenguaje distinto. Desde luego, porque no habló de derechos; encarga a la ley proteger. No es que la Constitución no establezca la protección; es que le encarga al legislador hacerlo. Introduce, por tanto, una mediación. Entregó a la ley un rol, sin asumirlo directamente. También porque habló “del que está por nacer”, en circunstancias que en el inciso primero habla de “la persona” (...)

*CUADRAGESIMOSÉPTIMO. Que proteger es, sin duda, un deber activo, pues implica cuidar, favorecer, defender. Implica una interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento. **Esta protección no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros. Por eso, no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella. El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, porque la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso***

⁴¹⁵ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de Requerimiento de Inconstitucionalidad, rol N° 3729-2007 del 28 de agosto, 2017. Considerando cuadragesimoctavo y cuadragesimonoveno.

*vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. **Ella no es un medio.** Además, cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente. Así sucede con la función social de la propiedad (...)*⁴¹⁶ el resaltado no es del original.

De seguido, el Tribunal Constitucional se refirió al **derecho a la vida**, y la protección que este derecho conlleva; haciendo sendas de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sentido que declara que **no es un derecho de carácter absoluto** –pues ningún derecho fundamental lo es-, y que el mismo acepta limitaciones en tanto exige su compatibilidad con la protección al ser humano y su dignidad, como son casos de legítima defensa, pena de muerte, y precisamente, la interrupción del embarazo.⁴¹⁷

En tercer lugar y **respecto del concepto de persona**, manifiesta que uno de los efectos más importantes de atribuirle a alguien la condición de persona para efectos constitucionales, es que sólo éstas tienen derechos⁴¹⁸: “*al nacido, la constitución le denomina persona*”⁴¹⁹; el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para ella. Por eso se refiere al que está por nacer y le encarga al legislador su resguardo, y **no necesita del estatuto de persona** y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal para recibir tal protección⁴²⁰. Es decir, el mandato de protección al que está por nacer no prohíbe la despenalización de ciertas conductas.⁴²¹ Y **la protección del que está por nacer se debe hacer, por medio de la madre, lo que reconduce la discusión al constatar que dicha protección no puede hacerse sin debida consideración a los derechos que tiene la mujer**⁴²², pues la Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación.^{423 424}Y

⁴¹⁶ Op. Cit. Tribunal Constitucional de Chile. Considerandos cuarenta y seis y cuarenta y siete.

⁴¹⁷ Javiera Cabello Robertson & Constanza Witker Jiménez. “*Análisis del aborto terapéutico tras la Ley n°21.030*” Memoria para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2018. p.18.

⁴¹⁸ Op. Cit. Cabello Robertson. p. 18.

⁴¹⁹ Op. Cit. Tribunal Constitucional Chileno. Considerando Quincuagésimo.

⁴²⁰ Op. Cit. Cabello Robertson. P. 18.

⁴²¹ Op. Cit. Tribunal Constitucional Chileno. Considerandos quincuagésimocuarto a sexagesimoprimeros.

⁴²² Op. Cit. Tribunal Constitucional Chileno. Considerando septuagesimonoveno.

⁴²³ Op. Cit. Cabello Robertson. P. 18.

⁴²⁴ “(...) *La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está*

como corolario de lo anterior, la protección del que está por nacer no puede ni tiene que reducirse al ámbito penal: *"toda vez que hay una serie de normativas, que no tiene este carácter y que se enmarcan dentro del mismo propósito."*⁴²⁵

Sobre del test de proporcionalidad y la penalización, el Tribunal Constitucional respecto del elemento de idoneidad de las medidas para la protección del que está por nacer, reconoció una serie de cifras estadísticas que demuestran, a su juicio, que la protección penal no es en efecto la más idónea⁴²⁶. De ello deriva que, bajo esta indicación, **no concurren los elementos de necesidad ni de balance del mismo test, rechazando por ende la proporcionalidad entre la penalización absoluta del aborto y la protección de la vida del que está por nacer.**⁴²⁷ Señala también que:

*"el embarazo provoca un compromiso vital de la mujer, que afecta toda su vida. La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto, se establece un vínculo único, diferente a lo que se conoce. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obligan a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación."*⁴²⁸ El resaltado no es del original.

por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar(...)" Op. Cit. Tribunal Constitucional Chileno. Considerando septuagesimonoveno.

⁴²⁵ Op. Cit. Tribunal Constitucional Chileno. Considerando Sexagesimoprimer.

⁴²⁶ Op. Cit. Cabello Robertson. P. 19.

⁴²⁷ "CENTESIMODECIMOTERCERO. *Que, por otra parte, es necesario someter el alegato de los requirentes al test de proporcionalidad. Ellos sostienen que la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales; CENTESIMODÉCIMO CUARTO. Que en cuanto a la idoneidad, la pregunta central es si la medida penal es la más eficaz para proteger al no nacido. En los anexos acompañados por el Ejecutivo en su contestación, viene una serie de estadísticas no controvertidas por los requirentes. En ellas se señala que durante el año 2014 hubo 30.799 egresos hospitalarios por aborto. No obstante, entre el año 2005 y 2016, el número de mujeres formalizadas por delito de aborto y por aborto sin consentimiento, corresponden a 378 mujeres. Las mujeres condenadas sólo ascienden a 148. Ello demuestra inmediatamente que la persecución y sanción penal no ha sido el mecanismo idóneo para proteger al no nacido. Hay que señalar, además, que en esa cifra de 30.000 no se incluyen los abortos clandestinos. De la sola lectura de estas cifras, se demuestra que la protección penal no es la más idónea; CENTESIMODECIMOQUINTO. Que en cuanto al test de necesidad, ya anotamos en otra parte de esta sentencia que el derecho penal es siempre última ratio. Por lo mismo, por definición, hay otras medidas menos lesivas. (...)"* Op. Cit. Tribunal Constitucional Chileno.

⁴²⁸ Op. Cit. Tribunal Constitucional Chileno. Centesimodecimosexto.

Finalmente, sobre la objeción de conciencia, realiza un extenso análisis entre sus considerandos 122 (“centesimovigesimosegundo”) a 138 (“centesimotrigesimooctavo”), arguyendo a grandes rasgos que no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Con ello admite parcialmente los requerimientos, declarando inconstitucional el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario que regula la objeción de conciencia, removiendo en la frase que prohíbe la objeción institucional “en ningún caso”, admitiendo con ello su práctica institucional⁴²⁹.

Así, Chile incorpora a su legislación la despenalización del aborto en los 3 supuestos discutidos (mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso, de carácter letal y embarazo producto de violación) declarando la existencia de intereses jurídicos dignos de protección como son los intereses de la mujer, y más aún establece claramente (tal y como lo hizo la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia) que la maternidad debe ser un acto voluntario, que la mujer no puede ser considerada como un mero instrumento, y garantiza la autonomía reproductiva de las mujeres, y el implícito reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos en juego.

C.2.3. Argentina

Actualmente existe en Argentina el aborto despenalizado causalmente⁴³⁰, empero en los últimos años el debate en este país se ha centrado en la legalización del aborto. El 14 de junio del 2018 la Cámara de Diputados de Argentina aprobó con 131 votos positivos y 123 votos negativos un proyecto que autoriza la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 14 de gestación⁴³¹ dentro del sistema público de salud de manera gratuita, algo que actualmente está

⁴²⁹ Op. Cit. Cabello Robertson. pp. 19-20.

⁴³⁰ Mar Centenera. *"El aborto se abre paso en la campaña electoral argentina"*. Diario El País. 29 de mayo de 2019. Buenos Aires, Argentina. Accedido 30 de mayo de 2019, https://elpais.com/sociedad/2019/05/28/actualidad/1559062371_230742.html

⁴³¹ Agencia DPA y Redacción ElComercio.com *"Las posturas de los países de América sobre el aborto"*. Diario Digital El Comercio. 14 de junio de 2018. Accedido 30 de mayo de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/posturas-aborto-legalizacion-america-mujeres.html>

permitido solo en casos de violación y de riesgo para la salud o vida de la mujer embarazada⁴³²; sin embargo la siguiente instancia, la Cámara de Senadores de Argentina, rechazó dicho proyecto de ley con 38 votos en contra y 31 votos a favor, poco menos de dos meses después.⁴³³

No obstante lo anterior, el debate sigue vivo en Argentina, siendo que el pasado martes 28 de mayo de 2019 se presentó por octava vez en el Congreso Nacional de Argentina el proyecto de interrupción voluntaria del embarazo o *aborto legal, libre, seguro y gratuito*⁴³⁴, el cual promueve que "toda mujer mayor de 13 años de edad tiene derecho a interrumpir su embarazo voluntariamente"⁴³⁵. La iniciativa legislativa legaliza el aborto en las primeras 14 semanas de gestación y extiende el plazo en casos de violación y de riesgo para la vida y/o salud de la madre⁴³⁶, se espera que la votación del proyecto se de en los próximos meses.

Sobre el estado actual de la despenalización del aborto en Argentina, como se indicó, éste no es punible cuando es practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer si: *se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios* (artículo 86, segundo párrafo, inciso 1º, Código Penal de la Nación de Argentina); *si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios* (artículo 86, segundo párrafo, inciso 1º, Código Penal de la Nación de Argentina); *si el embarazo proviene de una violación* (artículo 86, segundo párrafo, inciso 2º, Código Penal de la Nación de Argentina), o *si el embarazo proviene de un atentado al pudor sobre mujer idiota o demente* (artículo 86, segundo párrafo, inciso 2º, Código Penal de la Nación). Las mujeres que se encuentren en cualquiera de los supuestos

⁴³² Noticieros Televisa. "*Senado de Argentina rechaza despenalizar el aborto*" 9 de agosto de 2018. Diario Digital, Televisa News. Buenos Aires, Argentina. Accedido 30 de mayo de 2019, <https://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/aborto-argentina-despenalizar-senado/>

⁴³³ Mar Centenera y Federico Rivas Molina. "*El Senado de Argentina dice 'no' al aborto y deja al país con una ley de 1921*". 9 de agosto de 2018. Diario El País. Buenos Aires, Argentina. Accedido 30 de mayo de 2019, https://elpais.com/internacional/2018/08/08/argentina/1533714679_728325.html

⁴³⁴ CNN en Español. "*Se presentó por octava vez en el Congreso de Argentina el proyecto de interrupción voluntaria del embarazo o aborto legal, libre, seguro y gratuito*". 28 de mayo de 2019. CNN en Español. Accedido 30 de mayo de 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/video/argentina-proyecto-aborto-congreso-interrupcion-embarazo-perspectivas-buenos-aires/>

⁴³⁵ Ignacio Grimaldi. "*¿Cómo repercute el debate sobre la legalización del aborto en un año electoral en Argentina?*" 29 de mayo de 2019. CNN en Español. Accedido 30 de Mayo de 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/video/argentina-debate-aborto-congreso-elex-grimaldi/>

⁴³⁶ Op. Cit. Centenera. "*El aborto se abre paso en la campaña electoral argentina*".

enunciados anteriormente, *gozan del derecho de acceder a un aborto*.⁴³⁷ El Hospital y la/el médica/o tratante tienen la obligación legal de practicar la intervención, siempre que exista consentimiento informado de la mujer; **no deben ni están obligados a requerir la intervención y/o la autorización judicial**, y la práctica del aborto no punible se realizará previa constatación por parte de una/un sola/o médica/o de la existencia de alguna de las causales.⁴³⁸

Este artículo mantiene hoy su redacción original, que data de 1921.⁴³⁹ Sin embargo, en 1968, como consecuencia de los desacuerdos sobre el alcance de los supuestos de despenalización, el decreto-ley 17.567 incorporó la demanda de gravedad en el peligro mencionado en el inciso 1, y reformó el inciso 2, eliminando la frase “o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”, y requiriendo que se hubiera iniciado la acción judicial por la violación y el requisito de que si “la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente” sería necesario “el consentimiento de su representante legal”.⁴⁴⁰

En relación con los supuestos de violación y peligro a la vida o salud, que cobran especial interés para esta tesis, cabe resaltar que sobre este último supuesto (peligro a la salud), en octubre de 2007 el Ministerio de Salud aclaró que el concepto de "salud" de la ley comprende tanto de la salud física como de la salud psíquica. Por lo tanto, también está despenalizado el aborto en los casos en que el embarazo implica un grave daño psicológico o emocional a la mujer⁴⁴¹.

Sobre el tema de la despenalización del aborto en casos de violación, se necesitó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina delimitara el alcance del aborto no punible⁴⁴²; así

⁴³⁷ Ministerio de Salud de la Nación de Argentina y Presidenta de la Nación. "*Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles*." Buenos Aires, junio 2010. Accedido 31 de Mayo de 2019, www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000667cnt-Guia-tecnica-web.pdf

⁴³⁸ Op. Cit. Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles.

⁴³⁹ Silvina Ramos, Paola Bergallo, Mariana Romero y Jimena Arias Feijoó. "*El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina*" Centro de Estudios Legales y Sociales. 2009. p. 452.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*

⁴⁴¹ Op. cit. *Guía Técnica para la atención integral de los abortos no punibles*.

⁴⁴² ” (...) *este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional.*” Op. cit. Corte Suprema de la Nación de Argentina. Fallo F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”.

en el fallo F. A. L. s/ (Medida autosatisfactiva) bajo SENTENCIA del 13 de Marzo de 2012⁴⁴³, sobre una niña de 15 años embarazada producto de la violación de su padrastro se establecieron 3 reglas claras:

*“(...) La primera: que la Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo **no prohíben** la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad. De este modo, se puso fin a la incertidumbre relacionada con el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en tanto algunas instancias judiciales han entendido que éste sólo se aplica respecto de la víctima de una violación que poseyera alguna discapacidad mental, criterio que llevaba a que la cuestión se judicializara a lo largo del país con resultados adversos y, en algunos casos, con riesgo a la realización del aborto o a la salud de la madre.*

La segunda: que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación.

*La tercera: que los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico. (...)”*⁴⁴⁴ El resaltado no es del original.

De esta manera vemos como la tendencia en el sistema interamericano es la despenalización parcial del aborto en los casos que justamente esta tesis defiende, sean cuando existe alguna malformación congénita o genética en el feto que tornan la vida extrauterina incompatible o cuando el embarazo es producto de violación. El caso de Argentina nos demuestra que el Sistema Interamericano está apostando por una propuesta cada vez más progresista en defensa de los derechos humanos, buscando no solo la despenalización, sino también la legalización. En la

⁴⁴³ Op. cit. Corte Suprema de Justicia de Argentina, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”.

⁴⁴⁴ Centro de Información Judicial Gobierno de Argentina. “La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados”. 13 de marzo de 2012. Accedido 31 de mayo de 2019, <https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>

siguiente sección se pretenden tomar los argumentos que sirvieron de base a la despenalización en los países supra expuestos e incorporarlos a la realidad costarricense, justificando así la necesidad de la reforma jurídica.

SEGUNDA PARTE: INDICADORES PARA LA DESPENALIZACIÓN Y NECESIDAD DE LA REFORMA

"Si no hubiera abortos clandestinos, no estaríamos discutiendo esto. No hay abortos clandestinos porque hay ley que penaliza; estamos buscando una ley que legaliza porque hay abortos clandestinos. El sistema, tal cual está hoy, fracasó". - Pamela Verasay, Diputada de Argentina.

Habiendo dejado claro el panorama del aborto en Costa Rica y Latinoamérica, esta segunda parte tratará la necesidad de la reforma al ordenamiento costarricense en razón de considerarse que la legislación actual en temas de aborto contraviene el bloque de constitucionalidad, el bloque (control) de convencionalidad y la obligatoriedad de los tratados internacionales con relación a los derechos humanos respecto a la penalización del aborto. Así, primeramente, se abordará cada indicador propuesto en esta tesis, sus posibles límites y sus implicaciones (especialmente en cuanto a las consecuencias físicas, emocionales, sexuales y sociales que circundan al aborto en un embarazo producto de violación), para finalizar con un análisis de nuestra normativa frente al bloque de constitucionalidad que pretende exaltar cómo la penalización del aborto en los términos actuales de nuestra legislación es violatoria de los derechos humanos de las mujeres, contraria a las visiones de un estado democrático respetuoso de los derechos humanos y así finiquitar con las conclusiones sobre la necesidad de reforma en nuestro ordenamiento jurídico.

TÍTULO I: INDICADORES PARA LA DESPENALIZACIÓN.

I) Aborto en casos de embarazo producto de violación.

I.1) Violación sexual como forma de tortura

El delito de violación sexual es uno de los crímenes que más impacto y secuelas causa en las víctimas.⁴⁴⁵ La dimensión del delito de violación es tal que la violencia sexual ha sido considerada como una **forma de tortura** en el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Op. cit. Gómez Roldan. p. 151.

⁴⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. párr. 312.

debido a las graves consecuencias que esta conducta acarrea para las víctimas⁴⁴⁷; asimismo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha señalado que “*en todo el mundo, hasta una de cada cinco mujeres y uno de cada 10 hombres refieren haber sufrido abusos sexuales en su infancia*”⁴⁴⁸ por lo que también ha señalado que la violencia sexual *se constituye en un problema principal de salud pública y de protección de los derechos humanos*⁴⁴⁹. Diferentes organismos internacionales de derechos humanos han reconocido que la violencia sexual es una grave vulneración a los mismos que afecta no solo el derecho a la integridad física y mental de la víctima, sino que también genera repercusiones en otros derechos reconocidos en diferentes instrumentos internacionales.

La doctrina y la jurisprudencia internacional han considerado que el concepto de tortura se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la integridad personal. El artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus primeros numerales, estipula que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El artículo 7 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos establece específicamente la prohibición de ser sometido a tortura y a tratos crueles, inhumanos y degradantes. La prohibición a esta conducta se convierte en una norma de ius cogens, es decir una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse⁴⁵⁰ y que genera obligaciones erga omnes. El artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura define tortura de la siguiente manera:

“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o

⁴⁴⁷ Raúl Fernando Núñez Marín y Lady Nancy Zuluaga Jaramillo. “*La violencia sexual como una forma de tortura en el derecho internacional de los derechos humanos*” Revista Criterio Jurídico. Volumen 11. No. 1. Departamento de Ciencia Jurídica y Política. Pontificia Universidad Javeriana. 2011. Accedido 9 de septiembre de 2019, core.ac.uk/download/pdf/52201952.pdf

⁴⁴⁸ Organización Mundial de la Salud citada en Op. cit. Núñez Marín. p. 139.

⁴⁴⁹ Op. cit. Núñez Marín. p. 139.

⁴⁵⁰ Medina Quiroga, Cecilia. “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2003. p. 142.

sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.”

La anterior definición ha sido acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de su jurisprudencia, en los casos *Maritza Urrutia vs. Guatemala* del año 2003, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* del año 2006, *Bueno Alves vs. Argentina* del año 2007 y en el caso *Fernández Ortega vs. México* del año 2010. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales.⁴⁵¹

El Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, conocido como el Protocolo de Estambul, al regular la especialidad de la materia determina que puede considerarse actos de tortura todo aquel que provoque un traumatismo como resultado de una posición forzada⁴⁵². De la misma forma se ha establecido que “la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”.⁴⁵³

1.2) Obligaciones internacionales en materia de violación sexual como una forma de tortura

Como estándar internacional, la protección de las víctimas de violencia sexual implica la imposición de obligaciones especiales para los Estados, con el fin de proteger cabalmente los derechos humanos de las mismas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Op. cit. Núñez Marín. p. 147.

⁴⁵² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Serie de Capacitación Profesional No. 8, Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York y Ginebra, 2001. p. 99-100 citado en Op. cit. Núñez Marín. p. 149.

⁴⁵³ Op. cit. Corte IDH, Penal Miguel Castro Castro. Nota 107, párr. 311.

⁴⁵⁴ Op. cit. Núñez Marín. p. 137.

La mayoría de las obligaciones estatales se enmarca en el ámbito de la atención a la salud de la víctima y en el marco de la investigación judicial. Entre ellas se puede destacar la obligación de confidencialidad e intimidad, la cual implica que

*“si la víctima no desea que la cosa se dé a conocer por razones socioculturales o personales, el médico encargado del examen, los organismos investigadores y los tribunales tienen la obligación de cooperar en el mantenimiento de la intimidad de la víctima”*⁴⁵⁵

En cuanto a las obligaciones dentro del procedimiento (investigación y pruebas), se ha indicado que en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: (a) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; (b) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; (c) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; (d) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; (e) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, etc.⁴⁵⁶

Los estándares internacionales en la materia⁴⁵⁷ incluyen también la prohibición de revictimización, en tanto las investigaciones deben intentar evitar en lo posible la o re experimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido.⁴⁵⁸

Aterrizado al contexto de embarazo producto de violación, la CEDAW en el caso “**L.C. vs. Perú**”⁴⁵⁹ es un ejemplo de los parámetros establecidos por la jurisprudencia internacional que la

⁴⁵⁵ Protocolo de Estambul, párr. 216 citado en Op. cit. Núñez Marín. p. 153.

⁴⁵⁶ Op. cit. Núñez Marín. p. 153 – 154.

⁴⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 215. párr. 196.

⁴⁵⁸ Op. cit. Núñez Marín. p. 156.

⁴⁵⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "L.C. vs. Perú. (CEDAW/C/50/D/22/2009)" Octubre de 2011

legislación costarricense no puede ignorar, especialmente relacionado con la vinculación del aborto en embarazos producto de violación sexual y el aborto terapéutico.

“L.C. vs Perú” trató sobre L.C, una niña que quedó embarazada cuando tenía 13 años como producto de las repetidas violaciones que sufrió por parte de un hombre de 34 años. Aquejada por la depresión, L.C. intentó suicidarse saltando al vacío desde el techo de la casa de un vecino y sufrió una lesión en la médula espinal. Trasladada a un hospital público, los médicos recomendaron una intervención quirúrgica urgente para evitar que se consolidara el daño sufrido por la caída. La cirugía no se realizó cuando se confirmó su embarazo, pese a que se solicitó formalmente el aborto a la dirección del hospital, el cual fue negado.⁴⁶⁰ El Colegio Médico llegó a la conclusión de que existían argumentos suficientes para afirmar que, de continuar el embarazo, la salud física y mental de la niña estaba en grave riesgo, por lo que se justificaba un aborto terapéutico. Sin embargo, la Junta Médica del hospital desestimó la petición por considerar que la vida de la paciente no estaba en peligro, sin considerar el daño para su salud, incluida la salud mental.⁴⁶¹

Al momento de los hechos, en Perú sí se encontraba normado en el artículo 119 del Código Penal el aborto terapéutico, mas no existía protocolo de atención que indicara el procedimiento de solicitud de un aborto legal o que asegurara la disponibilidad de ese servicio médico, y la legislación al momento de los hechos tampoco autorizaba el aborto por causa de violación sexual.⁴⁶²

En la resolución del caso, El Comité consideró que debido a su condición de mujer embarazada, L. C. no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería.⁴⁶³ Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto, fuese

⁴⁶⁰ Centro de Derechos Reproductivos. “L.C. vs. Perú (CEDAW). *Derecho al aborto en casos de violencia sexual*”. Facts Sheet. 05 de Julio de 2015. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://reproductiverights.org/document/lc-vs-per%C3%BA-cedaw-derecho-al-aborto-en-casos-de-violencia-sexual>

⁴⁶¹ Op. cit. L.C. vs. Perú. (CEDAW/C/50/D/22/2009) párr. 2.6. y 8.14.

⁴⁶² Op. cit. L.C. vs. Perú. (CEDAW/C/50/D/22/2009) párr. 2.12. y 8.7.

⁴⁶³ Op. cit. L.C. vs. Perú. (CEDAW/C/50/D/22/2009) párr. 8.15.

bajo la denominación de terapéutico por poner en riesgo su salud mental y física o bajo la denominación de aborto por embarazo producto de violación.

