LAS DEUDAS PENDIENTES DEL CASO BEATRIZ:

APORTES DESDE LA ACADEMIA

O'NEILL INSTITUTE
GEORGETOWN LAW
CENTER FOR HEALTH & HUMAN RIGHTS

UNIVERSITY OF TORONTO
FACULTY OF LAW

CONTENIDOS

I.	REBECCA COOK	7
II.	JOCELYN VITERNA	23
III.	PAULINE CAPDEVIELLE Y MARÍA DEL PILAR GONZÁLEZ BARREDA	42
IV.	NATALIA SARALEGUI	59
V.	PROGRAMA DE ACCIÓN POR LA IGUALDAD Y LA INCLUSIÓN SOCIAL (PAIIS)	66
IX.	JUAN MÉNDEZ	85
VII.	ANAND GROVER	93
VIII.	ALBERTO ROJAS RÍOS	105
IX.	ROBERTO SABA	117
X.	CECILIA HOPP	130
XI.	INSTITUTO O'NEILL PARA EL DERECHO Y LA SALUD NACIONAL Y GLOBAL, UNIVERSIDAD DE GEORGETOWN	149

PRÓLOGO

***Silvia Serrano Guzmán**
Co-Directora del Centro para la Salud y los Derechos Humanos.
Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown.

El mes de diciembre pasado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), publicó su sentencia en el caso *Beatriz y otros vs. El Salvador.* Los hechos del caso pueden resumirse en la falta de acceso a la interrupción de un embarazo de un feto con diagnóstico de inviabilidad con la vida extrauterina. El embarazo, además, ponía en riesgo la vida y la salud de Beatriz, que padecía, entre otras patologías, un lupus eritematoso sistémico.

Se trató del primer caso ante este tribunal sobre interrupción del embarazo y, por ello, se esperaba que la decisión constituyera un avance en la ya robusta línea jurisprudencial sobre derechos reproductivos del sistema interamericano que incluye temas como el acceso a técnicas de reproducción asistida, esterilizaciones no consentidas y violencia obstétrica.

La sentencia del caso Beatriz ha dado mucho de qué hablar. Aunque la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado de El Salvador por violaciones al derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida privada como consecuencia de la falta de acceso al servicio de salud que necesitaba Beatriz – en el caso, la interrupción del embarazo –, la Corte IDH evitó hablar de la principal causa de la responsabilidad internacional declarada: que en El Salvador persiste una criminalización absoluta del aborto.

En lugar de abordar este aspecto medular del caso, la Corte IDH señaló como el "problema", una supuesta "inseguridad jurídica" que el Estado salvadoreño intentó demostrar mediante una confusa y deshonesta defensa que contrasta con la realidad del marco jurídico salvadoreño. Esta confusión llevó a que la Corte IDH no se pronunciara explícitamente sobre los múltiples problemas de derechos humanos que se derivan del uso del derecho penal para regular el aborto. Además, dio lugar a una medida de no repetición de adecuación normativa con un grado significativo de ambivalencia, lo que mantiene abierto el debate sobre su alcance en la etapa de supervisión de sentencia.

La decisión tiene otros aciertos y desaciertos.

Como acierto, se destaca el encuadre del caso como uno de violencia obstétrica. Con ello, la Corte IDH deja claro que las demoras y burocratización de la posibilidad de acceder a la interrupción del embarazo en un caso como el de Beatriz, además de violar múltiples derechos, reviste especial gravedad y severidad, al punto de constituir una forma de violencia de género en la modalidad de violencia obstétrica. También es relevante señalar que la Corte IDH no consideró que la interrupción del embarazo en el caso de Beatriz fuera contraria a la protección de la vida en gestación ni mucho menos a los derechos de las personas con discapacidad, a pesar de haber sido éstos aspectos centrales de la defensa estatal.

En cuanto a los desaciertos, no sobra mencionar la ausencia de un análisis del caso bajo el lente de la igualdad y no discriminación, la falta de conexión explícita de lo sucedido a Beatriz con el derecho a la autonomía reproductiva y la omisión de evaluar el caso a la luz del principio de no regresividad, aplicable al derecho a la salud. Como era previsible, algunas de las ausencias y omisiones de la Corte IDH, han sido utilizadas por los grupos que se oponen al aborto – aún en situaciones extremas como la de Beatriz – para tergiversar la sentencia y mostrarla como una supuesta victoria, con el objetivo de seguir obstaculizando los avances en la materia mediante narrativas legales distorsionadas.

El anterior dista de ser un análisis exhaustivo de la decisión de la Corte IDH y sus implicaciones. Más bien, se busca dar algunos ejemplos que ponen en evidencia la necesidad de impulsar desde la academia iniciativas que permitan estudiar a profundidad el caso y reconocerlo como un primer paso en la aproximación de la Corte IDH a las variadas violaciones de derechos humanos que se derivan de la criminalización del aborto y que han sido ampliamente desarrolladas en otros sistemas de protección de derechos humanos, por múltiples altas cortes de la región y también en el marco de una abundante y sólida producción académica.

El objetivo de este libro es precisamente mostrar cómo, dentro de las decenas de apoyos de todo tipo de actores que recibió el caso Beatriz, un grupo a destacar son los académicos y/o las personas que ejercieron roles importantes en altas cortes y en organismos internacionales de derechos humanos. Para lograr este objetivo, se ha identificado un grupo selecto de *amici curiae* presentados ante la Corte IDH por este grupo de actores, con la finalidad de compilar y visibilizar sus aportes.

Los *amici curiae* seleccionados se presentan en este libro tal y como fueron enviados a la Corte IDH e incluyen contribuciones desde Colombia, Argentina, México, Canadá y Estados Unidos, además del sistema de las Naciones Unidas, en particular, mediante la incorporación de personas que ejercieron en distintos mandatos de procedimientos especiales. Además, de la variedad geográfica, se resaltan las distintas áreas del derecho y disciplinas relacionadas que están presentes en la selección: derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional comparado, derecho penal, salud pública, sociología, entre otros.

Los ejes temáticos abordados en estos *amici curiae* coinciden, en gran medida, tanto con los aciertos de la sentencia señalados previamente, como con algunas de las deudas pendientes con las que queda la Corte IDH y que deberá saldar a futuro, tanto en el marco de la supervisión de su decisión en el caso de Beatriz, como en el conocimiento de futuros casos sobre la materia. A continuación, se señalan algunos de estos ejes temáticos.

El primero es la **identificación completa y adecuada de los derechos en juego**. Así, las intervenciones de *Alberto Rojas Ríos,* de *Roberto Saba,* de *Juan Méndez* y del *Instituto O'Neill,* abordan esta cuestión, evidenciando que más allá de los derechos analizados por la Corte IDH – salud, integridad personal y vida privada – la criminalización del aborto y, más aún, la criminalización total como ocurre en el caso de El Salvador, tiene efectos nocivos en un listado más amplio de derechos, principios y obligaciones estatales. Algunos de los desarrollados adicionalmente por estos actores son la libertad, la dignidad, la igualdad y no discriminación, la libertad de conciencia, la autonomía, la prohibición de la tortura y la vida.

Uno de los temas centrales que planteaba el caso fue **la criminalización del aborto**. Al respecto, las intervenciones de *Cecilia Hopp, Natalia Saralegui, Alberto Rojas Ríos, Juan Méndez* y *Anand Grover*, desarrollan cuestiones como el uso del derecho penal como *última ratio*, las implicaciones en la salud y en la salud pública del uso del derecho penal para regular el aborto, la tendencia a nivel comparado y recomendaciones a nivel internacional hacia la despenalización así como la importancia de la misma para prevenir la repetición de situaciones de violencia obstétrica como la ocurrida en el caso. Como se indicó anteriormente, el uso del derecho penal en sí no fue abordado de manera explícita por la Corte IDH, lo cual es cuestionable, considerando que el modelo de El Salvador es minoritario en la región (con sólo un puñado de países que criminalizan absolutamente el aborto). En contraste con estos países aislados, estos *amici* confirman que existe un amplio respaldo a la despenalización tanto en otros sistemas de protección como en la región, por lo que es necesario que la Corte IDH fortalezca su diálogo jurisprudencial en esta materia, como ha venido ocurriendo con diversos temas.

Relacionado con lo anterior, una evaluación explícita de la criminalización absoluta del aborto tendría que haber llevado a la Corte IDH a realizar un **test de proporcionalidad.** Como lo expuso

el Instituto O'Neill en su *amicus*, esta metodología usada por la Corte IDH en diversos casos de restricciones de derechos o tensiones entre derechos, deja en evidencia que el modelo salvadoreño le da un carácter absoluto a la protección de la vida desde la concepción, anulando por completo los derechos de las mujeres, niñas y personas gestantes, en situaciones como las que vivió Beatriz. En similar sentido, la intervención de *Roberto Saba* destaca que, aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos le da algún grado de protección a la vida en gestación, dicho instrumento no establece mandato alguno para que los Estados usen el derecho penal con esos fines, por lo que la criminalización debe ser materia de escrutinio considerando su impacto en otros derechos, como la igualdad.

