

LA TUTELA DEL DERECHO A LA VIDA EN EL ÁMBITO JUDICIAL INTERAMERICANO Y COSTARRICENSE

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano*

RESUMEN

El objeto del presente artículo es analizar los alcances del derecho a la vida, tanto en el ámbito iberoamericano, como costarricense, en particular, lo que atañe a los supuestos de fecundación in vitro, aborto y eutanasia.

Palabras clave: derecho a la vida, aborto, fecundación in vitro, eutanasia.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to analyze the scope of the right to life, both in the Latin American and Costa Rican fields, which concerns the assumptions on in vitro fertilization, abortion and euthanasia.

Keywords: right to life, abortion, in vitro fertilization, euthanasia.

Recibido 10 de febrero de 2019

Aprobado 24 de octubre de 2019

* Juez Contencioso Administrativo. Profesor de la Cátedra de Derecho Constitucional, sede de Occidente, Universidad de Costa Rica. victorozcocr@gmail.com

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA FERTILIZACIÓN IN VITRO. 2. ANÁLISIS PARTICULAR DEL CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. 3.- JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PENALIZACIÓN DEL ABORTO. 4.- LA EUTANASIA O EL HOMICIDIO POR PIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

En términos generales, en este capítulo se analizará la tutela del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano. Esto supone, desde todo punto de vista, la obligación de examinar el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sobre la prohibición decretada por la Sala Constitucional de Costa Rica acerca de la utilización de la técnica de la fecundación in vitro, así como, la respuesta de ese mismo tribunal tras la sentencia de fondo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posterior decisión de la Corte IDH sobre los pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Con ese fin, se examinarán los alcances del derecho a la vida y la fertilización in vitro, tanto en su concepción anglosajona como continental europea.

También se analizarán las sentencias de la Corte IDH, con respecto a Costa Rica, y lo que supone en el marco de la nueva doctrina del control de convencionalidad. En este orden de consideraciones, es preciso mencionar que el catálogo o gama de derechos analizados tanto por la Corte IDH, como por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en aplicación de esos fallos, es mucho más amplio que en el caso del derecho

a la vida, como son, por ejemplo, los supuestos de vida privada e intimidad, así como la prohibición de discriminación entre parejas del mismo sexo, los cuales no serán incluidos en esta oportunidad.

En este orden, se ha sostenido que, en razón del principio de subsidiariedad, en su concepción normativa, por ser el Estado costarricense democrático, con una institucionalidad consolidada de más de 50 años, el tribunal constitucional costarricense se encuentra en una mejor posición que la Corte IDH para precisar los alcances y el contenido de esos derechos humanos o fundamentales.

Así la Corte IDH debería emplear el criterio del margen de apreciación, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo hace, en lo que atañe a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950, en ausencia de un consenso europeo en cuanto a los alcances de un derecho.

Otros, al contrario, abogan por ese intervencionismo de la Corte IDH en procura de la protección uniforme y progresiva de los derechos humanos, cuando se han detectado ciertos fallos estructurales en cuanto al disfrute o goce de esos derechos. Tal intervencionismo se encamina hacia un derecho constitucional común latinoamericano, con semejantes estándares de protección de los derechos en el área. Mucho queda por discutir en ese ámbito.

En todo caso, es claro que dicha intervención de la Corte IDH se plasma, plenamente, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Por lo pronto, nos limitaremos a exponer ese diálogo, bajo el enfoque inicial de protección del derecho a la vida.

Además, en el marco del diálogo entre las cortes de San José, expondremos los criterios del tribunal constitucional costarricense sobre el derecho a la vida, en estricto orden cronológico, en sus 29 años de funcionamiento, teniendo en cuenta la constitucionalidad de la prohibición del aborto y algún caso emblemático sobre el homicidio por piedad, mejor conocido como la eutanasia.

1.- SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA FERTILIZACIÓN IN VITRO

Tras analizar la manera en que ha sido regulado el derecho a la vida, así como la protección de los derechos de la persona concebida, de acuerdo con Francesco Zappalá, se pueden conceptualizar dos visiones en el bioderecho relativas a esa configuración: una es aquella que instruye el sistema norteamericano, en el cual, están incluidos Canadá y el Reino Unido, y otro es el pensamiento europeo que caracteriza el cuadro cultural de Europa continental. Una se decanta por favorecer la libre determinación del individuo, lo que tiene sus implicaciones sobre el aborto, la eutanasia y otros, mientras que, en la otra: “no se remiten a la exclusiva voluntad del interesado, sino, que la misma voluntad es acompañada y algunas veces subordinada, a una serie de principios entre los cuales está el de solidaridad, pero, sobre todo, el de dignidad humana que en Europa es el principio cardinal en materia de bioética”¹.

En este orden, el mismo autor indica que el principio sobre el cual oscilan ambos sistemas es el de la dignidad humana. De tal forma, en el ámbito norteamericano, se privilegia la libre disposición,

mientras que, en el europeo, la observancia de ese principio supone la obligación de acatar una serie de deberes, razón por la que, según esta vertiente, no se puede disponer de la propia vida².

Ahora bien, en lo que atañe al inicio de la vida, este autor afirma que se han desarrollado dos visiones: una la del reporte Wornok que toma su nombre de la parlamentaria inglesa Wornok, a quien le fue confiada la tarea de encontrar una solución legislativa a la tarea de proteger al embrión.

Lo anterior dio origen a la distinción entre el estado embrional y preembrional, que es actualmente adoptada en Gran Bretaña, en España y en los países escandinavos. De esta forma:

Según el reporte Wornok la fase embrional empezaría al décimo quinto día contado desde la fecundación del óvulo y en los primeros 14 días existiría una fase denominada preembrional, distinción basada sobre el hecho científico de que sólo desde el décimo quinto día se forma la denominada “estría” o núcleo neurológico del embrión. Vale decir, lo que se podría considerar un principio de cerebro o de sistema neurálgico. Antes de esta fase prenatal, el embrión es un conjunto de células que no disponen aún del sistema neurológico característico e inconfundible del ser humano³.

De este modo, antes del día 15 de gestación del embrión, este no se consideraría ser humano, razón por la cual, en esta etapa, serían permitidos: la experimentación científica, la fecundación médicamente asistida, el aborto, entre otros.

Por su parte, la otra visión, proteger al embrión desde el momento de la concepción, es seguida de manera mayoritaria en la mayor parte de Europa, así como en el continente americano: centro y sur, y encuentra su primer antecedente en la regulación del Código Civil argentino de 1871.

De esta manera, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 4°, se establece 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”.

Por tanto, en Costa Rica, la Constitución Política dispone, en su artículo 21, que: “La vida humana es inviolable”, y tradicionalmente se ha entendido que se protege, justamente, a partir de la concepción. En este marco, es claro que, en la sentencia dictada por la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, ese tribunal se aparta de una interpretación literal o gramatical del artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, para sostener, en la actualidad, que la protección del concebido inicia con la implantación del óvulo fecundado en el vientre materno.

