

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA

SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHOS HUMANOS

**“Aplicación del aborto terapéutico en Costa Rica: una perspectiva
desde los derechos humanos y la salud de las mujeres”**

Por:

Erika Rojas Calderón

San José

-Julio 2008-

AGRADECIMIENTOS

La culminación de este trabajo me ha llevado a pensar una vez más en las personas que han hecho posible que este documento esté hoy aquí en sus manos:

- ♀ a mi familia: Vera, Lutz, Andrea y Sebastián, quienes con su apoyo económico, afectivo y formativo han hecho aportes invaluable para que yo sea la persona que soy hoy. Con sus sonrisas, afectos, impulsos, alientos, consejos, encuentros y desencuentros me han alentado siempre a caminar, aún y cuando han habido momentos en los que me he querido detener. Ustedes son uno de los grandes motores impulsores de mi vida!
- ♀ a mis amigas y conocidas feministas-activistas, de quienes aprendí este hermoso y a veces doloroso camino de deconstruir y reconstruir con una mirada feminista y de derechos esta hermosa travesía llamada vida,
- ♀ a mis grandes amigas, porque me han enseñado una vez más que el significado de la palabra amistad es fundamentalmente estar, acompañar, sostener, escuchar, hablar y celebrar la vida,
- ♀ a la Colectiva por el Derecho a Decidir, en donde he encontrado el espacio ideal para canalizar este espíritu de lucha en pro del reconocimiento de nuestros derechos humanos,
- ♀ a vos, que en estos seis meses me has acompañado, y has celebrado conmigo desde la distancia y la cercanía,
- ♀ a todas las mujeres con las que he trabajado, porque sus historias me han enseñado el significado de la palabra resistencia,
- ♀ y a mi querida tía Olga, de quien tengo la certeza que desde el otro plano de continuación de la vida, te encuentras celebrando hoy conmigo la culminación de esta nueva etapa de mi vida.

Gracias....

DEDICATORIA

Hay una consigna sureña que nos dice *“Si el papa fuera mujer, el aborto sería ley”*

Pues bien, este trabajo no puede más que ser dedicado a Vanessa quien:

♀ con su experiencia nos muestra como el sistema, la moral, la ley y los fundamentalismos religiosos pueden hacer que las mujeres vivamos en carne propia la discriminación, la violencia y la indefensión

♀ y quien con su vivencia nos muestra como frente a ello, las mujeres nos resistimos y buscamos incansablemente reivindicar el ejercicio de nuestros derechos humanos. Porque hasta en los espacios más privados, las mujeres trasladamos lo personal en político, convirtiéndonos así en activistas de nuestra propia historia.

I. INDICE

I. Índice	4
II. Introducción	5
III. Problema de investigación	8
IV. Hipótesis de la investigación	10
V. Objetivos de la investigación	11
1. Objetivo general	
2. Objetivos específicos	
VI. Marco teórico	12
a. Conceptualización de aborto terapéutico	
b. Mitos y realidades en torno al aborto	
c. Aborto terapéutico y bioética	
VII. Metodología de la investigación	29
a. Estrategia metodológica	
b. Procedimiento de recopilación y sistematización de la información sujeta de ser analizada	
c. Procedimiento de análisis de la información	
VIII. Resultados alcanzados y Análisis de la información	35
A) Con respecto al objetivo 1:	
a. Vinculación del aborto terapéutico con otros derechos humanos consagrados en la normativa internacional	
b. Aborto: una visión desde la normativa nacional	
B) Con respecto al objetivo 2:	
C) Con respecto al objetivo 3:	
IX. Conclusiones	75
X. Bibliografía	77
XI. Anexos	81
a) Consentimiento Informado	
b) Sentencia 7958-07 de la Sala Constitucional de Costa Rica	

II. INTRODUCCION

Para Faúndes (2005), tradicionalmente se le ha llamado aborto a la interrupción de un embarazo cuando éste se produce antes de las 22 semanas de gestación, o antes de que el feto alcance los 500 gramos de peso, luego de ello, la interrupción del embarazo es llamada “parto prematuro”.

El aborto es una palabra polémica que suscita profundas emociones en casi todas las personas, sin importar cuál sea el nivel de relación que se tiene con el tema de los derechos humanos, los derechos reproductivos o la salud reproductiva, e independientemente del grado de preocupación religiosa, ética o moral que tengan las personas y las sociedades actuales. Para la Colectiva por el Derecho a Decidir (2007), dichas emociones “proviene de discursos morales que son dictados desde lo religioso, lo social y lo ético, junto con las representaciones que existen en nuestra sociedad con respecto a lo que “debe de ser” la feminidad, la sexualidad y la maternidad”

Es así como, la Colectiva por el Derecho a Decidir (2007) refiere que “cuando hablamos de las representaciones sociales acerca de la feminidad, sexualidad y maternidad, hacemos referencia al aporte teórico, ético y político llevado a cabo por la teoría feminista, que ha develado, estudiado y analizado la existencia en nuestra cultura de un complejo sistema social llamado Patriarcado que utiliza estos tres conceptos (*feminidad= lo que socialmente es aceptable para ser mujer; sexualidad= heterosexualidad y fidelidad obligatoria; y maternidad= destino máximo de realización personal de las mujeres*), para reducir la vida de las mujeres a ser madres y esposas, limitándonos en muchas de las ocasiones el poder de ejercer nuestros derechos ciudadanos, pero por sobre todo limitándonos el derecho a ejercer nuestra autonomía y a vivir con dignidad”

Por su parte, Guillaume, A y Lerner S (2006), refieren que en prácticamente todos los países de América Latina y el Caribe salvo 3 países de las Antillas Francesas, y Guyana Francesa, Cuba, Guyana, Barbados y Puerto Rico (en donde el aborto no tiene regulación alguna), el aborto inducido o provocado ha sido prohibido o limitado, llegando en muchos de los casos a un consenso social interno para aceptar algunas situaciones por las cuales el mismo puede llevarse a cabo. En este sentido, países como Anguilla (territorio de Gran Bretaña), Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Haití, Islas Caimán, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela; contemplan la posibilidad de las interrupciones de embarazos en algunas circunstancias, coincidiendo la mayoría de ellos en practicarlo para salvaguardar la vida y/o la salud de la mujer.

Este es el caso de Costa Rica, quien tiene contemplado dentro de su legislación la figura del **Aborto Impune** (cuya definición es equiparable en principio a una definición de lo que podría ser el aborto terapéutico), que establece dentro del Código Penal en su artículo 121 que “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” (Código Penal de Costa Rica).

A pesar de lo anterior, en la actualidad ni el Ministerio de Salud, ni la Caja Costarricense y del Seguro Social de Costa Rica cuentan con un protocolo especializado para la atención al aborto terapéutico, mismo protocolo que garantice la aplicación del mismo a las mujeres que lo requieran para salvar su vida y su salud.

Es por ello, y ante el panorama de lo ocurrido en nuestro país en el año 2007 (cuando tanto el aparato estatal de salud, como la Sala Constitucional le negaron el derecho a una mujer joven de interrumpir un embarazo encefalocele), que se vuelve imprescindible retomar la discusión en torno al reconocimiento del derecho al aborto terapéutico como un derecho humano que debe estar puesto al servicio de las mujeres en aras de salvaguardar su vida y su salud.

En este sentido, hablar del aborto terapéutico como un derecho humano es un tema que actualmente se encuentra en el debate social y político de nuestras sociedades latinoamericanas. Es por ello, que abordar el tema cobra particular importancia cuando hacemos una mirada retrospectiva de lo que ha acontecido en la región en los últimos dos años, en donde, este debate sobre la despenalización del aborto terapéutico en nuestra región nos da lecciones aprendidas, experiencias exitosas de las cuales se podrían mencionar:

- En términos de retrocesos, encontramos que a finales del año 2006, en Nicaragua se derogó la figura del aborto terapéutico “cambiando una legislación que lo permitía desde hace mas de cien años, ha colocado en el debate publico la pertinencia o no de esta medida tomada por la Asamblea Nacional, con opiniones encontradas de diversos sectores de la población, ya que recién aprobada la penalización del aborto terapéutico cobró su primera víctima” (<http://www.mujereshoy.com/secciones/2757.shtml>)
- En términos de avances: a) Colombia en el año 2006, mediante un fallo de la Sala Constitucional se logra despenalizar el aborto en casos de violación, malformaciones incompatibles con la vida, y para salvaguardar la vida y la salud de las mujeres, b) Portugal en el año 2007, el presidente de dicho país luego de la realización de un referendo no vinculante, decidió despenalizar el aborto por decisión de la mujer hasta las 10 semanas de gestación, c) y más recientemente, el Distrito Federal de México en el año 2007, mediante el Congreso, logra despenalizar el aborto hasta un periodo máximo de las 12 semanas de gestación.

III. PROBLEMA DE INVESTIGACION

Para la Colectiva por el Derecho a Decidir (2007), cuando se habla de aborto en nuestras sociedades latinoamericanas, se hace referencia explícita a un conjunto de discursos morales “...que están dirigidos a obtener una coherencia entre acciones y actitudes, mediante la aceptación libre por parte de todas las personas de principios que son socialmente comunes, y que sirven de guía para nuestros comportamientos frente a los de los demás. Dentro de estos discursos, es importante mencionar:

- La moral religiosa: que se caracteriza por todos los preceptos, normas, costumbres y cánones de orden teológico que un determinado grupo de poder religioso decreta y promulga como moralmente válido y obligatorio para el comportamiento de sus feligreses. Ejemplo de ello lo son las normas de las diferentes iglesias.
- Los derechos humanos: que son un planteamiento político y ético de la forma de visualizar el mundo en pro de promover la existencia de estados democráticos que velen por el respeto y garantía de un conjunto de principios y derechos que tienen el carácter de universalidad, integralidad e irrenunciabilidad para todas las personas” (Colectiva por el Derecho a decidir, 2007).

Ahora bien, siendo el Estado costarricense a través de su legislación y sus instituciones, el responsable de garantizar, proteger, y tutelar (bajo los principios de dignidad, universalidad, integralidad e irrenunciabilidad), los derechos humanos de las personas, mismos derechos que han sido reconocidos por el país a través de la firma y ratificación de diferentes Convenciones y Declaraciones, sería importante conocer:

1. ¿Cuál es la normativa nacional e internacional vigente en Costa Rica sobre la temática del aborto terapéutico?
2. ¿Cuáles fueron los argumentos utilizados por la Sala Constitucional en el año 2007 para negar el acceso de una mujer joven con un embarazo encefalocele al aborto terapéutico?
3. ¿Cuál fue la vivencia de la mujer joven que presentaba un embarazo encefalocele con respecto al proceso de solicitud del aborto terapéutico?

IV. HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION

Para dar respuesta a las anteriores interrogantes, la presente investigación parte de las siguientes hipótesis de trabajo:

1. **H1:** Los argumentos utilizados por la Sala Constitucional en el año 2007 para negar el acceso de una mujer joven con un embarazo encefalocele al aborto terapéutico, son aquellos legitimados por el sistema social llamado Patriarcado, en donde, se privilegia la maternidad obligatoria y las concepciones teológico morales como hechos sociales obligatorias.

H0: El Estado costarricense a través de su legislación y su práctica no legitima un sistema social Patriarcal que privilegia la maternidad obligatoria y las concepciones teológico morales como hechos sociales obligatorias.

2. **H1:** El hecho de que el Estado a través de sus instituciones haya negado el acceso de una mujer joven con un embarazo encefalocele al aborto terapéutico, se traduce en una violación del derecho humano fundamental de la misma a la vida y a la salud.

H0: El hecho de que el Estado haya negado el acceso de una mujer joven con un embarazo encefalocele al aborto terapéutico, no se gesta como una violación del derecho humano fundamental de la misma a la vida y a la salud.

V. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

El objetivo general y los objetivos específicos de la presente investigación son:

1. Explorar si el Estado costarricense a través de su legislación nacional e internacional violenta los derechos humanos que han sido previamente reconocidos a las mujeres, a partir de la no aplicación del aborto terapéutico para salvaguardar la vida y la salud de las mismas.
 - 1.1 Identificar los derechos humanos vinculados con la temática del aborto terapéutico, que han sido reconocidos en nuestra legislación nacional e internacional.
 - 1.1 Describir los argumentos utilizados por la Sala Constitucional en el año 2007 para negar el acceso de una mujer joven con un embarazo encefalocele al aborto terapéutico.
 - 1.1 Describir con un estudio de caso, la vivencia de la mujer joven que presentaba un embarazo encefalocele con respecto al proceso de solicitud y denegatoria del aborto terapéutico.

VI. MARCO TEORICO

A) CONCEPTUALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO

Aborto

El aborto suele definirse como “la interrupción del embarazo y puede ser espontáneo o inducido” (Faúndes, 2005, 38)

- *Aborto espontáneo:*

Para Faúndes (2005), el "aborto espontáneo" se refiere a la interrupción de un embarazo que se presenta de manera natural, en el lapso que va desde la concepción hasta el momento en que debe producirse el parto. Ocurre porque la mujer sufre de alguna enfermedad, o el embrión tiene algún defecto genético por lo que no es compatible con la vida extrauterina.

- *Aborto inducido:*

El aborto inducido, es cuando un factor externo causa la expulsión del embrión fuera del cuerpo de la mujer. Por ello, a través de la historia, ha sido frecuente materia de polémica y controversia por las implicaciones éticas, morales y sociales que algunos sectores conservadores o progresistas han teorizado e investigado en torno a él.

Los abortos inducidos han sido agrupados en dos grandes categorías:

1. Abortos inseguros: son aquellas interrupciones de embarazo realizados en condiciones sanitarias inadecuadas. Para Faúndes (2005), los abortos inducidos son practicados por personas sin el conocimiento, la preparación o bien las aptitudes médicas necesarias para realizar las intervenciones quirúrgicas, en donde “este tipo de interrupción va

desde la introducción de objetos punzo cortantes en el vientre de la mujer a través del cuello del útero, ingesta de infusiones de diferentes hierbas con efectos abortivos, y masajes abdominales que facilitan el desprendimiento del embrión. Todos estos procedimientos suelen resultar en abortos incompletos y a menudo infectados, que exigen la hospitalización para tratar de salvar la vida de la mujer” (Faúndes, 2005: 48), y por ello, ponen en riesgo la vida y la salud de las mujeres.