Ahora bien, aunque en El Salvador existe una criminalización absoluta del aborto y, por lo tanto, el anterior análisis era pertinente, la defensa estatal intentó argumentar lo contrario, alegando que **el modelo general de eximentes de responsabilidad penal** era la forma adecuada de ponderar los derechos en juego en casos como el de Beatriz. Dadas las implicaciones que este debate puede tener en la etapa de supervisión de sentencia del caso Beatriz y a nivel regional, se resaltan las intervenciones del *Instituto O'Neill* y de *Roberto Saba,* que profundizaron en las razones por las cuales lo planteado por el Estado es incompatible con el principio de legalidad penal y la seguridad jurídica que la Corte IDH deberá exigir en la referida etapa de supervisión. Además, estos *amici* analizan por qué es un modelo inútil en la práctica considerando el incontrovertible efecto amenazante y disuasivo del derecho penal sobre el personal de salud.

Otra de las cuestiones que fue parte del debate ante la Corte IDH, fue la **tergiversación por parte de la defensa estatal del marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad**, con el propósito de crear un falso dilema entre dicho marco y la posibilidad de abortar cuando existen diagnósticos de inviabilidad con la vida extrauterina. La intervención del *Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social – PAIIS de la Universidad de los Andes*, dedicado al tema de discapacidad, desarrolló las razones por las cuales la despenalización del aborto es compatible con los derechos de las personas con discapacidad, además de explicar por qué el aborto en casos de inviabilidad no puede ser considerado eugenésico. En línea con ello, la Corte IDH no hizo referencia alguna a los planteamientos del Estado y, más bien, se refirió a dicho diagnóstico y a la recomendación médica de interrupción del embarazo sin entrar a analizar tensión alguna con los derechos de las personas con discapacidad.

Otras intervenciones seleccionadas aportan argumentos sobre algunas de las cuestiones sobre las cuales la Corte IDH omitió profundizar.

Por un lado, los *amici* de *Pauline Capdevielle* y *María del Pilar González Barreda* y de *Cecilia Hopp,* analizan el caso como uno de **derechos reproductivos y salud reproductiva.** Este aporte es relevante porque, aunque tímidamente la Corte IDH se refirió en el fallo a la voluntad de Beatriz, se extraña una falta de conexión clara del caso con su jurisprudencia previa en materia de autonomía reproductiva. Además, la violación del derecho a la salud en un caso como este pudo ser más completa, en línea con lo expuesto por *Anand Grover* en su intervención.

Por otro lado, las intervenciones de *Rebecca Cook, Pauline Capdevielle y María del Pilar González Barreda, Jocelyn Viterna* y *Roberto Saba*, se enfocan en una de las grandes ausencias de la sentencia. **Las implicaciones de la criminalización del aborto en el derecho a la igualdad y no discriminación**. En estos textos se analizan el uso del derecho penal desde el punto de vista de este derecho; cuestiones de interseccionalidad e impacto desproporcionado tomando en cuenta la vulnerabilidad socioeconómica de Beatriz; así como la manera en que la criminalización del aborto y las prácticas estatales derivadas de la misma, son el reflejo de los estereotipos, los prejuicios y el estigma contra las mujeres.

Por último, el caso ameritaba un examen más completo del cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención. Si bien la Corte IDH acertadamente declaró la violación

del derecho a la salud, se abstuvo de evaluar la **regresividad normativa que operó en el caso** cuando, después de 1997, se eliminaron las causales previstas en el Código Penal anterior. En sus *amicus,* el *Instituto O´Neill y Pauline Capdevielle y María del Pilar González Barreda,* hacen un análisis sobre la aplicación del principio de no regresividad al caso.

Desde el Centro para la Salud y los Derechos Humanos del Instituto O'Neill, esperamos que esta compilación contribuya a mantener abierto el debate académico sobre el caso Beatriz, incluyendo la necesidad de que el proceso de supervisión de la sentencia permita el efecto útil y la eficacia del fallo. Además, hacemos un llamado a que el sistema interamericano, en consonancia con otros sistemas de protección y con la mayoría de los países de la región, consolide a través de sus distintos mecanismos una posición clara sobre las múltiples violaciones de derechos humanos y problemas de salud pública que se desprenden de los marcos normativos restrictivos en materia de aborto, y oriente a los Estados a adecuar sus ordenamientos jurídicos para superar dichas violaciones.

I. REBECCA COOK

Las implicaciones de la criminalización del aborto en el derecho a la igualdad y no discriminación

Temas adicionales:

Prejuicios y estereotipos de género

Discriminación contra la mujer

Acceso a la atención sanitaria

Acceso a la justicia

Las obligaciones fundamentales a partir del derecho internacional de los derechos humanos

BEATRIZ vs. EL SALVADOR
Caso 13.378

OPINIÓN EXPERTA ANTE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
por
Profesora Emérita Rebecca J. Cook
Facultad de Derecho, Universidad de Toronto

6 de marzo de 2023

ÍNDICE

I. Visión general **9**
A. Introducción 9
B. Experiencia y cualificación de la autora para presentar esta opinión experta 9
II. Entender los prejuicios y estereotipos de género, sus contextos y modos de perpetuación **10**
III. Obligaciones estatales de eliminar prejuicios y estereotipos de género perjudiciales **12**
A. Origen de las Obligaciones *12*
B. Obligación de nombrar los prejuicios y estereotipos de género y de articular y condenar sus perjuicios *14*
i. Nombrar los prejuicios y estereotipos en general 14
ii. Nombrar los prejuicios y estereotipos de las pacientes o denunciantes femeninas 15
C. Obligaciones de no repetición 20
IV. Conclusión **22**

I. VISIÓN GENERAL

A. Introducción

1. La demanda en el caso *Beatriz vs. El Salvador* plantea cuestiones importantes sobre cómo los prejuicios y estereotipos de género perjudiciales comprometen el acceso de las mujeres a la atención sanitaria y a juicios justos. Más allá de determinar un resultado inmediato para este caso, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene el potencial de influir en el desarrollo y la aplicación de normas y jurisprudencia internacionales relativas a estereotipos adversos contra las mujeres.

2. En consecuencia, se presenta esta opinión experta para abordar la forma en que la ley, las políticas públicas y las prácticas estatales aplican y perpetúan prejuicios y estereotipos de género erróneos, especialmente cuando son utilizados por profesionales de la salud y por miembros del poder judicial. Se centra en cómo el presente Tribunal y otros tribunales han determinado si los prejuicios y estereotipos de género constituyen o exacerban la discriminación contra la mujer y cómo pueden socavar la capacidad de las mujeres para acceder a la atención sanitaria y a juicios justos, incluso en cuestiones penales. Esta opinión experta destaca las obligaciones fundamentales que impone el derecho regional e internacional de los derechos humanos para abordar y reparar los prejuicios y estereotipos de género perjudiciales. La opinión experta es de carácter general y no aborda los hechos concretos del caso *Beatriz*.

B. Experiencia y cualificación de la autora para presentar esta opinión experta

3. La autora ha acumulado una importante experiencia jurídica en materia de legislación internacional sobre los derechos[1] y la salud reproductiva[2] de las mujeres, incluido el modo en que la elaboración y aplicación de dichas leyes se ven influidas por los prejuicios, los estereotipos y el estigma relacionados con el género. [3] Es editora asociada de la sección ética y jurídica de la Revista Internacional de Ginecología y Obstetricia (*International Journal of Gynecology and Obstetrics*), la revista oficial de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (*FIGO - International Federation of Gynecology and Obstetrics*), que cuenta con más de 130 miembros y de cuyo comité de ética fue miembra fundadora en 1985. Ha intervenido como experta independiente en casos de estereotipos de género perjudiciales ante este y otros tribunales. [4] La autora se ha propuesto contribuir al desarrollo normativo del derecho, la política y la práctica internacionales en materia de derechos humanos para eliminar la discriminación de género, incluidos los prejuicios, estereotipos y estigmas de género erróneos.

1 Véase, por ejemplo, R.J. Cook (ed.), *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives* (Filadelfia: UPenn Press, de próxima publicación 2023); R.J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, (Filadelfia: UPenn Press, 1994); edición en español revisada (Bogotá: Profamilia, 1997).

2 Véase, por ejemplo,V. Undurraga & R.J. Cook, *"Article 12" [Health]*, en *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary* 2ª ed. (Oxford: OUP, 2023) 459-486; R.J. Cook, J.N. Erdman & B.M. Dickens, eds., *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies* (Filadelfia: UPenn Press, 2014), Edición en español: *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias* (México: FCE, 2016); R.J. Cook, B.M. Dickens & M. Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics and Law* (Oxford: OUP, 2 003), *Salud Reproductiva y Derechos Humanos: Integración de la medicina, la* ética *y el derecho* (Bogotá: Profamilia, 2003), versionespanol.pdf

3 Véase, por ejemplo, R.J. Cook & S. Cusack, *Gender Stereotypes: Transnational Legal Perspectives* (Filadelfia: UPenn Press, 2010); Edición en español *Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales* (Bogotá: Profamilia, 2011) versionespanol.pdf; R.J. Cook, "Cecilia's contributions to the legal understanding of gender prejudices and stereotypes," en *La Lucha Por Los Derechos Humanos Hoy: Estudios en Homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, O. Parra et al. eds. (Valencia, Chile: Tirant lo Blanch, 2017), 269-274.