2.- ANÁLISIS PARTICULAR DEL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA

Ahora bien, en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, la Corte IDH conoció acerca de alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general

de practicar la fecundación in vitro (en adelante “FIV”) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país.

En este orden, en 1995, el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo N.º 24029-SI, denominado “Fertilización in vitro y transferencia de embriones”. En este instrumento normativo, se aprobaba la reproducción asistida entre cónyuges, aunque incluía varios requisitos, entre ellos: “que se tratara del último medio técnico para conseguir el embarazo y que, habiendo sido informados acerca de la adopción, hayan renunciado a ella. Además, permitía la reproducción asistida heteróloga con otros requisitos”⁴.

De acuerdo con Juan Cianciardo, la fecundación in vitro fue practicada de manera efectiva en Costa Rica durante 1995, y en el 2000 por el Instituto Costarricense de Infertilidad, periodo durante el cual nacieron 15 costarricenses⁵.

Con posterioridad, en una sentencia emitida el 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos de sus magistrados, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo supra aludido. Según Campos Vargas:

entre de los argumentos principales expuestos se menciona que a partir de la fecundación ya existe persona, además de que no hay que pasar por alto que el embrión es un sujeto de derecho y no un

mero objeto; respecto de dicha postura, el artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respecto a la vida desde la concepción, de allí que las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) representan un atentado contra la vida humana, debido a la pérdida elevada de embriones, considerados seres humanos⁶.

De este modo, en la mencionada decisión, con respecto a la protección constitucional del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, la Sala Constitucional expuso que:

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.

En la mencionada sentencia, la Sala Constitucional adopta la construcción doctrinal, según la cual, la vida inicia desde la concepción y, con ese fin, se apoya en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de la siguiente manera:

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 liber-

tad 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.

Así, en la sentencia referida, la Sala Constitucional concluye que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de ese tribunal, no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la técnica de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, aun con ellas, atenta contra la vida humana.

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

Así, le ha quedado claro a ese tribunal que, durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan o bien se implantan, pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre —generalmente no más de cuatro— aumenta las posibilidades de lograr un embarazo.

La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de esta es lograr un ser humano, dotar de un hijo o una hija a una pareja que, de otra forma, no podría tenerlo.

Lo esencial es que los embriones, cuya vida se procura primero y luego se frustra, son seres humanos, y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que, en circunstancias naturales, también hay embriones que no llegan a implantarse o que, aun logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana, en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar.

Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la técnica de fecundación in vitro y transferencia embrionaria atenta contra la vida humana en la forma en que se desarrolla en la actualidad.

La Sala Constitucional advierte que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera que los reparos señalados aquí desaparezcan.

Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos —voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta— viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el derecho de la Constitución.

Por ello, el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal, es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas

En razón de dicha sentencia, se plantearon diversas gestiones contra el estado costarricense ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien, a su vez, elevó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, al plantear el caso contencioso ante la Corte IDH, entre otros aspectos, las víctimas alegaron que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia.

Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

Tras analizar los argumentos formuladas por las partes, en esa ocasión la Corte IDH dispuso que el Estado costarricense era responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de esa decisión.

En dicha sentencia, se esboza la manera en que debe ser interpretado el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que atañe a la protección del derecho a la vida del no nacido, de la siguiente manera:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1. tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

De esta forma, en esa sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso, por cin-

co votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.
2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.
4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.
5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.
8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe

general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Al respecto, se discute si a partir de esa decisión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenía la obligación o no de anular, de oficio, la sentencia del año 2000 que supuso la prohibición de la técnica de la fecundación de in vitro, teniendo en consideración que la Corte IDH había establecido la obligación del Estado de adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quedara sin efecto la prohibición de practicar la FIV, y para que las personas que desearan nacer uso de dicha técnica de reproducción asistida pudieran hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en esa sentencia.

En este orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias n.º 2013-10712 del 8 de agosto y n.º 2014-3715 del 14 de marzo, se ha negado a exigir a las autoridades costarricenses la obligación de aplicar la técnica de la fecundación in vitro a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH. En esta línea, en la última sentencia la Sala ha sostenido que:

en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica el deber de regular el desarrollo de la FIV, precisamen-

te, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar.

En este orden, preferimos el criterio expuesto en los votos particulares de la magistrada Hernández López y del magistrado Salazar Murillo a la de-

cisión n.º 2014-3715 del 14 de marzo. Así, en el primero de ellos, exponen:

a) se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización in Vitro, entendida ésta en la forma y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de Fertilización In Vitro. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante.

Lo anterior se basa justamente al considerar que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son self executing, es decir, no necesitan de leyes que los implementen para su garantía.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo emitió un de-

creto en que se regulaba la técnica de la fecundación in vitro, el cual fue impugnado ante la Sala Constitucional. En esa oportunidad, por medio de la sentencia n.º 2016-1692 del 3 de febrero, el tribunal constitucional costarricense declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N.º 39210-MP-S denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria” del 10 de septiembre de 2015 por vulnerar el principio de reserva de ley.

Con posterioridad, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, del 26 de febrero de 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso, entre otros aspectos, que:

debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público” y, además, “disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia.

Con lo cual, a partir de ese momento, ha sido aplicada la técnica supra aludida, al considerarse que:

29. “Tal como ha sido señalado, Costa Rica informó que estaban en trámite en el Poder Legislativo tres proyectos de ley en relación con la técnica FIV, que no

han sido aprobados (supra Considerando 15). Los representantes de las víctimas y la Defensora de los Habitantes de Costa Rica se refirieron a la falta de avances y obstáculos que se presentan en el ámbito legislativo para la aprobación de una ley que regule la FIV. Aquellos también expusieron críticas en cuanto al contenido de estos proyectos, particularmente respecto del proyecto de ley No. 18.824 “Ley Marco de Fecundación In Vitro”, ya que consideran que no se adecuarían a lo dispuesto en la Sentencia. En su escrito de 11 de febrero de 2016 el Estado comunicó que el referido proyecto de ley No. 18.824 es el que “se encuentra en etapa avanzada” del trámite legislativo, “concretamente, en agenda del pleno de la Asamblea Legislativa para su conocimiento” y, al igual que los representantes de las víctimas, manifestó “serias preocupaciones” debido a que considera que este proyecto “contiene severas inconsistencias jurídicas contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como al [...] pronunciamiento de [esta] Corte” y a “los estándares internacionales que las Ciencias de la Salud establecen para esta técnica de reproducción asistida, con lo cual se obstruye el derecho a gozar de los beneficios y posibilidades que ofrece el progreso científico”. Agregó que “de aprobarse el contenido actual de [este] proyecto de ley [...] se corre el riesgo de hacer ineficaz la FIV en Costa Rica, así como de incurrir en estado de incumplimiento respecto de la sentencia de la [...] Corte.