2. Abortos seguros: son practicados por una persona con formación médica profesional y con las herramientas necesarias para llevarlo a cabo, por lo cual implican un bajo riesgo para la salud y la vida de la mujer. Es precisamente dentro de esta categoría que se encuentran inmerso el aborto terapéutico, que será el tema de la presente investigación.

Finalmente, es importante mencionar que en prácticamente todos los países de América Latina y el Caribe el aborto inducido ha sido prohibido o limitado. Sin embargo, y pese a ello, continúan siendo comunes prácticas de interrupción del embarazo, incluso en países en donde la presión social, o la ley se oponen a él (Encarta 98). Para Guillaume, A y Lerner S (2006), algunas de las consecuencias que se han logrado identificar con la aplicación de políticas restrictivas en materia de aborto son:

1. *“Ponen en peligro la vida de mujer, aspecto que se relaciona con una alta tasa de aborto inseguro y, por consiguiente, con una mayor morbilidad de la mujer debido a las condiciones de riesgo en que estos abortos se practican (World Health Organization, 2004).*
2. *Generan una práctica discriminatoria y de injusticia social en contra de las mujeres, sobre todo de aquéllas que pertenecen a las clases más desprotegidas, que recurren a un aborto clandestino al no tener el derecho a acceder a un procedimiento seguro, a diferencia de aquéllas que tienen los medios suficientes para pagar un aborto seguro o*

- viajar a los países donde es legal (Centro de Derechos Reproductivos, 1998), (Casas Becerra, 1996).*
3. *Propician el surgimiento de un "mercado clandestino" de servicios de aborto, ante la proliferación de servicios clandestinos de alto riesgo, (Kulczycki, 2003), (Center for Reproductive Law and Policy, 2000).*
 4. *Contribuyen a un mayor empobrecimiento al afectar la economía de las mujeres y sus familias, dados los altos costos de recurrir a un aborto clandestino, así como los gastos realizados para atender las complicaciones que pudieran presentarse por la realización del aborto inseguro (Pine, 1993), (Guzmán, 1998).*
 5. *Exacerban las condiciones de vulnerabilidad social ya existentes. El encarcelamiento de las mujeres que recurren al aborto trae terribles consecuencias, tanto para las mujeres procesadas por aborto como para su familia. La detención de la madre afecta especialmente a sus hijos (Casas Becerra, 1996). Por otro lado, haberse efectuado un aborto usualmente trae consigo una estigmatización y rechazo social.*
 6. *Violan los derechos humanos de las mujeres. La penalización del aborto no sólo atenta contra los derechos reproductivos de la mujer, sino también contra su derecho a la salud, a la libertad, a la seguridad y potencialmente su derecho a la vida. Del mismo modo, en aquellos contextos en extremo restrictivos, cuando se exige que los profesionales de la salud rompan el secreto profesional para denunciar a la mujer que recibe atención por complicaciones de aborto, se viola el derecho de la mujer a la confidencialidad y a la intimidad (McNaughton et al., 2004). La negación del derecho al aborto frecuentemente trae consecuencias adversas para las mujeres y los hijos nacidos de los embarazos no deseados.*
 7. *Dificulta la recolección de información sobre la práctica del aborto, lo que ocasiona una subestimación de la magnitud y de la incidencia del aborto inducido (Guillaume, 2004), (Blayo, 1998). También incide en la precisión y veracidad de la información sobre diversos aspectos relacionados con esta práctica, tales como, las razones y métodos usados para interrumpir el embarazo, las consecuencias de dicha práctica,*

entre muchos otros” (Guillaume, A y Lerne S, http://ceped.cirad.fr/cdrom/avortement_ameriquelatine_2006/sp/chapitre1.html)

Definición de aborto terapéutico

En la actualidad, algunos autores han aportado a la construcción de una definición de lo que es el aborto terapéutico, sin embargo, al día de hoy todavía no existe una definición oficial que haya sido asumida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), o la Organización Panamericana de la Salud (OPS), como órganos especializados en el tema de la salud. Es por ello, que en la presente investigación exploraremos algunas de las definiciones encontradas:

Para McNauthon (2003), se entiende por aborto terapéutico la interrupción del embarazo cuando, a criterio de los facultativos, estén presentes al menos una de las siguientes condiciones:

- “cuando compromete la vida o la salud de la mujer,
- cuando de continuar el embarazo dará lugar al nacimiento de un niño con malformaciones físicas graves o con retardo mental,
- en caso de violación, incesto o estupro” (McNauthon, H. 2003: 2).

Gant (citado por McNauthon, 2003), refiere que es la terminación del embarazo antes del tiempo de la viabilidad del feto, con el propósito fundamental de preservar la vida y salud de la mujer. En este sentido, propone que el aborto terapéutico se da cuando:

- “la continuación del embarazo puede amenazar la vida de la mujer o deteriora gravemente su salud. En la determinación de que hay o no tal riesgo para la salud, se

debe tomar en consideración el ambiente total de la paciente, presente o previsiblemente de manera razonable,

- el embarazo ha sido resultado de una violación o incesto. En éstos casos debe emplearse el mismo criterio médico en la evaluación de la paciente,
- es probable que la continuación del embarazo tenga como resultado el nacimiento de un niño con deformidades físicas graves o retardo mental” (Gant, 1995 en McNauthon, H. 2003, 27).

Para Cunnigmam (citado por McNauthon, 2003), el aborto terapéutico puede darse cuando:

- “la continuación del embarazo puede amenazar la vida de la mujer o afectar seriamente su salud. Cuando se determina si existe o no existe riesgo para la salud, debe tenerse en cuenta todo el entorno, el real y el razonablemente predecible,
- un embarazo es consecuencia de una violación o incesto. En éste caso, debería usarse el mismo criterio médico al evaluar a la mujer,
- es probable que la continuación del embarazo resulte en el nacimiento de un niño con malformaciones físicas o retardo mental. Los problemas como la infección materna por HIV-1 son menos claros, aunque problemáticos (Araneta y col,1992), ya que no hay pruebas que la mujer viviendo con VIH; pero, hay pruebas que el VIH puede incrementar los riesgos de problemas con el embarazo, sobre todo cuando la mujer tiene infecciones oportunistas también como la anemia, tuberculosis, hepatitis” (Cunnigmam 2002 en McNauthon, H. 2003: 28)

Para Roche (citado por McNauthon, 2003), la definición más amplia el aborto terapéutico puede ser analizado para:

- “salvar la vida de la mujer,
- preservar la salud de la mujer,

- interrumpir un embarazo que resultará en el nacimiento de un niño con defectos incompatibles con la vida o asociados con morbilidades graves,
- interrumpir un embarazo no viable, o
- selectivamente reducir un embarazo multifetal” (Roche, 2002 en McNauthon, H. 2003, 28)

Sin embargo, para la presente investigación se entenderá por **aborto terapéutico**, aquella interrupción de un embarazo que se practica con el consentimiento de la mujer embarazada antes de que el feto tenga viabilidad extrauterina (osea, que éste pueda sobrevivir fuera del útero), en el caso de que se presente alguna de estas situaciones:

- a) cuando la continuación o terminación del embarazo pone en riesgo de muerte la vida de la mujer embarazada: Para Pizarro (2006), este riesgo está presente cuando la mujer presenta las siguientes complicaciones:
 - mujeres embarazadas que tengan cáncer-cérvico uterino
 - mujeres embarazadas que tengan VIH/SIDA
 - mujeres embarazadas que tengan insuficiencia cardíaca-congestiva
 - mujeres embarazadas que tengan preeclampsia o eclampsia
 - mujeres embarazadas que tengan diabetes descompensada
- b) cuando la continuación o terminación del embarazo pone en riesgo la salud de la mujer embarazada: En este sentido, es importante anotar que el proceso de gestación no sólo puede acarrear la muerte para la mujer embarazada, sino que el mismo puede representar una grave consecuencia para la salud de las mujeres. Aquí es importante mencionar que con salud, no hacemos referencia exclusiva a la salud física, sino que hacemos referencia a un concepto más amplio e integral que incluye la salud emocional.

Para Pizarro (2006), algunos de los riesgos asociados a la salud física pueden ser las complicaciones:

▪ Obstétricas	▪ Quirúrgicas
▪ Ortopédicas	▪ Digestivas
▪ Hematológicas	▪ Inmunológicas
▪ Cardiovasculares	▪ Neurológicas
▪ Pulmonares	▪ Infecciones crónicas
▪ Urinarias	▪ Embarazo multifetal
▪ Endocrinas	▪ Oncológicas

Algunos de los riesgos asociados a la salud emocional pueden ser las complicaciones psiquiátricas, caracterizadas por trastornos, traumas, depresión crónica, entre otros. En este sentido, “salud es un concepto amplio, la obligación del Estado es proporcionar salud a los ciudadanos, e incluye dar la atención oportuna y adecuada de la salud física y mental y de los determinantes que le subyacen, así como proporcionar establecimientos de prestación sanitaria, los bienes, los insumos y los servicios que permitan acceder al más alto nivel posible de salud, los cuales deben ser accesibles, de buena calidad y estar ampliamente disponibles. Otros elementos importantes del derecho a la salud son la no discriminación y la igualdad de trato, de modo que las dimensiones físicas y mentales así como los determinantes de la salud de hombres y mujeres deben ser atendidos por igual” (Artículo: Salud mental y psicología, www.monografias.com/trabajos/smenfins/smenfinsss.shtml)

- c) cuando un médico haya diagnosticado que el embrión posee una malformación que es incompatible con la vida extrauterina: Para Maroto y Brenes (2008), aunque no existe una definición unificada de las malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, éstas

han sido definidas en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como aquellas en donde un feto que es inviable, presenta gravísimas malformaciones que son irreversibles e incurables, y que producirán de manera irreversible la muerte del feto dentro del útero o a las pocas horas de estar fuera de él.

Es así como Távara (citado por Maroto y Brenes, 2008), refiere que algunas de esas malformaciones pueden ser:

- ***“Anencefalia:** grave malformación congénita que incluye ausencia del cerebro, el hueso en el que este descansa y el cuero cabelludo del feto; además otros órganos del feto pueden resultar afectados. Aparece entre los 24 y 26 días después de la fecundación por un defecto del tubo neural. Según Sandoval [s.f], esta malformación está asociada con exceso del líquido amniótico.*
- ***Osteogénesis imperfecta:** comprende un grupo de desórdenes que provocan fragilidad ósea. Las formas letales se caracterizan por la falta de desarrollo de las extremidades con malformaciones en las piernas.*
- ***Síndrome de corazón izquierdo hipoplásico:** es una malformación que causa muerte en el recién nacido al cerrarse el vaso sanguíneo muscular que une la arteria pulmonar a la aorta. Esta malformación puede ser detectada en el primer trimestre del embarazo. Causa la muerte en el nacimiento.*
- ***Onfalocèle:** malformación congénita eventualmente asociada a una masa quística y sólida que debe despertar la sospecha de un tumor en el cordón umbilical. El Sistema de Salud de la Universidad de Virginia (2007, párr.1, 2) explica que esta es una anomalía que aparece antes del nacimiento a medida que el feto se está formando en el útero. Algunos de los órganos abdominales sobresalen a través de un orificio en los músculos abdominales en la zona del cordón umbilical. Una membrana translúcida recubre los órganos que sobresalen.*

- **Gastrosquisis:** Es un defecto congénito en el cual los intestinos del feto sobresalen del cuerpo a través de una hernia en un lado del cordón umbilical. Los fetos con esta afección presentan un agujero en la pared abdominal, usualmente en el lado derecho del cordón umbilical, los intestinos se pueden observar con facilidad. Esta afección es similar en apariencia a un onfalocele. Sin embargo, un onfalocele es un defecto congénito en el cual los intestinos del feto u otros órganos abdominales sobresalen por fuera del cordón umbilical (Medline Plus, 2008, párr. 1, 2, 3, 4).
- **Sirinomelia:** rara malformación congénita fetal que se manifiesta con fusión, rotación, hipotrofia, o atrofia de los miembros inferiores (piernas) y anomalías urogenitales severas que durante el embarazo generan poco líquido amniótico.
- **Agenesia renal bilateral:** ausencia de los dos riñones, los cuales no se forman durante el período de la embriogénesis.
- **La holoprosencefalia:** es el resultado del fracaso de la hendidura del prosencéfalo, encargado de dividir ambos hemisferios cerebrales (Barriga y otros, 2004, párr. 12). A partir de esta malformación, hay una división incompleta de los hemisferios cerebrales, al igual que de la estructura facial.
- **El encefalocele:** es un defecto de cierre del tubo neural (Izquierdo y Avellaneda, 2004) y se define como un defecto de nacimiento en que el cerebro, su revestimiento y su líquido protector quedan fuera del cráneo y forman una protuberancia en la frente o a lo largo de la parte de atrás de la cabeza, cerca del cuello (Center for Maternal & Infant Health, 2002).
- **Espina bífida:** es un defecto de cierre del tubo neural que se localiza en la columna vertebral. También conocida como mielodisplasia, es un trastorno en el cual existe un desarrollo anormal de los huesos de la columna, de la médula espinal, del tejido nervioso circundante y del saco con líquido que rodea a la médula espinal. Este trastorno neurológico puede provocar que una parte de la médula espinal y de las estructuras circundantes se desarrollen por fuera y no por dentro del cuerpo. Dicha

anomalía puede producirse en cualquier parte de la columna vertebral (University of Virginia Health System, 2007).