4 R.J. Cook, Opinión Experta presentada a la CorteIDH en el caso *Gladys Carol Espinoza Gonzáles vs. Perú*, 15 pp, 27 de marzo de 2014, citado en *Gladys Carol Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Sentencia del 20 de noviembre de 2014, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (CorteIDH), párrs.272, 278 & 281; S. Cusack, R.J. Cook *et al., González y otras vs. México*, Opinión Experta presentada a la Corte IDH, 21 pp., 3 de diciembre de 2008, citado en *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (CorteIDH), párr. 14; R.J. Cook, S. Dughman & M. Cavallo, *Amicus Curiae* presentado ante la Corte Suprema de Argentina en el caso de *F, A.L. s/ Medida Autosatisfactiva*, Expte. Nº 259/2010, Tomo: 46, Letra: F, Tipo: REX, a V.E., 20 pp, 20 de septiembre de 2010, versionespanol.

II. ENTENDER LOS PREJUICIOS Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO, SUS CONTEXTOS Y MODOS DE PERPETUACIÓN

4. Los "prejuicios de género" son juicios previos sobre cómo piensan, sienten o actúan las mujeres y los hombres. Son percepciones sobre determinados tipos de personas antes de que se conozcan atributos o características individuales personales. Este Tribunal ha explicado que "los estereotipos de género se refieren a una idea preconcebida de los atributos, conductas o características de hombres y mujeres y de los respectivos papeles que desempeñan o deberían desempeñar." [5] "Stereo" es el término griego para "sólido" y "tipo" es un molde, es decir, una carcasa hueca que da forma a su contenido. Cuando se construyen estereotipos, se permite que un individuo estereotipado sea tratado según ese molde sólido preconcebido y no según sus atributos individuales. Los estereotipos de género adoptan muchas formas, entre ellas:

- estereotipos sobre el sexo que atribuyen atributos o características físicas y cognitivas a hombres o mujeres. Pueden referirse a características específicas del sexo, como el embarazo.
- estereotipos sexuales que atribuyen atributos o características sexuales a hombres o mujeres,
- estereotipos de roles sexuales que atribuyen funciones o comportamientos a hombres o mujeres debido a sus construcciones físicas, sociales y culturales, y
- estereotipos agravados que atribuyen atributos, características o funciones a diferentes subgrupos de hombres o mujeres, como las personas pobres, con relación a problemas de salud estigmatizados o personas pertenecientes a determinados grupos étnicos o raciales.[6]

5. Sean cuales sean las formas de los estereotipos de género, su perpetuación depende de cómo los factores individuales, situacionales y de carácter más general contribuyen a la estratificación social y a la subordinación de mujeres u hombres:

   Factores **individuales,** que se refieren a la forma en que los individuos construyen estereotipos de género a través de sus interacciones cotidianas con familiares, amigos y, por ejemplo, compañeros de trabajo, y también a través de su exposición a la herencia cultural. Las creencias estereotipadas asociadas al sexo y al género a menudo son la base de un trato discriminatorio, por ejemplo entre funcionarios de la salud o jueces. Como explica la Asociación Americana de Psicología (*American Psychological Association*), "las creencias estereotipadas, se realicen o no, generan expectativas sobre una persona antes de conocerla y conducen a juicios distorsionados sobre su comportamiento. Por lo tanto, los estereotipos se convierten en la base de un razonamiento erróneo que conduce a sentimientos y acciones sesgados, desfavoreciendo (o favoreciendo) a los demás no por lo que son o por lo que han hecho, sino por el grupo al que pertenecen."[7]

   Factores **situacionales**, que incluyen antecedentes o condiciones predisponentes en un sector concreto, incluidos el sector de la salud y el judicial, que aumentan la probabilidad de estereotipos de género simpáticos u hostiles. Es más probable que el estereotipo se manifieste cuando el objeto del estereotipo está aislado; es decir, cuando hay pocos de un mismo tipo en un entorno por lo demás homogéneo. Cuando hay muchos más hombres que mujeres en un grupo social, por ejemplo, hay más probabilidades de que las mujeres sean estereotipadas de forma despectiva o negativa,[8] o sometidas a controles violentos u opresivos a través, por ejemplo, de la violencia

5 *I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (CorteIDH), párr. 187. Véase *Espinoza Gonzáles, supra* nota 4, párr. 268, *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párr. 401; véase Cook & Cusack, *supra* nota 3, 9.
6 Cook & Cusack, *supra* nota 3, 25-31.
7 Asociación Americana de Psicología (American Psychological Association), *"In the Supreme Court of the United States: Price Waterhouse v. Ann B. Hopkins. Amicus Curiae Brief for the American Psychological Association"* (1991) 46 *American Psychologist* 1061, en 1064.
8 S.T. Fiske y otros, *"Social Science Research on Trial: Use of Sex Stereotyping Research in Price Waterhouse v. Hopkins"* (1991) 46 *American Psychologist* 1049, 1050.

doméstica.[9]
Factores más **generales**, que incluyen los históricos, culturales, religiosos y jurídicos que facilitan la perpetuación de estereotipos de género, como que las mujeres no son aptas para el liderazgo social, profesional, comunitario o espiritual. Puede entenderse que los estereotipos de género surgen de una historia de patriarcado o, por ejemplo, de rígidas jerarquías de género y las consiguientes prácticas jurídicas y sociales que perjudican el ejercicio igualitario de los derechos humanos y las libertades de las mujeres.[10]

6. Comprender estos factores ayuda a determinar por qué y cómo los estereotipos de género impregnan y persisten en diferentes sectores. La "estereotipación de género" es la práctica de asignar atributos, características o funciones a las personas en función de su pertenencia percibida a un grupo social de mujeres u hombres.[11] La práctica de identificar a las mujeres con determinados grupos sociales, especialmente cuando las mujeres individuales no se asocian con esos grupos sino que buscan oportunidades de autodeterminación, es un "desafío significativo para la realización práctica de los derechos humanos de las mujeres".[12]

7. Los estereotipos de género persisten por varias razones, entre ellas la necesidad de:

- describir atributos generales de un grupo, como que las mujeres tienden a ser físicamente más débiles que los hombres,
- prescribir determinadas funciones o atributos, como que las mujeres deben ser madres y cuidadoras independientemente de su deseo individual de ser madres y prestar cuidados a otras personas, y
- falsificar identidades o atributos, como que las mujeres que usan faldas cortas son sexualmente provocativas y promiscuas.[13]

8. Sean cuales sean las razones de la persistencia de los estereotipos, las condiciones de subordinación de la mujer se agravan cuando los estereotipos de género están socialmente generalizados, articulados en todos los sectores sociales y/o son socialmente persistentes y se repiten acríticamente a lo largo del tiempo.[14] Los estereotipos se agravan cuando se reflejan o están arraigados en la ley, las políticas sociales o prácticas respetadas, y en el razonamiento y el lenguaje de los funcionarios estatales, incluidos los funcionarios de la salud y los jueces.

III. OBLIGACIONES ESTATALES DE ELIMINAR PREJUICIOS Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO PERJUDICIALES

A. Origen de las Obligaciones

9. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (*American Convention on Human Rights*[15] (la Convención Americana), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

9 Z.E. Fenton, "*Domestic Violence in Black and White: Racialized Gender Stereotypes in Gender Violence,"* 8 *Colum. J. Gender & L*. 1-64 (1998-1999).
10 Cook & Cusack, *supra* nota 3, 32-36.
11 Ibid., 12.
12 Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (*Commission on the Status of Women)*, *Commemorating 30 Years of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,* UN Doc. E/CN.6/2010/CRP.12 (2010), párrs.10–11.
13 Cook & Cusack, *supra* nota 3, 13-20.
14 *Ibid*., 22-24.
15 *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José, Costa Rica,"* 1144 U.N.T.S. 123, O.A.S.T.S 36 (entró en vigor el 18 de julio de 1978).

Violencia contra la Mujer (*Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women)*[16] (la Convención de Belém do Pará) y, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)*[17] (la Convención CEDAW), otorgan autoridad legal a las obligaciones estatales de eliminar todas las formas de prejuicios y estereotipos de género ilícitos. El Artículo 24 de la Convención Americana codifica el derecho a igual protección de y ante la ley, mientras que su Artículo 1 exige a los Estados Partes "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención y garantizar el "libre y pleno ejercicio de estos derechos y libertades, sin discriminación alguna por motivos de ... sexo ...". El Artículo 5(1) exige el respeto a la integridad de la persona y el Artículo 11(1) reconoce los derechos de los individuos al honor y la dignidad. El Artículo 2 obliga a los Estados Partes a adoptar medidas legislativas y de otro tipo para dar efectividad interna a esos derechos y libertades.