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que, por los obstáculos en el trámite legislativo de los referidos proyectos, el Estado anunció durante la audiencia pública de supervisión de cumplimiento de septiembre de 2015 que el Poder Ejecutivo optó por elaborar un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la FIV y regulara su implementación. Como fue indicado, el Decreto N.º 39210-MP-S estuvo vigente únicamente del 11 de septiembre al 7 de octubre de 2015, ya que la Sala Constitucional suspendió su vigencia y, posteriormente, lo anuló por considerar que era inconstitucional al vulnerar el principio de reserva de ley.

Ante dicha declaratoria de inconstitucionalidad ocurrida el 3 de febrero de 2016, el Estado explicó, en su escrito del 11 de ese mes, las razones por las que consideraba que, para cumplir con la orden dada por esta Corte, la “regulación no requiere ser de rango legal”, y que debido a que el Estado fue declarado responsable en la sentencia, “todas las autoridades públicas están llamadas a desplegar las acciones propias de su competencia para reestablecer los derechos vulnerados con la prohibición de la FIV”.

Sostuvo que lo que “resulta esencial” es que la norma que regule dicho tratamiento médico “cumpla con los estándares convencionales” y, con lo indicado en la sentencia, “asegur[e] la viabilidad práctica de la FIV, en términos de seguridad y calidad del método”. En ese sentido, indicó que al emitir el referido Decreto:

se procuró regular el ejercicio de esta técnica con absoluto apego a los estándares científicos internacionales, para

adecuarla a los avances tecnológicos más recientes, de modo que se propiciara su efectividad y conjuntamente, se garantizaran los derechos de las personas”, y que “[s]u creación normativa se dio con pleno apego a los artículos 29.b y 30 del Pacto de San José de Costa Rica, ya que el Poder Ejecutivo no cercenó ni limitó ningún derecho [...] por lo que no se transgredieron los principios de división de poderes y reserva de ley.

Tal como fue indicado, tanto las personas representantes de las víctimas como el Estado coincidieron en solicitar a la Corte que ordenara mantener la vigencia del referido Decreto Ejecutivo, mientras no existiera una norma de rango superior que fuera conforme a lo dispuesto en la sentencia.

Además, Costa Rica resaltó que “con la anulación del mencionado Decreto, se generaba nuevamente una situación de incerteza jurídica que demandaba la reformulación de acciones a fin de lograr la implementación de la FIV”, y comunicó que “no se vislumbra que, en un futuro cercano, la Asamblea Legislativa promulgue una ley con [las referidas] características, puesto que se ha dificultado el consenso en esta materia y existen sectores políticos que se resisten a normar dicha técnica de una forma acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, en la mencionada sentencia, que:

33 Sin entrar a efectuar un análisis del contenido del referido Decreto Ejecutivo, el Tribunal constata que estaba dirigido

a dar cumplimiento al punto dispositivo tercero de la Sentencia (supra Considerando 28), al regular aspectos relacionados con la implementación de la técnica de la FIV, y prever disposiciones sobre las responsabilidades y funciones de diversas autoridades en la realización, inspección y control de la técnica en el país. Al respecto, el Decreto tiene cuatro “capítulos” relativos, respectivamente, a: (i) “disposiciones generales” en relación con la técnica FIV; (ii) las “autoridades competentes” determinando las responsabilidades y funciones del Ministerio de Salud, la Caja Costarricense del Seguro Social y el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica en la práctica de la FIV; (iii) los “derechos de las personas destinatarias del tratamiento”, y (iv) sobre “el tratamiento de gametos”. 34 Asimismo, el Estado sostuvo que en la elaboración de dicho Decreto se contempló lo dispuesto en la Sentencia y “[s]e tomó en cuenta el estado actual de la ciencia en temas de reproducción asistida, así como el criterio técnico de los jefes de las instituciones especializadas en la atención en salud de la población costarricense”, ya que les fue sometido a consulta el texto del proyecto de Decreto. En ese sentido, afirmó que se consideraron las observaciones de la Caja Costarricense del Seguro Social y del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, con las cuales “se efectuaron las mejores necesarias [con] los criterios técnicos recibidos”. En lo que respecta al con-

tenido del Decreto, el Tribunal destaca que ninguna de las partes ni la Comisión han alegado que algún aspecto de la regulación incluida en el mismo impida la eficacia de la técnica o su seguridad, deniegue el acceso al progreso científico en esta materia o que no garantice el principio de igualdad y no discriminación. Por el contrario, consideran que el Decreto cumple con lo ordenado por la Corte (supra nota al pie de página 60). 35 Al ordenar la reparación relativa a que se regulen “los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV”, la Corte no indicó específicamente qué tipo de norma debía ser emitida para tales efectos. En ese sentido, este Tribunal valora positivamente que, ante la falta de actuación del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo haya buscado dar cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia a través la emisión de la referida norma, tomando en cuenta que los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional establecida por este tribunal internacional (supra Considerando 7). 36 De acuerdo a la información allegada a esta Corte y a lo solicitado por los representantes de las víctimas y el Estado (supra Considerandos 21 y 32), es posible que aun cuando se haya dispuesto en la presente resolución que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos (supra Considerando 26), podría continuar una situación de hecho en que no se empieza a brindar esta técnica debido a

la inseguridad jurídica con respecto a la regulación que se aplicaría. Al respecto, el Tribunal reitera que la medida relativa a regular no debía representar un impedimento para el ejercicio de los derechos humanos a la vida privada y familiar a través del acceso a la técnica en Costa Rica (supra Considerandos 9 y 26), derechos cuya protección debe tener una eficacia jurídica directa. Por ello, ante la falta de una regulación específica en los términos de la Sentencia, la FIV podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable. Adicionalmente, tomando en cuenta que el referido Decreto Ejecutivo ha sido la única medida adoptada por el Estado para cumplir con la reparación ordenada en la Sentencia y que el Estado afirma que su vigencia temporal es una alternativa válida para solventar la referida inseguridad jurídica (supra Considerandos 21 y 32), resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S se mantenga vigente en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia.

Con lo que, a partir de esta decisión, ya se aplica la técnica de la FIV en Costa Rica, mediante el ejercicio de un proceso de tutela de los derechos

que, en sede interamericana, en Comisión IDH y Corte IDH, demoró más de 15 años.

3.- JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PENALIZACIÓN DEL ABORTO

Este tema que, como es conocido, integra, plenamente, los alcances del derecho a la vida, resulta ser muy polémico y de difícil tratamiento, particularmente en el contexto latinoamericano, con sociedades tan conservadoras como las que nos encontramos, en las cuales, las posiciones ideológicas e, incluso, las religiosas tienen, aún hoy, mucha injerencia.