El Comité tuvo por demostrado que el intento de suicidio expuso el grado de sufrimiento mental por el que pasó L.C. como consecuencia de las violaciones sexuales que soportó en su niñez. Por lo tanto, el Comité consideró que los hechos descritos configuraron una violación de los derechos que asisten a L. C. en virtud del artículo 12 de la Convención⁴⁶⁴. Consideró también configuraron **violación del artículo 5 de la Convención⁴⁶⁵, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre.** El Comité observó que el hecho de que el Estado parte no protegiera los derechos reproductivos de la mujer ni promulgara leyes para reconocer el aborto por causa de abuso sexual o violación contribuyó a la situación en que se encontraba L. C.⁴⁶⁶ Por lo que dictaminó que el Estado debía:

“a) Revisar su legislación con miras a establecer un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico, en condiciones que protejan la salud física y mental de las mujeres e impidan que en el futuro se produzcan violaciones similares a las del presente caso.

(...) c) Revisar su legislación para despenalizar el aborto cuando el embarazo tenga como causa una violación o un abuso sexual.”⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Artículo 12 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

⁴⁶⁵ Artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

⁴⁶⁶ Op. cit. L.C. vs. Perú. (CEDAW/C/50/D/22/2009) párr. 8.18.

⁴⁶⁷ Op. cit. L.C. vs. Perú. (CEDAW/C/50/D/22/2009) párr. 9.2.

En el anterior caso, se vislumbra la estrecha relación que existe entre el aborto terapéutico y el aborto en embarazos producto de violación, en aspectos generales y haciendo eco de los argumentos que ya se expusieron en la sección de esta tesis sobre la norma técnica, el aborto en embarazos producto de violación podría verse incluido dentro del aborto terapéutico por la grave afectación a la salud que conlleva el delito de violación sexual; sin embargo, al no existir norma técnica vigente para esclarecer los alcances del aborto terapéutico y ante una situación de inseguridad jurídica, el mecanismo más efectivo para la tutela de derechos de las mujeres sería la impresión taxativa de despenalización del aborto en casos de embarazo producto de violación.

Ahora, al mencionar las graves afectaciones a la salud que produce a la mujer la violación sexual, la Corte IDH ha reconocido que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas⁴⁶⁸. Sobre lo anterior, cabe desarrollar el **impacto y secuelas físicas, mentales, sexuales y sociales que sufren las víctimas de violación sexual.**

1.3) Secuelas de la violación sexual

1.3.1) Consecuencias psicológicas, sobre la salud mental y conductual en la mujer producto de violación sexual.

La OMS y la PAHO han vinculado como consecuencia de la violación sexual un riesgo mayor de resultados de salud mental adversos en las mujeres⁴⁶⁹. Los más frecuentes son la depresión, el trastorno por estrés postraumático, otros trastornos de estrés y ansiedad, trastornos del sueño y de los hábitos alimentarios y trastornos psicossomáticos.⁴⁷⁰

Es importante también tener en cuenta por su gravedad las conductas auto lesivas⁴⁷¹ que pueden acompañar o no a ideas suicidas e intentos de suicidio⁴⁷². Entre las conductas auto lesivas

⁴⁶⁸ Op. cit. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro. párr. 313.

⁴⁶⁹ Op. cit. PAHO. p. 5.

⁴⁷⁰ *Ibíd.*

⁴⁷¹ Hicks KM, Hinck SM. Concept analysis of self-mutilation. *J Adv Nurs.* 2008; p. 408-13. Citado en Op. cit. Pereda Beltran.

⁴⁷² Klonsky E, Moyer A. Childhood sexual abuse and non-suicidal self-injury: Meta-analysis. *Brit J Psychiat.* 2008. p. 166-70 citado en Op. Pereda Beltran.

más frecuentes se observan los cortes y las quemaduras en antebrazos y muñecas. Son diversos los estudios que demuestran la frecuente presencia de trastornos de la conducta alimentaria en víctimas de violación infantil⁴⁷³, como la obesidad⁴⁷⁴, la bulimia⁴⁷⁵ y la anorexia nerviosa.⁴⁷⁶

Respecto a las conductas de riesgo para la salud, la experiencia de abuso sexual se ha relacionado en múltiples y diferentes estudios con una mayor propensión al abuso y la dependencia de sustancias nocivas (alcohol, tabaco, marihuana)⁴⁷⁷.

I.3.2) Consecuencias físicas en la salud de la mujer producto de violación sexual.

Siguiendo el criterio de la Organización Panamericana de la Salud (PAHO por sus siglas en inglés), las consecuencias de la violencia sexual sobre la salud física de la mujer pueden ser inmediatas y agudas, duraderas y crónicas o mortales⁴⁷⁸. Las mujeres víctimas de violencia sexual presentan tasas mayores de problemas ginecológicos que otras mujeres, por ejemplo: infecciones vaginales, dolor durante las relaciones sexuales, dolor pélvico crónico o infecciones de las vías urinarias.⁴⁷⁹ La violación sexual puede producir traumatismos ginecológicos, particularmente en caso de violación con objetos, o cuando una niña se ve obligada a tener relaciones sexuales y producto de éstas da a luz antes de que su pelvis esté plenamente desarrollada. Los traumatismos ginecológicos pueden incluir desgarramiento de la vagina, fistulas (desgarros entre la vagina y la vejiga o el recto, o ambos tipos de desgarro), hemorragias, infecciones o ulceraciones y otras lesiones genitales o complicaciones durante el parto.⁴⁸⁰

⁴⁷³ Owens GP, Chard KM. Comorbidity and psychiatric diagnoses among women reporting child sexual abuse. *Child Abuse Neglect*. 2003; 27:1075-82 citado en Op. cit. Pereda Beltran.

⁴⁷⁴ Rohde P, Ichikawa L, Simon GE, Ludman EJ, Linde JA, Jeffery RW, et al. Associations of child sexual and physical abuse with obesity and depression in middle-aged women. *Child Abuse Neglect*. 2008. p. 878-87. citado en Op. cit. Pereda Beltran.

⁴⁷⁵ Groth-Marnat G, Michel N. Dissociation, comorbidity of dissociative disorders, and childhood abuse in a community sample of women with current and past bulimia. *Soc Behav Pers*. 2000. p. 279-92. citado en Op. cit. Pereda Beltran

⁴⁷⁶ Fairburn CG, Cooper Z, Doll H, Welch SL. Risk factors for anorexia nervosa. *Arch General Psychiat*. 1999. p. 468-76 citado en Op. cit. Pereda Beltran.

⁴⁷⁷ Afifi TO, Enns MW, Cox BJ, de Graaf R, ten Have M, Sareen J. Child abuse and health-related quality of life in adulthood. *J Nerv Ment Dis*. 2007. p. 797-804. citado en Op. cit. Pereda Beltran.

⁴⁷⁸ Organización Panamericana de la Salud (PAHO). “Comprender y abordar la violencia contra las mujeres”. 2014. Accedido 9 de septiembre de 2019, www.paho.org/hq/dmdocuments/2014/20184-Concecuencias.pdf?ua=1 p. 2.

⁴⁷⁹ Op. cit. PAHO. p. 3.

⁴⁸⁰ Op. cit. PAHO. p. 4.

Las relaciones sexuales forzadas pueden desgarrar la vagina, con lo cual aumenta el riesgo de transmisión del VIH; también, según la PAHO la violación sexual en la niñez puede aumentar las tasas de comportamientos sexuales de alto riesgo en etapas posteriores de la vida, por ejemplo un menor uso de condones, y experiencias adicionales de violencia; y el temor a la violencia puede impedir que las mujeres soliciten pruebas de detección del VIH, orientación o servicios, entre ellos los destinados a prevenir la transmisión del VIH a los lactantes.⁴⁸¹ Adicionalmente la PAHO ha determinado que los daños físicos producto de violencia sexual a las mujeres pueden incluir lesiones físicas agudas o inmediatas, por ejemplo hematomas, excoriaciones, laceraciones, heridas punzantes, quemaduras o mordeduras, así como fracturas de huesos o dientes en la aplicación de resistencia. Lesiones más graves que pueden conducir a discapacidad, por ejemplo, lesiones en la cabeza, los ojos, el oído, el tórax o el abdomen; afecciones del aparato digestivo, problemas de salud a largo plazo o mala salud, incluidos síndromes de dolor crónico y muerte, por ejemplo por femicidio o en relación con el sida.⁴⁸²

Los estudios también muestran una relación significativa entre la experiencia de abuso sexual infantil y un peor estado de salud general y menor calidad de vida⁴⁸³, tanto mediante síntomas físicos reales como según la percepción de salud subjetiva de las víctimas⁴⁸⁴, con problemas físicos que se cronifican a lo largo de los años⁴⁸⁵ y que pueden llegar a la vejez de estos individuos, así como un mayor número de consultas médicas que grupos control⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Op. cit. PAHO. p. 5.

⁴⁸² Op. cit. PAHO. p. 2.

⁴⁸³ Chartier MJ, Walker JR, Naimark B. *Childhood abuse, adult health, and health care utilization: results from a representative community sample*. Am J Epidemiol. 2007; 165:1031-8 citados en Pereda Beltran, N. *Actualización de las consecuencias físicas del abuso sexual infantil: an update*. Revista Pediatría de Atención Primaria. Volumen 12, n. 46. Madrid. 2010. Accedido 9 de septiembre de 2019, scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_isoref&pid=S1139-76322010000300010&lng=es&tlng=es

⁴⁸⁴ Springer KW, Sheridan J, Kuo D, Carnes M. Long-term physical and mental health consequences of childhood physical abuse: results from a large population-based sample of men and women. Child Abuse Neglect. 2007;31:517-30 citado en Op. cit. Pereda Beltran.

⁴⁸⁵ Walker EA, Unutzer J, Rutter C, Gelfand A, Saunders K, VonKorff M, et al. Health care use by women hmo members with a history of childhood abuse and neglect. Arch Gen Psychiat. 1999;56:609-13. citado en Op. cit. Pereda Beltran.

⁴⁸⁶ Fiddler M, Jackson J, Kapur N, Wells A, Creed F. Childhood adversity and frequent medical consultations. Gen Hosp Psychiatry. 2004; 26:367-77 citado en Op. cit. Pereda Beltran.

Algunos de los problemas físicos más estudiados, debido a su frecuente aparición en estas víctimas, son los dolores físicos sin razón médica que los justifique⁴⁸⁷, fatiga crónica idiopática⁴⁸⁸ y el trastorno de somatización, definido como la presencia de síntomas somáticos que requieren tratamiento médico y que no pueden explicarse totalmente por la presencia de alguna enfermedad conocida, ni por los efectos directos de una sustancia; el trastorno de conversión que incluye la afectación de alguna de las funciones motoras o sensoriales de la víctima, o las denominadas crisis no epilépticas, que cambian brevemente el comportamiento de una persona y parecen ataques epilépticos, si bien no son causados por cambios eléctricos anormales en el cerebro sino por la vivencia de acontecimientos fuertemente estresantes⁴⁸⁹. Se ha observado, por otro lado, que la experiencia de abuso en la infancia incrementa el riesgo de trastornos cardiovasculares en la mujer, reduciendo la protección biológica vinculada al sexo para este tipo de trastornos.⁴⁹⁰

Destacan, por otro lado, los estudios sobre trastornos ginecológicos, particularmente dolores pélvicos crónicos, con alteraciones del ciclo menstrual, así como también un inicio significativamente temprano de la menopausia.⁴⁹¹

1.4.) El embarazo como consecuencia de la violación sexual.

Desde su creación, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)⁴⁹² ha señalado a los Estados Parte de la Convención la importancia de atender de manera prioritaria el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a vivir libres de violencia y discriminación, señalando su especial preocupación ante las altas cifras de violencia sexual en la

⁴⁸⁷ Linton SJ. A prospective study of the effects of sexual or physical abuse on back pain. *Pain*. 2002;96:347-51. citado en Op. cit. Pereda Beltrán.

⁴⁸⁸ Taylor RR, Jason LA. Chronic fatigue, abuse-related traumatization, and psychiatric disorders in a community-based sample. *Soc Sci Med*. 2002;55:247-56 citado en Op. cit. Pereda Beltrán.

⁴⁸⁹ Op. cit. Pereda Beltrán.

⁴⁹⁰ *Ibíd.*

⁴⁹¹ *Ibíd.*

⁴⁹² El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) es un sistema de evaluación entre pares consensuado e independiente para examinar los avances realizados por los Estados Parte en el cumplimiento de los objetivos de la Convención.

región americana y su incidencia en el embarazo infantil y adolescente, las maternidades forzadas y la ausencia de políticas que aborden de manera efectiva esta grave situación.⁴⁹³

El MESECVI ha clasificado entre las consecuencias más graves de la violación sexual el embarazo infantil, la mortalidad materna y los matrimonios forzados. Destaca en particular la gravedad de la mortalidad materna de niñas de 10 a 14 años, que es la máxima expresión de la gravedad de las violaciones múltiples a los derechos humanos de las niñas - en tanto primero son embarazadas como consecuencia de una violación y luego mueren a consecuencia del embarazo forzado que por acción u omisión del Estado deben mantener.⁴⁹⁴

La violación sexual por sí sola afecta a la mujer en su integridad personal, social, sexual y existencial. Altera su historia y sus proyectos de vida y, cuando la víctima aún se encuentra en una etapa crítica, la confirmación del embarazo resultado de la misma se convierte en otro choque emocional intenso; en una crisis múltiple inevitable de soslayar, una explosión de padecimientos desestabilizadores. Así, el embarazo por violación, cuya incidencia es difícil de cuantificar, constituye una agresión a la esencia misma de cada mujer, un traumatismo y una herida a su existencia⁴⁹⁵, acarreando toda una serie de daños psicológicos y consecuencias adicionales a los que de por sí ya había generado la violación. Entre las múltiples consecuencias que el embarazo producto de violación genera, Gómez Roldan señala:

“(...) El temor a enterarse y cómo proceder en un país que no ofrece la opción de abortar el fruto de ese delito, las paraliza y en consecuencia esperan demasiado para comprobar su estado de gravidez. Si deciden abortar, como es muy usual, deben hacerlo clandestinamente. Cuanto más avanzado sea el embarazo se exponen a mayores peligros físicos y psicológicos. Sucede también que un sinnúmero de mujeres, por temor a haber quedado embarazadas no reportan el delito a las autoridades. Les da miedo que el denunciar el crimen les va a impedir interrumpir el embarazo sin verse ellas mismas envueltas en un proceso judicial, esta vez como acusadas. El embarazo por violación obliga a muchas mujeres a contar lo sucedido aun cuando ellas no estén preparadas para enfrentar a sus familiares y amigos. A pesar de estar sufriendo las consecuencias de haber sido violadas, deben ahora afrontar otra

⁴⁹³ Organización de los Estados Americanos. MESECVI. Nota conceptual: "Violencia sexual y embarazo infantil en América Latina y el Caribe: Un panorama regional". 23 de marzo de 2017. Accedido 9 de septiembre de 2019, oas.org/es/mesecvi/docs/NotaConceptual-LanzamientoInformeMESECVI-ES.pdf

⁴⁹⁴ Op. cit. MESECVI. Nota conceptual.

⁴⁹⁵ Londoño Echeverry, María Ladi; Ortiz A., Bertha ;Gil C., Ana Milena; Jaramillo J., Ana María; Castro, Raúl; Pineda Londoño, Natalia. "Embarazo por violación: la crisis múltiple". Fundación Servicios Integrales para la Mujer "SI-MUJER" / Fundación para la Educación en Salud y Derechos Reproductivos de la Mujer, Cali. 2000. p.17.

*maraña de problemas que implica esa preñez (...) Un momento que debería ser alegre, emocionante y que bajo otras circunstancias sería de los mejores de su vida, se convierte en una carga insoportable y espantosa para la sobreviviente de violación. “La espera de la menstruación fue otra tortura, podría no llegar y efectivamente así fue, pero no estaba dispuesta a tener ningún hijo de esos asesinos.” (Londoño, et al., 2000, p. 101) “Lo supe desde el mismo día, empecé a golpearme el estómago y pensaba hasta en matarme.” (Londoño et al., 2000, p. 102). Estas afirmaciones son muy comunes en las mujeres agredidas por violación, quienes de pronto se ven confrontadas con un problema de esta magnitud(...)*⁴⁹⁶

Londoño Echeverry et al, señalan en su investigación que, en la mayoría de las entrevistadas, las reacciones al embarazo producto de violación fueron entre otras muchas: *“Rabia, rechazo, angustia, “una tristeza sin nombre”; algo horrible, una maldición, miedo, confusión, abandono, repulsión, sufrimiento. Una desgracia, un obstáculo, una vergüenza, algo sorpresivo. Suciedad. Pérdida de ilusiones. Desesperación. Angustia infinita.”*⁴⁹⁷ perpetuando una y otra vez el acto de violencia que sufrieron al ser violadas.

A modo de conclusión, se puede indicar que la violación sexual se enmarca como uno de los crímenes más graves sancionados nacional e internacionalmente, afecta a la mujer y la niña en su integridad personal, social, sexual y existencial, alterando su historia y su proyecto de vida. El embarazo forzado producto de violación sexual es un desconocimiento del principio de dignidad humana de la niña y la mujer. La afirmación de que la mujer deberá ser obligada contra su voluntad a servir los deseos de otros es una negación instrumental de su dignidad humana y un abuso de sus capacidades reproductivas, disminuyendo a la mujer a una condición de objeto (cosificándola) con el único fin de reproducción.

*“No es una maternidad ilusionada y esperada, sino una forzada usualmente por presiones externas, por falta de conocimiento sobre su estado, falta de conocimiento sobre lugares o medios para interrumpir dicho embarazo o falta de recursos económicos para poder acceder a un aborto. Otra razón son las arraigadas creencias religiosas de muchas de las víctimas y de sus familiares. Sea la razón que sea, siempre debe ser una decisión voluntaria el tener o no tener un hijo concebido por medio de la violación sexual.(...)”*⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ Op. cit. Gómez Roldán. p. 68.

⁴⁹⁷ Op. cit. Londoño et. al. p. 135.

⁴⁹⁸ Op. cit. Gómez Roldán. p. 69.

En razón de lo anterior, **cuando el Estado constata que falló en su deber de protección a la mujer, al impedir la violación sexual, debe evitar que él mismo continúe generando un daño adicional al tratar a la mujer como delincuente.** El Estado debe siempre cuidarla, jamás criminalizarla.⁴⁹⁹ Razón por la cual, en cuanto a la hermenéutica del indicador, esta tesis abroga al delito tipificado en el artículo 156 de nuestro Código Penal, cuya acreditación debe darse en un tiempo determinado, con criterios técnicos, derivando los antecedentes al Ministerio Público para su investigación.

Es necesario reconocer que obligar a la mujer a mantener el embarazo producto de violación sexual es un sacrificio supererogatorio, inexigible a la mujer, adolescente o niña violada, lo que afecta sus derechos fundamentales.⁵⁰⁰ Este indicador favorecería una decisión reflexiva de las mujeres, en que ellas toman la decisión final: no las empuja a interrumpir su embarazo, su voluntad nunca se presume, es la mujer quien decide de manera informada al encontrarse frente al tortuoso escenario de un embarazo producto de violación sexual. Sea cual sea su decisión, en un esquema respetuoso de las convicciones morales de todas las personas.

II) Aborto en embarazos con alteraciones congénitas y/o genéticas del feto.

El segundo indicador que esta tesis propugna se refiere a embarazos con alteraciones congénitas y/o genéticas del feto que hacen su vida extrauterina inviable. Para el esclarecimiento del indicador, según la OMS, las anomalías congénitas se denominan también defectos de nacimiento, trastornos congénitos o malformaciones congénitas. Se trata de anomalías estructurales o funcionales, como los trastornos metabólicos, que ocurren durante la vida intrauterina y se detectan durante el embarazo, en el parto o en un momento posterior de la vida⁵⁰¹, el indicador propuesto argumenta sobre las patologías que se presentan durante la

⁴⁹⁹ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol N° 3729-2007, de 28 de agosto de 2017. Santiago, veintiocho de agosto de dos mil diecisiete.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*

⁵⁰¹ Organización Mundial de la Salud. "Anomalías congénitas" 7 de septiembre de 2016. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/congenital-anomalies>

gestación, a las que la medicina no puede dar solución, diagnosticándose la muerte del feto en un periodo breve o su sobrevivencia por un tiempo mínimo.

Si bien este indicador presenta casos de rara ocurrencia⁵⁰², cuando ocurren, exponen a la mujer a un sufrimiento incomparable a cualquier otro, obligándola a vivir un enorme desconsuelo, puesto que debe esperar la muerte del embrión o feto en su vientre. Ahora, aun cuando cabe identificar distintas clases de malformaciones, **las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable**. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación.⁵⁰³

En estos casos, **el deber estatal de proteger el bien jurídico vida del feto pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable**. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no deba obligarla (acudiendo a la sanción penal) a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en tales condiciones.

Como fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que **el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable**. Obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana⁵⁰⁴

⁵⁰² Dres. Anna Bonino, Paula Gómez, Laura Cetraro, Gonzalo Etcheverry, Walter Pérez. “Malformaciones congénitas: incidencia y presentación clínica”. Archivos de Pediatría del Uruguay. Scientific Electronic Library Online SciELO. Volumen 77. No. 3. 2006. Accedido 9 de septiembre de 2019, www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S1688-12492006000300003&script=sci_arttext&tlng=pt

⁵⁰³ Op. cit. C-355-06.

⁵⁰⁴ Ver en igual sentido a Op. cit. C-355-06.

No corresponde en esta tesis, por no ser la medicina el área de especialización, establecer en que eventos y bajo cuáles supuestos existe una grave malformación del feto que torna su vida extrauterina incompatible. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina conforme a los estándares éticos de su profesión. Sin embargo, si corresponde hacer la diferenciación del indicador de esta tesis con el aborto eugenésico.

Debe quedar claro que **el aborto por malformaciones congénitas y/o genéticas del feto que tornan su vida extrauterina inviable no es lo mismo que el aborto eugenésico**, y tampoco son términos equiparables. El concepto de eugenesia, proviene del francés “eugénésie”, y este del griego εὖ eû: “bien” y gένεσις: “génesis”, origen u producción. Se entiende que, etimológicamente la eugenesia computa la creación de familias con características genéticas superiores y la filosofía social que defiende la mejora de los rasgos hereditarios humanos mediante diferentes formas de intervención manipulada y métodos selectivos de humanos.⁵⁰⁵ Según la Real Academia Española, el término eugenesia computa el estudio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientados al perfeccionamiento de la especie humana⁵⁰⁶, por lo que, el sentido del término tiene por objetivo mejorar la herencia humana mediante la intervención social⁵⁰⁷; y enuncia la aparición de un ser humano con un bajaje genético “normal”⁵⁰⁸. Se ha aplicado este término al aborto eugenésico para evitar el nacimiento de bebés con malformaciones o anomalías⁵⁰⁹ físicas o psíquicas. Ahora, si bien esta denominación no es idónea puesto que se considera que no consigue mejorar los factores hereditarios de la especie humana⁵¹⁰, el término se presta para poder incluir en el aborto eugenésico malformaciones fetales que no tornan el embarazo inviable o la vida extrauterina del feto inviable, por ejemplo trisomía veintiuno.

⁵⁰⁵ Osborn, Frederick. “Development of a Eugenic Philosophy”. *American Sociological Review*, vol. 2, n.º 3, junio de 1937, pp. 389-397.

⁵⁰⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario. Actualización 2018. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://dle.rae.es/?id=H62NicC>.

⁵⁰⁷ Rubí Nieves Rodríguez Días. “*Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado*”. Facultad de Medicina. Universidad de La Laguna. Hospital Universitario de Canarias. *DILEMATA*. No. 17. 2015.