10. Este Tribunal ha tomado nota judicial de los estereotipos de género restrictivos, y ha explicado que "[l]a creación y utilización de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra las mujeres,"[18] considerando que éstos son "incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y deben adoptarse medidas para eliminarlos".[19] El Tribunal ha condenado las jerarquías,[20] los prejuicios y los estereotipos de género por contribuir a una amplia gama de violaciones de los derechos humanos, como la violencia de género[21] y la negación de la vida privada y familiar,[22] de la autonomía de decisión[23] y de un juicio justo.[24] El entonces Presidente del Tribunal ha explicado que "la subordinación de la mujer puede asociarse a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, situación que se agrava cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en las políticas y prácticas y, en particular, en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades en materia de policía judicial...."[25]

11. La Convención de Belém do Pará reconoce la violencia de género como "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" (Preámbulo, párrafo 3). Reconoce que el derecho de las mujeres a vidas libres de violencia incluye el derecho a estar libres de toda forma de discriminación y a "ser valoradas y educadas libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación" (Artículo 6). Los Estados Partes están obligados a "tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" (Artículo 7(e)). Los Estados Partes también están obligados a "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer" (Artículo 8(b)).

12. La Convención CEDAW define la "discriminación contra la mujer" como " toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad

16 *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belém do Pará"*, (entró en vigor el 5 de marzo de 1995).
17 *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 18 de diciembre de 1979 (entró en vigor el 3 de septiembre de 1981).
18 *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párr. 401
19 *Artavia Murillo y otros. ("Fertilización In-Vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (CorteIDH), párr. 302.
20 *I.V.*, *supra* nota 5, párr. 186.
21 *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párr. 401.
22 *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, (Fondo, Reparaciones y Costas) (CorteIDH), párrs.166-167, 178.
23 *I.V.*, *supra* nota 5; véase C. O'Connell & C. Zampas, *"The human rights impact of gender stereotyping in the context of reproductive health care," Int'l J. of Gyn and Obstet.* 2019; 144: 116-121 artículo online.
24 *Espinoza Gonzáles, supra* nota 4, *J vs. Peru*, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (CorteIDH), párrs.173-297; véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párr. 183, Edición en español.
25 Carta de Roberto F. Caldas, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la Sra. Dubravka Šimonović, Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, 8 de junio de 2016, página 1, *Carta a RE versión en inglés.*

del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales...." (Artículo 1). Las leyes, políticas y prácticas de los Estados se convierten en discriminatorias cuando operan para ocultar los atributos de las personas mediante estereotipos que tienen " por objeto o resultado menoscabar o anular" el ejercicio por parte de las mujeres de sus derechos.[26] También se convierten en discriminatorios cuando crean jerarquías de género al categorizar a las mujeres, o a subgrupos de mujeres, en un estatus subordinado. Tanto si se trata de estereotipos de género perjudiciales para las mujeres en general como para subgrupos de mujeres, sus perjuicios deben analizarse desde la perspectiva de la persona discriminada.[27]

13. La Convención CEDAW obliga a los Estados Partes a "adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer" (Artículo 2(f)). Además, exige la modificación de "patrones sociales y culturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (Artículo 5(a)). En aquellos casos en que una ley, reglamento, costumbre o práctica establezca una distinción, exclusión o restricción basada en un estereotipo de género que tenga el propósito o el efecto de menoscabar o anular la igualdad de derechos y las libertades fundamentales de las mujeres, se trata de una forma de discriminación que los Estados Partes deben eliminar. Es decir, los Estados deben reformular las leyes, políticas y prácticas para garantizar que no devalúan a la mujer ni reflejan las actitudes patriarcales que atribuyen a la mujer características o funciones particulares de subordinación mediante prejuicios y estereotipos que le niegan, por ejemplo, la igualdad de acceso a la atención médica (Artículo 12) y la igualdad ante la ley (Artículos 2(c) y 15(1).

14. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el Comité CEDAW) ha desarrollado la naturaleza de estas obligaciones en sus Recomendaciones Generales, sus dictámenes sobre Comunicaciones y sus conclusiones sobre Informes de Investigación. La Recomendación General 25 obliga a los Estados a " hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales" con el fin de lograr una igualdad sustantiva.[28] La Recomendación General 28 explica que "inherente al principio de igualdad entre hombres y mujeres, o igualdad de género, está el concepto de que todos los seres humanos, con independencia de su sexo, son libres de desarrollar sus capacidades personales, emprender carreras profesionales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los estereotipos, los roles de género rígidos y los prejuicios".[29] El Comité de la CEDAW ha obligado a los Estados a combatir la discriminación y desmantelar los estereotipos de género en relación con una amplia gama de derechos.[30] Esta opinión experta se centra en cómo los prejuicios y estereotipos permiten la discriminación en la denegación de asistencia médica esencial y juicios justos.

15. Los órganos de vigilancia de los tratados han constatado la existencia de discriminación cuando se demuestra que las leyes, políticas o prácticas establecen una diferencia de trato basada en prejuicios y estereotipos de la mujer como ser inferior y subordinado al hombre, y cuando ese trato diferenciado atenta contra los derechos de la mujer.[31] Cuando los estereotipos de género no constituyen una forma de discriminación a los efectos de los Artículos 1 y 24 de la Convención Americana, del Artículo 2(f) de la Convención CEDAW o del Artículo 6(a) de la Convención de Belém do Pará, basta para su condena que se constate que las prácticas se basan en la inferioridad o subordinación de la mujer.[32] Así pues,

26 Véase A. Byrnes & P. Kapai, *"Article 1" [Discrimination against women]*, en *CEDAW Commentary* 2ª ed. *supra* nota 2, 79-107, 87; A. Timmer & R. Holtmaat, *"Article 5" [Prejudice and Stereotypes],* en *CEDAW Commentary* 2ª ed. *Ibid,* 221-256, 223-4.
27 S. Moreau, *"Faces of Inequality,"* en *Frontiers of Gender Equality*, *supra* nota 1, 19-37, 33-35.
28 Comité CEDAW, *Recomendación General No. 25: Artículo 4, Párrafo 1, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a Medidas de Carácter Temporal* , U.N. Doc. A/59/38 (2004), párr. 7.
29 Comité CEDAW, *Recomendación General No. 28 relativa a las Obligaciones Básicas de los Estados Partes de conformidad con el Artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,* CEDAW/C/GC/28 (2010), párr. 22; véase también *Recomendación General No. 35 sobre la Violencia por razón de Género contra la Mujer, por la que se actualiza la Recomendación General No. 19,* CEDAW/C/GC/35, (2017), párrs.26 &30.
30 Véase A. Byrnes & M. Campbell, *"Article 2" [Obligations],* en *CEDAW Commentary* 2ª ed., *supra* nota 2, 110-145.
31 *Campo Algodonero, supra* nota 4; *Karen Tayag Vertido v. The Philippines*, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010), párrs.8.5, 8.9; *R.K.B. v. Turkey*, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010 (2012), párr. 8.8.
32 *Convención CEDAW*, *supra* nota 17, Art. 5(a), *Convención Belém do Pará*, *supra* nota 16, Art. 7(e).

los Estados tienen la obligación, en virtud de estos y otros tratados[33] de garantizar que sus leyes, políticas y prácticas estén libres de prejuicios y estereotipos de género hostiles, incluidas las formas y manifestaciones que subordinan a la mujer. Esto obliga a los Estados a nombrar los prejuicios y estereotipos (Sección III.B.) y a garantizar que no se repitan (Sección III.C.).

B. Obligación de nombrar los prejuicios y estereotipos de género y de articular y condenar sus perjuicios

i. Nombrar los prejuicios y estereotipos en general

16. La capacidad de eliminar algo que no es correcto depende de que primero se "nombre". Nombrar es una herramienta importante para revelar un daño que de otro modo quedaría oculto y explicar sus implicaciones. De este modo, el mal se etiqueta como un problema legítimo de derechos humanos y como una ofensa ilegítima. Tomando prestada una metáfora médica, una patología necesita primero ser diagnosticada y nombrada para poder ser tratada eficazmente.[34] Para identificar y nombrar los estereotipos operativos es necesario examinar los atributos, las características o los papeles asignados a las personas afectadas. Para ello es necesario determinar la forma del estereotipo de género, ya sea un estereotipo de sexo, sexual, de rol sexual o compuesto, o una combinación de algunas formas. La determinación requiere un análisis cuidadoso de los factores contextuales, como los factores individuales, situacionales o más generales. La evaluación de los factores más amplios ayuda a determinar la naturaleza y la jerarquía de las relaciones de género imperantes y el modo en que dichos factores contribuyen a las violaciones de los derechos de las mujeres y las perpetúan.[35] Para nombrar es necesario comprender por qué un estereotipo de género persiste en diferentes contextos, es decir, para describir, prescribir o falsificar atributos de las mujeres o de subgrupos de mujeres. Reconocer el propósito que subyace a la formulación de prejuicios y estereotipos de género es importante. Como ha explicado un jurista, "el poder social, su adquisición y mantenimiento, es la fuerza motriz de la formulación de estereotipos".[36] Un último paso es articular cómo los prejuicios y estereotipos de género perjudican el ejercicio de los derechos humanos.