- ***La transposición de los grandes vasos:*** *es un defecto cardíaco congénito. Debido a un desarrollo anormal del corazón del embrión durante las primeras 8 semanas de embarazo, los grandes vasos que llevan sangre desde el corazón hacia los pulmones o hacia el cuerpo se conectan inadecuadamente. En la transposición de los grandes vasos, la aorta está conectada al ventrículo derecho y la arteria pulmonar, al ventrículo izquierdo; exactamente lo opuesto a la anatomía de un corazón normal (University of Virginia Health System, 2006).*
- ***La hernia diafragmática:*** *es un defecto congénito, una anomalía que aparece durante el período gestacional. Consiste en un orificio en el diafragma (el músculo que separa la cavidad torácica de la cavidad abdominal). En este tipo de defecto congénito, algunos de los órganos que normalmente se encuentran en el abdomen se desplazan hacia la cavidad torácica a través de este orificio anormal (University of Virginia Health System, 2006)”. (Maroto y Brenes, 2008: 14-15)*

B) MITOS Y REALIDADES DEL ABORTO

Para la Colectiva por el Derecho a Decidir (2007), existen muchos mitos y realidades con respecto al aborto en general. Algunos de estos son¹:

Mitos	Información correcta
En Costa Rica, todo tipo de aborto es un delito.	En Costa Rica, el Código Penal plantea en su artículo 121 la existencia del aborto impune , en donde se establece que: “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” ²
Las personas que están “a favor” del aborto en realidad están a favor de una cultura de la muerte.	Las personas que respetan la decisión y autonomía de las mujeres a decidir sobre su cuerpo y su vida, en realidad están a favor de la vida de las mujeres y las personas. Nótese que muchas de las personas que se autodenominan “provida” están también en contra del uso de los métodos de anticoncepción, uso de métodos de prevención contra la infección del virus del VIH/SIDA o el Papiloma Humano, y a favor de la pena de muerte (incluso para personas menores de edad). ¡No es esto una paradoja!

¹ Información extraída de: Colectiva por el Derecho a Decidir (2007). “**Modulo de formación y Debate: Despenalización del aborto en Costa Rica**”. Documento inédito.

² Código Penal de Costa Rica.

Todas las mujeres corren riesgo de morir cuando se practican un aborto	El riesgo está asociado no a la interrupción del embarazo, sino a las condiciones de riesgo e inseguridad en los que el mismo se puede realizar ³ . También es importante mencionar que existen estudios, como los realizados por Allan Guttmacher, que indican que existe un mayor riesgo de muerte en las mujeres durante un parto que durante un aborto.
Los abortos le salen muy caros al Estado.	El aborto realizado en condiciones seguras si bien tiene un costo para el Estado, es menor que el que se incurre en las hospitalizaciones que se requieren cuando los abortos son inseguros y provocan daños en los cuerpos y salud de las mujeres ⁴ .
Si el aborto se permite, entonces se estaría permitiendo el libertinaje sexual.	La sexualidad es parte de la vida de todas las personas, por ello nadie debería de ser sujeto de castigo, burla o estigmatización. El aborto en ninguna medida es un método de anticoncepción, es una medida extrema a la que nadie quiere recurrir, pero que debe estar garantizado para aquellos casos en los que se requiera.
Si las mujeres tuvieran siempre la posibilidad de abortar, entonces los abortos se incrementarían.	La penalización del aborto en América Latina no ha disminuido el número de abortos que se realizan, pero si ha propiciado que los mismos se realicen en condiciones inseguras y de riesgo para la vida y salud de las mujeres.
Si se permitiera la práctica del aborto en algunas circunstancias, entonces todas las mujeres mentirían para realizarse uno.	La realidad de los países en los que el aborto está regulado, es que las razones por las cuales una mujer puede decidir abortar están sujetas a la aprobación de otras personas. Por ejemplo, en caso de violación se requiere de la denuncia, en el caso del aborto terapéutico se requiere del expertiz médico, etc.

³ Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). (2000). “**Miradas sobre el aborto**”. México

⁴ Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). (2000). “**Miradas sobre el aborto**”. México

	Por estas razones es que no pareciera probable que las mujeres utilicen la mentira y la manipulación para practicarse un aborto.
La medicina está tan avanzada que ya no es necesario que se hagan abortos con la excusa de salvarles la vida a las mujeres.	Aunque pudiéramos pensar que el desarrollo de la ciencia es asombroso, no en todos los casos la ciencia médica logra salvar la vida de la mujer embarazada o del feto. Este es el caso de las mujeres que tienen cáncer, VIH/SIDA u otra enfermedad grave o mortal, o el caso de los fetos que no desarrollan el cerebro.

- Mitos en torno a las mujeres que abortan⁵:

Mitos	Información correcta
Las mujeres que quieren abortar tienen una vida sexual desordenada, son egoístas e irresponsables.	Esto nos impide ver que la decisión de practicarse un aborto es seria y compleja. Es una decisión en donde convergen factores como lo religioso, moral, social y familiar, con otras razones por las cuales las mujeres podemos decidir o no abortar. De hecho, en investigaciones como la hecha por el doctor del Valle en México⁶, se pudo ver que las mujeres que abortan son muy diversas en cuanto a: - edades (no son sólo mujeres jóvenes) - etnias - religiones (incluyendo la Católica)

⁵ Información extraída de: Colectiva por el Derecho a Decidir (2007). “**Modulo de formación y Debate: Despenalización del aborto en Costa Rica**”. Documento inédito.

⁶ Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). (2000). “**Miradas sobre el aborto**”. México

	- estado civil (no sólo mujeres solteras o que viven solas) - maternidad previa o no - nivel educativo - motivos por los cuales recurrieron al aborto (cuando el embarazo: fue producto de una violación, pone en riesgo su vida o su salud, etc.
Si una mujer no quiere tener un hijo o hija, en lugar de abortar, lo mejor que puede hacer es dar el niño o niña en adopción.	La adopción también representa una decisión compleja y dolorosa que en muchas ocasiones es marcada con la culpa.
Las mujeres después de abortar quedan con un trauma para toda la vida.	Si bien es cierto las mujeres podemos experimentar una gran diversidad de sentimientos con respecto al aborto, no existe un solo estudio que haya demostrado daños psíquicos en las mujeres que se lo han practicado⁷, en este sentido, la Asociación Americana de Psicología (APA) ha concluido⁸ que no se ha podido identificar un Síndrome Post Aborto en aquellas mujeres que han interrumpido un embarazo. De hecho, se ha encontrado que muchos sentimientos negativos están asociados al temor de ser descubiertas, a la presión social, y a todo lo vivido y experimentado en la búsqueda de una alternativa segura para abortar.

⁷ Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). (2000). “**Miradas sobre el aborto**”. México

⁸ Datos sobre el aborto. En: “<http://www.prochoice.org/es/datos/despues.html>”

Las mujeres que no quieren quedar embarazadas no deberían tener del todo relaciones sexuales.	Una afirmación como esta nos podría llevar a suponer de forma errada que todos los embarazos son producto de relaciones sexuales que son consentidas entre personas adultas, y con ello invisibilizar las violaciones, el embarazo en niñas menores de 12 años, el comercio sexual, la explotación sexual comercial, etc. Además, la maternidad debe de ser vivida como un deseo, como un proyecto de vida, y nunca como una consecuencia o castigo.
---	--

C) ABORTO TERAPÉUTICO: UNA MIRADA DESDE LA BIOÉTICA

Para Marlasca (2001), la bioética, proviene de los vocablos ethos y bios: ética de la vida, siendo su fin fundamental conocer o dilucidar la conducta humana en todo lo que tiene que ver con la vida y la salud.

Cuando hablamos de las diversas posturas que han inspirado la bioética, hacemos referencia para Marlasca (2001) a una realidad variopinta que vivimos, por ello, en la actualidad la bioética tiende a convertirse en un foro de debates y decisiones compartidas y consensuadas en un contexto social e ideológico plural y laico, en el que todos los participantes pueden aportar elementos hasta llegar a una ética de mínimos.

Con respecto al tema que nos ocupa, encontramos que desde los principios fundamentales de una bioética que reconozca el pluralismo moral de las sociedades actuales, se puede entender:

- a) la aplicación del Aborto es coherente con el principio de autonomía de la persona. Principio que para Marlasca (2001), enuncia que todo ser humano es una agente moral libre, y como tal debe de ser respetado por todos, incluso y específicamente por aquellos que no comparten sus posiciones morales. De acuerdo con este principio, no se puede hacer uso de la violencia o la fuerza en cualquiera de sus formas sobre un ser pacífico dotado de conciencia, razón y libertad.

En este sentido, los Estados deberían garantizar que las personas puedan tomar sus decisiones de manera libre e informada, así como crear las condiciones necesarias para que las personas que apelan a su derecho de objeción de conciencia puedan tomar dicha decisión sin afectar la de otros y otras.

- b) la aplicación del Aborto es coherente con el principio de beneficencia de las personas ya nacidas. Principio que según Marlasca (2001), significa obrar bien, o hacer el bien.
- c) la aplicación del Aborto es coherente con el principio de No-maleficencia de las personas ya nacidas. Principio que según Marlasca (2001), significa ante todo, no hacer daño, no causar el mal.

En este sentido, la penalización o prohibición de la utilización de la técnica del aborto terapéutico constituye una acción que vulnera y violenta lo que las personas han decidido como su propio bien.

- d) la aplicación del Aborto es coherente con el principio de justicia de las personas ya nacidas. Principio que según Marlasca (2001), significa la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es debido.

En este sentido, la penalización o prohibición del aborto no ha incidido en la erradicación del mismo, sino que en varios países del mundo ha repercutido en que las personas accedan al mismo de manera clandestina e insegura, clandestina y onerosa, o bien, que las personas que cuentan con recursos económicos viajen a países en donde no está penalizado o prohibido. Esta situación se traduce como una penalización, discriminación y estigmatización de la pobreza, porque son precisamente las personas de escasos recursos económicos las que no pueden acceder a ellas.

VII. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

a) Estrategia metodológica:

La investigación es de tipo **cualitativo**, en donde más que generalizar resultados, lo que se pretende es hacer un análisis de la normativa internacional y nacional vigente en materia de aborto terapéutico, y finalmente realizar un análisis ilustrativo de la tutela, discriminación y/o violación de los derechos vividos por una mujer joven con un embarazo encefalocele a quien se le negó el acceso al aborto terapéutico.

En este sentido,

“Las prácticas cualitativas constituyen una forma mas o menos similarada y controlada, o ensayo tentativo de reproducir, o al menos evocar, las formas de intercambio simbólico de la praxis social real” (Delgado y Gutiérrez, 1999: 90)

Es importante mencionar que la investigación es también de corte **exploratoria**, en donde para Baptista, Hernández y Fernández (1998), dicho tipo de investigación permite acercarnos a un tema o problema que ha sido poco estudiado, o que no ha sido abordado antes. En este sentido, las investigaciones en el área del aborto terapéutico han sido poco abordadas, y dentro de ellas, investigaciones llevadas a cabo en Costa Rica son aún más escasas.

Ahora bien, para lograr el cumplimiento del objetivo general y los objetivos específicos de la investigación, se privilegiaron las siguientes técnicas de investigación:

1. Con el fin de realizar el análisis de la legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos vinculados con la temática del aborto terapéutico (incluido dentro de los mismos el posicionamiento de la Sala Constitucional), se utilizó la técnica del Análisis de Contenido por Racimos, elaborado por Ghiglione y Matalón (citados por Bermúdez, 1986), en donde:

Para Bermúdez (1986), constituye un resumen riguroso de las categorías mas relevantes según la problemática a investigar, así como también, las formas en que estas son tratadas y concebidas, permitiendo realizar operaciones como el establecimiento de relaciones entre las proposiciones, el análisis del significado individual y del conjunto de las mismas, y el estudio de las contradicciones entre ellas.

2. Por su parte, con el fin de realizar el análisis de la vivencia de la mujer joven (que presentó en el 2007 un embarazo encefalocele), con respecto al proceso de solicitud y denegatoria del aborto terapéutico, se utilizó la técnica del Estudio de Caso. Técnica que consiste en:

“Un estudio intensivo e integral de un individuo, familia, grupo, institución o comunidad. Para realizar este tipo de investigación se recoge información acerca de la situación existente en el momento en que se realiza la acción, las experiencias y condiciones pasadas y las variables ambientales y culturales que ayuden a determinar las características específicas de la unidad investigada”
(Golcher, 1992: 61)

b) Procedimiento de selección de la información sujeta a ser analizada:

Para efectos de la realización del presente trabajo de investigación, se llevó a cabo la siguiente selección de las unidades a ser investigadas y analizadas:

1. Con el fin de abordar los objetivos específicos 1.1 y 1.2 de la presente investigación que refieren:

- 1.1 Identificar los derechos humanos vinculados con la temática del aborto terapéutico, que han sido reconocidos en nuestra legislación nacional e internacional.
 - 1.2 Describir los argumentos utilizados por la Sala Constitucional en el año 2007 para negar el acceso de una mujer joven con un embarazo encefalocele al aborto terapéutico.

Se realizó una selección de la normativa internacional en materia de derechos humanos, y una selección de la normativa nacional en materia de derechos humanos vinculados a la temática del aborto terapéutica.

2. Por su parte, con el fin de abordar el objetivo específico 1.3 que refiere:

- 1.3 Describir con un estudio de caso, la vivencia de la mujer joven que presentaba un embarazo encefalocele con respecto al proceso de solicitud y denegatoria del aborto terapéutico.

Se seleccionó a una mujer joven que presentó en el año 2007 un embarazo encefalocele, y que tras negársele en el sistema de salud nacional la aplicación del aborto terapéutico acudió en busca de respuesta a la Sala Constitucional, de quien obtuvo la misma respuesta denegatoria de su solicitud.

En este sentido, para la selección de la persona participante se utilizó la técnica de “casos extremos”, en donde, para Baptista, Hernández y Fernández (1998), el interés primordial a investigar será precisamente las situaciones, fenómenos y características que son ajenas a la cotidianidad.