⁵⁰⁸ Guerrero Belmonte, Miriam. “*Agregar al Código Penal para el Estado de Michoacán, que el aborto eugenésico sea una excusa de absolutoria*”. Tesis para obtener el título de licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005. p. 89.

⁵⁰⁹ *Ibíd.*

⁵¹⁰ *Op. cit.* Guerrero Belmonte. p. 90.

Según Guerrero Belmonte citando a Luis Jiménez de Azúa, en la Revista Jurídica Argentina, Tomo XXVI, el aborto eugenésico consiste en “*impedir el nacimiento de infelices seres tarados con una enorme carga negativa*”.⁵¹¹ Razón por la cual la nomenclatura utilizada en el indicador propuesto hace la aclaración de vida inviable, para evitar a todas luces la inclusión de definiciones como la anterior, que incluyen anomalías genéticas o congénitas que no tornen la vida del feto inviable.

Habiendo esclarecido los indicadores que esta tesis propugna, a continuación se analizará la necesidad de la reforma al ordenamiento jurídico para la despenalización del aborto en dichos indicadores.

TÍTULO II: NECESIDAD DE LA REFORMA.

l) El bloque de constitucionalidad y el parámetro de convencionalidad: La obligatoriedad de los tratados internacionales en relación a los derechos humanos y en particular, con respecto a la penalización del aborto.

Ha sido jurídicamente aceptado que el legislador es el primero llamado a definir la configuración normativa de un Estado. En el caso de una norma penal le corresponde al legislador definir qué comportamiento social es tan gravoso que merezca ser configurado como tipo delictivo; sin embargo, esta potestad punitiva no es ilimitada, por cuanto el bloque de constitucionalidad y el parámetro de convencionalidad se erigen como límites axiológicos al ejercicio de la potestad punitiva y tipificadora del legislador en razón de que la ley debe respetar la jerarquía normativa que configura el bloque de constitucionalidad y el parámetro de convencionalidad⁵¹².

⁵¹¹ *Ibíd.*

⁵¹² En especial atención al artículo 2 de la convención Americana de Derechos humanos que dota de superioridad las normas interamericanas, al precisar que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas de derecho interno necesarias para aplicarlas y hacerlas efectivas; y en consonancia con el criterio jurisprudencial de Sala Constitucional que desde la resolución N°1147-90 de las dieciséis horas del veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa, ha señalado en términos generales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la

En razón de lo anterior, el presente acápite pretende justificar la necesidad de una reforma al código penal costarricense para despenalizar el aborto en los casos de embarazo producto de violación y de embarazos con alteraciones genéticas o congénitas que generan incompatibilidad al feto con la vida extrauterina; por ser dicho articulado contrario al bloque de constitucionalidad y al parámetro de convencionalidad. Así, se hace necesario mencionar dichos mecanismos de control legal y las limitantes que crean a la libertad de configuración del legislador en materia penal, todo en relación con el aborto; para luego someter a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad el articulado del Código Penal vigente y dilucidar su incompatibilidad con el bloque de constitucionalidad, con el parámetro de convencionalidad, con los derechos humanos de las mujeres y sustentar la urgente necesidad de una reforma.

I.1) El Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: El bloque de constitucionalidad y el parámetro de convencionalidad.

La discusión e importancia del bloque de constitucionalidad y del parámetro de convencionalidad surge en el dinámico intercambio entre la “constitucionalización” del derecho internacional” y la “internacionalización del derecho constitucional”. Sin pretender ahondar en estos institutos, la internacionalización del derecho constitucional consiste en “*el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional*”⁵¹³, es decir que las normas internacionales ocupen una jerarquía específica dentro del derecho interno del Estado, por otro lado, la “constitucionalización del derecho internacional” implica que los tratados de derechos humanos tienen una dimensión constitucional.⁵¹⁴ De esta manera, actualmente es jurídicamente aceptado que el derecho público interno no se erige aisladamente, y en razón de lo anterior la doctrina y jurisprudencia ha perfeccionado la cohesión y jerarquización de las normas públicas de modo a dotarse de un mecanismo de control de "constitucionalidad" de las leyes y los

medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política. (Ver en el mismo sentido: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 15827-2011 de las dos horas treinta minutos del veintidós de noviembre de dos mil once.)

⁵¹³ Haideer, Miranda Bonilla. “*Dialogo Judicial Interamericano*”, Ediciones Nueva Jurídica. Colombia. 2016. p.130.

⁵¹⁴ Op. cit. Miranda Bonilla. pp. 130 - 131.

actos administrativos⁵¹⁵. Dicho control pasó a ser un medio para la protección de los derechos de la ciudadanía en general, y *a fortiori*, de todas las personas bajo la jurisdicción estatal, en un Estado de Derecho⁵¹⁶. El diálogo entre las anteriores corrientes de pensamiento fomentó una mayor interacción entre los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en la protección de los derechos humanos⁵¹⁷. En palabras del Maestro Antônio Cançado Trindade:

*“(...) en el marco de esta más amplia dimensión doctrinal, se vino a reconocer que, en el plano internacional propiamente dicho, los tratados de derechos humanos tienen una dimensión "constitucional", aquí mencionada no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno, que de todos modos está rehén de lo que determinan las constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al orden internacional, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos.”*⁵¹⁸

Por lo anterior, y en virtud del artículo 2 de la Convención Americana⁵¹⁹ los Estados Partes de la convención están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, lo cual “abrió camino” al “control de

⁵¹⁵ Cf., v.g., Mauro, Cappelletti. “*Judicial Review in the Contemporary World*”. Fordham Law Review. Volumen 40. (4) Bobbs-Merrill. 1972. pp. 16-24; Michel, Fromont, “*La justice constitutionnelle dans le monde*”. Paris, Dalloz, 1996, pp. 21-22 y 75-76. Citado en el Voto Disidente del juez A.A. Cançado Trindade p. 6. en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú. Sentencia de 30 de noviembre de 2007 Serie C No. 174.

⁵¹⁶ Mauro Cappelletti, “*La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*”, México, UNAM. 1987. p. 239. Citado en el Voto Disidente del juez A.A. Cançado Trindade p. 7 en Op. Cit. Corte IDH, Sentencia Aguado Alfado y otros del 30 de noviembre de 2007 Serie C No. 174.

⁵¹⁷ A.A. Cançado Trindade, “*Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of Human Rights: (at global and regional levels)*” Volumen 202. Collected Courses of The Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. 1987. pp. 9-435.

⁵¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007 Serie C No. 174. Voto Disidente del juez A.A. Cançado Trindade. párr. 7.

⁵¹⁹ El artículo 2 de la CADH versa: “*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*”

convencionalidad”⁵²⁰, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la CADH, así como la del artículo 1(1).^{521 522}

Dicho control de convencionalidad supone verificar que las disposiciones de derecho interno cumplan un estándar mínimo de protección de derechos humanos⁵²³ establecido por tratados internacionales ratificados por el Estado, y por la jurisprudencia de la Corte IDH en aras de resguardar los derechos humanos de los nacionales de cada Estado⁵²⁴. Así, el parámetro de convencionalidad lo integran todas aquellas convenciones, protocolos o declaraciones en materia de derechos humanos del sistema interamericano, las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han interpretado tales instrumentos.⁵²⁵ Esto deviene aún más importante cuando recordamos que nuestra Constitución Política establece una jerarquía normativa que jurisprudencialmente ha sido ampliada por nuestra Sala Constitucional, así

“...la Sala Constitucional, desde la sentencia N°1147-90 de las 16:00 horas de 21 de septiembre de 1990, ha señalado en términos generales que el Derecho

⁵²⁰ En el texto de la CADH, el Estatuto y el Reglamento de la Corte IDH si bien no existe expresamente referencia al término “control de convencionalidad” lo anterior deviene como competencia inherente que deriva de los artículos 1.1, 2, 62.3, 67 y 68.1 de la CADH, de los artículos 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte IDH y del artículo 1 del Estatuto de la Corte. Ver en el mismo sentido a Op. Cit. Miranda Bonilla. p. 151.

⁵²¹ El artículo 1(1) de la CADH versa: “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁵²² Ver en el mismo sentido el Voto Disidente del juez A.A. Cançado Trindade párr. 8. en Op. Cit. Corte IDH, Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

⁵²³ Eduardo J.R. Llugdar, “La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericanas de DDHH, como fuentes y formas de Protección de los Derechos Fundamentales”. Junio, 2016. Accedido 28 de marzo de 2019, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>. p. 24.

⁵²⁴ Internamente, los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales deben ejercer, a instancia de parte o de oficio, un control de convencionalidad difuso de las normas nacionales o locales impugnadas en una acción de inconstitucionalidad (doctrina surgida a partir de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006 –considerando 124-, La Cantuta c/. Perú de 29 de noviembre de 2006 –considerando 173-, Boyce y otros c/. Barbados de 20 de noviembre de 2007 –considerando 78-, Trabajadores cesados del congreso -Aguado Alfaro y otros- c/. Perú de 24 de noviembre de 2006 –considerando 128-, Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes c/. Guatemala de 9 de mayo de 2008 –considerando 63-, Cabrera García y Montiel Flores c/. México de 26 de noviembre de 2010 y Gelman c/. Uruguay de 24 de febrero de 2011; en igual sentido: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad” –coord., México, Fundap, 2012, p. 492; y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica Resolución N° 12496 – 2016 de las dieciséis horas quince minutos del treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis. Considerando IX/V.

⁵²⁵ Sala Constitucional de la corte Suprema de Justicia. Resolución N° 12496 – 2016 de las dieciséis horas quince minutos del treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis.

Internacional de los Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política... ”⁵²⁶

Y aún más importante se torna cuando recordamos que **cualquier incompatibilidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es también incompatible con el bloque de constitucionalidad⁵²⁷, por integración a través del artículo 48 constitucional⁵²⁸**. En razón de lo anterior es posible afirmar que **todas las disposiciones normativas penales deben ajustarse al parámetro de convencionalidad y al bloque de constitucionalidad**, lo cual implica que la potestad de configuración del legislador en materia penal (o en cualquier materia realmente) no es irrestricta. Más aún, siendo Costa Rica un Estado caracterizado por ser respetuoso de los derechos humanos, y del principio de pacta sunt servanda (que obliga a un Estado de Derecho a acatar de buena fe las obligaciones convencionales suscritas en el ámbito internacional) posterior al fallo Artavia Murillo de la Corte IDH, el Estado costarricense se vio en la obligación de atender los criterios emitidos por la Corte en torno al tema de la FIV e inherentemente al tema del derecho a la vida. La “nueva” interpretación del derecho a la vida (o la interpretación auténtica / correcta desde la CADH) y la obligación de protección estatal que este derecho devenga no se puede entender como un derecho absoluto, puesto que el fallo de la Corte IDH integró innegablemente el bloque de constitucionalidad.

Esto obligó a la **Sala Constitucional a “cambiar de criterio” forzosamente⁵²⁹** respecto de los alcances del derecho a la vida, pues tal y como se desprendió de dicho fallo (Artavia Murillo

⁵²⁶ Op. Cit. Sala Constitucional, Costa Rica. Resolución N° 15827 – 2011.

⁵²⁷ Hay que entender que el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad no implican lo mismo, sin embargo, mediante integración jurisprudencial (ver entre otras Sala Constitucional, Resolución N° 3865-2016, 2069-2016) la Sala Constitucional ha subsumido el bloque de convencionalidad dentro del bloque de constitucionalidad, afirmando que la violación del bloque de convencionalidad implica automáticamente la violación del constitucional. Razón por la cual las diferencias entre ambos institutos no serán abordadas.

⁵²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema De Justicia. Resolución N° 3865-2016 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

⁵²⁹ “La Sala Constitucional reconoce que las resoluciones de la Corte Interamericana carecen de apelación, que la sentencia supra citada [Artavia Murillo v Costa Rica] ha adquirido firmeza y debe ser considerada cosa juzgada

vs Costa Rica) frente al choque de derechos o intereses susceptibles de valoración jurídica, y bajo una interpretación acorde con el fin de la CADH, no es admisible argumentar que la constitución política otorga una mayor protección al derecho a la vida⁵³⁰ y desproteger entonces todos los demás derechos en juego. Por consiguiente lo que procede ante un choque de derechos, es ponderar los derechos constitucionalmente y convencionalmente protegidos que entrarían en choque en el caso en estudio⁵³¹, incluso cuando el choque implica el derecho a la vida.⁵³²

El anterior acatamiento al criterio vinculante de la Corte IDH se debió hacer sin cuestionar su contenido y disposición, ya que esta fuerza vinculante de la sentencia de la Corte IDH es:

*(...) inherente a la lógica misma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a la naturaleza jurisdiccional de la Corte y a la admisión expresa de los Estados al reconocer la competencia de esa autoridad regional paralelo al deber de obediencia de la sentencia, se halla la eficacia que esta tiene frente a las autoridades internas del Estado obligado. Cuando un fallo con carácter de cosa juzgada es dictado contra el Estado parte de un proceso contencioso internacional, sus autoridades internas están sometidas al contenido de esa sentencia y están en la obligación de velar por la ejecución de tal fallo, y así garantizar el respeto de la Convención Americana.*⁵³³

De esta forma los tribunales nacionales se ven llamados a ejercer de manera difusa el control de convencionalidad⁵³⁴ y aplicar de primera mano el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las interpretaciones auténticas que ha hecho la Corte IDH de su carta fundamental,

internacional. Así, el respeto a lo decidido por la Corte Interamericana en dicha sentencia, inhibe a la Sala de hacer un pronunciamiento sobre el objeto tratado en ella (en lo que existiría identidad de objeto, según las reglas que rigen la cosa juzgada). Sin embargo, este Tribunal Constitucional se encuentra en la obligación de resolver aquellos asuntos que no fueron objeto en la sentencia Artavia Murillo vs Costa Rica -sobre los que no existe cosa juzgada internacional-, toda vez que persiste su deber de ejercer el control de constitucionalidad, según lo regulado en el numeral 10, de la Constitución Política. En ese tanto, el objeto de este proceso será limitado a la luz de la existencia de una sentencia internacional con carácter de cosa juzgada(...)" Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 01692 - 2016 de las once horas y veintiuno minutos del tres de febrero de dos mil dieciséis.

⁵³⁰ Op. cit. Corte IDH, Artavia Murillo v Costa Rica. párr. 259.

⁵³¹ Op. cit. Corte IDH, Artavia Murillo v Costa Rica. párr. 274

⁵³² Ver en el mismo sentido sección I.1.3 El concepto de “vida” planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, a propósito de la sentencia 2306-2000 de Sala Constitucional desarrollada supra.

⁵³³ Op. cit. Sala Constitucional. Resolución N° 01692 -2016.

⁵³⁴ Ver en el mismo sentido Voto salvado de los magistrados Jinesta Lobo y Rueda Leal en Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. Resolución N° 13808 – 2013 de las dieciséis horas y once minutos del dieciséis de octubre del dos mil trece.

acatando las sentencias que vinculan directamente al Estado, pues es la actuación de la Sala Constitucional vital para la recepción y cumplimiento de la sentencia de dicho caso. En razón de lo anterior se podría decir que **el derecho a la vida en el bloque de constitucionalidad ha “evolucionado” con una nueva interpretación aceptada por la Sala Constitucional:**

(...) la Sala aclara que el tema de la compatibilidad material del procedimiento de fecundación in vitro, con el derecho a la vida, fue conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica). En dicha ocasión, la Corte Interamericana interpretó la Convención Americana en el sentido de que la Fecundación in Vitro no lesionaba el derecho a la vida, contenido en el artículo 4, de dicho instrumento y que el Estado costarricense se encontraba en el deber de regularla, para posibilitar su práctica en el territorio nacional. La Sala Constitucional reconoce que las resoluciones de la Corte Interamericana carecen de apelación, que la sentencia supra citada ha adquirido firmeza y debe ser considerada cosa juzgada internacional. Así, el respeto a lo decidido por la Corte Interamericana en dicha sentencia, inhibe a la Sala de hacer un pronunciamiento sobre el objeto tratado en ella (...)

Así, la existencia de un límite constitucional y convencional tiene especial relevancia para esta tesis en cuanto la penalización del aborto (en casos de embarazo producto de violación y embarazo cuyo producto es incompatible con la vida extrauterina) podría contravenir los anteriores parámetros. Para determinar lo anterior, a continuación se pretende dilucidar cómo la penalización del aborto en los casos mencionados supone una medida irrazonable, desproporcionada, contraria al bloque de constitucionalidad, al parámetro de convencionalidad y cómo la potestad normativa del legislador debe ser respetuosa de dichos parámetros y por lo tanto modificada en la legislación nacional.

i) Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.

La potestad de configuración normativa nace del artículo 105 constitucional, el cual delega en la Asamblea Legislativa la potestad soberana de legislar. Dicho artículo genera una amplia libertad de configuración al legislador para determinar normativamente cuáles conductas (en el caso de la materia penal) son tan gravosas que es necesario tipificarlas y aplicarles una sanción mediante la ley. No obstante lo anterior, este ejercicio de potestad normativa *no cuenta con una*

*discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos*⁵³⁵ dado que los principios y valores constitucionales se erigen como límites a la potestad punitiva del legislador establecidos desde el artículo que crea dicha potestad. Así, **el artículo 105 constitucional establece como límite a la configuración del legislador los tratados conforme a los principios del Derecho Internacional;** lo anterior en consonancia con el artículo 10 de la Constitución nos permite establecer que si bien el legislador goza de amplia competencia, la Constitución, la jurisdicción constitucional y el Derecho Internacional operan como un mecanismo de control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos⁵³⁶.

En jurisdicciones como la Constitucional Colombiana, el anterior límite de competencia al legislador ha sido entendido como una “**constitucionalización del derecho penal**”⁵³⁷ *porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Constitución Política viene a incorporar preceptos, valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance*⁵³⁸. Esto implica que el legislador en el ejercicio de su potestad normativa no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, pues el respeto a los derechos constitucionales de las personas se configura entonces como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado:⁵³⁹

*“(…)Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque **la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas** (...) Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y **criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible** (...) No podrán tipificarse conductas que desconozcan los*

⁵³⁵ Ver en el mismo sentido Op. Cit. C-355-06.

⁵³⁶ Ver en el mismo sentido Corte Constitucional Colombiana, Resolución C-939-02 citada en Op. Cit. C-355-06 y sobre la libertad de configuración legislativa: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica), Resolución N° 05758 – 2018 de las quince horas con cuarenta minutos del doce de abril de dos mil dieciocho.

⁵³⁷ Cfr. Op. Cit. C-355-06

⁵³⁸ Corte Constitucional Colombiana, Resolución C-939-02.

⁵³⁹ *Ibíd.*

*derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables.”*⁵⁴⁰ (El resaltado no es del original)

En resumen, si bien corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional; los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen límites a esa potestad de configuración,⁵⁴¹ por lo que de existir un choque de valor jurídico entre bienes puestos en juego (los de la mujer vs los del feto) **es necesario realizar el juicio de ponderación respectivo para determinar si se ha sobrepasado este límite a la potestad punitiva del legislador soslayando otro u otros derechos fundamentales**, violando el derecho de la constitución, el derecho internacional público y el parámetro de convencionalidad. Esto nos lleva a analizar entonces los derechos fundamentales de las mujeres en el bloque de constitucionalidad, en el parámetro de convencionalidad y en el derecho internacional.

ii) Los derechos fundamentales de las mujeres en el bloque de Constitucionalidad y en el derecho internacional.

El reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres ha sido (y es) una lucha constante; la realización de que los derechos humanos nacieron y se redactaron fundamentalmente masculinos (pues en su gran mayoría no contemplaban a las mujeres como sujeto de derechos y de ciudadanía)⁵⁴² conllevaba intrínsecamente que no eran neutrales y designaban discriminación para la mitad de la población, las mujeres. Esta realidad internacional era solo reflejo de la realidad normativa a lo interno de cada Estado, razón por la cual a partir de la lucha por el principio de igualdad y de la notoria discriminación legislativa nacieron originalmente los derechos de las mujeres en convenciones (principalmente de la ONU) y en la constitución y legislación costarricense.⁵⁴³ En el ámbito nacional, no fue sino hasta la corriente

⁵⁴⁰ Ver en el mismo sentido Corte Constitucional Colombiana, Resolución C-939-02 citada en Op. Cit. C-355-06

⁵⁴¹ Op. Cit. C-355-06.

⁵⁴² Instituto Nacional de las Mujeres, “*Primer Estado de los derechos de las Mujeres en Costa Rica*”. – 1 ed. – San José, 2011. p.3

⁵⁴³ Es de resaltar que previo a 1992 el artículo 33 de la Constitución recalcaba “Todo HOMBRE es igual ante la ley(...)”; de igual manera antes de 1999 el artículo 20 versaba: “Artículo 20. -- Todo hombre es libre en la

jurisprudencial del siglo XX que empieza a cambiarse el enfoque constitucional en búsqueda de la protección de género; no dejando duda que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad; aun cuando formalmente se reconoce ahora igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres hemos tenido que recorrer un largo camino (suficiente con recordar que todavía durante el siglo XX las mujeres costarricenses tenían restringida su ciudadanía, la administración de sus bienes y para ser esterilizadas debían pedir permiso a su marido⁵⁴⁴).

Ahora bien, el anterior contexto nos propone como **meta alcanzar la igualdad no solo formal, sino material**; y esta meta de igualdad sustancial se ha ido construyendo con la ayuda de instrumentos internacionales en procura de la igualdad real y la defensa de los derechos de las mujeres (todos constituyentes del bloque de constitucionalidad costarricense por integración del artículo 48 de la Constitución y en seguimiento con la línea jurisprudencial de Sala Constitucional). Es importante, para delinear los derechos fundamentales de las mujeres dentro del bloque de constitucionalidad costarricense, hacer un recorrido por los cuerpos internacionales de derechos humanos que protegen los derechos de las mujeres (en especial atención a sus derechos sexuales), para así **poder dimensionar realmente los valores jurídicos que se encuentran en juego desde la perspectiva de la mujer a la hora de penalizar el aborto en los supuestos expuestos en esta tesis.**

De vieja data, en 1945 la Carta de las Naciones Unidas asentó el principio de igualdad para mujeres y hombres y estableció la prohibición de sometimiento a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5); pero no fue sino hasta 1968 que se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres “*a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos*” en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán; después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año

República; No puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes.” Y es hasta sus respectivas reformas en 1992 y 1999 que se cambia el vocablo “hombre” por “persona”.

⁵⁴⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 02196 – 1992 de las catorce horas del once de agosto de mil novecientos noventa y dos. -Sobre la inconstitucionalidad de exigir a la mujer el consentimiento del esposo para ser esterilizada.

Internacional de la Mujer, se convocó una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer, y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas. Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.⁵⁴⁵ En 1984 Costa Rica ratificó mediante ley 6968 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer –CEDAW- en cuyo artículo segundo los Estados Partes condenan la:

*“(...) discriminación contra la mujer, en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se compromete a: (...) c) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación. d) abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esa obligación (...) f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer. (...)”*⁵⁴⁶

Como hito fundamental no se puede dejar de lado la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, la cual declaró que “*los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales*”, así como que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, civil, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional⁵⁴⁷. Por su parte, la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, en el documento de programa de

⁵⁴⁵ Op. Cit. Cfr. C-355-06

⁵⁴⁶ Artículo 2, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

⁵⁴⁷ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, “Declaración y Programa de Acción de Viena, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. (A/CONF.157/23).” Accedido 26 de Marzo de 2019, https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf . párr. 18.

acción, se puso un gran énfasis en los derechos humanos de la mujer⁵⁴⁸, y se reconoce “*el derecho fundamental de todas las personas a decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo*”⁵⁴⁹. Este programa estableció además, que “*la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia*”⁵⁵⁰. También se estableció, que hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de “*obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables*” de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el “*derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo*”⁵⁵¹.