17. Los tribunales deben articular cómo pueden extraerse inferencias negativas de los estereotipos prescriptivos. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que el estereotipo de la mujer como encargada del hogar y el estereotipo del hombre como proveedor de la familia se reflejan a menudo en leyes que otorgan al hombre la autoridad legal exclusiva sobre la familia y sus finanzas.[37] El estereotipo de la mujer como encargada del hogar/cuidadora a menudo evoluciona hacia estereotipos prescriptivos de que las mujeres deben ser pasivas, dóciles y deferentes con los hombres, tanto física como intelectualmente. Este estereotipo prescriptivo de que los hombres deben ser los que encabezan las familias puede perpetuar la idea de que los hombres tienen el poder exclusivo en las relaciones familiares y, en última instancia, tienen derecho a subordinar a las mujeres en esas relaciones. Esta visión puede, a su vez, dar a los hombres "permiso" para disciplinar a las mujeres mediante la coerción e incluso la violencia si no se someten a la autoridad masculina.[38]

18. Identificar cómo la naturaleza compuesta de estos prejuicios y estereotipos contribuye a la discriminación interseccional requiere "ir más allá del pensamiento unidireccional y reimaginar la

33 «Así como el *Protocolo de la Unión Africana a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con relación a los Derechos de las Mujeres en África "Protocolo de Maputo"*, 11 de julio de 2003; O.A.U. Doc. CAB/LEG/66.6, (entró en vigor el 25 de noviembre de 2005), Arts 2(2), 6, 13; Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica,* 11 de mayo, 2011, C.E.T.S. No. 210 (entró en vigor el 1 de agosto de 2014), Art. 12(1).
34 Cook & Cusack, *supra* nota 3, 38, 39-44.
35 *Ibid*., 46.
36 Fenton, *supra* nota 9, 197.
37 Véase *Morales de Sierra vs. Guatemala,* Caso 11.625, CIDH, Informe No. 4/01, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001), párrs.38-9 & 44-5.
38 Véase *Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Caso 12.051, CIDH, Informe No. 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. 704 (2000); *V.K. v. Bulgaria*, U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/20/2008 (2011).

discriminación como algo que puede basarse causalmente en múltiples identidades".[39] Como explica este autor, "hacer interseccionalidad" también requiere explorar cuál es "la naturaleza de dicha discriminación, a saber, patrones iguales y diferentes de desventaja grupal asociados a múltiples identidades consideradas en su conjunto y en su contexto pertinente". El propósito de hacer interseccionalidad es "transformar estos patrones y, de hecho, desmantelarlos como estructuras de desventaja y sistemas de poder." Este Tribunal ha identificado el estereotipo agravado de las mujeres lesbianas como "malas madres" y ha explicado cómo este estereotipo influyó en la Corte Suprema de Chile para denegar la custodia de los hijos a una mujer lesbiana. Este Tribunal explicó que el Tribunal de Chile violó los derechos de esta mujer al sustituir una evaluación imparcial de sus capacidades parentales por su propio preconcepto no probado de que las mujeres lesbianas son malas madres.[40] Al rechazar esta idea preconcebida, el Tribunal comenzó a desmantelar la discriminación interseccional contra las mujeres lesbianas.

ii. Nombrar los prejuicios y estereotipos de las pacientes o denunciantes femeninas

19. Existen aspectos distintivos en el sector de la salud y en la administración de justicia que alimentan la persistencia de prejuicios y estereotipos perjudiciales. Una característica común en ambos sectores es el predominio de los hombres en puestos de autoridad, mientras que las mujeres ocupan puestos subordinados. En el sector de la salud, las condiciones que predisponen a la persistencia de los estereotipos incluyen la dinámica de poder en la relación médico-paciente y las diferencias de clase entre los médicos, normalmente de un estatus socioeconómico relativamente alto, y los pacientes, a menudo de un estatus inferior. Los médicos pueden estigmatizar a las mujeres pobres que actúan de forma contraria a los estereotipos, por ejemplo las mujeres que no quieren ser madres o que quieren retrasar la maternidad. Los prejuicios individuales de los médicos se agravan por factores contextuales más amplios, como la penalización del aborto o la maternidad de alquiler remunerada, que permiten a los profesionales de la salud calificar de inmorales a las mujeres que solicitan o prestan esos servicios.[41] En consecuencia, este Tribunal y los órganos creados en virtud de tratados han reconocido que cuando los estereotipos discriminatorios proporcionan fundamentos para el abuso obstétrico[42] y las leyes restrictivas del aborto,[43] tienen efectos atroces sobre las mujeres que buscan servicios de salud reproductiva y ofenden los derechos de esas mujeres.

20. Las condiciones predisponentes en la administración de justicia que permiten la persistencia de los prejuicios y estereotipos de género incluyen algunas de las mismas condiciones que existen en el sector de la salud, como las jerarquías de género y la falta de diversidad de género dentro del poder judicial y un estatus socioeconómico relativamente más alto de los jueces que de litigantes individuales, en particular los acusados de delitos penales. Un rasgo distintivo es que los prejuicios y estereotipos de género pueden persistir en las sentencias escritas de los tribunales. Si no se controla, el recurso de los jueces a estereotipos degradantes de la mujer crea un clima de impunidad judicial.

21. Los prejuicios y estereotipos de género incluyen los de las pacientes o denunciantes como:

    a. carecer de capacidad para tomar sus propias decisiones,
    b. existir como instrumentos reproductivos,
    c. carecer de credibilidad,
    d. exhibir características personales de dudosa reputación, y
    e. presentar solicitudes infundadas de asistencia de salud o de asistencia jurídica.

39 S. Atrey, *Intersectional Discrimination* (Oxford: OUP, 2019), 139; véase *Convención Belém do Pará*, *supra* nota 16, Art. 9; Comité CEDAW *Recomendación General No. 28*, *supra* nota 29, párr. 18.
40 *Atala Riffo, supra* nota 22, párrs.111, 125, 131, 146; véase V. Undurraga, *"Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights,"* en E. Brems & A. Timmer, eds., *Stereotypes and Human Rights Law* (Cambridge: Intersentia, 2016), 67-93.
41 R.J. Cook, *"Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law,"* en *Abortion Law in Perspective*, *supra* nota 2, 347-369, 349.
42 *Brítez Arce y otros vs. Argentina*, Sentencia del 16 de noviembre de 2022, (Fondo, Reparaciones y Costas) (CorteIDH); *S.F.M. vs. España*, U.N. Doc. CEDAW/C/75/D/138/2018 (2020), párr. 7.3.
43 Comité CEDAW, *"Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,"* U.N. Doc. CEDAW/C/OP/8/GBR/1 (2018), párr. 74.

Algunos prejuicios y estereotipos de género son comunes a los sectores de la salud y la administración de justicia, mientras que otros son específicos del sector de la salud y otros predominan en la administración de justicia.

a. Carecer de capacidad para tomar sus propias decisiones

22. Los estereotipos de las mujeres como carentes de capacidad para tomar sus propias decisiones sobre su atención médica se basan en prejuicios sobre mujeres y niñas como irracionales, emocionales o vulnerables. Este Tribunal consideró que se había producido una violación cuando un médico del sistema público de salud estereotipó a una mujer pobre y refugiada como vulnerable, basándose en ello para esterilizarla sin su libre consentimiento.[44] El Tribunal fue cuidadoso al subrayar que los proveedores de asistencia médica negaron injustamente a esta mujer la información y la oportunidad necesarias para tomar una decisión plenamente informada y libre por el hecho de ser mujer y refugiada empobrecida. La naturaleza agravada del estereotipo operativo se vio exacerbada por el contexto de la asistencia sanitaria, es decir, por "la asimetría en el ejercicio del poder por parte del médico basada en sus conocimientos profesionales especiales y en el control de la información."[45]

23. A menudo se presupone que las jóvenes carecen de capacidad para tomar decisiones en el sector sanitário, a pesar de la exigencia de que sean tratadas en función de su capacidad evolutiva para tomar decisiones.[46] El Comité CEDAW declaró responsable a un Estado por ignorar la capacidad de decisión de una niña de trece años víctima de abusos sexuales cuando le negó una intervención quirúrgica de urgencia en la columna vertebral debido a su estado de embarazo. El Comité señaló que la decisión de posponer la intervención quirúrgica, cuando el retraso provocó su parálisis, se debió al pensamiento estereotipado de que "la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre."[47] Estos prejuicios persistentes pueden nublar las visiones sobre la mejor manera de proteger la vida prenatal de forma coherente con el derecho de las mujeres a tomar sus propias decisiones.