Con el fin de dar formalidad al proceso investigativo se elaboró un documento de Consentimiento Informado para la participación en el estudio, en donde la misma brindó su autorización para utilizar sus datos en la presente investigación, y en la redacción del documento final.

c) Procedimiento de recopilación de la información:

1. En primer término, y con el fin de abordar los objetivos específicos 1.1 y 1.2 de la presente investigación que refieren:

- 1.1 Identificar los derechos humanos vinculados con la temática del aborto terapéutico, que han sido reconocidos en nuestra legislación nacional e internacional.
 - 1.2 Describir los argumentos utilizados por la Sala Constitucional en el año 2007 para negar el acceso de una mujer joven con un embarazo encefalocele al aborto terapéutico.

Se recopiló la información existente dentro de la legislación nacional e internacional, con el fin de poder contrastar el cumplimiento de los derechos humanos en ellas estipuladas.

2. En segundo término y con el fin de abordar el objetivo específico 1.3 que refiere:

- 1.3 Describir con un estudio de caso, la vivencia de la mujer joven que presentaba un embarazo encefalocele con respecto al proceso de solicitud y denegatoria del aborto terapéutico.

La investigación realizó una entrevista focalizada, dirigida “...hacia la obtención de las fuentes cognitivas y emocionales de las reacciones de los entrevistados frente a un suceso” (Valles, 1997: 184), utilizando para ello un instrumento creado por la **Colectiva por el Derecho a Decidir** en el año 2007, para la recopilación de la información:

Guía para la recopilación de la historia

I. Aspectos generales

Nombre, edad, lugar de residencia, estudia o trabaja, estado civil – conyugal, con quién vive, religión.

II. Condiciones en que se da el embarazo

- a. En qué momento de tu vida quedaste embarazada y cuáles eran las condiciones: pareja estable o no, con quién vivías, fue planificado, deseado, planes futuros*
- b. Cómo reaccionó tu pareja y familia ante la noticia del embarazo: apoyo, juicios de valor.*
- c. Qué o quién es lo que te ha dado más fuerzas para sobrellevar la situación.*
- d. Cómo fue el inicio del embarazo.*
- e. Cómo te diste cuenta de la situación del feto, quién te lo dijo, cómo te lo dijo, qué seguimiento y respuestas te dieron los centros médicos. Cómo reaccionó tu pareja y familia ante la situación crítica del embarazo (enterarse de la malformación).*

III. Consecuencias que ese embarazo ha tenido en tu vida

- a. Cómo el embarazo afectó tu salud, vida, estudio, trabajo, relaciones familiares, vida social, relación con la pareja.*
- b. Cuál ha sido la ruta crítica institucional sobre tu embarazo: a cuántas instituciones solicitaste apoyo, qué te motivó a seguir buscando o no otras opciones. Te informaron si ese embarazo tenía consecuencias para tu salud, cuáles, te ofrecieron opciones, cuáles, fueron suficientes, qué hizo falta.*
- c. Fuiste remitida por las instituciones a tratamiento psicológico y psiquiátrico, te recetaron tratamiento (cual), cómo te sentiste con esta situación, qué tan frecuente recibiste atención.*

IV. Estado emocional

- a. Cómo te sentiste en el proceso.*
- b. Cómo te sentiste con el embarazo en esa situación particular.*
- c. Cómo viviste el duelo.*
- d. alguna vez pensaste matarte, por esta situación.*
- e. Cómo imaginabas tu vida después de esto.*

La recopilación de la información de la entrevista se llevó a cabo mediante el uso de la internet.

VIII. RESULTADOS ALCANZADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

A) Con respecto al objetivo específico número uno de la presente investigación, que consagraba *“Identificar los derechos humanos vinculados con la temática del aborto, que han sido reconocidos en nuestra legislación nacional e internacional”*, se encontró lo siguiente:

a) VINCULACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO CON OTROS DERECHOS HUMANOS CONSAGRADOS EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Los derechos humanos pueden definirse como aquellos principios e ideales éticos que buscan el respeto a la dignidad, vida, autonomía y convivencia de todas las personas, trascendiendo para ello barreras culturales, religiosas, sexuales, políticas entre otras. De manera tal, que su respeto y garantía proveen a los y las ciudadanas de los países de una serie de garantías y derechos que presentan el carácter de universalidad, irrenunciabilidad e integralidad.

Es así como, la firma y ratificación de los diferentes instrumentos nacionales ha representado para los diferentes Estados (y dentro de ellos el de Costa Rica), el compromiso serio de velar por el cumplimiento de los derechos humanos de sus habitantes (ejercicio de la ciudadanía), desarrollando para ello, diversas estrategias e instancias legislativas que permitan a la población acceder a mecanismos claros de exigibilidad de los derechos que han sido violados.

Con respecto al tema del aborto terapéutico, se encontró que en la actualidad el mismo no ha sido reconocido en ningún instrumento de carácter internacional como derecho humano, sin embargo, si es posible vincularlo con otros derechos que han sido reconocidos previamente:

- b) **Derecho a la autonomía:** Hace referencia al derecho que tienen las personas de elegir sus propias preferencias y tomar decisiones de manera libre acerca de su propio proyecto de vida. En el tema del aborto terapéutico se podría hacer mención del derecho que tienen las mujeres a tomar decisiones informadas acerca de su vida, su cuerpo y reproducción, sobre todo en aquellos casos en que el embarazo se traduce en un riesgo para su vida y su salud (física y emocional), y que dicha decisión sea respetada.
- c) **Derecho a la vida:** Hace referencia al derecho que tenemos las personas, por el hecho de ser personas a que se nos respete y garantice la vida, incluyendo en el tema que nos convoca, el derecho que tienen las mujeres a no morir como consecuencia del embarazo, o del parto. En este sentido, es importante mencionar que el aborto terapéutico vendría a ser el recurso disponible para salvar la vida de las mujeres cuando las complicaciones de salud representen un riesgo de muerte para las mismas, y en donde estos riesgos no puedan ser solventados por la tecnología, conocimiento y desarrollo médico.

Este derecho está consagrado en instrumentos como:

- La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, firmada en Bogotá en el año 1948, plantea en su artículo I acerca del Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).
- La **Declaración Universal de Derechos Humanos**, firmada en 1948, plantea en su artículo 3 que: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (Declaración Universal de Derechos Humanos).

- La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, firmada en 1969, reconoce en su artículo 4, sobre el Derecho a la Vida que: “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” (Convención Americana sobre Derechos Humanos)
 - El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, firmado en 1976 reafirma en su artículo 6, inciso 1 que: “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” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)
 - La **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer** (Belem do Pará), firmada en 1994 plantea que: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: el derecho a que se respete su vida.
- d) **Derecho a la salud:** Hace referencia al derecho que tienen las personas de gozar el más alto nivel de salud posible, así como el de acceder a los servicios de atención necesarios para garantizarlo. En el tema que nos convoca, hablamos por un lado, del derecho de las mujeres a gozar de buena salud física y emocional, y por el otro del derecho que tienen las mismas de acceder a servicios de aborto terapéutico seguros y gratuitos (brindados por el Estado), en aquellas situaciones en las que se determine que el embarazo representa un alto riesgo para su vida y salud, y no hayan otros medios médicos para minimizarlos o solventarlos.

Este derecho está consagrado en instrumentos como:

- La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, firmada en Bogotá en el año 1948, en su artículo XI sobre el Derecho a la preservación de la salud y al bienestar: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).
 - la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, firmada en 1948, plantea en su artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (Declaración Universal de Derechos Humanos).
- e) **Derecho a la información:** Hace referencia al derecho que tenemos las personas de recibir información y difundirla. En el tema que nos convoca, podríamos hablar del derecho que tienen las mujeres y parejas de recibir información acerca de las consecuencias que el estado de embarazo le puede representar para la continuación de su vida y su salud (sobre todo cuando ellas las ponen en riesgo), así como el derecho de los y las mismas de recibir información científica, veraz, laica y actualizada acerca de todos los recursos que se pueden utilizar para minimizar o erradicar estos riesgos (incluyendo dentro de éstos, el recurso del aborto terapéutico).

Este derecho está consagrado en instrumentos como:

- El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, firmado en 1976 reafirma en su artículo 19 que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)
- f) **Derecho a la dignidad:** Hace referencia al derecho que tenemos las personas de ser tratadas de acuerdo con las propias decisiones e intenciones. En el caso del aborto terapéutico, podríamos hablar del derecho que tienen las mujeres a que de manera informada se le respete su decisión, aún cuando ésta sea terminar un embarazo que pone en riesgo su vida o su salud. En este sentido, a ninguna mujer se le debería imponer, ni aún en aras de la investigación científica o de protección de la vida del nasciturus a continuar un embarazo que la pone en riesgo.

Este derecho está consagrado en instrumentos como:

- La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, firmada en 1969, reconoce en su artículo 11, sobre la Protección de la Honra y de la Dignidad: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” (Convención Americana sobre Derechos Humanos)
- El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, firmado en 1976 reafirma en su artículo 7 que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a

experimentos médicos o científicos” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y en su artículo 17: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

- g) **Derecho a la integridad personal:** Hace referencia al derecho que tienen las personas a que se les respete su integridad física, psíquica y moral. En el tema que nos convoca, se habla del derecho de las mujeres de no ser sometidas y obligadas a culminar un embarazo que pone en riesgo su vida o su salud, y del derecho de las mismas a no morir por causas relacionadas con el embarazo y el parto si éstas se pueden prevenir.

Este derecho está consagrado en instrumentos como:

- La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, firmada en 1969, reconoce en su artículo 5, sobre el Derecho a la Integridad Personal: “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. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

- h) **Derecho a la no violencia:** Hace referencia del derecho que tienen las mujeres a vivir una vida plena y libre de violencia, haciendo hincapié al derecho de vivir libres de la violencia social o institucional que se ejerce en contra de ellas por el hecho de ser mujeres (violencia basada en género).

Este derecho está consagrado en instrumentos como:

- La **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer** (Belem do Pará), firmada en 1994 plantea en su artículo 3 que: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
 - b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
 - c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales” (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer)
- i) **Derecho a la no discriminación:** Hace referencia al derecho que tienen las personas de no ser discriminadas, y dentro del tema que nos ocupa, al derecho que tienen las mujeres a que por su condición de ser mujeres en estado de gestación, no se ponga en riesgo su vida y su salud.

Este derecho está consagrado en instrumentos como:

- La **Declaración Universal de Derechos Humanos**, firmada en 1948, plantea en su artículo 2, inciso 1 que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Declaración Universal de Derechos Humanos)

- El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, firmado en 1976 reafirma en su artículo 2 que: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)
- La **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer** (CEDAW), firmando en 1979, promulga en su artículo 12 que: “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” (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer).

Finalmente, es importante mencionar la existencia de otros instrumentos internacionales que por su carácter, corresponden más a un compromiso moral que legal que asumen los diferentes países que lo firman. Dentro de estos podemos mencionar:

- La **Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo**, firmada en 1994, establece en su párrafo 8.22 que:

“Todos los países, con apoyo de todos los sectores de la comunidad internacional, deberían aumentar la prestación de servicios de maternidad en el marco de la atención primaria de la salud. Estos servicios, basados en el concepto de la elección basada en una información correcta, deberían incluir la educación sobre la maternidad sin riesgo, cuidados prenatales coordinados y eficaces, programas de nutrición materna; asistencia adecuada en los partos evitando el recurso excesivo a

las operaciones cesáreas y prestando atención obstétrica de emergencia; **servicios de remisión en los casos de complicaciones en el embarazo, el parto y el aborto, atención prenatal y planificación de la familia.** Todos los nacimientos deberían contar con la asistencia de personas capacitadas, de preferencia enfermeras y parteras, pero al menos comadronas capacitadas. Deberían determinarse las causas subyacentes de la morbilidad y mortalidad maternas y se debería prestar atención a la elaboración de estrategias para eliminarlas y para desarrollar mecanismos de evaluación y supervisión adecuados, a fin de evaluar los progresos logrados en la reducción de la mortalidad y morbilidad maternas y de aumentar la eficacia de los programas en marcha. Deberían elaborarse programas y cursos educativos para lograr el apoyo de los varones a las actividades destinadas a asegurar la salud de las madres y la maternidad sin riesgo” (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo).

Y, en el párrafo 8.25:

“en ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel

nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. **En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas.** En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos” (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo).

- Finalmente, los **Objetivos de Desarrollo del Milenio** en su objetivo número 5 acerca de Mejorar la Salud Materna, reafirman el párrafo 8.22 de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo.

b) ABORTO TERAPEUTICO: UNA VISIÓN DESDE LA NORMATIVA NACIONAL

En casi todos los países de América Latina el aborto inducido ha sido prohibido o limitado, es decir, que se permite la interrupción sólo en casos que son previamente calificados. Este es el caso de nuestro país, en donde tenemos el **artículo 121 del Código Penal** que establece como no punible aquel 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” (Código Penal), definición que se asemeja mucho a la conceptualización que varios autores han hecho del aborto terapéutico.

Sin embargo, la existencia de este artículo, no se traduce necesariamente en que el aborto terapéutico sea considerado un derecho al cual puedan acceder las mujeres para salvaguardar su vida y su salud, por el contrario, la existencia de este artículo dentro de nuestro Código Penal nos marca más que un derecho reconocido, una ruta de despenalización del mismo. En este

sentido, de ser considerado derecho, el mismo estaría inserto en la Ley General de Salud y no en el Código Penal.