Bien se podría indicar que, en el contexto latinoamericano, todavía es difícil encontrar sociedades fuertemente secularizadas, a diferencia de otros ámbitos. En este caso, quien escribe estas líneas aún no tiene un criterio sobre si se debería permitir el aborto; por ejemplo, en casos de violación de la madre, o bien, si se trata de una adolescente o cuando con ocasión del embarazo, se ponga en riesgo la vida de la progenitora, por lo que no será en esta ocasión donde se emita un juicio de valor sustentado y motivado sobre el particular.

Ya veremos las soluciones que el ordenamiento jurídico ofrece en estos casos, con previa elaboración de un breve marco teórico que nos permita precisar los alcances de este derecho, frente al del niño o de la niña por nacer. Finalmente, analizaremos las sentencias más relevantes de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre esta materia.

El artículo 118 del Código Penal costarricense reprime el aborto, con el consentimiento de la madre o sin él, de la siguiente forma:

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

Además, en cuanto al aborto procurado, el Código Penal costarricense reprime con “prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina”.

Ahora bien, en cuanto al aborto honoris causa, dicho Código establece que si “el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonor de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión”.

Además, en cuanto al aborto impone o el terapéutico, dicha legislación dispone 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”.

Finalmente, en relación con el aborto culposo, el Código Penal dispone que: “será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto”.

Tales tipos penales se encuentran en la Sección II del Título I, Delitos contra la vida, del Libro Segundo del Código Penal y en un marco constitucional, donde, en el numeral 21, se establece que “la vida humana es inviolable”.

Además, no debemos soslayar los alcances que la Sala Constitucional costarricense tradicionalmente ha otorgado a la vida, desde la concepción, con lo que, inicialmente, se podría considerar que la protección del feto se confiere, precisamente, desde el momento aludido, es decir, con la unión del espermatozoide y el óvulo materno.

Con posterioridad, en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, como lo vimos supra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos retrasó el momento de la protección convencional del feto, a partir, justamente, de su implantación en el vientre de la madre.

Es clara, entonces, la existencia de las mencionadas exigencias convencionales y constitucionales que respaldan la tutela penal del embrión y del feto, a partir de su implantación en el vientre materno, así como la existencia de esos tipos penales, con la salvedad del aborto impune o terapéutico, en el cual, se debe ponderar la vida del feto, por nacer, frente a la vida de la madre. Lo discutible, en todo caso, es si esas exigencias convencionales y constitucionales son compatibles o no con una ley de plazos que reconozca el derecho del aborto a favor de la madre, bajo ciertas circunstancias (como cuando el feto se produce a partir de una

violación o la madre es adolescente), o bien que se autorice el aborto siempre que el feto no haya superado ciertas semanas o meses de desarrollo.

En tales casos, el juicio de ponderación entre los valores jurídicos contrapuestos resulta ser muy disputado, sin dejar de lado, desde luego, la cosmovisión y la ideología del aplicador de la técnica o la persona juzgadora. Es, incluso, discutible, en tales supuestos, la existencia de un derecho de objeción de conciencia, en aquellos casos hipotéticos en que el ordenamiento llegue a autorizar el aborto, pero el (la) médico (a) o la (el) enfermera (o) se niegan a hacerlo⁷. Estas situaciones suponen mayores reflexiones, acerca del valor que, en ese juicio de ponderación, tiene más peso.

Como se expuso al inicio de estas líneas, en esta oportunidad, nos limitaremos a realizar una breve reseña teórica sobre el aborto, sin dejar de lado una exposición sobre las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional en esta materia, en sus 29 años de funcionamiento, pero evitaremos un pronunciamiento en un sentido u otro.

Pues bien, de acuerdo con Gorjón Barranco, el aborto puede ser definido como la interrupción voluntaria del embarazo. Según la misma autora, una de las formas de pensamiento que más influye en esta polémica es el feminismo que, dentro de sus propósitos o fines, se encuentra procurar la despenalización del aborto⁸, relativizándose el valor de la vida del niño o de la niña por nacer, pero potenciándose el derecho de la madre de planificar su familia.

En este orden, en el 2008, se produjeron cerca de 28 millones de embarazos, de los cuales casi la mitad eran no deseados, en tanto que un 36% terminaron en aborto. Por su parte, en España, para la misma época, en los 24 años de despenalización parcial del aborto, se han producido cerca de un millón de interrupciones⁹.

Ahora bien, en cuanto al supuesto del aborto cuando el embarazo procede de una violación o incesto, Zúñiga Fajuri pone de manifiesto que la Organización Mundial de la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas contra la Tortura, entre otros, han declarado unánimemente, en los últimos años, que la penalización del aborto, en tales circunstancias, constituye un acto de tortura que viola los derechos humanos básicos de las mujeres¹⁰.

En términos generales, esta autora señala cómo las tesis feministas que abogan por potenciar los derechos de las mujeres a decidir, voluntariamente, acerca de la interrupción del embarazo y su consecuente despenalización, parten de la necesidad de relativizar el carácter de persona del feto, una vez que ha sido implantado en el vientre materno, así como de su protección constitucional y convencional.

Es un tema que requiere, sin duda, mayores reflexiones que, finalmente, será decidido por las juezas y los jueces ordinarios y constitucionales a partir de su cosmovisión y su ideología, sobre todo teniendo en consideración que, por el carác-

ter ambiguo y vago de las normas constitucionales y convencionales que tutelan el derecho a la vida, es jurídicamente posible sustentar una tesis conservadora o progresista en esta materia.

Ahora bien, en el ámbito de la justicia constitucional costarricense, destaca, sin duda alguna, la sentencia n.º 2001-6685 del 17 de julio, en la cual, la recurrente alegó que el 30 de marzo de 2001, ingresó teniendo cuatro meses y medio de embarazo y con síntomas propios de parto al Hospital Enrique Baltodano Briceño de Liberia. Después de realizarle los exámenes y revisiones correspondientes, se determinó que el feto que cargaba en su vientre se encontraba sin vida, por lo que se le realizó un aborto natural y un legrado uterino. La recurrente acusa que ni a ella ni a su esposo les dejaron ver al feto, no les comunicaron su destino y no se lo quisieron entregar para enterrarlo en calidad de hijo, como corresponde dentro de la fe católica. Después de realizar el juicio de ponderación correspondiente y haber escuchado la versión de la autoridad recurrida, la Sala Constitucional dispuso:

Es obvio que dada la naturaleza en muchas ocasiones infectocontagiosa de los “productos de la concepción”, éstos deban de ser manipulados o manejados con suma cautela. De allí que coincide esta Sala con las razones de salud pública que motivaron la redacción de la “Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos”. No obstante, no encuentra este Tribunal que la preocupación de todos en procurar que dicho manejo se haga de la manera más segura posible suprima los derechos de

la recurrente y su esposo que como padres y practicantes de la fe Católica consideren vital para su religión y su tranquilidad enterrar a su hijo. Si bien ese hijo no culminó su proceso de formación como para poder desarrollarse como un niño normal y subsistir, lo cierto es que desde el momento en que fue concebido fue persona con derechos. Así como personas con derechos son sus padres, quienes tiene toda la potestad de escoger que éste tenga un entierro de acuerdo a las reglas establecidas religiosamente por los católicos. Efectivamente la “Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos” no se refiere a la entrega directa de lo que ella llama “desechos sólidos que drenan líquido” (feto y placenta) a terceros y dispone reglas muy claras en cuanto a su traslado fuera de los centros hospitalarios y el tipo de transporte y envase en el que se debe hacer. No obstante, considera esta Sala que dichas disposiciones pueden y deben cumplirse en la medida que a los interesados se les informe de manera correcta y directa del procedimiento establecido y del destino de dichos “desechos”. Así, en el caso concreto, pudo perfectamente transportarse el “desecho” de interés conforme a todas las estipulaciones médicas e higiénicas respectivas, pero enterando a la recurrente y a su esposo del procedimiento a seguir, así como coordinando con éstos la fecha, hora y cementerio en el que se dispondría finalmente de éste, respetando el derecho de

los recurrentes a darle sepultura a los restos de su hijo. Debido a que no fue así y se procedió sin comunicación alguna a la recurrente y a su esposo sobre el destino de su hijo –cual si éste fuera un simple objeto–, debe estimarse el recurso ordenando a la Directora del Hospital Enrique Baltodano Briceño, que en el término improrrogable de dos días contados a partir de la comunicación de esta sentencia, entregue a la recurrente, Kathia Cecilia Saborío Obando, el feto producto del aborto natural practicado a su persona de acuerdo a las medidas de salud necesarias.

Por su parte, en la sentencia n.º 2006-10390, la Sala Constitucional rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 118 del Código Penal donde se regulaba el delito de aborto. En esa oportunidad, se pidió la inconstitucionalidad de la norma, al considerarse que adolecía de una deficiente técnica legislativa. Finalmente, el asunto fue rechazado por falta de legitimación del actor, al incumplir requisitos formales para la debida impugnación de la norma.

Un caso emblemático lo constituye, sin duda alguna, la sentencia n.º 2007-7958, del 7 de junio, en el cual, la recurrente alegó que se había violado el artículo 21 de la Constitución Política, pues los médicos del Servicio de Obstetricia del Hospital México se negaron practicarle a su hija, la aquí amparada, un aborto, a pesar de que tenía un embarazo de alto riesgo, pues el producto en gestación padecía de una patología denominada encefalocele posterior, lo que implicaba que el cerebro del niño no se encontraba en su cavidad craneana, sino que

toda la masa cerebral estaba fuera de la cabeza, patología que hacía imposible la vida extrauterina del niño, el cual moriría al nacer.

La Sala Constitucional desestimó el recurso de amparo al considerarse que:

la protección del derecho a la vida en los Pactos Internacionales, la Constitución Política y el ordenamiento jurídico inter-no 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.

De igual modo, en esta sentencia, se recordaron los alcances del aborto terapéutico o impone, efectuada en la sentencia n.º 2004-02792 del 17 de marzo, con el siguiente orden de consideraciones:

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.

Otro caso relevante y similar puede ser encontrado en la sentencia n.º 2013-2331 del 22 de febrero, en el cual se alegó vulnerado el derecho a la salud, pues a pesar de los padecimientos que la amparada sufría como consecuencia de un embarazo, ya que el feto tenía el síndrome de abdomen pared, y las autoridades recurridas se negaron a adelantar su parto.

En ese asunto, se determinó que la criatura producto del embarazo de la recurrente tenía diagnóstico de patología fetal denominado síndrome abdomen-pared, sin pared abdominal, por lo que, si bien estaba con vida y no tenía problemas cardíacos, se trataba de un producto incompatible con la vida. Dicho recurso fue desestimado, al considerarse que la amparada fue finalmente atendida por las autoridades sanitarias¹¹.

Por su parte, en la sentencia n.º 2014-1861 de 14 de febrero de 2014, la recurrente señaló que presentó un aborto completo espontáneo, con un producto muerto, por lo que fue retirado del lado materno, y al preguntar si se lo entregarían, le dijeron que

por protocolo de la institución, si el bebé contaba con menos de 500 gramos de peso, no sería entregado a la madre.

La Sala Constitucional estimó que la situación impugnada en ese proceso de amparo se sustentaba en la Norma para el Manejo de Desechos Anatómo-Patológicos del Departamento de Saneamiento Básico y Ambiental Institucional, adscrito a la Dirección Técnica de Servicios de Salud que, a su vez, era un órgano asesor de la Gerencia División Médica, la cual, en el capítulo 7, establecía su ámbito de aplicación:

será de carácter obligatorio en todos los establecimientos de atención de la salud de la Caja Costarricense del Seguro Social en los que se producen desechos anatómo-patológicos [...] Deben ser depositados en envases rígidos, herméticos, reusables, en espera de transporte a disposición final. Los productos de la concepción de peso menor de 500g, tamaño menor a 25 cm. O edad menor de 20 semanas serán dispuestos como se indicará anteriormente [...].

De lo expuesto, en la norma de cita y según informaron las autoridades recurridas bajo juramento, todo producto de un aborto de menos de 500 gramos de peso y una edad gestacional menor de 20 semanas debía ser analizado por patología para determinar las causas de la interrupción del embarazo.

Así, se cumplió con la entrega del producto a sus familiares, unido al consentimiento informado firmado y aceptado por la señora Denia Zamora Zumbado, quien dijo que era la abuela del bebé. Por ese motivo, el amparo fue desestimado, en vista de que la pretensión de la parte actora fue

satisfecha pocos días antes de la notificación del auto inicial del amparo (véase, en un sentido similar, la sentencia n.º 2014-8707 del 13 de junio).

Ahora bien, en la sentencia n.º 2015-12925, la Sala Constitucional rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 119 y 120 del Código Penal, por incumplir requisitos formales.

Por otro lado, en la sentencia n.º 2018-5296 del 4 de abril, la Sala Constitucional conoció un recurso de amparo, en el cual la recurrente demandó tutela de su derecho a la salud, pues, según afirmó, las autoridades médicas del Servicio de Obstetricia del Hospital de las Mujeres se negaron a practicarle un aborto terapéutico, a pesar de poner en riesgo su salud y su vida.