24. El Tribunal Constitucional de Portugal ejemplificó una visión más clara al decidir que la vida prenatal se protege mejor mediante un asesoramiento no disuasorio que apoye a las mujeres embarazadas como responsables de tomar decisiones y que las trate con "absoluto respeto por [su] autonomía de decisión". Estas mujeres no deben ser castigadas por actuar de un modo que estereotipadamente podría parecer "egoísta" y "hedonista".[48] El Tribunal explicó que el deber de protección de la vida prenatal fundamentalmente "recae en el Estado para luchar contra los 'factores de riesgo' ... a través de la educación y para adoptar políticas sociales que favorezcan la concepción responsable, así como la voluntad de continuar el embarazo."[49]

25. El prejuicio de que los legisladores y los jueces tienen una capacidad de decisión superior para saber mejor cómo proteger los intereses de las mujeres que las propias mujeres ha encontrado el favor del Tribunal Supremo de Estados Unidos. La mayoría defendió la prohibición de un procedimiento abortivo y la criminalización de los médicos que hacen caso omiso de la prohibición para servir a los intereses de salud de sus pacientes, al observar que:

> "Abortar o no es una decisión moral difícil y dolorosa. Aunque no encontramos datos fiables para medir el fenómeno, no parece excepcional concluir que algunas mujeres llegan a arrepentirse de

44 *I.V., supra* nota 5, párr. 187.
45 *Ibid.,* párr. 160.
46 Naciones Unidas*, Convención sobre los Derechos del Niño,* 20 de noviembre de 1989, U.N.T.S. vol. 1577, 3 (entró en vigor el 2 de septiembre de 1990), art 5; Comité sobre los Derechos del Niño*, Observación General No. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, 33va Sesión*. U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003) en los párrs.39(b), 40.
47 *L.C. vs. Perú*, U.N. Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011), párr. 8.15 (para esta y otras decisiones del tribunal constitucional sobre el aborto citadas en esta opinión experta véase: Decisiones sobre Aborto inglés ;Decisiones sobre aborto español; *Decisiones sobre Aborto*, en *RepoCLACAI*, de próxima publicación 2023 en CLACAI .
48 Sentencia de 23 de febrero de 2010, Acórdão No. 75/2010, cfr, Tribunal Constitucional de Portugal, párr. 11.9.2; véase R. Rubio-Marin, *"Abortion in Portugal: New Trends in European Constitutionalism,"* en *Abortion Law in Perspective*, *supra* nota 2, 36-55, 49-51.
49 *Ibid.*, párr. 11.4.18.

su decisión de abortar la vida del bebé que una vez crearon y sustentaron. A ello puede seguir una grave depresión y pérdida de estima".[50]

26. Esta observación refuerza el prejuicio hostil de que las mujeres son incapaces de tomar decisiones morales difíciles y dolorosas de las que pueden arrepentirse. El riesgo de arrepentimiento es inherente a la toma de muchas decisiones morales en la vida de las personas, pero esto no justifica poner tales decisiones en manos de legisladores o tribunales. De hecho, un juez disidente explicó que:

> "el Tribunal [mayoría] priva a las mujeres del derecho a tomar una decisión autónoma, incluso a expensas de su seguridad. Esta forma de pensar refleja antiguas nociones sobre el lugar de la mujer en la familia y bajo la Constitución - ideas que hace tiempo que han sido desacreditadas."[51]

27. La decisión de continuar con un embarazo, como el de un feto gravemente impedido, puede ser igualmente difícil, dolorosa y motivo de arrepentimiento, pero los tribunales[52] y los órganos de tratados[53] no han considerado que sea una justificación para retirar esa decisión a las mujeres embarazadas e imponer la interrupción del embarazo. La Corte Constitucional de Colombia desmontó el prejuicio de que las mujeres carezcan de conciencia, lo que se entiende como la "capacidad de llamar suya a su alma"[54], al invocar el derecho de conciencia de las mujeres como motivo para despenalizar el aborto consentido hasta las 24 semanas de gestación y después en determinadas condiciones.[55]

b. Existir como instrumentos reproductivos

28. Los estereotipos relativos a la mujer como instrumento reproductivo consideran que la mujer sólo existe para procrear, independientemente de sus propios deseos. La Corte Constitucional de Colombia rechazó expresamente el pensamiento estereotipado de que el único papel y destino natural de la mujer es la maternidad, sobre el que se basaba la entonces prohibitiva ley nacional del aborto. La mayoría explicó que:

> "Al promulgar leyes penales, el legislador no puede ignorar que la mujer es un ser humano con derecho a la dignidad y que debe ser tratada como tal, al contrario de ser tratada como un instrumento reproductivo para la raza humana. El legislador no debe imponer a la mujer el papel de procreadora en contra de su voluntad".[56]

29. Al poner nombre al estereotipo prescriptivo de la mujer como "instrumento reproductivo de la raza humana", el Tribunal amplió los motivos para abortar y, al hacerlo, afirmó el derecho de la mujer a una dignidad libre de estereotipos prescriptivos. El Comité de Derechos Humanos, creado para vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[57] responsabilizó a un Estado de violar los derechos de una mujer portadora de un feto con una deficiencia mortal porque se vio obligada, como consecuencia de la ley prohibitiva del aborto de su país, a viajar al extranjero para acceder a servicios de aborto legal. El Comité observó que la "penalización del aborto en el país sometía [a la peticionaria] a un estereotipo basado en el género de la función reproductiva de la mujer principalmente como madre, y que estereotiparla como instrumento reproductivo la sometía a

50 *Gonzales v. Carhart*, *550 United States Reporter 124, 159 (2007), Juez Kennedy por la mayoría.*
51 *Ibid.*, 184-185, *Voto disidente de la Jueza Ginsburg ;* véase R.J. Cook, S. Cusack & B. Dickens, *"Unethical Female Stereotyping in Reproductive Health,"* 109 (2010) *Int'l J. of Gyn. & Obstet.*, 255-258, Artículo online inglés; Traducción: "La Estereotipación Poco Ética de la Mujer en la Salud Reproductiva," Traducción al español.
52 Véase, por ejemplo, Sentencia ADPF 54/DF, 12 de abril de 2012 (Tribunal Supremo de Brasil); véase L.B. Barroso, *"Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate: Legal Strategies for Anencephalic Pregnancy,"* en *Abortion Law in Perspective*, *supra* nota 2, 258-278.
53 Véase, por ejemplo, *Mellet v. Ireland*, U.N. Doc. CCPR/c/116/D/2324/2013 (2016), párrs.7.4, 7.5, 7.7., 7.11.
54 D. Ferriter, *Occasions of Sin: Sex and Society in Modern Ireland* (Londres: Profile Books, 2009), 188 (citas omitidas).
55 Sentencia C-055 de 2022, Exp. D-13.956 (Corte Constitucional Colombia, 21 de febrero de 2022); véase I.C. Jaramillo Sierra, *"The New Colombian Law on Abortion," Int. J. Gyn. & Obstet.* 2023; 160: 345-350. Artículo online.
56 Sentencia C-355/2006, Corte Constitucional de Colombia, párr. 8.1, Jueces Araújo Rentería y Vargas Hernández por la mayoría. Fragmentos de Colombia C-355/2006 en inglés.
57 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, U.N.T.S. vol. 999, 171 (entrada en vigor 23 de marzo de 1976).

discriminación."[58]

c. *Carecer de credibilidad*

30. La credibilidad de las mujeres que solicitan asistencia médica legal se ve minada por prejuicios y estereotipos de que las mujeres no son fiables ni dignas de confianza. Estos prejuicios degradantes están implícitos en leyes y protocolos que exigen la validación por terceros de las solicitudes de aborto de las mujeres para garantizar que cumplen los indicios legales que justifican los procedimientos. El desmantelamiento de estos supuestos despectivos sobre la mujer se hace evidente en la decisión del Tribunal Constitucional de Bolivia de derogar el requisito de autorización judicial para abortar en caso de una violación,[59] y en la decisión del Tribunal Supremo de Canadá de declarar inconstitucional la ley del aborto en parte por el oneroso requisito de que las mujeres obtengan la aprobación de un comité hospitalario de aborto terapéutico.[60]

31. La credibilidad de una persona denunciante, sospechosa o testigo se ve a menudo socavada por falsos estereotipos. Cuando es así, este Tribunal ha identificado el estereotipo como una forma de discriminación.[61] El Tribunal ha responsabilizado a un Estado por un razonamiento judicial erróneo que rechazó el testimonio de una mujer sospechosa de haber cometido un delito debido a los prejuicios de que las declaraciones de los sospechosos son invariablemente falsas.[62] Este Tribunal explicó que las suposiciones sesgadas sobre las mujeres acusadas de actos de terrorismo pueden impedir una investigación cuidadosa sobre la explicación de las acusadas del cumplimiento bajo amenazas de violencia sexual o impedir el acceso a un juicio justo e imparcial.[63] El Comité CEDAW ha responsabilizado a los Estados por el uso de falsos estereotipos que dan lugar a la denegación discriminatoria del derecho a un juicio justo.[64] Descartar la credibilidad de las denunciantes basándose en falsos prejuicios transmite el mensaje de que el Estado no las considera merecedoras de un juicio justo o de protección contra la discriminación. También envía el mensaje de que la discriminación contra ellas es una forma menor de discriminación que el Estado no necesita remediar.[65]

d. *Exhibir características personales de dudosa reputación*

32. Se sabe que los funcionarios del Estado desacreditan o culpan a las pacientes, denunciantes o víctimas femeninas por sus características personales percibidas como de dudosa reputación. En el sector de la atención médica, se ha recurrido a los prejuicios que tachan a las mujeres romaníes de antihigiénicas para denegarles el acceso a la atención médica materna y/o cobrarles tasas ilegales por acceder a la atención.[66] A menudo se estigmatiza a las mujeres con características personales percibidas como de dudosa reputación. La producción del estigma tiene varias fases.[67] Es decir, las mujeres que solicitan un aborto suelen ser marcadas como diferentes y esa diferencia se vincula, mediante estereotipos, a características indeseables como la desviación o la inmoralidad. Entonces, los profesionales sanitarios pueden separarlas de otras pacientes y tratarlas de acuerdo con esos estereotipos despectivos. Al hacerlo, niegan a las mujeres su derecho a la información y la atención médicas necesarias. A lo largo de estas fases de producción del estigma, la naturaleza penal de la ley del aborto desempodera a las mujeres y permite a los profesionales de la salud que las estigmaticen y las traten según sus identidades consentidas y no según sus necesidades reales.