Ahora bien, alrededor de la temática del aborto, también nos encontramos en la legislación nacional diferentes instrumentos que reconocen algunos derechos que han sido otorgados a los embriones y fetos, nos referimos específicamente a lo que se conoce con el nombre de derecho del nasciturus o “del no nacido” . Algunos de estos derechos son:

- Derecho a la vida: consagrado en:
 1. Constitución Política de la República de Costa Rica: quien en su artículo 21 menciona que “la vida humana es inviolable” (Constitución Política de la República de Costa Rica)
 2. Código de la Niñez y la Adolescencia: quien en su artículo 12 menciona que “La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. El Estado deberá garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral” (Código de la Niñez y la Adolescencia)

- Derecho a ser considerado/a persona: consagrado en:
 1. Código de la Niñez y la Adolescencia: quien en su artículo 2 define que “Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Ante la duda, prevalecerá la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente” (Código de la Niñez y la Adolescencia)

2. **Código de Familia:** quien en su artículo 83 menciona que “La calidad de hijo adquirida de conformidad con el artículo 81, surte efecto desde el día de la concepción y aprovecha aún a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del mismo” (Código de Familia)
- Derecho a la protección estatal: consagrado en:
1. **Código de la Niñez y la Adolescencia:** quien en su artículo 13 menciona que “La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral” (Código de la Niñez y la Adolescencia)
 2. **Código Civil:** quien en su artículo 31 menciona que “La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal” (Código Civil)

Dichos derechos fueron reforzados en la interpretación que hizo nuestra Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, en el año 2000 en su resolución número 2000-02306, en torno a la inconstitucionalidad de la Técnica de Fertilización In Vitro, donde mencionó:

“... acepta que los avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina, en general, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida del ser humano. (...) Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de

producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, (...) el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. 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 (...) El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte" (Voto de la Sala Constitucional, Fertilización In Vitro).

Es así como, dicha resolución reafirma una vez más en Costa Rica el discurso moral que proclama no sólo que la vida humana inicia desde el momento mismo de la concepción, sino también el discurso que afirma que la vida humana es equivalente al significado de "ser persona". Entendiendo por ello, no sólo la configuración genética que diferencia al ser humano de otras especies animales, sino también haciendo referencia a la construcción social, psicológica y cultural que conlleva el concepto de persona, es decir, características como lo son la autoconciencia, autodeterminación, historia, y proyecto de vida.

Estas posturas legislativas en principio complementarias, conllevan con un componente contrapuesto, ya que permiten la existencia a posiciones jurídicas variadas en donde: “1) los instrumentos legales guardan silencio sobre el inicio del derecho a la vida; 2) donde el lenguaje es ambiguo; y 3) donde los instrumentos legales claramente indican que el derecho a la vida se protege desde el momento de la concepción” (Artículo: Aborto y bioética, www.bioetica.org/bioetica/mono9.html)

B) Con respecto al objetivo específico número dos de la presente investigación, que consagraba *“Describir y analizar los argumentos utilizados por la Sala Constitucional en el año 2007 para negar el acceso de una mujer joven con un embarazo encefalocele al aborto terapéutico”*, se encontró lo siguiente:

**CASO DE MARÍA DE LOS ÁNGELES RODRÍGUEZ CAMPOS, A FAVOR DE
VANESSA NARANJO RODRÍGUEZ, CONTRA JEFATURA DEL SERVICIO DE
OBSTETRICIA DEL HOSPITAL MÉXICO.**

El recurso se presenta ante la **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** en el mes de junio del año dos mil siete.

♀ **Hechos denunciados:**

La señora Rodríguez denuncia que:

“su hija, está embarazada, pero su salud y vida están en peligro, ya que tiene un embarazo de alto riesgo, pues el producto en gestación padece de una patología denominada Encefalocele Posterior, lo que implica que el cerebro del niño no se encuentra en su cavidad craneana, sino que toda la masa cerebral esta fuera de la cabeza, patología que hace imposible la vida extrauterina del niño, el cual moriría al nacer. Ello ha causado graves trastornos psicológicos y psiquiátricos a su hija, al punto de perder el deseo de vivir, pues ha tenido episodios de deseos suicidas. Indica que el Médico Director del COOPESAIN donde su hija es atendida en el Servicio de

*Psiquiatría, dictaminó que el embarazo anómalo que tiene la está exponiendo a un riesgo de muerte por suicidio, por lo que **recomendó a las autoridades competentes actuar interrumpiendo el embarazo lo más pronto posible, ya que el producto no tiene ninguna viabilidad.** Con dicho dictamen su hija pidió la intervención del Servicio de Gineco-obstetricia del Hospital México para que se interrumpiera su embarazo y fue internada el veinticuatro de mayo del año en curso... acusa que a pesar de que los exámenes practicados y las entrevistas realizadas... el **Servicio de Obstetricia del Hospital México** le dio la salida el veintiocho de mayo último bajo el argumento que **no se le iba a practicar la interrupción del embarazo por recomendación de los abogados de la Caja, por lo que tenía que completar el embarazo tomando psicotrópicos...** Considera que los médicos del Servicio de Obstetricia del Hospital México no le están dando la atención médica que su hija requiere, no en virtud de un criterio médico, pues el criterio médico es que debe practicársele la interrupción del embarazo, pero por **temor a las reacciones sociales o a la justicia penal se niegan a realizarlo**” (Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07, subrayado propio).*

♀ Considerandos valorados por los y las magistradas de la Sala Constitucional:

Objeto del amparo:

Se argumenta que con la decisión tomada por el sistema de salud se le violentan a su hija dos derechos humanos fundamentales:

- **Derecho a la vida:** consagrado en instrumentos como:
 - La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, firmada en Bogotá en el año 1948, plantea en su artículo I acerca del Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).
 - La **Declaración Universal de Derechos Humanos**, firmada en 1948, plantea en su artículo 3 que: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (Declaración Universal de Derechos Humanos).
 - La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, firmada en 1969, reconoce en su artículo 4, sobre el Derecho a la Vida que: "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" (Convención Americana sobre Derechos Humanos)
 - El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, firmado en 1976 reafirma en su artículo 6, inciso 1 que: "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" (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)
 - La **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer** (Belem do Pará), firmada en 1994 plantea que: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: el derecho a que se respete su vida.
 - **Constitución Política de la República de Costa Rica**, que plantea en su artículo 21 que la vida humana es inviolable.

- Derecho a la salud: consagrado en instrumentos como:
 - La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, firmada en Bogotá en el año 1948, en su artículo XI sobre el Derecho a la preservación de la salud y al bienestar: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).
 - la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, firmada en 1948, plantea en su artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (Declaración Universal de Derechos Humanos).

Admisibilidad:

La admisibilidad del recurso presentado se ampara en el artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la cual consagra que “procede el amparo contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar...o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de la citada Ley” (Sentencia de la Sala Constitucional número 2219-99).

Hechos:

Los hechos previamente autorizados y valorados en el dictamen de la presente sentencia fueron las evidencias médicas que mostraban:

- la presencia de un embarazo de alto riesgo,
- la presencia de un feto que padece de una patología denominada Encefalocele Posterior, la cual hace que su vida sea inviable una vez producido el parto. Dicha patología implica que el cerebro del niño no se encuentra en su cavidad craneana, sino que toda la masa cerebral está fuera de la cabeza.

Sobre el fondo:

La discusión llevada a cabo por los y las magistradas, se centró en:

a) Analizar y discutir en torno al principio constitucional que consagra que la vida humana es inviolable. Específicamente:

1. La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana.

En donde la Sala vuelva a retomar el pronunciamiento emitido por ella misma en la sentencia 2000-02306, en donde reconoció que la vida humana inicia en el momento de la concepción:

“...otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el

término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica" (Sentencia de la Sala Constitucional número 2000-02306).

2. La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política.

En donde la Sala luego de afirmar que del “*principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos*” (Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07), y de reconocer que “...el derecho se declara a favor de todos, sin

excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer...” (Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07), realiza todo un recorrido acerca de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos en donde se encuentra reconocido y tutelado el derecho a la vida.

Ahora bien, en el recorrido realizado, la Sala pone especial atención a los derechos consignados para el “no nacido” (argumentando para ello que el contenido de dichos instrumentos internacionales que poseen “una protección más elaborada”), dejando con ello por fuera el análisis profundo de los derechos que históricamente han sido reconocidos para las personas ya nacidas.

*“...el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. **Persona es todo ser humano** (artículo 1.2) y toda persona "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. **No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas** y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:*

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

*Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que **constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos.** Por su parte, la Convención sobre los*

*Derechos del Niño, aprobada por ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona "el nacimiento". Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga "**debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento**". Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable" (Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07, subrayado propio).*

3. La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense.

En donde la Sala en su discusión, continúa reforzando la postura adoptada en la sección anterior, es decir, continúa realizando un recorrido por la principal legislación nacional que tutela los derechos del “no nacido”. Para ello, retoma el artículo 31 del Código Civil (que plantea la protección del Estado 300 días antes del nacimiento), y los derechos consignados en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

En esta oportunidad, la Sala además retoma su pronunciamiento emitido en la sentencia 647-90, acerca de la inconstitucionalidad de la Técnica de Fertilización In Vitro (FIVET), para reforzar que:

*“...Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. **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.”

(Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07, subrayado propio)

“...El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.” (Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07, subrayado propio)

b) Analizar y discutir en torno al concepto de salud:

En donde la Sala en la discusión llevada a cabo

- por un lado restringe el concepto de salud: invisibilizando su componente de salud emocional, y por ende minimizando las secuelas que los traumas acarrearán en la vida integral de las personas e,
- invisibiliza el imaginario social existente en las sociedades con respecto a la temática del aborto: imaginario que está permeado de conceptos como el delito, el pecado, el asesinato, la inmoralidad, el temor y la represión.

Es así como la Sala refiere que:

*“...existen al menos criterios médicos encontrados con respecto a que la vida o salud de la amparada corran peligro por el embarazo en cuestión, pues aún cuando se indica que el doctor José Fabio Barquero Bolaños, Director de COOPESAIN, considera que **el embarazo anómalo de la amparada pone la pone en peligro de muerte por suicidio**, razón por la cual recomienda la interrupción del embarazo (folio 27), es claro que, **de acuerdo con ese criterio,***

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 otra parte, la propia recurrente indica que los médicos se han negado a practicarle el aborto, no por criterio médico, sino por temor a reacciones sociales o a la justicia penal, lo que implica, en todo caso, que no existe un criterio médico, por las razones que sean, que establezca la necesidad del aborto para proteger la vida o salud de la madre. En este sentido, entiende este Tribunal que **si existe temor de una represión penal por parte de los médicos, es porque han estimado que el caso no se ajusta a los requisitos del aborto terapéutico, único supuesto en el que no es punible.** No podría, entonces, esta Sala, sustituir, suplir o entrar a dirimir entre criterios médicos encontrados y ordenar a la Jefatura del Servicio de Obstetricia del Hospital México la interrupción del embarazo de la amparada -como se pretende-, pues ello está fuera de la competencia de esta jurisdicción...” (*Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07, subrayado propio*)

- c) *Analizar y discutir en torno a la potencial función legisladora de la Sala al restringir, interpretar o ampliar derechos fundamentales:*

En donde la Sala en su discusión, evidencia una vez más su preocupación por violentar la separación de funciones entre dicha instancia y la Asamblea Legislativa. Ello, por el precedente jurisprudencial que sus pronunciamientos adquieren en el tema de restricción, ampliación o interpretación de los derechos previamente consagrados en la legislación nacional e internacional:

“...la función de esta Sala es hacer valer los derechos y valores que el Constituyente de 1949 estableció en la Constitución Política. De modo que si el Constituyente protegió la vida humana en los términos amplios establecidos en el

artículo 21 constitucional, **no puede esta Sala, sin incurrir en una violación a la propia Constitución, reducir el ámbito de cobertura de esa norma y, por vía jurisprudencial, imponer limitaciones a ese derecho no contempladas en la Constitución Política o en la leyes de la República...**” (Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07, subrayado propio)

“...el hecho de **que la vida humana sea inviolable no implica, ciertamente, que ese derecho no pueda sufrir limitaciones o restricciones, pero sólo en los casos muy calificados y taxativos que ha previsto el legislador.** En este sentido, existe reserva de ley en materia de restricción a derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política, en relación con el 19.1 de la Ley General de la Administración Pública. De modo **que es únicamente el legislador el que puede, por medio de ley formal, poner limitaciones a los derechos fundamentales, las cuales deben ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales.** Es claro, entonces, que **esta Sala no puede, por vía jurisprudencial, imponer más limitaciones a un derecho fundamental que las que el propio Constituyente o el legislador ordinario, a través de los mecanismos legislativos respectivos y con estricta observancia de los requisitos formales y sustanciales para la promulgación de una norma de esa naturaleza, haya impuesto, ya que carece de competencia para ello...**” (Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07, subrayado propio)

♀ Sentencia:

El recurso de amparo fue rechazado de plano, argumentando que:

“...la protección del derecho a la vida en los Pactos Internacionales, la Constitución Política y el ordenamiento jurídico interno rige a partir de la concepción, razón por la cual esta Sala no podría, en aras de proteger la integridad mental de la madre, desproteger el derecho a la vida del menor en gestación, aún cuando sus posibilidades de vida post parto sean remotas o nulas, pues no otra cosa implicaría acceder a lo pretendido en el recurso...” (*Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07*)

Finalmente, es importante mencionar que las únicas dos magistradas mujeres salvaron su voto, argumentando que debía darse a lugar el recurso a fin de no lesionar el derecho a la dignidad de la mujer nacida:

*“...consideramos necesario dar curso al amparo, y requerir el informe correspondiente a las autoridades recurridas, a fin de determinar si resulta necesario proteger la vida de la madre amparada, toda vez que de las propias manifestaciones de la recurrente, y del Dictámen Médico extendido por el Dr. José Fabio Barquero Bolaños, **podría, eventualmente, estarse frente a un caso de lo que la doctrina denomina aborto terapéutico...** Según la doctrina y legislación comparada sobre el tema, cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, **se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida, 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...”* (*Sentencia de la Sala Constitucional número 7958-07, subrayado propio*)

- C) Con respecto al objetivo específico número dos de la presente investigación, que consagraba *“Describir con un estudio de caso, la vivencia de la mujer joven que presentaba un embarazo encefalocele con respecto al proceso de solicitud y denegatoria del aborto terapéutico”*, se encontró lo siguiente:

Una historia para ser contada, nunca olvidada y jamás borrada

Vanessa Naranjo Rodríguez tenía 27 años de edad en el año 2007. Fecha en que se dio cuenta que estaba embarazada. Para ese momento Vanessa:

- ♀ vivía en un barrio en la provincia de San José (con su madre y hermano),
- ♀ se consideraba (y aún lo hace), como una mujer que profesa la fé católica,
- ♀ estudiaba una lengua extranjera y
- ♀ acababa de ingresar a una fuente de empleo estable.