En seguimiento, la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing), aprobada por CR en la 16ª sesión plenaria el 15 de septiembre de 1995, tiene como pilar la promoción de la igualdad, del desarrollo y de la paz⁵⁵² y afirma una vez más que **es un derecho humano de la mujer el control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad**, incluida su salud sexual y reproductiva y a decidir libremente sin verse sujeta a coerción, discriminación o violencia. Asimismo, proscribía el embarazo forzado, el cual incluye la concepción forzada y la continuación del embarazo⁵⁵³, confirmando los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo. Finalmente, no se puede dejar de lado, en el ámbito penal internacional el Estatuto de Roma, aprobado por Costa Rica en el 2001, el cual determina, entre otros asuntos, que la violencia y otros delitos reproductivos y sexuales están a la par con los crímenes internacionales más atroces, constitutivos en muchos casos de tortura y genocidio. Y, reconoce por primera vez, que las violaciones a la

⁵⁴⁸ Cfr. Op. Cit. C-355-06.

⁵⁴⁹ Naciones Unidas. “*Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. (A/CONF.171/13/Rev.1)*”. Nueva York. 1995. Principio 8 y párr. 7.3. Accesado 26 de marzo de 2019, <https://undocs.org/es/A/CONF.171/13/Rev.1>

⁵⁵⁰ Op. Cit. ONU, “*Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*”. Párr. 7.2.

⁵⁵¹ *Ibíd.*

⁵⁵² Paula, Alonso Chacón. “*Costa Rica, Mujer y Ciudadanía*”. Revista nuevo Humanismo. Vol. 2 (1) Enero- junio 2014. p. 78.

⁵⁵³ Organización de Naciones Unidas, “*Declaración y Plataforma de Acción de Beijing Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*”. párr. 114. Accedido 26 de Marzo de 2019, http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755

autodeterminación reproductiva de las mujeres, tanto el embarazo forzado como la esterilización forzada, se cuentan como crímenes de lesa humanidad⁵⁵⁴.

En efecto, podemos ver cómo diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la dignidad, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, el derecho a la no tortura, libre determinación, etc., que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos⁵⁵⁵. Cabe recordar, que además de los mencionados supra, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos y las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), cumplen un papel importante en la protección de los derechos de la mujer latinoamericana y se configuran como marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional⁵⁵⁶.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva⁵⁵⁷, y se ha recomendado que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud⁵⁵⁸. Adicionalmente nuestra sala Constitucional ha ido más allá, declarando que el Estado:

“no solo tiene la responsabilidad ineludible de velar para que la salud de cada una de las personas que componen la comunidad no sufra daños por parte

⁵⁵⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 7.g.

⁵⁵⁵ Ver en el mismo sentido Op. Cit.C-355-06.

⁵⁵⁶ Ver en el mismo sentido a Instituto Nacional de las Mujeres, “*Segundo Estado de los derechos de las Mujeres en Costa Rica / Instituto Nacional de las Mujeres*”. – 1 ed. – San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2015. y Op. Cit. Cfr. C-355-06.

⁵⁵⁷ Op. cit. C-355-06.

⁵⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N° 03354 – 2015 de las doce horas y cero minutos del seis de marzo del dos mil quince.

de terceros, en relación con esos derechos, sino, que debe asumir la responsabilidad de lograr las condiciones sociales propias a fin de que cada persona pueda disfrutar de su salud: física y mental, etcétera, con lo cual se procura alcanzar la mejor calidad de vida de los individuos. En este sentido, la Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, lo que modernamente se ha denominado el derecho contra la “violencia obstétrica” como una forma de violencia de género y, en general, de violación a los derechos humanos. Como se ha señalado, aunque el concepto de violencia obstétrica es muy reciente, este hace referencia a un conjunto de prácticas que degrada, intimida y oprime a las mujeres y a las niñas en el ámbito de la atención en salud reproductiva y, de manera mucho más intensa, en el periodo del embarazo, parto y postparto.”⁵⁵⁹

También en el área de salud, existe consenso jurisprudencial sobre la necesidad de eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva.⁵⁶⁰ La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente.⁵⁶¹ También ha indicado que las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante.⁵⁶²

⁵⁵⁹ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución N° 03354 – 2015

⁵⁶⁰ Op. cit. C-355-06. También, ver en el mismo sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N° 10456 – 2012 de las diecisiete horas con veintisiete minutos del primero de agosto de dos mil doce.

⁵⁶¹ Op. cit. *Recomendación General No. 24 (Artículo 12): La Mujer y la Salud (A/54/38/Rev.1)*. párr. 14, 31.

⁵⁶² Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/HRC/31/57) y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, comunicación núm. 22/2009, L. C. c. el Perú, dictamen aprobado el 17 de octubre de 2011, párr. 8.18; citados en CEDAW, “Recomendación general

No queda duda alguna que las diversas formas de violencia de género constituyen una violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercuten en su salud y autonomía sexual y reproductiva⁵⁶³; en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, y pone en riesgo su derecho a la salud, no solo física sino psicológica, reproductiva y sexual. Es así como la OEA ha declarado, que “*la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre*”.⁵⁶⁴

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva⁵⁶⁵ y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocidos las deferentes convenciones internacionales mencionadas supra; La CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad⁵⁶⁶. De la misma manera, el Comité para la Eliminación para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵⁶⁷, y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, han determinado que no garantizar el aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes⁵⁶⁸. Así como que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer y

num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19 (CEDAW/C/GC/35)” Julio de 2017. párr. 18.

⁵⁶³ Op. Cit. Sala Constitucional, Resolución 3354-2015.

⁵⁶⁴ Organización de Estados Americanos, Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), “*Entendiendo las desigualdades de género*”. 2015. p. 4. Accedido 23 de marzo de 2019, http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Presentacion_Luz_Patricia.ppt

⁵⁶⁵ En el mismo sentido ver Op. cit. C-355-06.

⁵⁶⁶ Ivannia, Monge Naranjo. “*Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*”. Defensoría de los Habitantes. Mayo 2015. Accedido 26 de marzo de 2019, <https://www.inamu.go.cr/documents/10179/264394/8DerechosSexualesDerechosReproductivosIvanniaMonge.pdf/b504b0c-25b6-4b96-a34a-6a0e199ea0ae>

⁵⁶⁷ Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer. “Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer (UN doc A/47/38).” 30 de enero de 1992. párr. 7, 22, 24 (m).

⁵⁶⁸ Op. cit. Comité de Derechos Humanos, K.L. v Perú.

cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna se vulnera el primero.⁵⁶⁹

Otros derechos sexuales y reproductivos se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia como, por ejemplo, el derecho a la intimidad⁵⁷⁰ que también está relacionado con los derechos reproductivos de la mujer, y puede afirmarse se violenta cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva⁵⁷¹. El derecho a la intimidad⁵⁷² cubre el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.⁵⁷³ En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer consagra el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación. Y conglobando lo anterior, los derechos reproductivos de la mujer se pueden relacionar con el derecho a la educación en tanto el acceso de las mujeres a la educación básica allanaría el camino para el empoderamiento en su familia y en su comunidad. Además, siguiendo la línea de la Corte Constitucional Colombiana, el derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable.⁵⁷⁴

⁵⁶⁹ Ver en el mismo sentido Op. cit. C-355-06; Centro de Derechos Reproductivos, “Los Derechos Reproductivos a la vanguardia”, Nueva York, 2008. p. 138. y Naciones Unidas, “Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (A/CONF.171/13/Rev.1.)”.1995. principio 1, 4, 8.

⁵⁷⁰ Intimidad entendida no en el sentido de protección de datos, sino de autodeterminación sexual. En ese sentido ver: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 01531 - 2015 de las nueve horas y cuarenta minutos del veintisiete de noviembre del dos mil quince. Considerando II.

⁵⁷¹ Ver el mismo razonamiento hecho por la Corte Constitucional Colombiana en Op. Cit. C-355-06.

⁵⁷² Entendido en este caso como el que cubre el numeral 24 de la Constitución Política, en este sentido ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 13878 - 2013 de las nueve horas quince minutos del dieciocho de octubre de dos mil trece.

⁵⁷³ Ver el mismo razonamiento hecho por la Corte Constitucional Colombiana en Op. cit. C-355-06.

⁵⁷⁴ Ver en el mismo sentido Op. cit. C-355-06.

El Estado costarricense ha confirmado varias veces su compromiso con la debida atención a la salud de la población femenina mediante la creación de medios para ampliar la cobertura, garantizando los estándares de calidad y calidez en la atención, así como en las mejoras de las relaciones interpersonales entre usuarias y personal de salud, contando con profesionales cuya competencia técnica sea de excelencia, sensibles al género, evitando los sesgos y reconociendo las barreras que poseen las mujeres desde la construcción de su identidad femenina para el cuidado de su propia salud.⁵⁷⁵ En esta línea el criterio constitucional admite que:

*“(…) La suscripción del Estado Costarricense de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujeres, refuerza el compromiso gubernamental para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los campos, incluyendo la salud. **La mejora y el mantenimiento de la salud de la mujer exige la aplicación de ciertos derechos, tales como: la privacidad, la atención de salud, los beneficios del progreso científico y el derecho de librarse de toda forma de discriminación. Una de las formas por las cuales se discrimina a la mujer, es manteniendo los estereotipos asignados a su sexo, y por otro lado restringiendo sus derechos reproductivos. La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas propuso que se adoptaran nuevas medidas para mejorar la calidad de la salud de la mujer, incluida la incorporación de una perspectiva de género en todos los programas y las políticas del sector de la salud. De ahí que, desde una perspectiva evolutiva de derechos humanos y en el marco de los compromisos de Costa Rica, en todos los Tratados y Convenios Internacionales, es que se debe promover por parte del Estado el derecho de la salud de la mujer, el cual merece una ponderación especial (…)**”⁵⁷⁶ (El resaltado no es del original)*

En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer parten de la base de igualdad, equidad de género y emancipación de la mujer, todos consagrados tanto internacionalmente como nacionalmente (ya sea expresamente o por integración). No obstante, de las normas constitucionales e internacionales no se deduce expresamente un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito; de tal forma que el legislador dispone de un amplio margen de

⁵⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 09220-2012 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de julio de dos mil doce.

⁵⁷⁶ *Ibíd.*

configuración de la política pública en relación con el aborto, sin embargo, dicho margen no es ilimitado tal y cómo se expuso supra, pues la potestad punitiva legislativa ve su límite en el derecho internacional público y el bloque de constitucionalidad. En razón de lo anterior, **deben ponderarse todos los derechos de la mujer que entran en choque con la penalización del aborto y someter a un juicio de proporcionalidad** la penalización del aborto en los casos que esta tesis expone, puesto que como se expuso anteriormente, al legislador penal le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales. Sin embargo, entre los derechos de la mujer en choque no se encuentran solo los derechos reproductivos y de salud de la mujer, sino también la dignidad humana principio y derecho fundamental, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida e integridad, el principio constitucional de proporcionalidad y el principio constitucional de razonabilidad, los cuales se desarrollarán a continuación.

iii) La dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Costa Rica, en el artículo 1° de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que *el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad.*⁵⁷⁷ En salvaguarda de lo anterior, desde vieja data la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la dignidad humana, fundante de un estado democrático, intercala y subsume otros derechos, *derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes*⁵⁷⁸. De esta forma, la dignidad humana, -al igual que la vida- se constituye en la justificación del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona⁵⁷⁹; así nuestra Sala Constitucional afirma que ***todos los derechos y libertades fundamentales son***

⁵⁷⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 1261-1990 de las quince horas treinta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa.

⁵⁷⁸ *Ibíd.*

⁵⁷⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución No. 1668-2010 de las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero del dos mil diez.

*reconocidos en razón de la dignidad humana.*⁵⁸⁰ Consecuentemente la Sala Constitucional ha derivado que

*“(…) ningún derecho fundamental reconocido puede contrariar la dignidad humana; últimamente el respeto de la dignidad cobra mayor importancia, de forma tal que es contraria a la dignidad humana toda forma de sujeción o de degradación de la persona humana, por lo que **no puede considerarse permitida ninguna actividad que tienda a colocar al ser humano como un objeto.***⁵⁸¹

Bajo esta línea de pensamiento desarrollada en votos de Sala Constitucional que no se refieren expresamente al aborto, pero llevados lógicamente al desarrollo de los supuestos de indicadores de despenalización, se puede afirmar que “cosificar” o colocar al ser humano como un objeto es contrario a la dignidad humana; se puede establecer que el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación toma como consideración de tipo axiológica el principio de la dignidad humana⁵⁸², el cual vincula a los poderes públicos con obligaciones positivas de preservar dicho derecho y negativas de no injerencia en este campo reservado: y así lo consigna nuestra Constitución Política y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos: la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido constante en derivar del artículo 40 de la Constitución Política, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (tratados que son legislación plenamente vigentes en nuestro país, por mandato del artículo 7 y 48, de la Constitución Política al haber sido debidamente aprobados y ratificados) que:

“(…) la actividad del Estado no tiene porqué producir transgresiones a los derechos fundamentales, ya que la existencia misma del Estado responde precisamente a la necesidad de satisfacer los problemas colectivos de una comunidad y no al contrario, que implicaría que la sociedad existe para

⁵⁸⁰ *Ibíd.*

⁵⁸¹ *Ibíd.*

⁵⁸² “(…)[El] principio de dignidad de la persona humana, valor espiritual y moral inherente a la persona se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Estrechamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; y que es universal, al no haber ninguna excepción ni discriminación (…)” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resoluciones 8218 - 1998, 1566-2007, 3116-2007, 1389-2007, 18444-2008 y 1396 – 2009.

preservar al Estado. Por esto, no pueden existir en un Estado de Derecho, respetuoso de los derechos humanos, tratamientos degradantes infringidos a una persona bajo el pretexto de cumplir una función pública⁵⁸³ (...)”

De forma que, integrante a la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual) se configura también la **libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que cada individuo se desarrolla⁵⁸⁴**; y bajo la línea jurisprudencial de Sala Constitucional en resoluciones que no se refieren expresamente al aborto, pero que pueden ser analizados lógicamente con el tema, como la N° 807-2016, 8124-2009 y 3902-2009 se ha dejado claro que *el Estado tiene la función de garantizar el máximo de libertad posible, para lo cual su injerencia debe ser la mínima indispensable⁵⁸⁵*, así cada persona debería contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones para desarrollar su autonomía individual (principio de mínima intervención estatal). Amén de lo anterior, tanto las autoridades estatales como los particulares ven entonces limitada la posibilidad de prohibir y desestimular una verdadera *autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo⁵⁸⁶*. Cualquier injerencia en este campo supondría arrebatarle brutalmente a la persona su condición ética, ***reducirla a la condición de objeto (cosificarla) y convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen⁵⁸⁷ a todas luces contradictorio con la jurisprudencia constitucional que establece contrario a la dignidad del ser humano cualquier pretensión de convertirlo en un instrumento para el logro de determinados fines, aun cuando dichos fines sean fundamentales y, por ende, puedan también ser considerados como lícitos.⁵⁸⁸***

⁵⁸³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00807 – 2016 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del veinte de enero de dos mil dieciséis.

⁵⁸⁴ Ver en el mismo sentido Op. Cit. Cfr. Corte Constitucional Colombiana, C-355-06.

⁵⁸⁵ “(...) *El principio de prohibición de exceso deriva del valor primordial de un Estado de Derecho, que es la libertad. El Estado tiene la función de garantizar el máximo de libertad posible, para lo cual su ingerencia debe ser la mínima indispensable. En el campo propio del derecho penal el Estado interviene limitando la libertad de los individuos de la forma más severa que existe. De ahí que con mayor razón en esa área su quehacer no es irrestricto; sino que debe obedecer a parámetros claramente definidos.*” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 03902 – 2009 de las catorce horas y cuarenta y ocho minutos del once de marzo del dos mil nueve.

⁵⁸⁶ Op. cit. C-355-06.

⁵⁸⁷ Ver en el mismo sentido Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-221/94 de los cinco días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

⁵⁸⁸ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución N° 1668-2010.

Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana debe incluir las decisiones relacionadas con su plan de vida,⁵⁸⁹ entre las que la autonomía reproductiva es vital, misma que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, *convertirla en un instrumento para el logro de determinados fines*⁵⁹⁰ *reproductivos e infligirle sufrimientos morales deliberados*⁵⁹¹.

Ahora bien, sobre todo bajo la **acepción de dignidad humana como protectora de un ámbito de autonomía individual** y de la posibilidad de elección de un plan de vida- debe tomarse en cuenta que el ser humano es una unidad evolutiva que participa activamente en su propia personalidad, y es libre de elegir su destino y proyección que quiera dar de sí mismo a sus semejantes⁵⁹² en esa medida, es básico el respeto que se debe de dar a toda persona y el respeto significa, valorar a los demás, acatar su autodeterminación y considerar su dignidad⁵⁹³; de esta manera, la jurisprudencia constitucional ha entendido que los principios constitucionales (entre ellos la dignidad humana y sus corolarios) constituyen un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal⁵⁹⁴ **aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida**. Por lo que la evaluación de la proporcionalidad y razonabilidad de la penalización de aborto en los casos que se estudia, debe proyectarse en una doble perspectiva: desde el punto de vista del feto y desde el punto de vista de la mujer que lo ha concebido producto de violación o que a causa de malformaciones genéticas o congénitas hacen incompatibles la vida extrauterina del feto.

Dicha evaluación de proporcionalidad y razonabilidad en atención a la ponderación de derechos y de determinados bienes jurídicos no puede realizarse por parte de la ley penal en

⁵⁸⁹ Nuestro sistema constitucional ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, *que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de su personalidad y los derechos a la integridad*. 11. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 972-1990 de las catorce horas diez minutos del veintidós de agosto de mil novecientos noventa.

⁵⁹⁰ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución N° 1668 – 2010.

⁵⁹¹ Ver en el mismo sentido Op. cit. C-355-06.

⁵⁹² Ver en ese sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, Resolución N° 06506 - 1993 de las quince horas con tres minutos del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

⁵⁹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 11075 – 2012 de las nueve horas cinco minutos del diecisiete de agosto de dos mil doce y Resolución N° 02706 – 2016 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de febrero del dos mil dieciséis.

⁵⁹⁴ Ver en el mismo sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resoluciones 807 – 2016, 8124-2009, 3902-2009, entre otras.

detrimento de otros derechos que constituyen la razón misma de ser de la Constitución Política, entendida como un ordenamiento cuyo fin es hacer que la vida de los ciudadanos sea una práctica de la dignidad humana⁵⁹⁵. Consecuentemente, la dignidad humana se configura como un límite de las potestades punitivas del legislador, sin embargo, **esto no implica restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida; implica reconocer que esta obligación Estatal de protección no se traduce en la preservación de la vida sólo como un hecho meramente biológico, sino también los demás aspectos que de la vida se derivan**⁵⁹⁶. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta útil para procrear.⁵⁹⁷

iv) La salud y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

Al igual que la vida y la dignidad humana, la salud desempeña múltiples funciones en el ordenamiento constitucional; por un lado, se trata de un bien constitucionalmente protegido que justifica la adopción estatal de medidas positivas para su defensa y deberes en cabeza de los particulares, pero simultáneamente es un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado⁵⁹⁸. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en numerosas ocasiones que el derecho a la salud si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución Política *-aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados, catalogados como parte de los derechos constitucionales*

⁵⁹⁵ Ver en el mismo sentido Op. cit. C-355-06.

⁵⁹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 1915-1992 de las catorce horas y doce minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y dos. Considerando VIII.

⁵⁹⁷ Ver en el mismo sentido “El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.” desarrollado en Op. cit. C-355-06.

⁵⁹⁸ Ver en el mismo sentido Op. Cit. Sala Constitucional, Resolución No. 9220-2012; Op. Cit. Sala Constitucional, Resolución No. 1915-1992; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 10039 - 2004 de las catorce horas con treinta y nueve minutos del trece de setiembre del dos mil cuatro; y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 01003 - 2008 de las catorce horas y cincuenta y seis minutos del veintitrés de enero del dos mil ocho.

sociales, como el derecho a la seguridad social-⁵⁹⁹, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra Constitución:

*“(...) ya que éste -el derecho a la vida- es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo **el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan.**”⁶⁰⁰*

De acá podemos derivar que la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica, sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, como **la persona conforma un todo integral y completo**, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana, deben confluir todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.⁶⁰¹ En efecto, el derecho a la salud comprende no solo la salud física sino también la mental y psíquica, así la Sala Constitucional en diversas resoluciones, ha dejado la antigua concepción de «ausencia de enfermedad», y ha optado por concebirla como un **estado integral de la persona desde el punto de vista espiritual, emocional y físico**, siguiendo así las definiciones de la Organización Mundial de la Salud –OMS-, que en su acta constitutiva define el concepto «salud» como un estado completo de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades.⁶⁰²

Ahora bien, dejando en claro que el derecho a la salud es un derecho fundamental, integral, prestacional, autónomo⁶⁰³ y, además, en el caso de las mujeres se extiende a su salud

⁵⁹⁹ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución 1915-1992.

⁶⁰⁰ Ver entre otras Op. cit. Sala Constitucional, Resoluciones No. 1915-1992 y 10039 - 2004.

⁶⁰¹ Ver en este sentido a Op. cit. C-355-06.

⁶⁰² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 7602-2010 de las catorce horas y cuarenta y nueve minutos del veintisiete de abril del dos mil diez y Resolución 11222-2003 de las diecisiete horas con cuarenta y ocho minutos del treinta de setiembre del dos mil tres. -

⁶⁰³ Ana Virginia Calzada Miranda y Fernando Castillo Víquez. "El Derecho A La Salud Bajo El Sistema De Justicia Constitucional Costarricense". Documentos de Interés de la Sala Constitucional Costarricense. Octubre de 2012. p. 2-10. Accedido 28 de Marzo de 2019, <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/index.php/documentos-de-interes>

reproductiva⁶⁰⁴ íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva.⁶⁰⁵ Por su parte, el derecho constitucional a la salud, además de su contenido prestacional, también tiene el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren.⁶⁰⁶ Esta faceta del derecho a la salud, como derecho de defensa o libertad negativa está estrechamente ligado con el deber de los individuos de procurar el cuidado integral de la salud. Desde esta perspectiva podrían resultar inconstitucionales las medidas adoptadas por el legislador que restrinjan desproporcionadamente, innecesariamente e inidóneamente el derecho fundamental de los ciudadanos, en este caso a la salud de una persona, aun cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros.⁶⁰⁷ **En efecto, tomados en cuenta los anteriores factores, *prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado costarricense imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.**

⁶⁰⁴ V.g. Op. cit. Sala Constitucional, Resolución 9220-2012. Con especial atención al considerando IV.- Sobre el derecho a la salud de las mujeres.

⁶⁰⁵ Op. Cit. C-355-06.

⁶⁰⁶ Op. cit. Sala Constitucional, Resoluciones No. 9220-2012; 1992-1915, y 10039-2004.

⁶⁰⁷ Sobre los principios de razonabilidad, proporcionalidad y tipicidad en materia penal la Sala Constitucional ha reconocido en anteriores oportunidades que el principio de razonabilidad surge del llamado "debido proceso sustantivo", que significa que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca, de modo que cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad, lo cual sin duda también resulta de plena aplicación en materia penal. Así, ha reconocido la Sala que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que, si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción que será adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 18486 – 2007 de las dieciocho horas y tres minutos del diecinueve de diciembre de dos mil siete.)