En una votación dividida, se desestimó el amparo, pues si bien se había determinado que el desarrollo del feto era incompatible con la vida, en todo momento se garantizó el derecho a la salud de la afectada, y fue intervenida cuando finalmente se acreditó un riesgo para su integridad. Por su parte, en el voto particular, se advirtió que, en términos generales, la afectada mantenía, a causa de su condición, un cuadro depresivo severo con tendencia suicida que, a su juicio, justificaba la aplicación del aborto terapéutico desde un inicio.

Estos son algunos criterios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, acerca del aborto. Como se puede observar, la mayoría de casos están relacionados con la aplicación del aborto impune o terapéutico. Bien puede considerarse que a la fecha no se ha planteado a nivel legislativo, ni judicial, una discusión extensa y profunda sobre la despenalización del aborto, o una reforma para

introducir un régimen de plazos en lo que atañe a la protección del nasciturus. Queda mucho por discutir en este ámbito con las salvedades que se indicaron al inicio de este apartado.

4. LA EUTANASIA O EL HOMICIDIO POR PIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

Para la doctrina especializada, el derecho a morir forma parte del derecho a la vida, lo que incluye, por un lado, el derecho a una vida digna, con los cuidados paliativos pertinentes y necesarios en caso de una enfermedad incurable que conduzca a la muerte y que genere amplio dolor al o a la paciente y, por otro, la eutanasia o el homicidio por piedad.

Esta última figura ha sido regulada por el Código Penal costarricense, en el artículo 116 de la siguiente forma: “Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aún cuando medie vínculo de parentesco”.

Al respecto, el exministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, José Ramón Cossío Díaz, manifestó que: “la Asamblea Nacional francesa aprobó la ley que confiere a todas las personas el derecho a finalizar su vida digna y tranquilamente”. También señaló que:

los legisladores fueron cuidados en no señalar que se trataba de una solución eutánica activa, en tanto el derecho conferido no implica la entrega de un fármaco para terminar directamente con la vida de quien lo ingiere; tampoco, aclaran, si se

*está ante una solución de tipo pasivo, al no abrirse la posibilidad de suprimir la totalidad de apoyos que a una persona le permiten mantenerse viva. Lo que se quiso aprobar, dicen, es algo distinto*¹².

De este modo, el anterior ministro argumenta que la legislación francesa autoriza que a las personas mayores que padezcan una enfermedad incurable en fase terminal que produce dolor les proporcionen una sedación profunda y continuada. Además, si lo desean, les deberán retirar la alimentación y la hidratación artificiales hasta que finalmente fallezcan¹³.

Al respecto, Sergio García Ramírez señala que se plantea dicho debate acerca de la eutanasia, primordialmente, con respecto a quienes sufren enfermedades graves en etapas terminales, con dolores insostenibles que no ceden con los recursos terapéuticos disponibles. Sobre el particular, dicho autor agrega que: “la cuestión no se confina en ese espacio, donde se alojan sus más intensas expresiones, captadas por los ordenamientos penales, que tienen a su cargo la tutela de bienes jurídicos principales –la vida ante todo– frente a las conductas que los atacan o los ponen en más grave peligro”¹⁴.

En este orden de ideas, al comentar una decisión de la Sala Constitucional costarricense, n.º 2277-C-94, García Velasco expone que el tribunal constitucional de Costa Rica les ha ordenado a las autoridades sanitarias suministrar los medicamentos necesarios para controlar su dolor, de manera oportuna, a los pacientes en estado terminal que no se encuentran en un centro hospitalario,

sino en su domicilio, lo que está vinculado con el goce del derecho a la salud y a la vida y con el respeto a la dignidad humana. Al respecto, la profesora indica:

*Por tanto, para el tribunal, en aplicación de los principios de razonabilidad, equidad, justicia y dignidad, existen dos excepciones más: a) cuando estando el paciente en su casa y esté siendo atendido por un médico particular, él podría perfectamente proceder a inyectarle aquellas ampollas que calmen su dolor, siempre que exista receta médica y b) cuando el enfermo terminal no tenga médico particular, la Caja Costarricense del Seguro Social debe procurar por cualquier medio que dicha medicina le sea trasladada a su hogar y que un funcionario de la lex artis, cumpla con el cometido, siempre y cuando medie receta y control médico*¹⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha tenido la ocasión de avalar la conformidad con el derecho de la Constitución del tipo penal que establece el delito de homicidio por piedad (sentencia n.º 239/97), el cual fue cuestionado por relativizar los alcances del derecho a la vida y por deshacerse de personas que constituían un obstáculo para la sociedad y un alto costo.

Al respecto, Guillén Elizondo nos comenta la decisión de la Corte Constitucional colombiana, en el sentido de respaldar la constitucionalidad de esa normativa de la siguiente manera:

en el caso, la Corte Constitucional Colombiana realizó el estudio de constitucionalidad del tipo penal en comentario tomando en cuenta, como elemento psicológico, la definición de piedad y abordando ciertos puntos clave que llevaron a determinar que el artículo reclamado es constitucional. El primero de ellos, es en el que determinó los elementos característicos del tipo penal del homicidio por piedad, a saber; que i) el sujeto pasivo siempre debe ser una persona con una enfermedad terminal o con una lesión tan grave, que se tenga por cierto el hecho de que va a morir en poco tiempo sin probabilidades de cura a futuro; ii) que éste externé una voluntad libre y con conocimiento, de querer poner fin a su propia existencia antes de que ello ocurra naturalmente como efecto de la lesión o enfermedad que padece y; iii) como móvil psicológico, que el sujeto activo sea vea impactado o motivado por ese sentimiento de piedad para ayudar al sujeto pasivo a morir¹⁶.

También la Corte Constitucional colombiana señaló que el tipo penal no desconocía los alcances del derecho a la vida, sino que, al contrario, los protegía porque aun cuando la pena era menor comparada con otros delitos contra la vida, seguía existiendo el juicio de reproche, teniendo siempre en consideración la dignidad de la persona¹⁷.

Por su parte, en el sistema de justicia constitucional argentino, una decisión de la Corte Suprema de Justicia es paradigmática, la cual respaldó la decisión de un particular que había sufrido un accidente grave de negarse a recibir una transfusión sanguínea en razón de su convicción religiosa, pues era testigo de Jehová. Esto produjo una

discusión entre su padre, quien abogaba a favor del procedimiento médico, y su esposa, quien se negaba amparada en su cosmovisión, sin dejar de lado que, expresamente, el herido había suscrito con anterioridad un consentimiento informado en el sentido de que se negaba a la aplicación de la transfusión¹⁸.

Finalmente, en Costa Rica es relevante, sin duda, la sentencia n.º 1729-92 del 26 de junio, en la cual la recurrente alegaba que, el 1º de junio de 1992, acompañó a la señora Margaret Squiers al Hospital San Juan de Dios en busca de alivio a sus ataques de asma y, que tres días después, la encontró conectada a un respirador mecánico, con una gruesa sonda introducida en su tráquea, una sonda nasogástrica, dos sondas gruesas por ambos costados que conectan a las pleuras, una sonda uretral y una aguja conectada a la vena. Además, indicó que estaba amarrada a la cama de pies y manos con una sábana que le atravesaba el pecho, por lo que estaba completamente inmovilizada.