Además de ello, Vanessa tenía una relación de noviazgo de tres años con su pareja, y de una manera responsable, ambos habían decidido vivir plenamente su sexualidad sin que ello representara en el futuro inmediato el ejercicio de la maternidad y paternidad. Es así como, Vanesa utilizaba como método de planificación la inyección de anticonceptivos conocida como Messigina.

Con la noticia del embarazo, Vanessa menciona que si bien es cierto no fue un embarazo planificado, si fue deseado con intensidad por ella, su pareja y la familia de ambos desde el inicio.

El inicio de un camino difícil marcado por el dolor y la frustración

Vanessa relata que ella se dio cuenta que estaba embarazada cuando tenía aproximadamente un mes y medio de gestación, ya que presentaba sangrados y vómitos constantes. Esta situación hizo que la misma acudiese a un centro de salud de su localidad. En este sentido, la misma relata:

“Me di cuenta a el mes y medio, ya que sangraba mucho y tenía vómitos constantes, por lo que acudí a un centro medico para hacerme un ultrasonido y una gastroscopía. Al salir del mismo, le dije a mi mamá y sobrina (que estaban acompañándome), ellas me apoyaron con un gran abrazo diciéndome que era una bendición de Dios, llamaron a mi hermana (y ella estaba muy contenta), luego llamé a mi novio (él se rió como de nervios), y me dijo: qué vamos a hacer?, si irnos a vivir juntos?, a lo que yo respondí que no era necesario!!!, pero me ofreció todo su apoyo y que enfrentáramos las cosas conforme fueran evolucionando...” (Vanessa, entrevista 2008)

Sin embargo, la misma comenta que la noticia del embarazo se vio opacada en ese mismo instante, cuando en el centro médico le anunciaron que su embarazo presentaba dificultades, y que se gestaba como un embarazo de alto riesgo:

“...sin embargo todo cambió cuando les expliqué que era un embarazo de alto riesgo porque el feto estaba muy abajo y al parecer la bolsita no estaba bien formada, por lo que se preocuparon mucho... Desde ese día fui incapacitada por órdenes médicas, hasta que me hiciera otro ultrasonido al mes y medio a ver como había evolucionado” (Vanessa, entrevista 2008)

Vanessa recuerda el inicio de su embarazo como un acontecimiento que desde el primer momento y hasta el día de hoy, le marco de manera indeleble la vida. En este sentido, ella recuerda que desde el principio del embarazo y hasta el final del mismo, éste le generó intensos sentimientos de frustración, ya que desde el inicio se vio acechada por constantes amenazas de abortos espontáneos, sangrados y contracciones, que la llevaban a temer no poder llevar su embarazo a término.

Ante esta situación, Vanessa comenta que desde que recibió la noticia del embarazo, específicamente de su condición de alto riesgo, permaneció por largos periodos de tiempo acostada en su cama, sin poder ir a trabajar o estudiar:

“...en mi trabajo fueron personas sumamente amables y me brindaron todo el apoyo, me dijeron que reposara todo el tiempo que el doctor me indicara, que mi trabajo no lo perdería. De hecho, muchas veces fueron a mi casa y me llevaron frutitas y dinero en efectivo, porque en el negocio si no vendes no ganas, y lo que paga la Caja por incapacidad es muy poco. Tuve que dejar mis estudios ya que tenía que permanecer en reposo absoluto, y el edificio en que estudiaba era de 3 pisos, y yo recibía clases en el 3ero y no había ascensor... En mi casa recibía todos los cuidados y chineos del caso, mi novio me visitaba día a día, y las llamadas de las otras personas eran diarias” (Vanessa, entrevista 2008)

La noticia de la malformación del feto

Vanessa relata que ante su constante preocupación por su embarazo de alto riesgo y el desarrollo del feto, y ante el largo periodo de tiempo en que el Centro Médico le había programado la nueva cita de seguimiento a su condición, ella, su pareja y su familia decidieron (cuando tenía tres meses de gestación), pagar en una Clínica privada la realización de un

ultrasonido de cuarta dimensión, y que fue precisamente esa decisión la que la llevó a enterarse de la malformación que sufría su feto:

“A los 3 meses fui con mi novio a la Clínica Santa Fé a hacerme un ultrasonido de cuarta dimensión, ya que nos preocupaba mucho que en un ultrasonido convencional (como en el anterior), no se viera con claridad si las cosas estaban mejor. El médico al iniciar el proceso nos dijo: "ya ustedes saben que hay un problema?" a lo que le respondimos que si, y yo le explique lo de la bolsita. Fue cuando nos dijo: "no, es el bebé quien tiene un problema en su cabecita, es una malformación". En ese momento yo grité y le dije que no podía ser, mi novio con su cara asustada me calmó y le preguntó: que si se podía tratar?, y que a qué se debía? y el doctor nos refirió donde un obstetra, diciéndonos que se trataba de una patología delicada, ya que se encontraba en el puro cerebro. Al salir yo estaba muy enojada, asustada, y con sentimientos encontrados, yo decía que yo no quería un hijo deforme, y mi novio solo me abrazaba y me decía que no adelantara las cosas, que fuéramos donde algún médico a que nos explicara, que todo iba a estar bien y, que si así era había que aceptarlo... Ese mismo día fuimos donde un ginecólogo-obstetra en otra sede de la Clínica Santa Fé, ahí me hicieron otro ultrasonido para verificar la versión anterior. El médico me dijo que si era totalmente certero el diagnóstico, que era un problema totalmente incompatible con la vida del bebé. En ese mismo momento yo le dije que como iba a continuar con un embarazo en donde mi bebé iba a morir, a lo que me dijo que así tenía que ser porque de lo contrario sería faltar con ley, que si yo tenía contracciones podía ir donde él para ver si abriendo el cuello del útero se venía, pero que no podía ayudar más allá, ya que ésto podría llevarlo a perder su licencia y se podrían ver otras personas involucradas...” (Vanessa, entrevista 2008)

Vanessa menciona que la noticia de la malformación, fue un hecho que le propició mucho dolor, enojo y frustración, no solo a ella, sino también a su familia. En este sentido, ella recuerda que ante el dolor no deseaba comentar con sus familiares lo sucedido, y que en ella surgió un deseo no controlable por comprender con exactitud qué era lo que le sucedía a su embarazo, y que por ello, tomó la determinación de apropiarse de las nuevas tecnologías de información para conocer todo lo que pudiese en torno a la malformación:

“...yo no quería hablar del tema, de hecho ni tíos, ni primos, ni nadie nunca supo de mi embarazo, sólo una hermana de mi mamá. Sin embargo al tiempo fui leyendo en internet y entendiendo qué era lo que le pasaba a mi bebé, y empecé a hablar con la gente que estaba enterada explicándoles que era exactamente lo que sucedía, eso empezó ha hacerme más sensible a mi condición, ha aceptar lo que pasaba, y entender que era una injusticia seguir el embarazo...” (Vanessa, entrevista 2008)

Es así como el ejercicio del derecho a la información se torno como un elemento indispensable para el ejercicio pleno de la autonomía de las personas.

Una ruta crítica de solicitud de auxilio que culminó con la negativa de las instancias institucionales

Vanessa refiere que ante su situación de salud física y emocional, ella decidió acudir a la Clínica Integrada de su localidad con el diagnóstico. Ello, con el fin fundamental de poder encontrar a una respuesta sensible y amigable a su situación:

“...el médico al ver los diagnósticos estaba totalmente de acuerdo en que era una injusticia llegar hasta el final del embarazo, o que yo corriera peligro de una hemorragia o hasta un suicidio, pero que lo único que podía hacer era

referirme al Psiquiatra para sobrellevar la situación, porque aunque él deseaba ayudarme para no que no sufriera, no lo podía hacer, ya que terminaría en una cárcel si alguien se llegara a dar cuenta...” (Vanessa, entrevista 2008)

“...por su parte el psiquiatra indignado por la situación de tener que medicar a una persona embarazada con sustancias dañinas para el feto me ofreció todo su apoyo, iba a consultas con él cada 22 días, y me refirió donde la Psicóloga a donde asistía cada 22 días o 1 vez al mes...” (Vanessa, entrevista 2008)

Ante el reconocimiento de dicha instancia de la injusticia que representaba obligarla a llevar a término un embarazo de un feto que presentaba una malformación que hacía que su vida no fuera viable después del parto, ella y su familia decidieron iniciar la búsqueda de la aplicación del aborto terapéutico. Sin embargo, en las respuestas obtenidas, solo se logró evidenciar: a) el desconocimiento del sector salud sobre la existencia del artículo 121 de la Constitución Política, b) la inexistencia de un Protocolo de atención al aborto terapéutico que delimitara las condiciones de aplicación del mismo y, c) la negativa u objeción de conciencia de dicho personal con respecto a la aplicación del aborto terapéutico.

“...mi madre me acompañó a la Clínica Carit (a emergencias), a hablar con un médico y explicarle mi situación, yo necesitaba que alguien me ayudara a interrumpir mi embarazo, el médico que me atendió me hizo otro ultrasonido, volvió a confirmar los diagnósticos, pero igual no me dijo que no podía faltar a la ley...” (Vanessa, entrevista 2008)

“...de igual forma me presenté en la parte de Ginecología del Hospital México, ya con todo un gran expediente de los múltiples exámenes y lo único

que me ofrecieron fue hacerme una dura prueba del líquido amniótico, de la cual nunca obtuve el resultado, ya que al parecer la muestra tomada no fue suficiente para hacer un cultivo...” (Vanessa, entrevista 2008)

Además de ello, Vanessa menciona que ante su situación buscó ayuda con una organización de la sociedad civil, que la asesoró en la redacción de un documento con el fin de interponer un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de Costa Rica. Ello, para solicitar la aplicación del aborto terapéutico en su condición. Dicho recurso fue rechazado por la Sala (ver capítulo anterior).

Una violación de derechos humanos de principio a fin: una experiencia descrita en términos similares a la tortura

Vanessa menciona que alrededor de los siete meses de gestación tuvo que ser internada en el Hospital para dar a luz a un feto muerto. Describiendo la experiencia como un hecho traumático, similar a la tortura:

“...rompí fuente a las 12 medio día, por lo que fui trasladada al Hospital México, al explicarles que era embarazo de alto riesgo y la malformación de mi bebé no me pusieron la inyección para madurarle los pulmones, me dejaron en una camilla en emergencias con mucho sangrado y contracciones, cerca de 2 horas después me subieron a la sala de labor de parto, en donde me pusieron suero para aumentar las contracciones y dilatar, 2 horas después me hicieron un ultrasonido en donde se veía que el corazón de la bebé ya no latía, sin embargo quise cerciorarme y el doctor nunca me respondió, solo me dijo que había que esperar, cerca de 2 horas después constantemente llegaban a "buscar si el corazón latía y si yo había dilatado", fue cuando yo les dije que por favor, que ya sabía que estaba muerto (aún no sabía el sexo) que por favor

me hicieran cesárea por el dolor físico y mental que podría sufrir al dar a luz, me llevaron una vez hacerme otro ultrasonido, las contracciones eran muy fuertes, sin embargo no dilataba lo suficiente, me tenían que llevar en silla de ruedas ya que no podía ni estirar mi espalda, ahí y con otro tacto más se dieron cuenta que la cabecita de la bebé estaba pegada como en el cuello, a lo que me dijeron era muy peligroso realizar una cesárea, por lo que me tenían que aumentar la dosis del suero y pujar, fue 1 hora después aproximadamente cuando sentí un enorme dolor y puje, mi novio llamó gritando a los doctores por que no había nadie cerca de nosotros. Un enfermero obstetra llegó en seguida y me sostuvo la cabecita de la bebé entre las piernas mientras al mismo tiempo me trasladaban a sala de partos, ahí me colocaron las piernas de la forma que lo hacen para el parto y me dijeron que pujara (en todo el trayecto mi novio vio como la bebé estaba a medio salir), cuando empecé a pujar empecé a vomitar bilis, mi novio fue quien con una manta y abrazando mi cabeza me ayudaba, al terminar el parto, me indicó el doctor que debía pujar más por que se quedó casi la placenta completa por dentro, yo ya no tenía fuerzas, me sentía muy débil, de hecho, pensé que estaba muriendo, porque como que no respondía, mi novio recuerda que me movía y cacheteaba la cara como para que volviera en sí, el doctor tuvo que meterme unos aparatos para ayudarme a sacarla, ya que yo casi no podía pujar. Al sacarla nos preguntó si queríamos ver al bebé (nunca especificó sexo, sin embargo mi novio si había visto que era una mujer,) y que por que era una impresión fuerte lo que podíamos llevarnos, a lo respondimos que si, yo le pedí que le taparan la cabecita, ya tenía suficiente de ver su malformación en mil ultrasonidos, y ver como los médicos lo resaltaban con sus comentarios y señalando. Ya en la sala de recuperación nos la llevaron, fue cuando me di cuenta que era una mujercita (por medio de mi novio), a la que habíamos pensado llamar Keily durante la estancia en la sala de labor. La tuvimos, la tocamos, mi mamá y mi

hermana entraron a conocerla, al ratito la entregamos (fue cuando les pedí que por favor le hicieran un examen genético o algo que me explicara por qué había nacido así, a lo que respondieron que solo la autopsia se le podía hacer, yo les dije reiteradas veces que por favor, pero no hubo más respuesta), me pasaron a un cuarto con otra muchacha que había perdido según los médicos un niño a los 4 meses, y 1 semana después se dieron cuenta que eran gemelos y aún tenía el otro feto dentro de su cuerpo...” (Vanessa, entrevista 2008)

“...al día siguiente me levanté averiguar a que hora me harían entrega del cuerpecito, ya que quería coordinar una misa y su entierro, mi mamá averiguó pero le dijeron que a los bebés por ser santos no se les hace misa, si no un tipo de oración, ya que es algo que ellos no necesitan. Mi novio, hermana, cuñado y mamá la retiramos en la morgue, en la cajita que mi padre le compró, al llegar a casa, mi hermano la bajó y la tuvimos en el cuarto de mi mamá esperando la hora del entierro, horas muy duras, tal vez más que todo el proceso...” (Vanessa, entrevista 2008)

“...a los tres meses fui por la autopsia, donde escribían, óbito fetal y encefalocele occipital, y detalla que tuvo una hemorragia en sus pulmones, pero las demás partecitas del cuerpo estaban acorde a su edad, 7 meses 1 semana...” (Vanessa, entrevista 2008)

Hacia la comprensión de un concepto amplio en el impacto de la salud

Uno de los principales argumentos presentados por la Sala Constitucional de Costa Rica para negar la aplicación del aborto terapéutico a la condición presentada por Vanessa, fue precisamente que ella no cumplía con el requisito fundamental que caracteriza el Aborto Impune en nuestro país, es decir, un grave riesgo para la vida y la salud de la mujer (ver capítulo

anterior). Con ello, la Sala redujo el concepto de salud a la visión más restrictiva del mismo, en donde, el único riesgo que parece contemplarse es el de la muerte de las mujeres.