Adicionalmente, como se mencionó en acápites previos, el derecho a la salud tiene una esfera que interseca la dignidad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, lo que inherentemente se relaciona con la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud. Así, la jurisprudencia y doctrina nacional ha entendido que toda persona tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud, y por lo tanto prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad⁶⁰⁸ y el Estado en preservar la salud de las personas. Desde esta perspectiva todo tratamiento, intervención o procedimiento médico debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo en caso excepcionales.⁶⁰⁹ En atención a lo anterior nuestra Sala Constitucional ha reconocido de forma reiterada que, como parte de las obligaciones primarias y fundamentales del Estado, está el deber de respetar, proteger y garantizar el derecho fundamental a la salud de sus habitantes.⁶¹⁰ Es de desatacar que el anterior reconocimiento nunca se ha hecho en resoluciones que expresamente aborden el tema del aborto, sin embargo llevado lógicamente el desarrollo jurisprudencial de Sala Constitucional se erigen los anteriores puntos como aplicables plenamente en el caso del aborto. Incluso, recientemente con el fin de garantizar *un nivel más elevado de protección*, la Sala ha reconocido al derecho fundamental a la salud su carácter de derecho fundamental autónomo⁶¹¹; así, dentro del ámbito de protección en materia de salud se incluyen distintos derechos de profunda relevancia para el objeto de estudio de esta tesis, entre los que cabe destacar el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva⁶¹². En relación con estos dos últimos cabe destacar que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y

⁶⁰⁸ Ver entre otras: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resoluciones N° 05024 - 2006 las diez horas cuarenta y nueve minutos del siete de abril del dos mil seis; Resolución N° 15584 - 2007 de las dieciocho horas dieciocho minutos del treinta de octubre del dos mil siete; Resolución N° 17729 - 2007 de las dieciséis horas del cinco de diciembre del dos mil siete.; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Resoluciones N° 01102 - 2010 de las catorce horas cincuenta minutos del catorce de setiembre de dos mil diez; Resolución N° 149 - 2012 de las ocho horas treinta y cinco minutos del nueve de febrero de dos mil doce.

⁶⁰⁹ Por ejemplo, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, II Circuito Judicial de San José, Resolución No. 77-2017 de las nueve horas cincuenta y dos minutos, del dos de marzo de dos mil diecisiete

⁶¹⁰ Por ejemplo, Op. cit. Sala Constitucional, Resoluciones No. 1915-1992, y 10039-2004.

⁶¹¹ En este sentido ver el cambio de criterio de Sala Constitucional sobre la autonomía del derecho a la salud en la Resolución N° 07768 - 2011 de las diecinueve horas y cincuenta y cuatro minutos del catorce de junio del dos mil once y Resolución N° 08876 - 2011 las quince horas y uno minutos del cinco de julio del dos mil once.

⁶¹² Ver en el mismo sentido a Op. Cit. C-355-06.

coerción que afecten la salud sexual y reproductiva **tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos descritos supra, pero principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer.** El derecho a estar libre de todas formas de violencia que afecten la salud sexual implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal y dignidad humana⁶¹³.

En conclusión, las distintas facetas del derecho a la salud implican distintos deberes estatales para su protección: por una parte, la protección a la salud como derecho autónomo obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para su protección. Sin embargo, por otro lado, como derecho fundamental la salud se erige como limitante a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben de forma irrazonable o desproporcionada la salud de las personas, aun cuando esto se procure para preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional.⁶¹⁴ En razón de lo anterior, corresponde entonces ejemplificar la proporcionalidad y la razonabilidad como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

v) La proporcionalidad y la razonabilidad como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

En numerosas decisiones nuestra Sala Constitucional ha afirmado la libertad y amplia configuración que tiene el legislador al establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también ha indicado que el poder legislativo cuenta con límites en esa labor, como el de respetar los derechos constitucionales, el derecho internacional público y

⁶¹³ *Ibíd.*

⁶¹⁴ Ver en este sentido: Sala Constitucional Resolución N° 02569 - 2012 de las diez horas cincuenta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil doce; Resolución N° 05374 - 2003 de las catorce horas con treinta y seis minutos del veinte de junio del dos mil tres; Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 1055-2013 de las doce horas y cero minutos del nueve de agosto del dos mil trece; y Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Resolución N° 00018 - 2017 de las nueve horas del dos de marzo de dos mil diecisiete.

atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad.⁶¹⁵ Bajo este supuesto la Sala ha entendido que:

“(…) a través del examen de la proporcionalidad y razonabilidad de una norma no se busca sustituir el poder de configuración del legislador, sino verificar que no se ha excedido en su actuación, afectando excesiva e innecesariamente derechos fundamentales con el objetivo de lograr un determinado fin válido. La razonabilidad es entonces parte integrante del control constitucional con el fin de asegurar que las leyes, y en general toda norma, no resulten en un ejercicio arbitrario y sin sentido del poder público, sino que respondan a necesidades y motivaciones reales. Ahora, en este tema específico de la forma en que debe responderse a las necesidades y exigencias de la vida en sociedad, no existe algo así como “la mejor solución” o “la solución correcta” de la que quepa decir que es netamente “mejor” o “superior” a las demás posibles. Por el contrario, es necesario partir de una premisa fundamental y es que lo normal es la existencia de un conjunto más o menos amplio de opciones que pueden en un momento determinado resultar razonables y adecuadas para el logro de la finalidad que se persigue. Igualmente, tampoco debe desconocerse que en el ejercicio de este balance de elementos que inciden para la toma de una decisión, pueden entrar a jugar incontables elementos de juicio, todo ello dependiendo de la profundidad y alcance con que se quiera abordar la cuestión de cuáles son los medios adecuados a los fines perseguidos. Por ello el concepto de razonabilidad como parámetro de constitucionalidad se ha abordado y entendido bajo la figura de un marco que delimita una variedad de actuaciones que pueden aceptarse, todas, como razonables, de modo que solamente aquellos actos que se ubican fuera de ese marco, deben tenerse como irrazonables y por ende inconstitucionales(…)”⁶¹⁶

De lo anterior resulta concluyente que el poder legislativo tiene bajo sus potestades la elección de las diferentes medidas a su alcance para la protección de los bienes de relevancia constitucional, incluidas entre ellas la posibilidad de adoptar disposiciones legislativas de carácter penal con sanciones de cárcel y medidas menos gravosas. En relación con el límite de la potestad legislativa punitiva en razón de la razonabilidad y proporcionalidad se ha establecido que:

⁶¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 3732-2014 de las quince horas treinta minutos del dieciocho de marzo de dos mil catorce.

⁶¹⁶ Op. cit. Sala Constitucional. Resolución No. 3732-2014.

*“(…) la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección (...)”*⁶¹⁷

Ahora, concretamente sobre el principio de razonabilidad como parámetro de constitucionalidad, se ha establecido por medio de construcción jurisprudencial⁶¹⁸ que las leyes y, en general, las normas requieren para su validez una revisión de fondo por su concordancia con los principios y valores supremos de la Constitución, tanto de forma material como formal⁶¹⁹, así es necesario que se cumplan con varios “estadios” de la razonabilidad. Sea la **razonabilidad técnica** (proporcionalidad entre medios y fines), la **razonabilidad jurídica** (adecuación a la constitución en general y a los derechos y libertades reconocidos por ella [parámetro de constitucionalidad / convencionalidad]) y **razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales** (no imponer a esos derechos cargas mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad)^{620 621}. También, de la doctrina alemana se ha incorporado que para que una norma sea “razonable” debe incorporar **legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto**, los cuales han sido reconocidas por nuestra jurisprudencia constitucional de la siguiente manera:

*“[...] **La legitimidad** se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; **la***

⁶¹⁷ Op. cit. C-355-06.

⁶¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resoluciones N° 10153 - 2001 de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del diez de octubre del dos mil uno.; Resolución N° 04451 - 2002 de las quince horas con trece minutos del quince de mayo del dos mil dos.-; Resolución N° 01739 - 1992 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos; 03933-98, de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho; 8858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho; 05236-99, de las catorce horas del siete de julio de mil novecientos noventa y nueve y 2858-00, de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del veintinueve de marzo del dos mil.

⁶¹⁹ Op. Cit. Sala constitucional, Resolución 10153-2001.

⁶²⁰ Centro de Información Jurídica en Línea. Informe de Investigación CIJUL. “Principios Constitucionales de Razonabilidad y Proporcionalidad”. 2017. pp. 7-8.

⁶²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 08508 - 2016 de las once horas y treinta minutos del veintidós de junio del dos mil dieciséis.

***idoneidad** indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; **la necesidad** significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y **la proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo (...)*⁶²².

En el mismo sentido, y ampliando cada uno de los conceptos, Sala Constitucional en sentencia número 08858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, desarrolló las pautas para el análisis de razonabilidad en las normas de carácter general limitativas de derechos:

*“(...) Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. **La necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que **si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados**. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. **La idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, **la proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que **la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad**. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.”*⁶²³

⁶²² Op. cit. Sala Constitucional, Resolución N° 03933-98.

⁶²³ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución N° 08858-98 y N° 1739-1992.

Por otra parte, el principio de razonabilidad y proporcionalidad operan al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos del modelo estatal costarricense- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible. Es necesario aplicar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad para decidir si el legislador penal, al penalizar el aborto en los supuestos que esta tesis expone, terminó afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.

Así, al enfrentar las normas que regulan el aborto en Costa Rica al juicio de proporcionalidad con los parámetros expuestos por la jurisprudencia constitucional costarricense podemos afirmar lo siguiente sobre dichas normas en los casos de aborto en mujeres embarazadas producto de violación y en el caso de aborto de mujeres embarazadas cuyo producto es incompatible con la vida extrauterina:

i) Sobre la necesidad de la medida:

La penalización del aborto en los casos mencionados (incompatibilidad extrauterina del feto y violación) solo podría ser necesaria si al no penalizar el aborto en dichos supuestos se estuviese desprotegiendo totalmente algún bien jurídico y si entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar dicho objetivo de protección jurídica se eligió la que afecta menos la esfera jurídica de la persona⁶²⁴. En razón de lo anterior se puede afirmar que la medida de penalización del aborto se computa necesaria solo si al dejar de penalizarla se violentaran "importantes intereses públicos", de esta manera, el quid del asunto descansa entonces sobre el derecho a la vida y/o el deber de protección Estatal a este derecho. Ahora bien, ya previamente en este trabajo de investigación se ha expuesto ampliamente como dentro del bloque de constitucionalidad el derecho a la vida no es un derecho absoluto, y la jurisprudencia constitucional previa (que afirmaba que dicho derecho era absoluto) no es aplicable en virtud de la sentencia Artavia

⁶²⁴ Op. cit. Sala Constitucional, Resoluciones No. 01739-92; No. 10153-2001; N.º 4451-2002; No. 03933-98; No. 8858-98; No. 05236-99 y 2858-00.

Murillo y el carácter vinculante de la Corte IDH. En esto fue clara nuestra Sala Constitucional en el criterio que debe aplicar posterior al fallo Artavia Murillo de la Corte IDH:

“(...) El Estado de Costa Rica tiene el deber de atender la orden de la CIDH, ya que, como parte de la Comunidad Internacional, es obligado por el principio de pacta sunt servanda, que obliga al país a acatar de buena fe las obligaciones convencionales suscritas en el ámbito internacional. Incluso, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 27 que "... Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..." De modo, que el Estado de Costa Rica está en la obligación de acatar el fallo de la Corte IDH, sin cuestionar su contenido y disposición, ya que la fuerza vinculante de esta sentencia es inherente a la lógica misma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a la naturaleza jurisdiccional de la Corte y a la admisión expresa de los Estados al reconocer la competencia de esa autoridad regional Paralelo al deber de obediencia de la sentencia, se halla la eficacia que esta tiene frente a las autoridades internas del Estado obligado. Cuando un fallo con carácter de cosa juzgada es dictado contra el Estado parte de un proceso contencioso internacional, sus autoridades internas están sometidas al contenido de esa sentencia y están en la obligación de velar por la ejecución de tal fallo, y así garantizar el respeto de la Convención Americana. (...)”⁶²⁵

Así la concepción previa, absolutista del derecho a la vida, no puede justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida, tal y como lo hizo la Sala Constitucional Costarricense previo a Artavia Murillo imponiendo que la “vida” iniciaba en la concepción, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten⁶²⁶, criterio no acorde con el parámetro de convencionalidad. Por lo que la difícil cuestión de si un feto es persona, y si entonces es sujeto de derechos que una norma penal NECESITA proteger (y la consiguiente existencia de la necesidad de la penalización del aborto) no debería resolverse con un argumento puramente lingüístico en el que la interpretación literal – gramatical del término persona o ser humano no incluya al feto. Al igual que la interpretación científica que escogió Sala Constitucional previo a Artavia Murillo, un argumento meramente literal gramatical intentaría

⁶²⁵ Op. Cit. Sala Constitucional, Resolución N° 01692 – 2016.

⁶²⁶ Op. Cit. Corte IDH, Artavia Murillo vs. Costa Rica. párr. 185.

resolver una categoría legal por medios “no legales”. Lo requerido entonces para afirmar la necesidad jurídica de la norma es fundamento jurídico suficiente que cimente dicha alegada necesidad de proteger el alegado derecho a la vida del feto, y lo cierto es que no existe dentro de la normativa constitucional ni dentro del bloque de constitucionalidad fundamento jurídico alguno que sustente lo anterior, más aún si existe fundamento jurídico convencional vinculante y normativa pública internacional en materia de derechos humanos que ha llevado a resultados coincidentes en el sentido de que **el no nacido no puede ser entendido como persona depositaria de derechos para efectos del articulado que protege el derecho a la vida en el bloque de constitucionalidad.**⁶²⁷ **Por lo que no se justifica entonces la necesidad del articulado penal en relación a la protección de un derecho del que no puede ser titular.**

Para hilar más delgado, concretamente sobre el análisis de necesidad en el caso de un aborto en un embarazo cuyo feto es incompatible con la vida extrauterina los avances tecnológicos en el área de la medicina obstétrica, permiten diagnosticar cada vez más, malformaciones del feto, las cuales pueden llegar a hacer incompatibles la vida por fuera del útero materno. La mayoría de estas anomalías fetales no se pueden diagnosticar sino hasta la semana décimo catorce de

⁶²⁷ Principalmente la Convención Americana, el protocolo de San Salvador, la Declaración Americana, la Declaración Universal de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido de que ninguno de estos cuerpos normativos le otorga el estatus de “persona” al feto. Al analizar cada uno de los cuerpos normativos (según su interpretación corriente de los términos, sistemática, histórica y evolutiva) e incluso sus trabajos preparatorios no es factible sostener que el no nacido pueda ser considerado “persona” ni que sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos tratados. Más aún, como se expuso en el título I de esta tesis, respecto al artículo 4.1 de la CADH, 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 la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador. Así como según los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración: los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son “inherentes desde el momento de nacer”. Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido. También, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas. Ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño) el Comité de Derechos Humanos habla de un derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales a los informes de los Estados de Argentina en el 2000, Bolivia en 1997, Costa Rica en 1999, Chile en 1999, El Salvador en 2003, Ecuador en 1998, etc., ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal, y que el “derecho a la vida” entonces solo puede ser adjudicado a las “persona” y el feto bajo los derechos otorgados en instrumentos de derecho internacional público (per el análisis hecho supra) no es persona.

embarazo⁶²⁸ y este tipo de malformaciones generalmente permiten un desarrollo intrauterino relativamente normal, sin embargo fuera del vientre materno el feto es incompatible con la vida, por lo que desde un análisis jurídico no podemos hablar de una desprotección por parte del Estado al derecho a la vida. Máxime si se toma en cuenta el anterior razonamiento en el que titular del derecho a la vida solo puede ser la “persona”, que jurídicamente hablando no incluye al feto. Razón por la cual, si en el ideario del legislador de 1970 la supuesta necesidad de penalización nacía de una directa referencia a la existencia de una base fáctica que hacía preciso proteger algún bien jurídico (en el ideario del legislador de 1970 el bien jurídico vida del feto) y con los avances tecnológicos del siglo XXI se puede demostrar científicamente que la vida del feto en los supuestos de algún tipo de malformación congénita o genética hacen incompatible su existencia extra uterinamente, entonces se podría afirmar que bajo este supuesto no existe bajo ninguna arista una necesidad, entonces realmente no existe ninguna lesión a ningún bien jurídico, ergo no existe tampoco necesidad para la medida.

Por otro lado, sobre la necesidad de la medida, concretamente en el caso de aborto en embarazo producto de la violación se debe mencionar que nuestra jurisprudencia constitucional ha sido clara en que **el derecho a la vida de la persona no protege únicamente la existencia biológica de la persona**, sino también los demás aspectos que de ella se derivan⁶²⁹ De acá podemos derivar que la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica, sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, **como la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana deben confluír todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.**⁶³⁰ Por lo que aun cuando el fin el fin perseguido por el legislador al tipificar el aborto, era proteger el bien jurídico vida del que está por nacer, más no

⁶²⁸ Ver en el mismo sentido los argumentos de la demandante Mónica del Pilar Roa López en Op. Cit. C-355-06.

⁶²⁹ Ver supra sección “*La salud y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal*”; y ver entre otras Op. cit. Sala Constitucional, Resoluciones 1915-1992; 10039-2004; y 1003-2008.

⁶³⁰ Ver en este sentido a Op. cit. C-355-06.

proteger el derecho fundamental a la vida (en general) existía un choque de derechos que se debió ponderar.

La anterior afirmación responde a la integridad del derecho a la vida de la mujer en contraposición a la potencialidad del bien jurídico vida del feto; es decir, si bajo el bloque de constitucionalidad ningún derecho fundamental reconocido ni ningún bien jurídico puede contrariar la dignidad humana entonces últimamente el respeto de la dignidad cobra mayor importancia, de forma tal que es contrario a la dignidad humana toda forma de sujeción o de degradación de la persona, lo cual genera la imposibilidad de considerar permitida cualquier actividad que tienda a colocar al ser humano como un objeto.⁶³¹

En consecuencia, **obligar a una mujer violada a continuar con el embarazo producto de dicha violación aún contra su voluntad supondría arrebatarse brutalmente a esta mujer su condición ética, violentarle su derecho a salud integral en el caso de trauma por violación, reducirla a la condición de objeto (cosificarla) y convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen**⁶³², a todas luces contradictorio con la jurisprudencia constitucional que establece contrario a la dignidad del ser humano cualquier pretensión de convertirlo en un instrumento para el logro de determinados fines, aun cuando dichos fines sean fundamentales y, por ende, puedan también ser considerados como lícitos.⁶³³

Más específico aún, respecto de la mujer el ámbito de protección de su dignidad humana se debe incluir las decisiones relacionadas con su plan de vida⁶³⁴, entre las que la autonomía reproductiva es vital, la cual se ve a todas luces truncada cuando ésta es desposeída de dicha autonomía al ser violada, producto de esta violación quedar embarazada y más aún ser exigida por parte del Estado llevar a término dicho embarazo no deseado, convirtiendo así a la mujer en un instrumento para el logro de determinados fines reproductivos, infringiéndole sufrimientos morales deliberados⁶³⁵.

⁶³¹ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución No. 1668-2010.

⁶³² Ver en el mismo sentido Op. cit. C-221/94.

⁶³³ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución No. 1668-2010.

⁶³⁴ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución No 972-1990.

⁶³⁵ Ver en el mismo sentido Op. cit. C-355-06.

Consecuentemente, la dignidad humana y la salud psicológica de la mujer que gesta un embarazo no deseado producto de violación se configura como un límite en el choque de derechos de la vida del feto y la vida de la mujer; por lo que al reconocer que la obligación Estatal de protección a la vida no se traduce en la preservación de la vida sólo como un hecho meramente biológico, sino también los demás aspectos que de la vida se derivan se traduce en la inexistencia de la necesidad de la medida legislativa.

En tal sentido, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta útil para procrear. La tipificación de la conducta punible de aborto no es entonces necesaria por no ser la medida indicada para conseguir el fin perseguido. Existente medidas más razonables y menos limitativas de los derechos fundamentales de las mujeres que están siendo vulnerados, como la formación sexual y reproductiva desde la infancia, la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas a toda la población, la igualdad de oportunidades a todos los miembros de la sociedad para acceder a los mecanismos de protección y garantía de sus derechos, así como el acceso a la oferta de bienes y servicios⁶³⁶; no pasando entonces el “estadio de necesidad” en el test de razonabilidad la penalización del aborto en los supuestos presentados.

ii. Sobre la idoneidad de la medida:

A pesar de la exposición supra sobre la falta de “necesidad” bajo el principio de razonabilidad de la penalización en los supuestos que esta tesis abarca, si el lector considerase que sí existe “necesidad” esta sección recuerda que es necesario que confluyan los 3 elementos del principio de razonabilidad⁶³⁷, por lo que a continuación se explica por qué la medida además de ser innecesaria es inidónea.

⁶³⁶ Op. cit. C-355-06.

⁶³⁷ “Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional.” Op. Cit. Sala Constitucional, Resolución 10153-2001.

Hay que hacer la salvedad de que no podemos partir de la premisa para analizar si la penalización del aborto (en los casos de que esta tesis aborda) es idónea para proteger el bien jurídico “vida del feto”, porque normativamente no existe un cuerpo nacional, constitucional ni internacional que le otorgue al no nacido derecho a la vida⁶³⁸, pero al existir una diferenciación entre el derecho a vida, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución podemos analizar la idoneidad (o inidoneidad) de la medida para proteger los intereses susceptibles de protegerse. Es decir, mientras el feto no nazca lo que existen son prestaciones en favor de este, sin que ello traiga consigo un reconocimiento de personalidad jurídica⁶³⁹. En este orden de ideas, la idoneidad de la medida se debe hacer por medio de quien sí tiene personalidad jurídica y derechos (la mujer gestante, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer) y sobre las potencialidades de intereses susceptibles de protegerse. Más aún, si la pretensión se encamina a proteger al que está por nacer en su potencialidad de vida y su bien jurídico vida, sin duda existen deberes activos para el Estado. Entonces la protección de la potencialidad vida como bien jurídico es, sin duda, un deber activo, pues implica cuidar, favorecer, defender. Implica una interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento.⁶⁴⁰ Esta protección no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros. Por eso, no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella.⁶⁴¹ El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer, por lo que la idoneidad de la medida se debe analizar respecto de ésta.

Así las cosas, en nuestro desarrollo jurisprudencial constitucional una medida restrictiva (como la penalización del aborto) se puede clasificar como inidónea si la restricción no satisface

⁶³⁸ Ver supra sección “Dualidad vida-aborto”.

⁶³⁹ Ver el mismo razonamiento expuesto en Op. cit. C-355-06.

⁶⁴⁰ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de Requerimiento de Inconstitucionalidad rol N° 3729-2007, del 28 de agosto, 2017. Considerando “cuadragésimoséptimo”.

⁶⁴¹ *Ibíd.*

efectivamente el objetivo pretendido⁶⁴². Entonces, la penalización del aborto en embarazos producto de violación y en embarazos incompatibles con la vida extrauterina no computan una medida idónea si no se garantiza el fin perseguido, es decir, **su idoneidad en términos de eficacia no justifica constitucionalmente su imposición**⁶⁴³. Si el fin de la norma es evitar el aborto para proteger la vida, se debe entender que la medida de tipificar el aborto, no ha conseguido sus fines propuestos: proteger la vida de las personas. Por el contrario, ha llevado a que las mujeres gestantes de un embarazo no deseado en dichas condiciones acudan a lugares clandestinos⁶⁴⁴, usualmente carentes de condiciones mínimas de higiene, creando así un mercado ilegal de servicios médicos⁶⁴⁵, con lo cual el fin buscado de proteger la vida se ve truncado. Además se pone en alto riesgo otros derechos como la dignidad y la salud, visto el gran número de mujeres que muere tratando de interrumpir de manera clandestina, un embarazo no deseado.⁶⁴⁶

iii. Sobre la proporcionalidad en sentido estricto.