Luego explicó que la enferma estaba en pleno uso de sus facultades mentales. Estimó que había sido privada de su libertad y que había sido sometida a un sufrimiento mental y moral, pese a que ella se había negado al tratamiento suministrado, e indicó que ni la señora Squier ni ella fueron consultadas sobre el tratamiento, sus ventajas, desventajas o eficacia, al cual calificó de cruel, degradante, aparte de que consideró que se le anuló su capacidad de decisión.

También explicó que las autoridades se habían negado a suspender el tratamiento médico porque incurrirían en el delito de eutanasia u homicidio por piedad contemplado en el artículo 116 del Código

Penal; pero, según su criterio, este no era el caso, pues ella no había pedido que la mataran, sino que no le aplicaran sin su consentimiento un tratamiento ineficaz y que la dejaran ir a otro lugar en donde pudiera permanecer en forma tranquila.

Por ello, estimó que el derecho de petición de la señora Squiers fue violado al habersele negado su derecho a escoger entre el tratamiento actual o ser alojada en otro sitio que le ofreciera alivio a su pena.

Tras examinar el material probatorio existente, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso, al constatarse que la amparada se encontraba consciente y que, más bien, abogó por el hecho de que le siguieran suministrando el procedimiento y la respiración artificial. En este orden de ideas, la Sala señaló que:

II. También se ha demostrado que la paciente no ha sido inmovilizada arbitrariamente en contra de su voluntad, lo que daría margen a alguna consideración sobre el recurso de hábeas corpus; al contrario, de las pruebas se desprende que si temporalmente fue atada a su cama de enferma, ello se hizo con fines eminentemente terapéuticos, para evitar que, mediante movimientos inconscientes; por ejemplo, cuando dormitase, se retirase accidentalmente la cánula endotraqueal, único conducto por el cual ella puede respirar; accidente que, inevitablemente, produciría su muerte inmediata.

III. Por otra parte, a pesar de que la señora Squiers no puede hablar en vista del tratamiento que se le está aplicando y del

equipo médico empleado -que interesa a su boca y a su laringe- tanto el informe como el testimonio agregados al expediente permiten concluir que ella, en forma inequívoca, no ha solicitado de ninguna forma que se le suspenda; al contrario, de las pruebas se desprende que ella ha solicitado su continuación. Prueba de ello es que una vez que dejó de estar atada o inmovilizada por las razones dichas, ella no ha suspendido tal tratamiento, como podría hacerlo directamente y sin ayuda de nadie, según lo declarado por el Fiscal del Colegio de Médicos y Cirujanos y de las manifestaciones de la misma recurrente en programas de televisión que la Sala ha estudiado como prueba complementaria. Todo lo cual hace innecesario formular consideraciones en torno a la llamada “salida exigida” por parte del paciente o en torno a los altos valores de la dignidad humana, piedra angular de los derechos humanos, entendida tal como una forma decorosa de vivir e incluso de morir.

CONCLUSIONES

Estas son algunas sentencias emblemáticas de salas, cortes y tribunales constitucionales latinoamericanos sobre la eutanasia o el homicidio por piedad. Se espera efectuar un estudio más detallado en otra oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aparisi Miralles y otro. (Noviembre de 2009). El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto, de la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal. *Revista Biomedicina*.
2. Bombillar Sáenz y otro. (Primer semestre de 2015). El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, p. 299.
3. Bonifaz, L. Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (Caso Albarracini, sentencia 523 XL VIII del 1 de junio de 2012 de la Corte Suprema argentina). En *Garantismo judicial*. Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, pp. 133-147.
4. Campos Vargas G. (Abril-septiembre de 2012). Implicaciones éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la Salud Reproductiva de Costa Rica. *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*. Edición Semestral, n.º 22.
5. Cianciardo J. (Diciembre de 2016). La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”. *Revista Dikaion*. Chía, Colombia. Universidad de La Sabana, año 30, vol. 25, n.º 2, p. 166.
6. Cossío Díaz, J. Decidir nuestra vida, Derecho a morir. En *Garantismo judicial*. Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 1.
7. Ferrer Mac-Gregor, E. y otros. (2018). Inclusión, *ius commune* y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro,
8. García Ramírez S. Presentación ¿Derecho a morir? En *Garantismo judicial*, Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. XVI.
9. García Velasco, L., Morir sin dolor es morir dignamente. Deber del Estado de garantizar el suministro de medicamentos a enfermos terminales en su domicilio. (Amparo 2277-C-94, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica). En *Garantismo judicial*. Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 92.
10. Gorjón Barranco, M. Reflexiones sobre la problemática del aborto. *Iustitia*. N.º 7, p. 45.
11. Guillén Elizondo, C. Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico. Deber del Estado de protección del derecho fundamental a la vida frente a los conceptos de “vida digna”, muerte digna y libre autodeterminación de la persona. (Sentencia C-239/97 de la

Corte Constitucional Colombiana). En Garantismo judicial. Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 101.

12. Martínez de Pisón, J. (Enero de 2006). El derecho a la salud: un derecho social esencial. Revista Derechos y Libertades. N.º 14. Época II.
13. Peman Gavin, J. (Mayo-agosto de 2009). El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional en el derecho comparado. Revista de Administración Pública. N.º 17, Madrid.
14. Zappalá F. Estatuto jurídico del concebido. En Revista Javeriana. Santiago de Cali, pp. 264-265.
15. Zúñiga Fajuri, A. (Diciembre de 2011). Aborto y derechos humanos. Revista de Derechos. N.º 2, vol. XXIV, p. 164.