Es así, como se invisibiliza el concepto de salud amplio que vela e intenta tutelar el impacto que particulares condiciones (como la presencia en el embarazo de un feto que presenta una malformación incompatible con la vida extrauterina), tiene para la vida integral de las personas.

En la situación particular de Vanessa, ella menciona que la condición de su embarazo le representaba, y aún le representa un fuerte impacto para su salud física y emocional:

A) Durante el periodo de embarazo:

1. Sentimientos de ansiedad emocional y negación.

“...al salir yo estaba muy enojada, asustada, y con sentimientos encontrados, yo decía que yo no quería un hijo deforme, y mi novio solo me abrazaba y me decía que no adelantara las cosas, que fuéramos donde algún médico a que nos explicara, que todo iba a estar bien y, que si así era había que aceptarlo...(Vanessa, entrevista 2008)

2. Múltiples visitas hospitalarias producto de las secuelas físicas de su condición. En donde Maroto y Brenes (2008), mencionan que algunas investigaciones realizadas en mujeres con condiciones similares reflejan el intenso dolor sentido en todo el proceso de gravidez, hecho incrementado al experimentar los cambios propios del proceso de gestación con la certeza de que el feto no sobrevivirá luego del parto.

“...sin más que hacer seguí asistiendo a las citas prenatales, sin embargo nunca tomé ni me inyecté lo que se debe hacer durante un embarazo, ya que

para mi no era un embarazo normal, de igual forma me enviaban ultrasonidos al menos 1 vez al mes, sin contar las "incontables" veces que asistí al Hospital México a Emergencias por las fuertes contracciones y sangrados, en donde todos los médicos decían que era parte del proceso de embarazo y no podían hacer nada más que darme algo para el dolor..." (Vanessa, entrevista 2008)

3. Sentimientos de frustración, dolor y depresión prolongados que la llevaron a presentar una fuerte ideación suicida

"...quise morirme desde el día del diagnóstico, pero no con el afán de buscar un método para hacerlo, no podía hacer sufrir a mi familia una vez más con aquella situación, al contrario con esta horrible situación encontré el momento de demostrarles y demostrarme que yo era valiente y no tenía por que tirarme de un puente o un carro, o ingerir algo que me podía hacer más daño del que estaba pasando, pero que desee morirme sí, y muchas veces..." (Vanessa, entrevista 2008)

B) En la actualidad:

1. Secuelas psicosomáticas:

"...en mi salud siento que es más psicológico, ya que desde ese momento y hasta el día de hoy, he tenido diarrea cada vez que como, especialmente si estoy fuera de casa, y me explican que clínicamente el embarazo no puede dejar una consecuencia así. Sin embargo, ni exámenes, ni medicamentos, ni terapia han podido ni encontrar el problema, o la cura.... Muchas veces no puedo compartir comiendo en la calle sin antes saber que hay un servicio sanitario adecuado para que yo pueda ir al terminar de comer, y muchas veces

hasta termino vomitando bilis de la "congoja" que yo siento al saber que tengo que comer y, por ejemplo hay visitas o personas a las que no le tengo confianza alrededor” (Vanessa, entrevista 2008)

2. Trastornos del sueño:

“...muchas veces he tenido insomnio muy grave, ni tomando 15 gotas de clonazepan logro dormir 5 horas seguidas, hay días en que lloro de forma incansable, muchas veces sin ganas de levantarme de mi cama, o simplemente querer devolver el tiempo para que nada pasara. He llegado a volverme hasta dura y amargada, sin deseos de ver o tener una niña pequeña a mi lado, porque siento que su mirada me sigue y se me clava un vacío que nadie me lo llena, hasta que los días pasan y la rutina me consume logro sentirme mejor...” (Vanessa, entrevista 2008)

3. Sentimiento de que ella o su pareja pueden ser personas que presenten un “problema” que da como resultado ese tipo de malformaciones:

“...en el Hospital de niños asistí con mi novio a cita con un Genetista, estamos a espera de un examen de compatibilidad... sin embargo ni el mismo genetista me dijo por qué se pudo haber dado el hecho. Ni el mismo ginecólogo de la Clínica de Tibás, ni el médico General me han podido explicar nada...” (Vanessa, entrevista 2008)

4. Fuertes sentimientos de temor de volver a atravesar por la experiencia vivida:

“...estuve a punto de firmar la hoja para que me operaran y no tener oportunidad de tener más hijos, decisión que no tomé gracias al apoyo de mi madre y mi novio principalmente...” (Vanessa, entrevista 2008)

5. Sentimientos de depresión que se han prolongado hasta el día de hoy (un año después):

“...sigo asistiendo cada mes y medio a Psiquiatría, y, en la parte de Psicología me dieron de alta... la atención Psiquiátrica y psicológica fue de la Clínica Integrada de Tibás, donde aún asisto a citas por mes y retiro las gotas de clonazepan, de psicología fui dada de alta al poco tiempo de ingresar a trabajar, pues al parecer había "hecho mi duelo", cosa que creo no se ha dado, pues no hay día en que no mire al cielo y recuerde la pesadilla que viví...” (Vanessa, entrevista 2008)

“...es una gran confusión, que muchas veces te quita el deseo de seguir adelante, porque sientes que no vales nada sin esa partecita que te hace falta. Que tal vez se hubiera sentido menos si se hubiera practicado una interrupción y, ver nada más como una muestra de sangre y saber que no le hiciste daño a alguien. Es el tratar de meter en mi cabeza que quería apresurar el dolor, no hacer daño y, no llegar hasta el triste final que sabía iba ocurrir...su muerte. Es a veces querer sentir de nuevo sus movimientos en mi vientre, pero olvidar ver las ventanas con ropas hermosas que nunca le podría poner, es ver tu cuerpo cambiar para algo que no vas a tener premio. Es llegar a los brazos de tu madre y llorar de recordar a su nieta en su cama mientras la trasladábamos al cementerio, es recordar a mi padre conociéndola muerta y arrepintiéndose

de mi abandono, es recordar dos hermanos y un padre desesperados por ver a su sobrina e hija en carne y hueso muerta, es soñar con que la tienes en tus brazos, despertar deseando sentirla a tu lado. Es pensar si tu bebé estaba sufriendo al escucharte pelear con todo mundo por una interrupción. En realidad es darse cuenta que vives en un país donde ni las leyes ni el dolor humano vale para las personas...” (Vanessa, entrevista 2008)

“... con mi novio sigo adelante, vamos al cementerio 1 vez por semana a dejar flores a la tumba de nuestra hija, circunstancia que algunas veces nos hace sufrir y muchas otras nos reconforta el saber que ella está como un Ángel en el cielo. Ahora, no hemos dejado de lado el pensamiento de formar una familia, sin embargo a un plazo más largo que antes...” (Vanessa, entrevista 2008)

6. Sentimientos de indefensión por la respuesta de las diferentes instituciones del Estado:

“...para mi hizo falta, solidaridad, corazón y trato humano de muchas personas en las instituciones médicas. De hecho, el mismo día del parto anduve en una silla de ruedas de piso en piso para que me hicieran ultrasonidos y tactos cuantas personas llamaban (cuando mi hija ya tenía horas de fallecida), y antes de esto, igual hizo falta sentido común de las personas que me veían, hizo falta que se quitaran la máscara y que dejaran de jugar de moralistas y éticos...” (Vanessa, entrevista 2008)

IX. CONCLUSIONES

♀ De la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en relación con el caso presentado por la señora María de los Ángeles Rodríguez Campos, a favor de Vanessa Naranjo Rodríguez, contra Jefatura del Servicio de Obstetricia del Hospital México, podemos concluir:

- Pareciera que los argumentos utilizados por la Sala Constitucional en el año 2007 para negar el acceso de Vanessa al aborto terapéutico, son aquellos legitimados por el sistema social llamado Patriarcado, en donde, se privilegia la maternidad obligatoria y las concepciones teológico morales como hechos sociales obligatorias. En este sentido la Sala:

- a) retoma el pronunciamiento emitido por ella misma en la sentencia 2000-02306, en donde reconoció que la vida humana inicia en el momento de la concepción,
- b) pone especial atención (en el recorrido de análisis realizado de la normativa internacional y nacional vigente en el país referente a la tutela del derecho a la vida), a los derechos consignados para el “no nacido”, argumentando que el contenido de los mismos poseen “una protección más elaborada”,
- c) restringe el concepto de salud: invisibilizando el componente de salud emocional, y por ende minimizando las secuelas que los traumas acarrear en la vida integral de las personas,
- d) invisibiliza el imaginario social existente en las sociedades con respecto a la temática del aborto. Imaginario que está permeado de conceptos como el delito, el pecado, el asesinato, la inmoralidad, el temor y la represión.

- e) evidencia una vez más su preocupación por violentar la separación de funciones entre dicha instancia y la Asamblea Legislativa. Ello, por el precedente jurisprudencial que sus pronunciamientos adquieren en el tema de restricción, ampliación o interpretación de los derechos previamente consagrados en la legislación nacional e internacional.

♀ De la vivencia de Vanessa con respecto al proceso de embarazo vivido, y al proceso de solicitud y denegatoria del aborto terapéutico, podemos concluir:

- Pareciera que el hecho de que el Estado negase el acceso de Vanesa al aborto terapéutico, se traduce en una violación de su derecho a la vida y a la salud. En este sentido:

Durante el periodo de embarazo Vanessa presentó:

- ✓ Sentimientos de ansiedad emocional y negación.
- ✓ Múltiples visitas hospitalarias producto de las secuelas físicas de su condición.
- ✓ Sentimientos de frustración, dolor y depresión prolongada que la llevaron a presentar una fuerte ideación suicida

En la actualidad Vanessa continúa presentando:

- ✓ Secuelas psicosomáticas
- ✓ Trastornos del sueño
- ✓ Sentimiento de que ella o su pareja pueden ser personas que presenten un “problema” que da como resultado ese tipo de malformaciones
- ✓ Fuertes sentimientos de temor de volver a atravesar por la experiencia vivida
- ✓ Sentimientos de depresión que se han prolongado hasta el día de hoy (un año después)
- ✓ Sentimientos de indefensión por la respuesta de las diferentes instituciones del Estado

IX. BIBLIOGRAFIA

▪ Libros:

Ana María Pizarro (2006) **“Aborto: argumentaciones desde la salud de las mujeres”**.
Presentación en power point presentada en el VI ENCUENTRO CENTROAMERICANO DE
LA CAMPAÑA 28 DE SEPTIEMBRE.

Centro de Derechos de Mujeres (2005). ***Lo nunca antes hablado. El aborto testimonio de mujeres hondureñas***. Tegucigalpa, Publigráficas.

Colectiva por el Derecho a Decidir (2006). ***Calendario Conmemorativo del 28 de Septiembre 2006-2007***. Diseño Editorial. Costa Rica.

Cunnigmam, G et al Williams (2002) ***Obstetricia 21ª edición***. Editorial Médica Panamericana
S.A. España

Family Care, (sf). **“Los Objetivos de Desarrollo del Milenio y la salud sexual y reproductiva. Fichas informativas”**. Green Communication Desing, Montreal, Canadá.

Faúndes A, Barzaletto, J (2005). ***El drama del aborto en busca de un consenso***. Bogotá:
Tercer Mundo editores.

Gant, N y Cunnighan, G (1995). ***Manual Gineco Obstreticida. 1ª edición***, Manual Moderno.

Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). (2000). **“Miradas sobre el aborto”**.
México

Maroto, Adriana y Brenes, Paola (2008) **Despenalización del Aborto en Costa Rica: argumentos para los supuestos de violencia sexual y malformaciones incompatibles con la vida extrauterina**

Mc Naughton, H., Padilla K, Fuentes D. (2003) *El acceso al aborto terapéutico en Nicaragua*. Managua, Nicaragua. Ipas Centro América.

Pizarro, Ana María. (2006) “**Aborto: argumentaciones desde la salud de las mujeres**”. Presentación en power point presentada en el VI ENCUENTRO CENTROAMERICANO DE LA CAMPAÑA 28 DE SEPTIEMBRE.