Al realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto es necesario identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada. En razón de lo anterior y atendiendo al bloque de constitucionalidad, es necesario llamar la atención de que el legislador debió ponderar no solo el bien jurídico vida del feto con el derecho a la vida de la

⁶⁴² Ver en este sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 13575 - 2007 de las catorce horas y treinta minutos del diecinueve de septiembre del dos mil siete.

⁶⁴³ Ver en este sentido argumentos de Corporación Casa de la Mujer en Op. cit. C-355-06.

⁶⁴⁴ Ver en este sentido a Cristian, Gómez Ramírez. *"Estimación del aborto inducido en Costa Rica, 2007 Informe De Resultados"*, Asociación Demográfica Costarricense. 1 edición- San José, Costa Rica. Junio de 2008. Accedido 3 de mayo de 2019, www.adc-cr.org/aborto_inducido.pdf; a Elena Arce S, *"Interrupción del embarazo en Costa Rica: Un derecho sexual y reproductivo negado a las mujeres"* Periódico El País, 18 de marzo de 2018. Accedido 3 de mayo de 2019, <https://www.elpais.cr/2018/03/18/interrupcion-del-embarazo-en-costa-rica-un-derecho-sexual-y-reproductivo-negado-a-las-mujeres/>; a Karla Barquero, *"Mayoría de habitantes asegura que es fácil acceder a un aborto clandestino en Costa Rica"*, Periódico La República, 15 de enero, 2019, Accedido 3 de mayo de 2019, <https://www.larepublica.net/noticia/mayoria-de-habitantes-asegura-que-es-facil-acceder-a-un-aborto-clandestino-en-costa-rica>; Karla Pérez González. *"Un 54% de costarricenses considera fácil acceso a aborto clandestino en el país"*, Periódico Digital El Mundo CR, 25 de diciembre 2018. Accedido 3 de mayo de 2019, <https://www.elmundo.cr/costa-rica/un-54-de-costarricenses-considera-facil-acceso-a-aborto-clandestino-en-el-pais/>

⁶⁴⁵ Ver Op. cit. Estimación del aborto inducido en Costa Rica.

⁶⁴⁶ Op. cit. Corporación Casa de la Mujer en C-355-06.

mujer gestante, sino todos los demás derechos en juego en cabeza de la mujer embarazada⁶⁴⁷, puesto que ya se ha dejado claro que bajo una interpretación acorde con el fin de la CADH no es admisible argumentar que las normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y por ello pretender hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Es decir, es necesario (siguiendo el criterio de Sala Constitucional) hacer una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados, para asegurarse no estar imponiendo a esos derechos cargas mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.⁶⁴⁸

Así, aun cuando el legislador costarricense de 1970 decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger el derecho a la vida en gestación y se ha dejado claro que el feto no puede ser depositario de derechos subjetivos por no tener la condición de persona, si el anterior criterio no fuese compartido aun así la decisión de proteger al feto **no implica automáticamente que el legislador estuviese obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger al feto**, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: aún si no resultare desproporcional la protección del feto mediante medidas de carácter penal **la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, el bien jurídico vida del feto, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada**, lo cual al ser comparado cuantitativamente resulta a todas luces una medida desproporcional. Bajo este razonamiento no puede ser “exigible” ni resulta proporcionado o razonable que el Estado costarricense imponga a una mujer la obligación de sacrificar su propia salud, dignidad, autodeterminación, etc., en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos fuesen constitucionalmente relevantes.

⁶⁴⁷ Tal y como se han ido desarrollando a lo largo de esta tesis, dentro de los derechos de la mujer gestante se incluyen sus derechos a la dignidad, a la integridad corporal, al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, derecho a la salud (no solo física sino psicológica, reproductiva y sexual), derecho a la planificación familiar, a la autodeterminación reproductiva, derecho a la intimidad, el derecho a decidir el número de hijos, derecho a no discriminación, a la privacidad, a la atención de salud, los beneficios del progreso científico, derecho a la prohibición de tortura, derecho a prohibición al embarazo forzado, derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida e integridad, libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que cada individuo se desarrolla, etc.

⁶⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 4185 - 2014 de las catorce horas treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil catorce.

Si bien es cierto, se puede aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, de ahí no se puede deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. *Aceptar un argumento semejante obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo*⁶⁴⁹. Por lo que en casos como los expuestos en esta tesis, la proporcionalidad entre los derechos sacrificados (derechos de la mujer) y el bien jurídico vida del feto es absolutamente nula.

En conclusión, si bien el legislador penal tiene bajo sus potestades un amplio margen de configuración punitiva, dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales y los tratados de derechos humanos, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud en conexidad con la vida, la integridad de las personas, etc.³⁷ En razón de lo anterior y atendiendo al bloque de constitucionalidad, es necesario que la ley, como instrumento vivo reflejo de la sociedad, se exponga constantemente a un juicio de constitucionalidad, convencionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En el caso concreto de estudio de esta tesis, atendiendo a la evolución de la sociedad, la aceptación de los derechos humanos de la mujer, tomando en cuenta que los conceptos y estructuras sociales son mutantes en el tiempo, espacio y sociedad y que la relación dinámica con el derecho debe mantenerse en constante movimiento para evitar transgresiones excesivas o desfases en el Derecho⁶⁵⁰. Por lo que al traer a tiempo real el juicio de proporcionalidad y razonabilidad hecho en 1970 al tipificar el aborto, se puede afirmar la existencia de **legislación desactualizada cuyo propósito original de proteger el bien jurídico vida del feto, terminó afectando de manera irracional y desproporcionada los derechos de la mujer, transgrediendo los límites dentro de los cuales se puede ejercer el margen de configuración legislativo**, violentando la necesaria proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida y el bloque de constitucionalidad costarricense.

⁶⁴⁹ Op. cit. C-355-06

⁶⁵⁰ Op. cit. Sala Constitucional, Resolución No. 3865-2016.

CONCLUSIONES

Al haber analizado la necesidad de despenalizar el aborto en los casos de embarazo producto de violación y de malformaciones congénitas del feto incompatibles con la vida extrauterina bajo la dualidad “vida-aborto” confrontada en los supuestos legales relacionados con los bienes jurídicos en juego y su tutela en el bloque de constitucionalidad se puede concluir que:

- *El centro de la despenalización del aborto se ha fijado inicialmente en el derecho a la vida, el alcance de este derecho y la titularidad del mismo:*
 - Previo al fallo Artavia Murillo vs. Costa Rica nuestra Sala Constitucional privilegió una determinada interpretación para el derecho a la vida, fundamentándose en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño y en el artículo 4.1 de la CADH, abrogándole al no nacido un supuesto “derecho a la vida”.
 - Producto de esta interpretación la Corte IDH en el caso Artavia Murillo vs Costa Rica realizó una interpretación auténtica de su convención, concluyendo que solo pueden ser recipientes de los derechos contenidos en la Convención las “personas” y “seres humanos”. Al hacer dicha afirmación se vio en la necesidad de determinar que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1 “derecho a la vida”, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto al "ser humano" y “persona”, de forma que al analizar todos los artículos en que se hace mención a dichos términos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos.
 - Al analizar el bloque de constitucionalidad que protege el derecho a la vida, principalmente la Convención Americana, la Declaración Americana, la Declaración Universal de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño, se determina que ninguno de estos cuerpos normativos le otorga el estatus de “persona” al feto. Al someter cada uno de los cuerpos normativos a criterios de interpretación legal (su

interpretación corriente de los términos, sistemática, histórica y evolutiva) e incluso sus trabajos preparatorios no es factible sostener que el no nacido pueda ser considerado “persona” ni que sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos tratados:

- Según los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración; el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son “inherentes desde el momento de nacer”. Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.
 - De los trabajos preparatorios del Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos se vislumbra que en diferentes ocasiones se intentó incluir la protección del derecho a la vida desde la concepción, pero en todas las oportunidades fue rechazado y se excluyó dicha protección, por lo que del PIDCP tampoco se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.
 - De la Convención sobre los Derechos del Niño, aun cuando su Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.
- La Corte IDH al margen de la interpretación sistemática e histórica, concluyó que la Sala Constitucional costarricense se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 para fundamentar la protección absoluta al derecho a la vida del embrión. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención, así como tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios de

los tratados internacionales en materia de derechos humanos o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

- *El derecho a la vida no es un derecho absoluto:*
 - Mediante los diversos métodos de interpretación se arribaron a resultados coincidentes, en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, ni para ninguno de los cuerpos internacionales de derechos humanos analizados; y que dicho artículo no contempla una protección absoluta al derecho a la vida, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.
 - La finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula "en general" de dicho artículo 4.1. tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos sino permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto.
 - Respecto al artículo 4.1 de la CADH, 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 la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador.

- *El derecho a la vida y la vida como bien jurídico protegido computan diferencias legales:*
 - Existen diferentes tratamientos normativos para la vida, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 21 de la Constitución Política, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución: el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos

está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición

- La vida como bien constitucionalmente protegido vincula a los poderes públicos en su protección. Dicha vinculación es en 2 sentidos, una de naturaleza positiva que obliga a la Asamblea a adoptar medidas que protejan la vida; y otra de carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, que se convierte en un límite a la potestad de configuración del legislador, al cual le quedaría entonces vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico
- *No existe un deber absoluto de protección al bien jurídico vida:*
 - Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional, la vida no tiene el carácter de bien jurídico absoluto ni de derecho absoluto, por lo que debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales
 - El derecho solamente reconoce personalidad jurídica a aquel ser que ha nacido, y por tanto posee derechos ciertos. En otras palabras, mientras el ser no nazca lo que existen son intereses susceptibles de protegerse, o más exactamente prestaciones en favor de este, sin que ello traiga consigo que se le esté reconociendo personalidad jurídica. En este orden de ideas, la confrontación existente debe plantearse entre la madre que tiene personalidad jurídica y derechos ciertos y actuales, frente al no nacido que carece de personalidad jurídica, que no tiene derechos subjetivos y que solo es objeto de prestaciones (y que por lo tanto solamente posee potencialidades).
 - No existe en el bloque de constitucionalidad un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, de la interpretación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y de sus trabajos preparatorios de cada uno de ellos sí se desprende la necesidad de ponderar el bien jurídico vida del feto con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución de cada estado

parte, así como de los contenidos en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado y fue hecha clara en *Artavia Murillo vs Costa Rica*.

- *El bloque de constitucionalidad se erige como límite a las potestades punitivas del legislador penal:*
 - Cualquier incompatibilidad normativa con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica también incompatibilidad con el bloque de constitucionalidad, por integración jurisprudencial a través del artículo 48 constitucional. En razón de lo anterior, todas las disposiciones normativas penales deben ajustarse al parámetro de convencionalidad y al bloque de constitucionalidad, lo cual implica que la potestad de configuración del legislador en materia penal no es irrestricta.
 - El artículo 105 de la Constitución Política establece como límite a la configuración del legislador los tratados conforme a los principios del Derecho Internacional; lo anterior en consonancia con el artículo 10 de la Constitución nos permite establecer que si bien el legislador goza de amplia competencia, la Constitución, la jurisdicción constitucional y el Derecho Internacional operan como un mecanismo de control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos, por lo que al existir un choque de valores jurídicos dentro de una norma es necesario realizar el juicio de ponderación respectivo para determinar si se ha sobrepasado este límite a la potestad punitiva del legislador soslayando otro u otros derechos fundamentales.
 - En el caso de la penalización del aborto deben ponderarse todos los derechos de la mujer que entran en choque con las potencialidades del feto (vida como bien jurídico, no como derecho) para poder someter a un juicio de proporcionalidad la penalización del aborto
 - Al hacer dicha ponderación de derechos para confrontarla con la legislación costarricense que penaliza el aborto en los supuestos que esta tesis defiende, se deben sopesar los derechos en conflicto, los cuales en cabeza de la mujer incluyen, pero no se limitan a:
 - Derecho a la dignidad humana: en sus diferentes acepciones, que implica la prohibición de cualquier actividad que tienda a colocar al ser humano

como un objeto; reducir a la mujer a la condición de objeto (cosificarla) y convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen, que en el caso de la madre implica que no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido, convertirla en un instrumento para el logro de determinados fines reproductivos e infligirle sufrimientos morales deliberados.

- Derecho a la dignidad humana como protectora del ámbito de autonomía individual y de la posibilidad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que cada individuo se desarrolla, consolidado bajo la línea jurisprudencial de Sala Constitucional en resoluciones como la N° 807-2016, 8124-2009 y 3902-2009.
- Derecho a la salud e integridad reconocido por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, en sus diferentes acepciones que incluyen la inexigibilidad de sacrificar la salud propia por la de un tercero. Esta faceta del derecho a la salud, como derecho de defensa o libertad negativa está estrechamente ligado con el deber de los individuos de procurar el cuidado integral (no solo físico) de la salud.
- Derecho a decidir el número de hijos y derecho a decidir no procrear, consagrado en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, concatenado al derecho humano fundamental de los padres “a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos” consagrado en la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán.
- Derecho a autonomía sexual y reproductiva, derecho a controlar las cuestiones relativas a su sexualidad y proscripción del embarazo forzado consagrado en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, aprobada por CR en la 16ª sesión plenaria el 15 de septiembre de 1995
- Derecho a la igualdad de género y vivir libre de violencia de género: CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones constituyen una

barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente (Carta Naciones Unidas: principio de igualdad y Convención CEDAW artículo 2: prohibición de discriminación según género)

- Prohibición de embarazo forzado, para el caso de embarazo producto de violación, consagrado en el Estatuto de Roma, Art 7.g.
 - Derecho a la intimidad y autodeterminación sexual violentada en el embarazo producto de violación.
- La proporcionalidad y razonabilidad se erigen como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal:
 - Las leyes y, en general, las normas requieren para su validez una revisión de fondo por su concordancia con los principios y valores supremos de la Constitución, *un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional*. El principio de razonabilidad y proporcionalidad operan entonces al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos del modelo estatal costarricense– debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.
 - El legislador penal afectó de manera desproporcionada los derechos de la mujer en la penalización del aborto en los casos de violación y en los casos de malformación congénita del feto que hacen su vida extrauterina incompatible, transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración: Al enfrentar las normas que regulan el aborto en Costa Rica al juicio de proporcionalidad con los parámetros expuestos por la jurisprudencia constitucional costarricense podemos afirmar que la medida de penalización del aborto en los supuestos que esta tesis defiende:
 - *No es necesaria*: solo podría ser necesaria si al no penalizar el aborto en dichos supuestos se estuviese desprotegiendo totalmente algún bien jurídico y si entre

varias medidas igualmente aptas para alcanzar dicho objetivo de protección jurídica se eligió la que afecta menos la esfera jurídica de la persona. El quid del asunto descansa sobre el derecho a la vida, el cual no es absoluto y la jurisprudencia constitucional previa (que afirmaba que dicho derecho era absoluto) no es aplicable en virtud de la sentencia Artavia Murillo y el carácter vinculante de la Corte IDH. Para afirmar entonces la necesidad jurídica de la norma se necesitaría un fundamento jurídico suficiente que cimente la alegada necesidad de proteger el derecho a la vida del feto, y lo cierto es que no existe dentro de la normativa nacional, constitucional ni dentro del bloque de constitucionalidad fundamento jurídico alguno que sustente lo anterior, más aún si existe fundamento jurídico convencional vinculante y normativa pública internacional en materia de derechos humanos que ha llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el no nacido no puede ser entendido como persona depositaria de derechos para efectos del articulado que protege el derecho a la vida en el bloque de constitucionalidad. Excluyendo al feto como persona y pregonando la protección del bien jurídico vida a través de la mujer gestante, por lo que no se justifica entonces la necesidad del articulado penal en relación a la protección de un derecho (derecho a la vida) del que no puede ser titular.

- *No es idónea*: Al no existir normativamente un cuerpo nacional, constitucional o internacional que le otorgue al no nacido derecho a la vida se determina incompatible el análisis de idoneidad en esta arista, pero al existir una diferenciación entre el derecho a vida, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución podemos analizar la idoneidad (o inidoneidad) de la medida para proteger los intereses susceptibles de protegerse.
 - Al analizar la idoneidad por medio de quien sí tiene personalidad jurídica y derechos (la mujer gestante, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer) se determina que la penalización del aborto en embarazos producto de violación y en embarazos incompatibles con la vida extrauterina no computan una medida idónea por no garantizar el fin perseguido, es decir, su idoneidad en términos de eficacia no justifica constitucionalmente su imposición. Si

el fin de norma es evitar el aborto para proteger la vida, se debe entender que la medida de tipificar el aborto, no ha conseguido sus fines propuestos: proteger la vida de las personas. Por el contrario, ha llevado a que las mujeres gestantes de un embarazo no deseado en dichas condiciones acudan a lugares clandestinos, con lo cual el fin buscado de proteger el derecho a la vida se ve truncado.

- No es proporcional: la penalización del aborto en el caso de malformaciones congénitas que hacen la vida extrauterina incompatible y en el caso de violación implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego (potencialidad del bien jurídico vida en el feto) y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo cual al ser comparado cuantitativamente resulta a todas luces una medida desproporcional.
 - La prevalencia absoluta de la protección del valor jurídico vida supone un total desconocimiento de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, su salud entendida de forma íntegra, la igualdad y no discriminación, equidad de género, libertad, integridad personal e integridad corporal, al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, el derecho a la planificación familiar, al estar libre de violencia, el derecho a la no tortura, a la libre determinación y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.
 - La potencialidad de vida como bien jurídico es, sin duda, un deber activo, pues implica cuidar, favorecer, defender, pero no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existan medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros.
- El Código Penal costarricense debe ser modificado para despenalizar el aborto en los casos de embarazos producto de violación y en casos de embarazos con alteraciones congénitas y/o genéticas que hacen el producto de la concepción incompatible con la vida extrauterina:

- Obligar a una mujer violada a continuar con el embarazo producto de dicha violación aún contra su voluntad supondría arrebatarse brutalmente su condición ética, violentarle su derecho a salud integral en el caso de trauma por violación, reducirla a la condición de objeto (cosificarla) y convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen, a todas luces contradictorio con la jurisprudencia constitucional que establece contrario a la dignidad del ser humano cualquier pretensión de convertirlo en un instrumento para el logro de determinados fines, aun cuando dichos fines sean fundamentales y, por ende, puedan también ser considerados como lícitos.
- Lo anterior no implica restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida; implica reconocer que la obligación Estatal de protección no se traduce en la preservación de la vida sólo como un hecho meramente biológico, sino también los demás aspectos que de la vida se derivan. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta útil para procrear.
- En relación con la hipótesis planteada al inicio de esta investigación se debe concluir que la misma no es acertada; si bien el criterio en otros países para despenalizar el aborto ha circundado alrededor de la exclusión de penalidad en los embarazos producto de violación y en casos de embarazos con alteraciones congénitas que hacen el producto de la concepción incompatible con la vida extrauterina por la confrontación de bienes jurídicos y valores constitucionales, no de equivalente rango, sino de bienes jurídicos de diferente valor siendo superiores los de la mujer por sobre los del feto, la realidad parlamentaria costarricense implica un legislativo con mayoría fraccionaria ultra conservadora y una sociedad no receptiva a la idea, de momento. Por lo que, a lo largo de la tesis el enfoque se desplazó a la inconstitucionalidad e inconveniencia de la norma. La exclusión del articulado del código penal que penaliza el aborto en los supuestos citados se debe dar no por decisión legislativa, sino por ser incompatible con los parámetros de derechos humanos convencionales y constitucionales.

En razón de los límites de configuración del legislador y atendiendo al bloque de constitucionalidad, es necesario que la ley, como instrumento vivo reflejo de la sociedad, se exponga constantemente a un juicio de constitucionalidad, convencionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En el caso concreto de estudio de esta tesis, al tipificar el aborto en 1970, se transgredieron los límites dentro de los cuales el legislador podía ejercer el margen de configuración legislativo, violentando la necesaria proporcionalidad y razonabilidad de la medida afectando asimismo de manera desproporcionada los derechos de la mujer costarricense y contraviniendo el derecho internacional público, los derechos humanos, el parámetro de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, por lo que el articulado de penalización en dichos supuestos debe ser expulsado del cuerpo normativo nacional.

BIBLIOGRAFÍA

I. Tesis

- Cabello Robertson, Javiera & Witker Jiménez, Constanza. “Análisis del aborto terapéutico tras la Ley n°21.030” Memoria para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2018.
- Calvillo Campos, Olivia Lizbeth. “*Análisis De La Despenalización Del Aborto En La Legislación Del Distrito Federal*”. Tesis para Obtener El Título De Licenciado En Derecho. Universidad Nacional Autónoma De México. México, Aragón. 2010.
- Duran García, Diana Yazmin. “*El Aborto: Un estudio comparativo sobre la Percepción, Creencias e Información de Mujeres Psicólogas, Religiosas, Abogadas y Médicas.*”, Tesis de licenciatura en psicología con incorporación a la UNAM, Universidad Insurgentes / Universidad Nacional de México, 2010.
- Gómez Roldán, Iris Roxana. “*Despenalización del aborto en casos de violación sexual e incesto: derecho fundamental de toda mujer a no ser torturada y re-victimizada*”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014.
- Gonzaga Flory, Jeffrey & Jiménez Robledo, Carlos. “Análisis de los Criterios de Oportunidad en las Políticas de Persecución Penal del Ministerio Público en concordancia con el Principio de Igualdad”. Tesis de Graduación para optar por el grado académico de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica . San José, Costa Rica. 2010.
- Guerrero Belmonte, Miriam. “Agregar al Código Penal para el Estado de Michoacán, que el aborto eugenésico sea una excusa de absolutoria”. Tesis para obtener el título de licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005.
- Morales Brenes, María Fernanda. “*Los derechos sexuales y reproductivos: Estudio y análisis legal del aborto no punible en Costa Rica.*” Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013.
- Oñate Cantero, María Araceli. “*Dialéctica libertad religiosa-laicidad*”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid. 2017.
- Tenando Méndez, Rosa Luz. “*Propuesta para la Despenalización del aborto, por causas congénitas y genéticas para anexar en el Código Penal Del Estado De Tabasco*” Tesis Profesional para obtener el Título de Licenciada en Derecho. Universidad De Sotavento A.C Estudios Incorporados a la Universidad Nacional Autónoma De México. Tabasco. 2010.
- Van De Ven Leal, Adriano. “*Análisis crítico de la regulación legal del aborto en Chile*” Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2018.

II. Artículos de Revistas Académicas, Periódicos o Informes no Gubernamentales y Publicaciones de Gobiernos

Agencia DPA y Redacción ElComercio.com "*Las posturas de los países de América sobre el aborto*". Diario Digital El Comercio. 14 de junio de 2018. Accedido 30 de mayo de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/posturas-aborto-legalizacion-america-mujeres.html>

Agencia IPS. "*El derecho al aborto en Cuba, en entredicho tras 50 años legalizado*" Diario CiberCuba. 2 de septiembre de 2017. Accedido 21 de mayo de 2019, <https://www.cibercuba.com/noticias/2017-09-02-u162416-e192519-nuevos-retos-derecho-al-aborto-cuba-tras-medio-siglo>

Aguirre Román, Javier; Silva Rojas, Alonso y Pabón Mantilla, Ana Patricia. "*Análisis de la sentencia C-355 del 2006 de la corte constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública en Diálogo con Ronald Dworkin*". Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 17, núm. 2, julio-diciembre, 2015. Universidad del Rosario Bogotá, Colombia. 2015.