58 *Mellet*, *supra* nota 53, párr. 7.11; véase Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Background paper on the role of the judiciary in addressing the harmful gender stereotypes related to sexual and reproductive health and rights: A review of case law*, (Circa 2017) Texto en inglés.
59 Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (feb 27, 2015) (Tribunal Constitucional de Bolivia).
60 *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (*Corte Suprema de Canadá*).
61 *Espinoza Gonzáles, supra* nota 4, párr. 288.
62 *Ibid.,* párrs. 272, 279.
63 *J. vs. Perú*, *supra* nota 24, párrs.352-353.
64 *Karen Tayag Vertido, supra* nota 31, párr. 8.4; *V.K., supra* nota 38, párr. 9.11.
65 CIDH, Relatoría sobre Derechos de las Mujeres, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, doc. 44 (2003), párr. 153.
66 *S.B. and M.B. v. North Macedonia*, U.N. Doc. CEDAW/C/77/D/143/2019 (2020), párrs.2.7, 7.8, 9(b)(i) y 9(b)(ii).
67 B.G. Link & J.C. Phelan, *"Stigma and its Public Health Implications," Lancet* 367 (2006): 528-529; R.J. Cook, *"Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law,"* en *Abortion Law in Perspective*, *supra* nota 2, 347-369, 362-363; R.J. Cook & B.M. Dickens, *"Reducing Stigma in Reproductive Health," Int'l J. of Gyn. & Obstet.* 125 (2014) 89–92 Artículo online.

33. En un caso que abordaba el abuso sexual de una adolescente, este Tribunal explicó que "los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan a la objetividad de los funcionarios del Estado encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si se ha producido o no un acto de violencia...".[68] El Tribunal consideró que "los estereotipos de género fueron utilizados por algunos operadores de justicia para referirse a atributos personales de la presunta víctima y cuestionar así la existencia de violencia sexual."[69] En otro caso, este Tribunal explicó cómo los funcionarios del Estado habían generado estereotipos hostiles sobre los atributos de la víctima citando el testimonio de su madre de que, cuando denunció la desaparición de su hija, las autoridades le dijeron que su hija "no había desaparecido, sino que había salido con su novio o andaba por ahí con amigos", y que "si le había pasado algo, era porque se lo estaba buscando, ya que una buena chica, una buena mujer, se queda en casa."[70] Este Tribunal determinó que los comentarios prejuiciosos de las autoridades sobre las características personales de la víctima "constituyen estereotipos."[71]

e. Presentar solicitudes infundadas de asistencia de salud o de asistencia jurídica

34. Los tomadores de decisiones, como los médicos que determinan la elegibilidad de los pacientes para recibir tratamiento y los jueces que determinan la legalidad de las demandas, deben examinar los fundamentos de los hechos y las pruebas que tienen ante sí, y no dejarse distraer por prejuicios estereotipados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos responsabilizó a un Estado de que sus médicos de salud pública no diagnosticaran a tiempo una afección fetal a una paciente embarazada debido a la creencia prejuiciosa de que el diagnóstico de malformación fetal la llevaría a presentar una solicitud "inmerecida" de tratamiento médico.[72] El Comité CEDAW reconoció que las suposiciones sesgadas sobre el fundamento de una denuncia pueden distorsionar la percepción de los jueces sobre su validez, lo que a veces da lugar a un error judicial.[73]

C. Obligaciones de no repetición

35. El Artículo 63.1 de la Convención Americana faculta a esta Corte, cuando se comprueba el incumplimiento de las obligaciones de eliminar los prejuicios y estereotipos discriminatorios de género, a ordenar medidas de reparación que aborden la situación que constituyó la violación de un derecho o libertad. Además de establecer indemnizaciones por daños materiales y morales, esta Corte ha ordenado medidas para garantizar la no repetición y para abordar las condiciones estructurales que facilitaron que se produjera la violación inicial.[74] Este Tribunal ha explicado que

> "teniendo en cuenta el contexto de discriminación estructural en el que ocurrieron los hechos del presente caso, el cual fue reconocido por el Estado [...], las reparaciones deben ser diseñadas para cambiar esta situación, de manera que su efecto no sea sólo de restitución, sino también de rectificación. En este sentido, no es aceptable el restablecimiento del mismo contexto estructural de violencia y discriminación."[75]

El Tribunal ha identificado que los elementos transformadores de las reparaciones deben tener como objetivo "devolver a las víctimas a su situación anterior a la violación en la medida de lo posible [pero sólo] en la medida en que ello no interfiera con la obligación de no discriminar", ... con el fin de

68 *Angulo Losada vs. Bolivia*, Sentencia de 18 de noviembre de 2022, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones) (Corte IDH), párr. 163.
69 *Ibid.*, párr. 164.
70 *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párr. 198.
71 *Ibid.*, párr. 208.
72 *R.R. v. Poland*, App. No27617/04, Corte Europea de Derechos Humanos (26 de mayo de 2011).
73 *Karen Tayag Vertido*, *supra* nota 31, párrs.8.5-8.8.
74 *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párr. 450; véase R. Rubio-Marin & C. Sandoval, *"Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the Cotton Field Judgment," Human Rights Quarterly* 33.4 (2011): 1062–91, 1070-84.
75 *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párr. 450.

"identificar y eliminar los factores que causan la discriminación", e incluir una "perspectiva de género".[76]

36. La obligación de no repetición exige que los Estados desarrollen leyes, políticas y prácticas libres de estereotipos de género discriminatorios y que desarrollen las capacidades para promover leyes, políticas y prácticas de afirmación de género libres de prejuicios y estereotipos. Es decir, las medidas correctivas deben ser "específicas de género así como transformadoras de género".[77] Los prejuicios y estereotipos de género socialmente generalizados y persistentes en el sistema de salud y/o jurídico de un Estado generan un clima de impunidad en torno a las violaciones de los derechos de las mujeres. Esta impunidad tiene sus raíces en la conducta prejuiciosa de los funcionarios públicos que no previenen, castigan o remedian la discriminación de género, y en las leyes estatales que construyen a las mujeres como inferiores a los hombres, y por lo tanto no tienen derecho a la misma categoría de ciudadanía. Los tribunales y los órganos de tratados de derechos humanos han pedido medidas transformadoras para abordar esta impunidad, obligando a los Estados a prevenir la revictimización de las víctimas de violencia sexual,[78] y a garantizar investigaciones penales adecuadas[79] y, por ejemplo, juicios justos.[80]

37. Los llamados de los órganos creados en virtud de tratados y de los tribunales constitucionales en favor de la despenalización, liberalización y descriminalización del aborto son cada vez más claros,[81] incluida la institucionalización de procedimientos para que las mujeres embarazadas puedan recurrir las decisiones que les denieguen asistencia médica esencial.[82] Estos llamados han denunciado el proceso deshumanizador por el que las leyes penales sobre el aborto se utilizan para marcar a las mujeres, vincularlas a características indeseables mediante estereotipos hostiles y separarlas de mujeres más dignas con el fin de justificar un trato degradante mediante la denegación de atención sanitaria esencial.[83] Debido en parte a estos efectos estigmatizadores de la construcción penal sobre la mujer, los tribunales constitucionales sostienen cada vez más, aunque con algunas excepciones, que las leyes penales sobre el aborto no están justificadas,[84] especialmente cuando los Estados pueden proteger eficazmente la vida prenatal de forma coherente con los derechos de la mujer abordando los factores de riesgo de embarazos no deseados.[85]

38. Los tribunales y los órganos creados en virtud de tratados están exigiendo a los Estados que desarrollen capacidades para garantizar que los funcionarios públicos, incluidos los profesionales de la salud y los operadores de justicia, tengan los conocimientos necesarios para nombrar los estereotipos hostiles a los que están expuestas las mujeres y reconocer cómo esos estereotipos pueden dar lugar a violaciones de los derechos de las mujeres. Esta Corte ha instado a los Estados a implementar capacitaciones sensibles al género para "permitir que todos los funcionarios reconozcan el efecto que tienen sobre las mujeres las ideas y opiniones estereotipadas en relación con el significado y alcance de los derechos humanos."[86] En virtud de los deberes establecidos en el Artículo 10(c) de la Convención CEDAW y en el Artículo 8(b) de la Convención de Belém do Pará de eliminar los estereotipos de género en la educación, incluida la educación profesional, este Tribunal ha ordenado a los Estados que implementen "programas y cursos permanentes de educación y capacitación sobre [...] la eliminación de los estereotipos del papel de la mujer en la sociedad".[87]