ROCHE N. R. (2002) *Aborto Terapéutico*. Emedicine: www.emedicine.com

- *Legislación:*

- *Normativa internacional*

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer

Convención sobre los Derechos del Niño

Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo

Objetivos de Desarrollo del Milenio

- *Normativa nacional*

Código Civil

Código de Familia

Código de Niñez y Adolescencia

Código Penal

Constitución Política de la República de Costa Rica

▪ *Referencias electrónicas:*

Aborto inducido - Wikipedia, la enciclopedia libre.htm

Enciclopedia Encarta 98

http://ceped.cirad.fr/cdrom/avortement_ameriquelatine_2006/sp/chapitre1.html Guillaume, A y Lerner S (sf) “El aborto en América Latina y El Caribe” En: Les numériques du CEPED.

www.ops.org.ni

www.ops-oms.org

www.who.int/es/index.html

<http://www.rebelion.org>

www.who.int/reproductive-health/publications/es/.../fword.html

<http://www.mujereshoy.com/secciones/2757.shtml>

X. ANEXOS**CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PERSONAS MAYORES DE EDAD PARA
LIBERAR LA INFORMACIÓN**

Yo, _____, identificación número _____ doy mi autorización para ser entrevistada por **Erika Rojas Calderón**, cédula de identidad número 1-946-409, con el fin de que obtenga la información necesaria para elaborar su trabajo final de graduación de la **Maestría en Derechos Humanos** de la **Universidad Estatal a Distancia**.

Para ello declaro que:

- ☐ doy mi consentimiento para que la entrevista sea grabada.
- ☐ doy mi consentimiento para que sea utilizado mi nombre real en la elaboración del documento final de la investigación.
- ☐ no he sido forzada, ni obligada en forma alguna a dar esta autorización.
- ☐ no he recibido dinero u otro tipo de beneficios y/o regalías para participar en la entrevista.
- ☐ he sido enterada que puedo retirarme de la entrevista en el momento en que lo deseé.
- ☐ he sido informada y entiendo que toda la información mía que se comparta va a ser tratada con respeto
- ☐ he comprendido que firmar esta autorización no va generarme consecuencias negativas.

Firma de la persona que solicita el servicio

Fecha: _____

EXPEDIENTE N° 07-007740-0007-CO

PROCESO: RECURSO DE AMPARO

RESOLUCIÓN N° 2007007958

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas y treinta minutos del siete de junio del dos mil siete.

Recurso de amparo interpuesto por **MARÍA DE LOS ÁNGELES RODRÍGUEZ CAMPOS**, mayor de edad, casada, vecina de Tibás, con cédula de identidad número 104980748, a favor de **VANESSA NARANJO RODRÍGUEZ**, mayor de edad, soltera, con cédula de identidad número 1010940108, contra la **JEFATURA DEL SERVICIO DE OBSTETRICIA DEL HOSPITAL MÉXICO**.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las dieciséis horas cuarenta minutos del cinco de junio del dos mil siete, la recurrente interpone recurso de amparo a favor de **VANESSA NARANJO RODRÍGUEZ**, contra la **JEFATURA DEL SERVICIO DE OBSTETRICIA DEL HOSPITAL MÉXICO** y manifiesta lo siguiente: que la amparada, su hija, está embarazada, pero su salud y vida están en peligro, ya que tiene un embarazo de alto riesgo, pues el producto en gestación padece de una patología denominada Encefalocele Posterior, lo que implica que el cerebro del niño no se encuentra en su cavidad craneana, sino que toda la masa cerebral esta fuera de la cabeza, patología que hace imposible la vida extrauterina del niño, el cual moriría al nacer. Ello ha causado graves trastornos psicológicos y psiquiátricos a su hija, al punto de perder el deseo de vivir, pues ha tenido episodios de deseos suicidas. Indica que el Médico Director del COOPESAIN donde su hija es atendida en el Servicio de Psiquiatría, dictaminó que el embarazo anómalo que tiene la está exponiendo a un riesgo de muerte por suicidio, por lo que recomendó a las autoridades competentes actuar interrumpiendo el embarazo lo más pronto posible, ya que el producto no tiene ninguna viabilidad. Con dicho dictamen su hija pidió la intervención del Servicio de Gineco-obstetricia del Hospital México para que se interrumpiera su embarazo y fue internada el veinticuatro de mayo del año en curso. Acusa que a pesar de que los exámenes practicados y las entrevistas realizadas a la paciente corroboran que cursa un embarazo de alto riesgo por presentar producto con encefalocele posterior que pone en riesgo su vida y su salud, el Servicio de Obstetricia del

Hospital México le dio la salida el veintiocho de mayo último bajo el argumento que no se le iba a practicar la interrupción del embarazo por recomendación de los abogados de la Caja, por lo que tenía que completar el embarazo tomando psicotrópicos, lo que lesiona el derecho a la salud y a la vida de la amparada, a quien se obliga a mantener un embarazo con un producto no viable y con alto riesgo para su salud y vida. Considera que los médicos del Servicio de Obstetricia del Hospital México no le están dando la atención médica que su hija requiere, no en virtud de un criterio médico, pues el criterio médico es que debe practicársele la interrupción del embarazo, pero por temor a las reacciones sociales o a la justicia penal se niegan a realizarlo. Considera violados el derecho a la salud y a la vida de la amparada, derechos establecidos en el artículo 21 de la Constitución Política. Solicita se declare con lugar el recurso y se ordene a la Jefatura del Servicio de Obstetricia del Hospital México que se interrumpa el embarazo de la amparada.

2.- El artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala a rechazar de plano o por el fondo, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cualquier gestión que se presente a su conocimiento que resulte ser manifiestamente improcedente, o cuando considere que existen elementos de juicio suficientes para rechazarla, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada.

Redacta el Magistrado **Cruz Castro**; y,

Considerando:

I.- La recurrente alega violado el artículo 21 de la Constitución Política, pues los médicos del Servicio de Obstetricia del Hospital México se niegan a practicarle a su hija, la aquí amparada, un aborto, a pesar de que tiene un embarazo de alto riesgo, pues el producto en gestación padece de una patología denominada Encefalocele Posterior, lo que implica que el cerebro del niño no se encuentra en su cavidad craneana, sino que toda la masa cerebral está fuera de la cabeza, patología que hace imposible la vida extrauterina del niño, el cual moriría al nacer (folios 4 a 10). Ahora bien, el propio artículo constitucional que alega violado la recurrente establece que la “...*vida humana es inviolable*”, precepto constitucional al que se encuentra constreñida esta Sala. Asimismo, sobre el derecho a la vida, este Tribunal, en sentencia número 2000-02306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil, expresó:

“V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia

humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se

convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

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

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

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

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

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

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

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella —formulación negativa—, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia."

En esa misma sentencia, pocas líneas después, se indica:

"...Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. 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."

“...El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.”

De la sentencia parcialmente transcrita queda claro que la protección del derecho a la vida en los Pactos Internacionales, la Constitución Política y el ordenamiento jurídico interno rige a partir de la concepción, razón por la cual esta Sala no podría, en aras de proteger la integridad mental de la madre, desproteger el derecho a la vida del menor en gestación, aún cuando sus posibilidades de vida post parto sean remotas o nulas, pues no otra cosa implicaría acceder a lo pretendido en el recurso.

II.- Cabe indicar a la recurrente que esta Sala no es ajena al drama que plantea en el recurso y comprende bien la angustia que la embarga, pero también debe tener presente que la función de esta Sala es hacer valer los derechos y valores que el Constituyente de 1949 estableció en la Constitución Política. De modo que si el Constituyente protegió la vida humana en los términos amplios establecidos en el artículo 21 constitucional, no puede esta Sala, sin incurrir en una violación a la propia Constitución, reducir el ámbito de cobertura de esa norma y, por vía jurisprudencial, imponer limitaciones a ese derecho no contempladas en la Constitución Política o en la leyes de la República. Al respecto, es significativo el hecho de que en las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 en que se revisó el texto del actual artículo 21 de la Constitución Política -Acta N° 111, artículo 3; Acta N° 169, artículo 2; y Acta N° 179, artículo 4- no hubo discusión alguna sobre los alcances de dicho artículo, lo que deja ver claramente que para el constituyente no existió duda alguna respecto a que la vida humana debía ser protegida en forma amplísima, desde el momento mismo de la concepción. Con lo cual este Tribunal está también compelido a ello.

III.- Ahora bien, el hecho de que la vida humana sea inviolable no implica, ciertamente, que ese derecho no pueda sufrir limitaciones o restricciones, pero sólo en los casos muy calificados y taxativos que ha previsto el legislador. En este sentido, existe reserva de ley en materia de restricción a derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política, en relación con el 19.1 de la Ley General de la Administración Pública. De modo que es únicamente el legislador el que puede, por medio de ley formal, poner limitaciones a los derechos fundamentales, las cuales deben ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. Es claro, entonces, que esta Sala no puede, por vía jurisprudencial, imponer más limitaciones a un derecho

fundamental que las que el propio Constituyente o el legislador ordinario, a través de los mecanismos legislativos respectivos y con estricta observancia de los requisitos formales y sustanciales para la promulgación de una norma de esa naturaleza, haya impuesto, ya que carece de competencia para ello. Así, en tratándose del derecho a la vida, y en concreto con el tema planteado por la recurrente, el legislador ordinario ha permitido el llamado aborto terapéutico, como una restricción a ese derecho, único caso en que no es punible. Al respecto, el artículo 121 de Código Penal, dispone: “*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...*”, con lo cual el legislador protege la vida o la salud de la madre frente a la vida del feto, siempre y cuando no existe otra forma de evitar el aborto, lo que, en el fondo, es también una protección al derecho a la vida, sea, una protección a los derechos fundamentales de la madre. Sobre la constitucionalidad y razonabilidad de la norma, ya se pronunció esta Sala en sentencia número 2004-02792 de las catorce horas cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro, ocasión en la que resolvió:

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

vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas (sic) más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.”

Se trata, entonces, de la confrontación de dos bienes jurídicos o valores constituciones de igual rango, sea, de dos vidas humanas, la de madre y la del feto, en cuyo caso, con el consentimiento de la madre, y siempre y cuando el peligro para su vida o salud no pueda ser evitado de otra forma, puede practicársele el aborto terapéutico, situación que depende del criterio profesional del médico. Es decir, que el peligro para la vida o salud de la madre -en los términos dichos en la sentencia de última cita- es un aspecto técnico que debe ser valorado por el médico o la obstétrica autorizada, criterio que esta Sala no puede sustituir o suplir. En este caso, existen al menos criterios médicos encontrados con respecto a que la vida o salud de la amparada corran peligro por el embarazo en cuestión, pues aún cuando se indica que el doctor José Fabio Barquero Bolaños, Director de COOPESAIN, considera que el embarazo anómalo de la amparada pone la pone en peligro de muerte por suicidio, razón por la cual recomienda la interrupción del embarazo (folio 27), es claro que, de acuerdo con ese criterio, 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 otra parte, la propia recurrente indica que los médicos se han negado a

practicarle el aborto, no por criterio médico, sino por temor a reacciones sociales o a la justicia penal, lo que implica, en todo caso, que no existe un criterio médico, por las razones que sean, que establezca la necesidad del aborto para proteger la vida o salud de la madre. En este sentido, entiende este Tribunal que si existe temor de una represión penal por parte de los médicos, es porque han estimado que el caso no se ajusta a los requisitos del aborto terapéutico, único supuesto en el que no es punible. No podría, entonces, esta Sala, sustituir, suplir o entrar a dirimir entre criterios médicos encontrados y ordenar a la Jefatura del Servicio de Obstetricia del Hospital México la interrupción del embarazo de la amparada - como se pretende-, pues ello está fuera de la competencia de esta jurisdicción. ***Se trata de un caso de duda extrema respecto de la tutela de la vida, en cuyo caso, frente a la incertidumbre, fundado en criterio médico, no puede esta jurisdicción tomar una decisión que inevitablemente incide en un valor tan importante como la inviolabilidad de la vida humana.*** Tratándose de derechos fundamentales –la vida lo es- sólo la ley puede válidamente afectarlos de manera razonable y proporcional, sin afectar el núcleo central de la garantía, según lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política. Conforme ya se indicó, el legislador en el artículo 121 del Código Penal dispuso en qué caso una afectación a la vida resulta impune en nuestro sistema, afectación que esta Sala estimó resultaba razonable dada la colisión de derechos que se presenta, entre la vida de la madre y el fruto de su concepción, único caso en que la suspensión del embarazo resulta válida en nuestro medio, sin contar esta Sala con facultades para suplir la voluntad del legislador e incluir una causa más de impunidad en la materia. Así las cosas, lo pretendido en el recurso excede el ámbito de acción de esta Sala y, en consecuencia, el recurso es inadmisibile y así se declara. Las Magistradas Calzada y Abdelnour salvan el voto y ordenan dar curso al amparo.

Por tanto:

Se rechaza de plano el recurso.-

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a. i.

Luis Paulino Mora M.

Gilbert Armijo S.

Fernando Cruz C.

Rosa María Abdelnour G.

Jorge Araya G.

Max Alberto Esquivel F.

Exp: 07-007740-0007-CO

VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA CALZADA MIRANDA, Y LA MAGISTRADA ABDELNOUR GRANADOS:

Las magistradas Calzada Miranda y Abdelnour Granados salvan el voto y ordena dar curso al amparo, con fundamento en las siguientes consideraciones que redacta la primera:

Coincidimos con el voto de mayoría de la Sala en el sentido de que el Constituyente de 1949 dio amplia protección al derecho a la vida, el cual debe ser especialmente protegido en todo Estado de Derecho moderno. Es precisamente por tal motivo que consideramos necesario dar curso al amparo, y requerir el informe correspondiente a las autoridades recurridas, a fin de determinar si resulta necesario proteger la vida de la madre amparada, toda vez que de las propias manifestaciones de la recurrente, y del Dictámen Médico extendido por el Dr. José Fabio Barquero Bolaños, podría, eventualmente, estarse frente a un caso de lo que la doctrina denomina aborto terapéutico. Esta figura, contenida en el artículo 121 del Código Penal, desarrolla el concepto de que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. Según la doctrina y legislación comparada sobre el tema, cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida, 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. Por tales razones, estimamos que, en el presente caso, resulta necesario contar con los informes respectivos con el objeto de establecer si estamos en presencia del supuesto de hecho contenido en el numeral 121 ídem.

Ana Virginia Calzada M.

Rosa María Abdelnour G.