Alfaro, Josué. "*Diputada del PUSC presenta proyecto de Estado laico: ¿Qué dice en su iniciativa?*". Periódico Semanario Universidad, 2 de mayo de 2019. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/pais/diputada-del-pusc-presenta-proyecto-de-estado-laico-que-dice-en-su-iniciativa/>

Alfaro, Josué. "24 diputados le piden a Carlos Alvarado no firmar norma técnica sobre aborto terapéutico". Semanario Universidad. 17 de enero de 2019. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/pais/24-diputados-le-piden-a-carlos-alvarado-no-firmar-norma-tecnica-sobre-aborto-terapeutico/>

Alonso Chacón, Paula. "*Costa Rica, Mujer y Ciudadanía*". Revista nuevo Humanismo. Vol. 2 (1) Enero- Junio. 2014.

Bonino, Anna; Gómez, Paula; Cetraro, Laura; Etcheverry, Gonzalo y Pérez, Walter. "*Malformaciones congénitas: incidencia y presentación clínica*". Archivos de Pediatría del Uruguay. Scientific Electronic Library Online SciELO. Volumen 77. No. 3. 2006. Accedido 9 de septiembre de 2019, www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S1688-12492006000300003&script=sci_arttext&tlng=pt

Alvarado, Josué. "*Grupo se manifiesta y pide un Estado laico para el país*". CRHoy.com, 10 de febrero de 2018. Accedido 9 de septiembre de 2019, "<https://www.crhoy.com/nacionales/grupo-se-manifiesta-y-pide-un-estado-laico-para-el-pais/>

Arango Olaya, Monica. "*El acceso al aborto terapéutico en Costa Rica*". Periódico La Nación, 16 de Junio de 2011. Accedido 2 de Octubre de 2017,

www.nacion.com/opinion/foros/acceso-aborto-terapeutico-Costa-Rica_0_1201879881.html.

- Arce, Elena. "*Interrupción del embarazo en Costa Rica: Un derecho sexual y reproductivo negado a las mujeres*" Periódico El País, 18 de Marzo de 2018. Accedido 3 de Mayo de 2019, <https://www.elpais.cr/2018/03/18/interrupcion-del-embarazo-en-costa-rica-un-derecho-sexual-y-reproductivo-negado-a-las-mujeres/>
- Ariza Navarrete, Sonia. "El derecho al aborto en Latinoamérica". 14 de marzo de 2018. Revista Código y Frontera. Universidad de Buenos Aires. Argentina. 2018. Accedido 8 de setiembre de 2019, www.codigoyfrontera.space/2018/03/14/el-derecho-al-aborto-en-latinoamerica/
- Armendáriz, Alberto; Pisani, Silvia; Fernández, Nelson; Lozano, Daniel; Mathus Ruiz, Rafael; Grunewald, Federico y González, Ricard. "*Aborto: cómo es la situación en España, EE.UU., Cuba, Venezuela, Brasil, Chile y Uruguay*", Diario LA NACION, Argentina. 23 de febrero de 2018, Accedido 24 de Mayo de 2019, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/aborto-como-es-la-situacion-en-chile-y-uruguay-nid2111611>
- Arroyo, Larissa. "*¿Aló, Costa Rica? La CEDAW llama.*", Periódico La Republica, 31 de Julio, 2017. Accedido 2 de Octubre de 2017, <https://www.larepublica.net/noticia/alo-costa-rica-la-cedaw-llama>
- Asociación Ciudadana ACCEDER, Asociación de Desarrollo LBGT, Asociación Esperanza Viva, Asociación MANU, Centro de Investigación y Promoción para América Central Derechos Humanos CIPAC, AGECO, Familias Homoparentales, Frente por los Derechos Igualitarios (FDI), Iglesia Luterana Costarricense, Peras del Olmo, Hivos, Movimiento Diversidad, Asociación Demográfica Costarricense, ICW Costa Rica, Colectivo Trans-Parentías, Colectiva Transcendientes, Siwo Alar Hombres Trans CR, y la Iniciativa por los Derechos Sexuales. "*Informe conjunto sobre el Examen Periódico Universal de Costa Rica 33 Sesión, Mayo 2019.*" 2019.
- Avendaño, Manuel. "*Sala IV anula decreto que pretendía regular la FIV en Costa Rica*". La Nación. 3 de febrero de 2016. Accedido 2 de Octubre de 2017, http://www.nacion.com/nacional/salud-publica/Sala-IV-FIV-Costa-Rica_0_1540446060.html.
- Barquero, Karla. "*Mayoría de habitantes asegura que es fácil acceder a un aborto clandestino en Costa Rica*", Periódico La República, 15 de Enero, 2019, Accedido el 3 de mayo de 2019, <https://www.larepublica.net/noticia/mayoria-de-habitantes-asegura-que-es-facil-acceder-a-un-aborto-clandestino-en-costa-rica>
- Berer, Marge. "*Abortion Law and Policy Around the World In Search of Decriminalization*", Health and Human Rights Journal. Edición de Junio de 2017. Accedido 21 de mayo de 2019, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5473035/>

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "*Historia de la Ley No. 21.030, Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*". Accedido 30 de mayo de 2019, <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6701/>
- Calzada Miranda, Ana Virginia y Castillo Víquez, Fernando. "*El Derecho A La Salud Bajo El Sistema De Justicia Constitucional Costarricense*". Documentos de Interés de la Sala Constitucional Costarricense. Octubre de 2012. p. 2-10. Accedido 28 de Marzo de 2019, <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/index.php/documentos-de-interes>
- Cambronero, Natasha. "*Luis Guillermo Solís defendió regulación del aborto terapéutico ante el Vaticano*". La Nación, 31 de Mayo, 2016. Accedido 2 de Octubre de 2017, www.nacion.com/nacional/politica/Solis-defendio-reglamentacion-terapeutico-Vaticano_0_1564043673.html.
- Cappelletti, Mauro. "*Judicial Review in the Contemporary World*". Fordham Law Review. Volumen 40. (4) Bobbs-Merrill. 1972.
- Centenera, Mar y Rivas Molina, Federico. "*El Senado de Argentina dice 'no' al aborto y deja al país con una ley de 1921*". 9 de Agosto de 2018. Diario El País. Buenos Aires, Argentina. Accedido 30 de Mayo de 2019, https://elpais.com/internacional/2018/08/08/argentina/1533714679_728325.html
- Centenera, Mar. "*El aborto se abre paso en la campaña electoral argentina*". Diario El País. 29 de Mayo 2019. Buenos Aires, Argentina. Accedido 30 de Mayo de 2019, https://elpais.com/sociedad/2019/05/28/actualidad/1559062371_230742.html
- Centro de Derechos Reproductivos, "Los Derechos Reproductivos a la vanguardia", Nueva York, 2008.
- Centro de Información Judicial, Gobierno de Argentina. "*La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados*". 13 de marzo de 2012. Accedido 31 de Mayo de 2019, <https://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>
- Centro de Información Jurídica en Línea. Informe de Investigación CIJUL. "*Principios Constitucionales de Razonabilidad y Proporcionalidad*". 2017.
- CNN en Español. "*Se presentó por octava vez en el Congreso de Argentina el proyecto de interrupción voluntaria del embarazo o aborto legal, libre, seguro y gratuito*". 28 de Mayo de 2019. CNN en Español. Accedido 30 de Mayo de 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/video/argentina-proyecto-aborto-congreso-interrupcion-embarazo-perspectivas-buenos-aires/>

- Coalición feminista para el avance de los derechos de las mujeres, *“Informe alternativo sobre el cumplimiento del Estado de Costa Rica para el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/67/1).”* Julio de 2017. Accedido 2 de Octubre de 2017, tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/CRI/INT_CEDAW_NGO_CRI_27705_S.pdf
- Cordero Parra, Monserrat. "Iglesia católica hace llamado al Presidente para “garantizar la vida humana desde la concepción” 21 de enero de 2019, Semanario Universidad. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/ultima-hora/iglesia-catolica-hace-llamado-al-presidente-para-garantizar-la-vida-humana-desde-la-concepcion/>
- Cubero, Alexandra. *"Colegio de Médicos pide a autoridades desarrollar protocolos para abortos"*, Noticias de Última Hora, Periódico La República. 16 de Agosto de 2017. Accedido 2 de Octubre de 2017, <https://www.larepublica.net/noticia/colegio-de-medicos-pide-a-autoridades-desarrollar-protocolos-para-abortos>
- Cubero, Alexandra. *“Campana apelará por lineamientos al aborto terapéutico en Costa Rica”*. Periódico la República, Noticias de Última Hora, Martes 26 de Septiembre de 2017. Accedido 2 de Octubre de 2017, <https://www.larepublica.net/noticia/campana-apelara-por-lineamientos-al-aborto-terapeutico-en-costarica>
- Delfino, Diego. *“Fabricio Alvarado dejó tremenda granada que encendió ayer el debate en torno al aborto.”* Periódico Electrónico Delfino.cr Accedido 21 de Marzo de 2019, <https://delfino.cr/2018/07/fabricio-alvarado-dejo-tremenda-granada-que-encendio-ayer-el-debate-en-torno-al-aborto/>
- EcuRed. Enciclopedia Cubana. *“Aborto”* Accedido 21 de mayo de 2019, <https://www.ecured.cu/Aborto#Fuentes>
- EFE, *“Marchan en Costa Rica por un Estado laico y libre de homofobia”*. ElPaís.cr. 20 de enero de 2018. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.elpais.cr/2018/01/20/marchan-en-costarica-por-un-estado-laico-y-libre-de-homofobia/>
- Gómez Ramírez, Cristian. *"Estimación del aborto inducido en Costa Rica, 2007. Informe De Resultados"*, Asociación Demográfica Costarricense. 1 edición- San José, Costa Rica. Junio de 2008. Accedido 3 de Mayo de 2019, www.adc-cr.org/aborto_inducido.pdf
- Grimaldi, Ignacio. *"¿Cómo repercute el debate sobre la legalización del aborto en un año electoral en Argentina?"* 29 de mayo de 2019. CNN en Español. Accedido 30 de

- Mayo de 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/video/argentina-debate-aborto-congreso-elex-grimaldi/>
- Herrera, Roberto. “*El lugar de la iglesia católica en nuestro país*”. Publicación Digital Socialismo Hoy. 27 marzo de 2019. Accedido 9 de Septiembre de 2019, <https://socialismohoy.com/el-lugar-de-la-iglesia-catolica-en-nuestro-pais>
- Illanes, José Luis. “*La vida, substancia y meta de la historia, La Evangelium Vitae en el contexto de la coyuntura cultural contemporánea.*” Revista SCRIPTA THEOLOGICA No 28 de marzo de 1996. pp. 737-758. Accedido 29 de Agosto de 2018, <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/scripta-theologica/article/download/14710/14820>
- Instituto Nacional de las Mujeres, “*Primer Estado de los derechos de las Mujeres en Costa Rica*”. – 1 ed. – San José, 2011.
- Instituto Nacional de las Mujeres, “*Segundo Estado de los derechos de las Mujeres en Costa Rica / Instituto Nacional de las Mujeres*”. – 1 ed. – San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2015
- Instituto Nacional de las Mujeres. “*Memoria Anual Institucional (Mayo 2014-Abril 2015)*”. 2015.
- Jiménez, María Alba. “*Malformaciones Congénitas*” Revista de Salud y Bienestar. Universidad de Alcalá de Henares. 18 de Octubre, 2017. Accedido 19 de Octubre de 2017, www.webconsultas.com/embarazo/complicaciones-del-embarazo/que-son-las-malformaciones-congenitas
- Labandera, Ana; Gorgoroso, Monica & Briozzo, Leonel; “*Implementation of the risk and harm reduction strategy against unsafe abortion in Uruguay: From a university hospital to the entire country*” International Journal of Gynaecology and Obstetrics. Edición de Agosto, 2016; 134: S7-S11. Accedido 20 de Mayo de 2019, <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1016/j.ijgo.2016.06.007>
- Lludgar, JR Eduardo, “*La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericanas de DDHH, como fuentes y formas de Protección de los Derechos Fundamentales*”. Junio, 2016. Accedido 28 de Marzo de 2019. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>.
- Madrigal, Karla. “*Diputada del Frente Amplio busca apoyo para despenalizar aborto en Costa Rica*”. Periódico La República. Accedido 2 de Octubre de 2017, https://www.larepublica.net/noticia/diputada_del_frente_amplio_busca_apoyo_para_despenalizar_aborto_en_costa_rica/
- Madriz, Allan. “*Iglesia Católica: La expresión “aborto terapéutico” es un término que disminuye la gravedad del acto*” ELPERIODICOCR. 21 de enero de 2019. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://elperiodicocr.com/iglesia-catolica-la-expresion-aborto-terapeutico-es-un-termino-que-disminuye-la-gravedad-del-acto/>

- Madriz, Allan. "Iglesia Católica: La expresión “aborto terapéutico” es un término que disminuye la gravedad del acto", *ElPeriodicoCR.com*, 21 de enero de 2019, Accedido 9 de setiembre de 2019, <https://elperiodicocr.com/iglesia-catolica-la-expresion-aborto-terapeutico-es-un-termino-que-disminuye-la-gravedad-del-acto/>
- Maglio Dubois, Sergio. “*Aborto despenalizado en Uruguay: la nueva ley y los desafíos para el trabajo social*” *Revista Trabajo Social Hoy*. No. 69 (31-38) Mayo, 2013. Accedido 24 de Mayo de 2019, <http://dx.doi.org/10.12960/TSH.2013.0009>
- Medina Quiroga, Cecilia. “*La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.*” Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2003. p. 60. Accedido 26 de setiembre de 2018, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142638>
- Ministerio de Salud de la Nación de Argentina y Presidenta de la Nación. “*Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles.*” Buenos Aires, Junio 2010. Accedido 31 de Mayo de 2019, www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000667cnt-Guia-tecnica-web.pdf
- Monge Naranjo, Ivannia. “*Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*”. Defensoría de los Habitantes. Mayo 2015. Accedido 26 de marzo de 2019, <https://www.inamu.go.cr/documents/10179/264394/8DerechosSexualesDerechosReproductivosIvanniaMonge.pdf/bb504b0c-25b6-4b96-a34a-6a0e199ea0ae>
- Mora Pérez. Kenneth. “*La necesidad de un Estado Laico*”. Hoy en el TEC: A un click de la noticia, Oficina de Comunicación y Mercadeo, Tecnológico de Costa Rica, 28 de Noviembre 2017. Accedido 9 de setiembre de 2019, <https://www.tec.ac.cr/hoyeneltec/2017/11/28/necesidad-estado-laico>
- Mora, Carlos. “*Presidente sobre norma de aborto terapéutico: Se hará cuando yo determine*”. *Diario CR Hoy*. Accedido 11 de Setiembre de 2018, <https://www.crhoy.com/nacionales/asi-responde-el-presidente-a-quienes-urgen-norma-sobre-aborto-terapeutico/>
- Morales, Cindy A. “*El proceso judicial puede ser una segunda violación*”. 22 de mayo de 2017. Accedido 9 de setiembre de 2019, <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/el-proceso-judicial-puede-ser-una-segunda-violacion-90268>
- Mujer y Salud en Uruguay. “*Leyes, Decretos Y Ordenanzas. Ley N° 18.987 De Interrupción Voluntaria Del Embarazo (22/10/2012)*” Accedido 24 de Mayo de 2019, <http://www.mysu.org.uy/que-hacemos/observatorio/normativas/ley-decreto-y-ordenanza/normativa-sanitaria-14/>
- Murillo, Álvaro. “*Costa Rica ofrece a CIDH posible arreglo en aborto terapéutico*”. *Periódico La Nación*. Accedido 4 de Octubre de 2017,

www.nacion.com/nacional/politica/Pais-CIDH-posible-arreglo-terapeutico_0_1492250790.html

Murillo, Álvaro. “*Mi bebé no nació, agonizo.*” Diario El País, Sección Sociedad, 12 Octubre 2013, Accedido 26 de Setiembre de 2018, https://elpais.com/sociedad/2013/10/12/actualidad/1381600530_755158.html

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Trabajos Preparatorios para la redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Propuesta de Líbano* (E/CN.4/AC.3/SR.9). 1947.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Trabajos Preparatorios para la redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Propuesta de Reino Unido* (E/CN.4/388). 1950

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Trabajos Preparatorios: Borrador del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (UN Doc. E/CN.4/386). 1950.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. “*Serie de información sobre Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos: Aborto.*” Accedido 28 de mayo de 2019, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB_SP.pdf

Naciones Unidas, *Trabajos Preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles* (A/C.3/SR.820). 1957. Accedido de <https://undocs.org/A/C.3/SR.820> el 5 de julio de 2019.

Naciones Unidas, UN Human Rights Treaties Travaux Préparatoires “Draft International Covenants on Human Rights : report of the 3rd Committee. (UN Doc. A/C.3/L.654).” 1957.

Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, *Trabajos Preparatorios para la redacción de la Convención de los Derechos del Niño* (E/CN.4/1989/48). 1989. Accedido de <https://undocs.org/E/CN.4/1989/48> el 5 de Julio de 2019.

Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. “Trabajos Preparatorios, Declaración Universal de Derechos Humanos: Summary record of 35th meeting, held at the Palais des Nations, Geneva, on Friday, 12 December 1947 : Commission on Human Rights : 2nd session (E/CN.4/SR.35)”. 1947.

Naciones Unidas. *Trabajos Preparatorios Redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* (E/CN.4/SR.149) 1950.

- Naciones Unidas. UN Human Rights Treaties. *Travaux Préparatoires, Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child*. (E/CN.4/1989/48). Accedido 5 de febrero de 2019, <http://hr-travaux.law.virginia.edu/document/crc/ecn4198948/nid-139>
- Noticias TeleSUR, "*Marcados por la religión, costarricenses eligen presidente en segunda vuelta*", TELESUR, 1 de abril de 2018. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.telesurtv.net/news/religion-marca-segunda-vuelta-presidencial-costa-rica--20180401-0008.html>
- Noticieros Televisa. "*Senado de Argentina rechaza despenalizar el aborto*" 9 de Agosto de 2018. Diario Digital, Televisa News. Buenos Aires, Argentina. Accedido 30 de Mayo de 2019, <https://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/aborto-argentina-despenalizar-senado/>
- Núñez Marín, Raúl Fernando y Zuluaga Jaramillo, Lady Nancy. "*La violencia sexual como una forma de tortura en el derecho internacional de los derechos humanos*" Revista Criterio Jurídico. Volumen 11. No. 1. Departamento de Ciencia Jurídica y Política. Pontificia Universidad Javeriana. 2011. Accedido 9 de septiembre de 2019, core.ac.uk/download/pdf/52201952.pdf
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá. 2004.
- Organización de Estados Americanos, Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), "*Entendiendo las desigualdades de género*". 2015.
- Organización Mundial de la Salud, "*Anomalías Congénitas*", Nota Descriptiva N° 370, Abril de 2015. Accedido 17 de Octubre de 2017, www.who.int/mediacentre/factsheets/fs370/es/
- Organización Mundial de la Salud, *En todo el mundo se producen aproximadamente 25 millones de abortos peligrosos al año*. Comunicado de prensa conjunto de la OMS y el Instituto Guttmacher, 2017.
- Organización Panamericana de la Salud. "*La Mortalidad Materna en el contexto de una nueva Agenda de salud de la Mujer en la Región*". Accedido 22 de Mayo de 2019, https://www.paho.org/clap/index.php?option=com_content&view=article&id=313:la-mortalidad-materna-en-el-contexto-de-una-nueva-agenda-de-salud-de-la-mujer-en-la-region&Itemid=215&showall=1&lang=es

- Perdigón, VG & Fernández CB. “*Principales causas de muerte en la población general e infantil en México, 1922-2005*”. Boletín Médico del Hospital Infantil de México. 2008.
- Pérez González, Karla. “*Un 54% de costarricenses considera fácil acceso a aborto clandestino en el país*”, Periódico Digital El Mundo CR, 25 de Diciembre 2018. Accedido 3 de Mayo de 2019, <https://www.elmundo.cr/costa-rica/un-54-de-costarricenses-considera-facil-acceso-a-aborto-clandestino-en-el-pais/>
- Pinto, Monica. “*La libertad religiosa*”. Texto sobre la base de la conferencia organizada por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y el Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (Calir), el 16/5/2011. Accedido 9 de Septiembre de 2019, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31648.pdf>
- Portal Montevideo, “*Uruguay es el segundo país con menor mortalidad materna de las Américas, detrás de Canadá*”. 03 de enero de 2017. Accedido 24 de Mayo de 2019, <https://www.montevideo.com.uy/Mujer/Uruguay-es-el-segundo-pais-con-menor-mortalidad-materna-de-las-Americas-detras-de-Canada-uc330914>
- Puppinck, Grégor. “*Abortion and the European Convention on Human Rights*”. Irish Journal of Legal Studies, Vol. 3(2). 2013. Accedido 2 de Octubre de 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2320539
- Recio, Patricia. “*ONU insta a Costa Rica a legalizar aborto en caso de violación*”, Periódico La Nación. 31 de Marzo de 2016. Accedido 2 de Octubre, 2017, www.nacion.com/nacional/derechos-humanos/ONU-recomienda-Costa-Rica-legislacion_0_1551844880.html
- Recio, Patricia. “*Cientos marchan por Estado laico en San José*”. Periódico La Nación. 20 de enero de 2018, Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.nacion.com/el-pais/politica/decenas-marchan-por-estado-laico-en-san-jose/CNPDNCXL2JFMNHFOUDK4I4ME64/story/>
- Redacción BBC Mundo. “*Elecciones en Costa Rica: el candidato oficialista Carlos Alvarado Quesada gana la presidencia en comicios marcados por debates sobre la religión y el matrimonio igualitario*” BBC MUNDO. 2 de abril de 2018, Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43609207>
- Redacción La República. “*Gobierno ampliaría derecho de aborto impune*” Periódico La República, 27 de Mayo 2016. Accedido 2 de octubre, 2017, https://www.larepublica.net/noticia/gobierno_ampliaria_derecho_de_aborto_impune

- Rodríguez Campos, Alexander: “*Más ley, menos derecho: comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual en Personas Menores de Edad*”, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 13, número 19, Agosto 2001.
- Rodríguez Días, Rubí Nieves. “*Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado*” . Facultad de Medicina. Universidad de La Laguna. Hospital Universitario de Canarias. DILEMATA. No. 17. 2015.
- Salazar Ramírez, Luis, “*Costa Rica a las puertas de nueva sentencia de la Corte IDH por negativa de firmar norma para aborto terapéutico*”. Periódico Digital AmeliaRueda.com Accedido 11 de Setiembre de 2018, <https://www.ameliarueda.com/nota/costa-rica-demanda-negativa-presidencia-norma-tecnica-aborto-terapeutico>
- Sequeira, Aaron. "Con 27 votos a favor y 26 en contra, Asamblea aprueba moción contra aborto terapéutico". Periódico La Nación. 21 de enero de 2019. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.nacion.com/el-pais/politica/con-27-votos-a-favor-y-26-en-contra-asamblea/THLZK5YZJBHYVDS3BWWQ56O6FM/story/>
- Soto, Jimena. “*Epsy Campbell: Lo primero que debería de hacer la Iglesia es no mentir*”. Periódico CRHoy, 14 de Octubre, 2014. Accedido 2 de Octubre de 2017, www.crhoy.com/archivo/epsy-campbell-lo-primero-que-deberia-de-hacer-la-iglesia-es-no-mentir/nacionales/
- Umaña, Paula. “*Aborto terapéutico atrapado entre el temor médico.*” Semanario Universidad. 29 de Noviembre de 2017. Accedido 21 de Julio de 2018, <https://semanariouniversidad.com/pais/temor-ata-manos-la-figura-del-aborto-terapeutico/>
- Umaña, Paula. “*Aborto terapéutico atrapado entre el temor médico*” Periódico Semanario Universidad. Noviembre de 2017. Accedido 8 de septiembre de 2019, <https://semanariouniversidad.com/pais/temor-ata-manos-la-figura-del-aborto-terapeutico/>
- Vargas Vera, Georgina. “*La protección del derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretación del artículo 4.1 en los casos Baby Boy vs Estados Unidos, y Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica.*” Accedido 26 de setiembre de 2018, <http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETINES/BOLETIN%2003/18824.%20%20Publicaciones%20recomendadas/18824.%20%20Vargas%20Vera,%20Georgina.%20%20La%20protecci%C3%B3n%20del%20derecho%20a%20la%20vida.pdf>
- Vierya-Poseck, Jaime. “*El futuro del aborto terapéutico en Chile: volver al pasado.*” Diario digital El Mostrador. 11 de Agosto de 2017. Accedido 30 de Mayo de 2019,

<https://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/08/11/el-futuro-del-aborto-terapeutico-en-chile-volver-al-pasado/>

III. Libros y Doctrina

Benson, Ralph Criswell & Pernoll, Martin. “*Manual de Obstetricia y Ginecología*”, Novena edición, Mc Graw Hill Interamericana. 1994.