Notas

- ¹ Zappalá F. Estatuto jurídico del concebido. En *Revista Javeriana*. Santiago de Cali, pp. 264-265.
- ² Zappalá F. Estatuto jurídico del concebido. En *Revista Javeriana*. Santiago de Cali, pp. 265-266.
- ³ Zappalá F. Estatuto jurídico del concebido. En *Revista Javeriana*, op. cit., p. 268.
- ⁴ Campos Vargas G. (Abri-septiembre de 2012). Implicaciones éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la salud reproductiva de Costa Rica. *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*. Edición Semestral, n.º 22 .
- ⁵ Cianciardo J. (Diciembre de 2016). La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”. *Revista Dikaio*. Chía, Colombia, Universidad de La Sabana, año 30, vol. 25, n.º 2, p. 166.
- ⁶ Campos Vargas G. (abril-septiembre de 2012). Implicaciones éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la salud reproductiva de Costa Rica. *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*. Edición Semestral n.º 22, op. cit.
- ⁷ Un análisis relevante, sobre el particular; puede ser hallado en Aparisi Miralles y otro. (Noviembre de 2009). El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto, de la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal. *Revista Biomedicina*,
- ⁸ Gorjón Barranco, M. Reflexiones sobre la problemática del aborto. *Iustitia*, n.º. 7, p. 45.
- ⁹ Gorjón Barranco, M. Reflexiones sobre la problemática del aborto, op. cit, p. 46.
- ¹⁰ Zúñiga Fajuri, A. Aborto y derechos humanos. (Diciembre de 2011). *Revista de Derechos*. Vol. XXI, n.º 2, p. 164.
- ¹¹ Al respecto, sin duda sobresale el voto particular de la magistrada Calzada Miranda y del magistrado Jinesta Lobo, en el siguiente sentido: “Sin embargo, como también se indica, nuestra normativa en el Código Penal prevé lo que la doctrina denomina aborto terapéutico, señalando 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. Lo anterior implica, necesariamente, que en primer término los médicos deban informar a la mujer con exactitud, cuál es la situación médica que está atravesando, así como la viabilidad del feto y las consecuencias que pueden derivar de continuar con un embarazo irregular; así como también procurar que su salud tanto física como mental no corra peligro. En el caso concreto, la recurrente inició el control del embarazo ante las autoridades recurridas el 4 de setiembre de 2012, pero manifestó que durante varias semanas de gestación no recibió la información detallada de su estado, lo que agravó su inestabilidad emocional, pues indica que desde la semana No. 8 del embarazo, lo único que le dieron fue el diagnóstico de ‘síndrome de abdomen pared’, junto con una breve descripción de las múltiples malformaciones del feto, sin embargo se le indicó que debía esperar a la semana No. 12 para tener dicha seguridad. Durante consultas posteriores le confirmaron el mismo diagnóstico y le daban certeza absoluta de la inviabilidad del embarazo, pero no se le informó de los que ello implicaría. Padeció de dolores en el vientre y los médicos reconocieron que era objeto del estrés propio de la amparada de saber que desde la semana 8 llevaba

en su vientre un embarazo inviable, y que además conforme avanzara el líquido amniótico se reduciría, provocando una sensación de asfixia, lo que le agravó la depresión que venía sufriendo desde que se le dio el diagnóstico. Por ello, acudió el 1 de noviembre con su abogada para que se le informara con más detalle su situación y es cuando la doctora de turno le indica, que sus dolores no eran producto de una causa orgánica, sino mental y al indagarle sobre las malformaciones del feto, se le indicó que eran: onfalocele, extracelómico, múltiples quistes funiculares, escoliosis, costillas cortas, síndrome de abdomen pared con presencia de órganos internos tales como hígado e intestinos fuera del cuerpo y presentaba disminución de líquido amniótico. Hasta ese momento es remitida a psiquiatría, donde inicia con medicamentos y terapia. Los médicos en el informe rendido aceptan que la amparada presentó un dictamen médico de un psiquiatra privado en el que se señalaba que era al la depresión por la que atravesaba, que podía incurrir incluso en suicidio, no obstante ante tal afirmación los recurridos manifestaron que debía protegerse la vida del menor en gestación, aunque sus posibilidades de vida eran remotas o nulas. De lo señalado, los suscritos también aceptamos que en efecto debe tutelarse la vida desde el momento de la concepción y que incluso una depresión respecto a un embarazo, no está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como única razón válida para autorizar un aborto. No obstante, en este caso las autoridades ya habían diagnosticado y confirmado de forma fehaciente en la semana 12 de gestación, que el embarazo era inviable por las malformaciones señaladas y que desde la semana 8 que se le adelantó el diagnóstico a la amparada, aún sin indicarle lo que el diagnóstico implicaba y sus secuelas, empezó a deteriorarse su salud mental a causa del fuerte sufrimiento de llevar en su vientre un feto mal formado que no llegaría a sobrevivir, como en realidad ocurrió el pasado 30 de diciembre de 2012, fecha en la que se le tuvo que practicar la cesárea. Es evidente que este asunto presenta un tema de difícil tratamiento en el que están en juego la vida de dos seres, la madre y el feto, pero en el que tampoco puede dejarse de considerar la integralidad de la salud, ya que por un lado tenemos la salud mental de una persona y por el otro, la salud física, ambas capaces de poner en riesgo a la persona. Por ello, no basta con que los médicos descarten un criterio únicamente por tratarse de un dictamen privado, o porque así lo contradiga solamente otro médico, sino que estando de por medio el derecho la salud y a la vida, la actuación dirigida a proteger esos derechos debió darse con análisis pertinentes que les permitiera valorar, si la vida de la amparada también sufría un serio riesgo por la situación mental que atravesaba. Sin embargo, de los informes rendidos, lo que se denota es que la relevancia siempre fue dada únicamente a la condición física de la amparada, tan es así que fue después de dos meses de darle dicho diagnóstico que se consideró la ayuda psiquiátrica. Dicha omisión, aunado al hecho de que médicamente ya se había descartado la viabilidad del embarazo y a que la carga impuesta a la amparada convirtió su situación en un trato cruel y degradante que afectó su salud, consideramos que el amparo debe estimarse con sus consecuencias”.

- ¹² Cossío Díaz, J. *Decidir nuestra vida. Derecho a morir*. En *Garantismo judicial*, Silvia García F, coordinador. Ciudad de México: Porrúa, p. 1.
- ¹³ Cossío Díaz, J., *Decidir nuestra vida. Derecho a morir*. En *Garantismo judicial*, Silvia García F, coordinador. Ciudad de México: Porrúa, p. 1.
- ¹⁴ García Ramírez S. *Presentación ¿Derecho a morir?* En *Garantismo judicial*, Silvia García F., coordinador. Ciudad de México: Porrúa, p. XVI.
- ¹⁵ García Velasco, L. *Morir sin dolor es morir dignamente. Deber del Estado de garantizar el suministro de medicamentos a enfermos terminales en su domicilio*. (Amparo 2277-C-94, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En *Garantismo judicial*. Silvia García F, coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 92.
- ¹⁶ Guillén Elizondo, C. *Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico: Deber del Estado de protección del derecho fundamental a la vida frente a los conceptos de “vida digna”, muerte digna y libre autodeterminación de la persona*. (Sentencia C-239/97 de la Corte Constitucional colombiana). En *Garantismo judicial*. Silvia García F, coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, p. 101.
- ¹⁷ Guillén Elizondo, C. *Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico: ..., op. cit., p. 101.*
- ¹⁸ Bonifaz, L. *Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos*. (Caso Albarracini, sentencia 523 XL VIII del 1 de junio de 2012 de la Corte Suprema Argentina). En *Garantismo judicial*, Silvia García F., coordinadora. Ciudad de México: Porrúa, pp. 133-147.