Cabanellas de Torres, Guillermo. “*El aborto, su problema social, médico y jurídico*”. Editorial Atalaya, Buenos Aires. 1945.

Medina Quiroga, Cecilia. "La Convención Americana: teoría y jurisprudencia Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial". Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2003.

Cançado Trindade, Antonio Augusto. “*Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of Human Rights: (at global and regional levels)*” Volumen 202. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. 1987.

Londoño Echeverry, María Ladi; Ortiz A., Bertha ;Gil C., Ana Milena; Jaramillo J., Ana María; Castro, Raúl; Pineda Londoño, Natalia. “Embarazo por violación: la crisis múltiple”. Fundación Servicios Integrales para la Mujer “SI-MUJER” y Fundación para la Educación en Salud y Derechos Reproductivos de la Mujer, Cali. 2000.

Cappelletti, Mauro. “*La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*”, México, UNAM. 1987.

Chan Mora, Gustavo, “*Observaciones Críticas al Concepto Ideal Abstracto de Culpabilidad*”, 1 ed., San José Costa Rica, 2004.

Crespo, Eduardo Demetrio; De Vicente Martínez, Rosario & Matellanes Rodríguez, Nuria. “*Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*”, San José: Editorial Jurídica Continental, 2016.

De La Barrera Solórzano, Luis. “*El delito de aborto: una careta de buena conciencia*”; Editorial Miguel Ángel Porrúa. 1991.

Demetrio Crespo, Eduardo; De Vicente Martínez, Rosario; Matellanes Rodríguez, Nuria. “*Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*”, San José: Editorial Jurídica Continental, 2016.

- Doctrina de San Basilio y Sixto V, Bula *ad Efrænatam*. 1588
- Ferrer Mac-Gregor. “*El control difuso de convencionalidad*” México, Fundap. 2012.
- Fromont, Michel. “*La justice constitutionnelle dans le monde*”. Paris, Dalloz, 1996.
- Gónzales Castro, José Arnoldo. “*Programa de formación inicial de la Defensa Pública, Teoría del Delito. Poder Judicial – Costa Rica*”. 1era Edición, San José, Costa Rica. 2008.
- Harris, David; O'Boyle, Michael; Bates, Ed; y Buckley, Carla. “*Law of the European Convention on Human Rights*”. Cuarta edición. Oxford. 2018.
- Herrera Corthorn, Carolina y Ruiz Barbaste, Daniela. “*El Aborto Terapéutico en Chile. Estado Actual de la Discusión.*” Taller de Memoria: Género, Biopoder y Derecho Penal , Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2011. Accedido 30 de mayo de 2019, http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110914/de-Herrera_c.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- La Santa Sede. Carta Encíclica Casti Connubii del Papa Pío XI sobre el matrimonio cristiano, de 31 de diciembre de 1930.
- La Santa Sede. Carta Encíclica Evangelium Vitae del Sumo Pontífice Juan Pablo II, de 25 de marzo de 1995.
- La Santa Sede. Carta Encíclica Humanae Vitae de S.S. Pablo VI a los venerables hermanos los patriarcas, arzobispos, obispos y demás ordinarios de lugar en paz y comunión con la sede apostólica, al clero y a los fieles del orbe católico y a todos los hombres de buena voluntad, sobre la regulación de la natalidad, de 25 de julio de 1968.
- Llobet Rodríguez, Javier Eduardo. “*Delitos en contra de la vida y la integridad corporal*”. 2 edición. Editorial Jurídica Continental. 2001.
- Maurach, Reinhart. “*Tratado de derecho penal*”. Volumen I. Barcelona, Editorial Ariel, 1962.
- Miranda Bonilla, Haideer. “*Dialogo Judicial Interamericano*”, Ediciones Nueva Jurídica. Colombia. 2016.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. “*Derecho Penal Parte General*”. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2007.
- Muñoz Conde, Francisco. “*Teoría General del Delito*”. Editorial Temis. S.A. 2012
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Temis S.A. 2004.

- Nowak, Manfred. *“UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary”* 2 ed. Kehl am Rhein: Engel. 2005.
- Osborn, Frederick. “Development of a Eugenic Philosophy”. *American Sociological Review*, vol. 2, n.º 3, junio de 1937.
- Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana; Arias Feijoó, Jimena. *“El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina”* Centro de Estudios Legales y Sociales. 2009.
- Reynoso Dávila, Roberto. *“Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal”* Porrúa, México. 1997.
- Roxin, Claus. *“Derecho Penal, Parte General, Tomo I”*. Traducción de la 2 edición alemana. Editorial Civitas, 1997.
- Sadler, Thomas W. *“Embriología Médica, Con orientación clínica.”*. 10ª Edición. Ed: Panamericana. 2008
- Sánchez Fallas, Francisco. “¿Es necesario el Elemento Subjetivo de justificación?”, *Revista Pensamiento Penal*, Mayo 2017. Accedido 21 de Marzo de 2019, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/05/doctrina45264.pdf>
- Universidad de Costa Rica, Escuela de Estadística, Curso Diseño de Encuestas por Muestreo, “Encuesta actualidades 2018”. Accedido 27 de Mayo de 2019, <https://www.ucr.ac.cr/medios/documentos/2018/estadistica-ucr-encuesta-actualidades-2018.pdf>
- Vargas Alvarado, Eduardo. *“Medicina Legal”*. Segunda Edición. Editorial Trillas. 2017.

IV. Sentencias Nacionales, Internacionales, Publicaciones de Cuerpos Internacionales y Jurisprudencia Varia

- Alta Corte de Justicia de Inglaterra (England and Wales High Court), Resolución 610 (Admin), Voto del juez Munby.
- Circular de Secretaría de la Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. N° 173 - 2012 del 8 de Noviembre de 2012;
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 1377-13: Aurora vs. Costa Rica. 2013.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición P1159-08: A.N. vs. Costa Rica. 2008.
- Comité de Derechos Humanos. *Caso LMR vs. Argentina (CCPR/C/101/D/1608/2007)*. 2007.
- Comité de Derechos Humanos. *K.L. v. Peru (CCPR/C/85/D/1153/2003, Communication No. 1153/2003)*. Resolución del 24 de octubre de 2005.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, “*Declaración y Programa de Acción de Viena, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. (A/CONF.157/23)*.” Accedido 26 de Marzo de 2019, https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf
- Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal 19º período de sesiones 28 de abril a 9 de mayo de 2014, “*Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 b) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo (A/HRC/WG.6/19/CRI/2.)*” 2014.
- Corte Constitucional Colombiana, Resolución C-939-02 del treinta y uno de octubre de dos mil dos.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 355-06 del diez de mayo de dos mil seis.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-221/94, del cinco de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-239 del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *A, B & C v. Irlanda, Aplicación No. 25579/05*. 2010.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Tysiac v. Polonia, Aplicación No. 5410/03*. 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y del 31/08/10. Serie C. No. 216.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto B, Medidas Provisionales respecto de El Salvador*, Resolución de 29 de mayo de 2013.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*. Serie C No 257. Sentencia de Excepciones, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 215
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174.
- Corte Suprema de Justicia de Irlanda, Caso Roche Vs. Roche & Ors, Sentencia de 15 de diciembre de 2009.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*”, Sentencia de 13 de marzo de 2012.
- Corte Suprema de Justicia, Acta de Consejo Superior N° 077 - 2011 del 8 de setiembre de 2011
- Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Acta de Corte Plena N° 033 - 2012 del 17 de setiembre de 2012
- Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Acta de Corte Plena N° 038 - 2013, del 9 de Setiembre de 2012.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso Roe Vs. Wade, 410 U.S. 115, 157 del 22 de Enero de 1973.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Página oficial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. UPR Examen Periódico Universal Accedido de ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx el 21 de Mayo de 2019.
- Naciones Unidas, “*Declaración y Plataforma de Acción de Beijing Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*”. Accedido 26 de Marzo de 2019, http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755
- Naciones Unidas, “*Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (A/CONF.171/13/Rev.1.)*”. 1995
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *K.L. v. Perú, Comunicación No. 1153/2003, (CCPR/C/85/D/1153/2003)*. 2005.
- Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, “*Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Costa Rica (CRC/C/CRI/CO/4)*.” 2011.
- Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/4)*. 2003.
- Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica aprobadas en su 67 período de sesiones. (CEDAW/C/CRI/CO/7)*. 2017.

- Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Costa Rica (E/C.12/CRI/CO/5)*”. 2016.
- Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, “*Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/CRI/CO/5-6)*”. 2011.
- Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31) (CRC/C/GC/17)*. 2013.
- Naciones Unidas, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos. “*Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. (HRI/GEN/1/Rev.7)*”. 2004. Accedido 4 de febrero de 2019, <https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.7>
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Comité De Derechos Humanos, *Observación General No. 28 (Artículo 3): La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, (CCPR/C/21/Rev.1/Add/10)*. 2000.
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer. “*Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer (UN doc A/47/38)*.” 30 de enero de 1992. párr. 7, 22, 24 (m).
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 24 (Artículo 12): La Mujer y la Salud, (A/54/38/Rev.1)*. 1999.
- Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Humanos, “*Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/6)*”. 2016
- Naciones Unidas. “*Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. (A/CONF.171/13/Rev.1)*”. Nueva York. 1995. Principio 8 y párr 7.3. Accesado 26 de Marzo de 2019, <https://undocs.org/es/A/CONF.171/13/Rev.1>
- Organización de los Estados Americanos. MESECVI. Nota conceptual: "Violencia sexual y embarazo infantil en América Latina y el Caribe: Un panorama regional". 23 de

marzo de 2017. Accedido 9 de septiembre de 2019, www.oas.org/es/mesecvi/docs/NotaConceptual-LanzamientoInformeMESECVI-ES.pdf

Organización Mundial de la Salud. "Anomalías congénitas". 7 de septiembre de 2016. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/congenital-anomalies>

Organización Panamericana de la Salud. "Comprender y abordar la violencia contra las mujeres". 2014. Accedido 9 de septiembre de 2019, <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2014/20184-Concecuencias.pdf?ua=1>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N° 3354 – 2015 de las doce horas y cero minutos del seis de marzo del dos mil quince.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N° 10456 – 2012 de las diecisiete horas con veintisiete minutos del primero de agosto de dos mil doce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, Resolución N° 06506 - 1993 de las quince horas con tres minutos del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 02792 – 2004 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 08876 - 2011 las quince horas y uno minutos del cinco de julio del dos mil once.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 05374 - 2003 de las catorce horas con treinta y seis minutos del veinte de junio del dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 15584 - 2007 de las dieciocho horas dieciocho minutos del treinta de octubre del dos mil siete

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 13878 - 2013 de las nueve horas quince minutos del dieciocho de octubre de dos mil trece.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 12496 – 2016 de las dieciséis horas quince minutos del treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 02196 – 1992 de las catorce horas del once de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 03865 - 2016 de las diez horas treinta minutos del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 02069 – 2016 de las nueve horas cinco minutos del doce de febrero de dos mil dieciséis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 05758 – 2018 de las quince horas con cuarenta minutos del doce de abril de dos mil dieciocho

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución No. 7958-2007 de las diez horas y treinta minutos del siete de junio del dos mil siete

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución 2306-2000 las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 1147-90 de las dieciséis horas del veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución No. 15827-2011 de las dos horas treinta minutos del veintidós de noviembre de dos mil once

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 1915-1992 de las catorce horas y doce minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 7602-2010 de las catorce horas y cuarenta y nueve minutos del veintisiete de abril del dos mil diez

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 4185 - 2014 de las catorce horas treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil catorce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 18486 – 2007 de las dieciocho horas y tres minutos del diecinueve de diciembre de dos mil siete

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 08508 - 2016 de las once horas y treinta minutos del veintidós de junio del dos mil dieciséis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 07768 - 2011 de las diecinueve horas y cincuenta y cuatro minutos del catorce de junio del dos mil once

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 11075 – 2012 de las nueve horas cinco minutos del diecisiete de agosto de dos mil doce

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 01739 - 1992 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 13575 - 2007 de las catorce horas y treinta minutos del diecinueve de septiembre del dos mil siete

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 09220-2012 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de julio de dos mil doce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 17729 - 2007 de las dieciséis horas del cinco de diciembre del dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 10039 - 2004 de las catorce horas con treinta y nueve minutos del trece de setiembre del dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 01003 - 2008 de las catorce horas y cincuenta y seis minutos del veintitrés de enero del dos mil ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 03902 – 2009 de las catorce horas y cuarenta y ocho minutos del once de marzo del dos mil nueve

Sala Constitucional de la Corte suprema de Justicia. Costa Rica. Resolución 11222-2003 de as diecisiete horas con cuarenta y ocho minutos del treinta de setiembre del dos mil tres.-

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. Resolución N° 13808 – 2013 de las dieciséis horas y once minutos del dieciséis de octubre del dos mil trece.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. Resolución N° 01692 - 2016 de las once horas y veintiuno minutos del tres de febrero de dos mil dieciséis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 972-1990 de las catorce horas diez minutos del veintidós de agosto de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 3732-2014 de las quince horas treinta minutos del dieciocho de marzo de dos mil catorce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02569 - 2012 de las diez horas cincuenta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil doce

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02706 – 2016 de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de febrero del dos mil dieciséis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 10153 - 2001 de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del diez de octubre del dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 04451 - 2002 de las quince horas con trece minutos del quince de mayo del dos mil dos

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 03933-98, de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 8858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 05236-99, de las catorce horas del siete de julio de mil novecientos noventa y nueve

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2858-00, de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del veintinueve de marzo del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 1261-1990 de las quince horas treinta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00807 – 2016 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del veinte de enero de dos mil dieciséis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°. 1668-2010 de las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero del dos mil diez.

Sala Constitucional de la Corte, Resolución N° 05024 - 2006 las diez horas cuarenta y nueve minutos del siete de abril del dos mil seis;

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 01102 - 2010 de las catorce horas cincuenta minutos del catorce de setiembre de dos mil diez.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 149 – 2012 de las ocho horas treinta y cinco minutos del nueve de febrero de dos mil doce

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución No. 1020-2005 de las nueve horas del nueve de setiembre de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución No. 13-1993 del 08 de Enero de 1993.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución No. 439-2004 de las diez horas cuarenta y seis minutos del siete de mayo de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución N° 00486 - 1997 de las diez horas del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, Resolución N° 00422 – 2006 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del doce de mayo de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense. Sentencia 442 - 2004 de las a las once horas del siete de mayo de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 1055-2013 de las doce horas y cero minutos del nueve de agosto del dos mil trece.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 00101 - 2015 de las quince horas cincuenta y seis minutos del cinco de febrero del dos mil quince.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. Resolución N° 01531 - 2015 de las nueve horas y cuarenta minutos del veintisiete de noviembre del dos mil quince.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00244 - 2011 de las ocho horas y treinta y dos minutos del once de marzo del dos mil once.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00585 - 2003 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del once de julio de dos mil tres

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 01239 - 2011 de las nueve horas treinta y un minutos del siete de octubre del dos mil once.

Sala Tercera de la Corte, Resolución 2011-01444 de las dieciséis horas y veintiocho minutos del dos de diciembre del dos mil once.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Sentencia de 28 de agosto de 2008, *Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*. 2008.

Supremo Tribunal Federal de Brasil. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, del 12/04/2012.

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de Requerimiento de Inconstitucionalidad rol N° 3729-2007, del 28 de agosto, 2017.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, Resolución N° 00614 - 2014 de las nueve horas quince minutos del dieciocho de diciembre de dos mil catorce.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón. Resolución N° 849 - 2017 de las trece horas cincuenta y cinco minutos del treinta de noviembre de dos mil diecisiete.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del II Circuito Judicial de San José, Resolución No. 202-2016 de las diez horas diez minutos del dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, II Circuito Judicial de San José. Resolución N° 00077 - 2017 de las nueve horas cincuenta y dos minutos, del dos de marzo de dos mil diecisiete.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José. Resolución No. 871-2016 de las quince horas cinco minutos, del dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Resolución N° 00018 - 2017 de las nueve horas del dos de marzo de dos mil diecisiete.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, Resolución No. 72-2011 de las dieciséis horas del veintiuno de enero de dos mil once.

Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz, Resolución No. 135-2008 de las ocho horas veinte minutos del treinta de mayo de dos mil ocho.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Vo. Vs. Francia, (Aplicación No. 53924/00), Gran Cámara, Sentencia de 8 de julio de 2004.

Tribunal Superior de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José, Resolución No. 217-97 de las ocho horas del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y siete.

Tribunal Supremo de Elecciones, Resolución N° 1375-E1-2018 de las diez horas treinta minutos del cinco de marzo de dos mil dieciocho.

Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health. 2002

Tribunal Supremo de Puerto Rico. 109 D.P.R. 596. El Pueblo de Puerto Rico v. Pablo Duarte Mendoza, Sentencia del 17 de abril de 1980.

V. Normativa

“*Concilium Eliberritanum [0314-0314]* (Concilio de Elvira)”. Documenta Catholica Omnia, Decretos de la Iglesia Canónica. Accedido 14 de diciembre de 2018, [www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_0314-](http://www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_0314-0314__Concilium_Eliberritanum__Documenta_Omnia__LT.doc.html)

[0314__Concilium_Eliberritanum__Documenta_Omnia__LT.doc.html](http://www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_0314-0314__Concilium_Eliberritanum__Documenta_Omnia__LT.doc.html)

Borrador de la norma técnica del artículo 121 del Código Penal Costarricense filtrado por el ex diputado Mario Redondo mediante su cuenta personal de Twitter el 7 de Agosto de 2018, a la 1:48 PM. Accedido el 2 de Mayo de 2019, https://opcionesheroicas.org/wp-content/uploads/2018/08/NORMA-TECNICA-PARA-EL-ABORTO-1_4578.pdf

Código de Derecho Canónico, cánon. 1398.

Código de los Cánones de las Iglesias Orientales, cánon 1450 a 1452.

Código Penal Argentino

Código Penal Cubano

Código Penal de Bolivia

Código Penal de la República de Costa Rica, Ley No. 4573 del 04 de Mayo de 1970.

Código Penal Federal Mexicano

Constitución de la Organización Mundial De La Salud. Conferencia internacional de la salud, julio 1946. Accedido de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf el 13 de Abril de 2019.

Constitución del Estado de Bahía, República Federal de Brasil

Constitución del Estado de Goiás, República Federal de Brasil

Constitución del Estado de Minas Gerais, República Federal de Brasil

Constitución del Estado de Pará, República Federal de Brasil

Constitución del Estado de Río de Janeiro, República Federal de Brasil

Constitución del Estado de Sao Pablo, República Federal de Brasil

Constitución del Estado de Tocantins, República Federal de Brasil

Constitución Política de Costa Rica, 1949.

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém do Pará,

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,

Convención sobre los Derechos del Niño firmada por el Estado de Costa Rica el 26 de Enero de 1990, ratificada mediante Ley 7184 del 18 de julio de 1990.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos

Documentos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño (E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48)

Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional.

Gratiani. Decreto de Graciano y las Decretales. “*Concordantia discordantium canonum (Concordancia de las discordancias de los cánones)*”. Corpus Juris canonici. Siglo XII.

Juan Pablo II. “*Encíclica Evangelium Vitae del Sumo Pontífice Juan Pablo II a los obispos, a los sacerdotes y diáconos, a los religiosos y religiosas, a los fieles laicos y a todas las personas de buena voluntad; sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana.*” del 25 de marzo de 1995.

Ley N° 18.987 *Interrupción Voluntaria Del Embarazo*. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Accedida 22 de mayo de 2019, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3741753.htm>

Normas y protocolos clínicos sobre el empleo del misoprostol en ginecología y obstetricia. Estado Plurinacional de Bolivia. Ministerio de Salud y Deportes. Dirección General de Servicios de Salud. Unidad de Servicios de Salud y Calidad. La Paz. 2009

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Poder Ejecutivo. Decreto No. 5 . *Aprobación y ratificación de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada por los Estados que participaron en la Conferencia Internacional de la Salud, el 22 de julio de 1946*. Firmado por el Presidente de la República de Costa Rica el 16 de febrero de 1949. Accedido 13 de Abril de 2019,

[https://www.paho.org/cor/index.php?option=com_content&view=article&id=24:acerca-de-ops-costa-rica&Itemid=122,](https://www.paho.org/cor/index.php?option=com_content&view=article&id=24:acerca-de-ops-costa-rica&Itemid=122)

Decreto N.º 375/012 del 22/11/2012: Reglamentación de la Ley 18.987. de 22 de octubre de 2012. Presidente de la República del Uruguay, actuando en Consejo de Ministros. Accedido 22 de Mayo de 2019, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/375-2012>

Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte

Protocolo de San Salvador.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte

VI. Otros

Centro de Derechos Reproductivos, *Derecho a la salud de las Mujeres Embarazadas*. Accedido 4 de Octubre de 2017 desde reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Aurora%20Fact%20Sheet%20Final.pdf

Centro de Derechos Reproductivos. Acciones Civiles, *Documento de Ana v Costa Rica*. Accedido 20 de marzo de 2019, https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AN_v_Costa_Rica_Spanish.pdf

Centro Nacional de Defectos Congénitos y Discapacidades del Desarrollo, “Defectos congénitos y discapacidades del desarrollo” Accedido 17 de Octubre de 2017, <https://www.cdc.gov/ncbddd/spanish/aboutus/index.html>

Chinchilla Calderón, Rosaura. “*Despenalización del Aborto en Costa Rica*” Conferencia, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 20 de marzo de 2019.

Pérez Pérez, Nielsen, “*Despenalización Del Aborto En Costa Rica*”, Conferencia, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 20 de Marzo, 2019.

Sistema Integrado Legislativo, Biblioteca de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Proyecto de Ley No. 11322 “Reforma al artículo 121 del Código Penal (aborto no punible)”*. Archivado No. 8435. Accedido el 10 de Noviembre de 2018, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=11322

Sistema Integrado Legislativo, Biblioteca de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Proyecto de Ley No. 16887 “Adición de un nuevo capítulo iii referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al título i del libro i de la Ley General De Salud, N° 5395 de 30 de octubre de 1973 y sus reformas* ,

anteriormente denominado: (Adición de un nuevo capítulo iii referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al título i del libro i de la Ley General De Salud, N° 5395 de 30 de octubre de 1973)”. Accedido el 10 de Julio de 2019,

http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=16887

Sistema Integrado Legislativo, Biblioteca de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Proyecto de Ley No. 20918: reforma al artículo 21 de la Constitución Política para proteger la inviolabilidad de la vida humana” Accedido el 20 de Marzo de 2019, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=20918

Sistema Integrado Legislativo, Biblioteca de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Proyecto de Ley No. 20673: reformas al código penal ley n° 4573 del 4 de mayo de 1970 ley para proteger el derecho a la vida” Accedido el 20 de Marzo de 2019, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=20673

Suárez-Lledó Ortea, Cristina, "*Malformaciones congénitas*", Biología Sanitaria, Universidad de Alcalá de Henares, 2012. Accedido 22 de octubre de 2017, <https://www.slideshare.net/crisitina89/malformaciones-congnitas-14847717>