39. Este Tribunal ha ordenado a un Estado que informe a las mujeres de sus derechos de tomar decisiones

76 *Ibid.*, párr. 451.
77 R. Rubio-Marin & C. Sandoval, *supra* nota 74, 1064.
78 *S.V.P. v Bulgaria*, U.N. Doc. CEDAW/ C/ 53/ D/ 31/ 2011 (2012).
79 *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párrs.207-208, 541.
80 *Graciela Ato del Avellanal vs. Peru*, Communicación No. 202/1986, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40) en 196 (1988), párrs.10.1-10.2. *Karen Tayag Vertido, supra* nota 31, párrs.8.2-8.9; *R.K.B.*, *supra* nota 31, párr. 8.10(b); *V.K.*, *supra* nota 38, párr. 9.16.
81 J.N. Erdman & R.J. Cook, *"Decriminalization of abortion: A human rights imperative," Best Practice & Research: Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 62 (2020): 11-24 (Edición especial).
82 *Tysiąc v. Poland*, Application No. 5410/03, Corte Europea de Derechos Humanos (20 de marzo de 2007), párrs. 116-118.
83 R.J. Cook, *"Stigmatized Meanings," supra* nota 67.
84 R.J. Cook & B.M. Dickens, *"Learning from Comparative Abortion Law,"* en J.M. Smits et al. eds., *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 3ª ed. de próxima publicación 2023.
85 Sentencia de 23 de febrero de 2010, *supra* nota 48.
86 *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párr. 540.
87 *Ibid.*, párr. 541; véase *Angulo Losada vs. Bolivia*, *supra* nota 68, párr. 210.

libres e informadas y de la obligación de los médicos de respetar esos derechos[88] y adoptar en el plazo de un año un programa de capacitación para estudiantes de medicina y todas las personas que son parte del sistema de salud y seguridad social en consentimiento informado, discriminación basada en género, estereotipos y violencia de género.[89] Otros enfoques para el desarrollo de capacidades que permitan nombrar los estereotipos e identificar sus perjuicios incluyen la formulación de orientaciones éticas, códigos de conducta profesional y criterios para la concesión de licencias que reflejen una perspectiva que tenga en cuenta el género. Por ejemplo, el Comité de Aspectos Éticos de la Reproducción Humana y la Salud de la Mujer (*Committee on Ethical and Professional Aspects of Human Reproduction and Women's Health*) de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) ha publicado orientaciones éticas en las que se explica que la integridad profesional exige que los médicos traten a las pacientes y colegas mujeres sin estereotipos negativos.[90] Se podrían emplear medidas especiales temporales, también conocidas como "acciones afirmativas", para acelerar el desarrollo de tales orientaciones éticas, protocolos profesionales y planes de estudio integrados en materia de género para promover roles de género positivos entre las profesiones médicas y jurídicas hasta que "se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato."[91]

40. Este Tribunal[92] y otros órganos creados en virtud de tratados[93] han ordenado que se organicen programas de formación para jueces, y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, según proceda, con el fin de desarrollar sus capacidades para identificar y cuestionar esos estereotipos, prejuicios y suposiciones erróneos para garantizar su imparcialidad al juzgar. Los Principios Éticos para Jueces del Consejo Judicial de Canadá (*Canadian Judicial Council's Ethical Principles for Judges*) explican que los jueces no pueden dejarse influir por "actitudes basadas en estereotipos, mitos o prejuicios", y necesitan "hacer esfuerzos significativos para reconocer y desvincularse de tales actitudes."[94] Se han formulado recomendaciones para reformar los códigos de conducta profesional y las normas probatorias a fin de permitir la regulación del discurso estereotipado cuando perjudique la integridad y equidad del proceso judicial.[95] Además, los códigos de conducta deben exigir la exclusión de pruebas que se basen en "declaraciones estereotipadas, insinuaciones y alusiones" engañosas.[96] Así, los tribunales han ordenado nuevos juicios de las pruebas cuando los prejuicios y sesgos han interferido con la imparcialidad de los procedimientos judiciales.[97]

41. Una iniciativa de la Escuela Judicial del Reino Unido (*U.K. Judicial College*) para capacitar a los jueces a fin de garantizar que los procedimientos judiciales se desarrollen con imparcialidad y sin prejuicios es la elaboración del Libro de Consulta sobre la Igualdad de Trato (*Equal Treatment Bench Book*) , que incluye orientaciones para jueces sobre el género y otras formas de estereotipos. Entre otras cosas, este libro identifica los estereotipos más comunes sobre mujeres y hombres y reconoce cómo pueden ser discriminatorios. Este texto aclara que los jueces no deben hacer suposiciones estereotipadas sobre mujeres y hombres y ofrece estrategias para desmantelar los estereotipos y mitos que conducen a la discriminación.[98] Aunque este libro de consulta está dirigido a los jueces, podría adaptarse para capacitar a los proveedores de atención sanitaria a fin de garantizar un trato igualitario y digno a sus pacientes.

88 *I.V.*, *supra* nota 5, párr. 341.
89 *Ibid.*, párr. 342; véase S. Rege et al, *"Integrating Gender Perspectives in Gynaecology and Obstetrics: Engaging Medical Colleges in Maharashtra, India," Int'l J. of Gyn. & Obstet.* 2019*;* 146: 132–8. Artículo online.
90 Comité para el Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana y de la Salud de la Mujer Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO). *Guideline 015: Harmful stereotyping of women in health care,* en F.A. Chervenak & L.B. McCullough eds. *FIGO Ethics and Professionalism: Guidelines for Obstetrics and Gynecology* (Londres: FIGO, 2021) 47–51 Texto en inglés.
91 *Convención CEDAW*, *supra* nota 17, Article 4(1); véase CIDH, *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, Informe Anual de la CIDH 1999,* Vol. II, OEA/Ser.L/V/II. 106, Doc. 3 rev., 13 de abril de 2000, Capítulo VI, Estudios especiales.
92 Véase, por ejemplo, *Espinoza Gonzáles*, *supra* nota 4, párr. 327; *Campo Algodonero*, *supra* nota 4, párrs.541-542; *Artavia Murillo, supra* nota 19, párr. 341; *Atala Riffo, supra* nota 22, párr. 271.
93 Véase, por ejemplo, *R.K.B.*, *supra* nota 31, párr. 8.10(b)(ii); *Karen Tayag Vertido, supra* nota 31, párr. 8.9(b)(iii-iv); *V.K.*, *supra* nota 38, párr. 9.16(b)(iv).
94 Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges*, 2021, en las páginas 33, 36, Inglés y Francés.
95 Fenton, *supra* nota 9, 56-62.
96 *Ibid.*, 61.
97 *R. v. D.R.*, 2022 SCC 50 (2022) (*Corte Suprema de Canadá*), *Juez Rowe por la mayoría*.
98 Escuela Judicial del Reino Unido, *Equal Treatment Bench Book* (2021), 163, 165, 167, 169, 181, U.K. Bench Book 2021. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Gender Stereotyping and the Judiciary: A Workshop Guide, Professional Training Series No. 22 (2020*);Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation (2013),* OHCHR Gender Stereotyping.

42. Las obligaciones de no repetición incluyen otras medidas, como reconocimientos públicos de responsabilidad por las violaciones[99] y campañas de información en sitios web oficiales, canales de televisión y emisoras de radio.[100] Los Estados sabrán qué combinación de medidas de no repetición es más eficaz en su país para transformar las jerarquías de género y abordar cualquier estereotipo discriminatorio de género. Por lo tanto, los tribunales y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos podrían pedir a las autoridades estatales que expliquen las medidas que han elegido para abordar los prejuicios y estereotipos de género despectivos, así como la eficacia de las medidas y los puntos de referencia para su cumplimiento.

IV. CONCLUSIÓN

43. Este Tribunal tiene la oportunidad de mostrar a los Estados cómo superar los prejuicios y estereotipos de género imperantes, obligándoles a

- nombrar la persistencia de estereotipos hostiles hacia las mujeres en la prestación de servicios de salud reproductiva y en la administración de justicia,
- articular y condenar los perjuicios de los estereotipos para las mujeres y sus subgrupos, y
- desarrollar medidas eficaces de no repetición, incluida la reforma de leyes, políticas y prácticas que incorporan prejuicios y estereotipos de género cuando éstos permiten una discriminación que subordina a las mujeres a través de la estigmatización, y la construcción de capacidades para promover medidas de afirmación de género libres de prejuicios, estereotipos y estigmas.

Al aprovechar esta oportunidad, este Tribunal profundizaría en su legado de transformación de género actuando dentro de sus posibilidades para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer.

99 Véase, por ejemplo, *I.V.*, *supra* nota 5, párr. 336; *Atala Riffo, supra* nota 22, párr. 263.
100 Véase, por ejemplo, *Brítez Arce*, *supra* nota 42, párr. 119; *I.V.*, *supra* nota 5, párr. 336.

II. JOCELYN VITERNA

Las implicaciones de la criminalización del aborto en el derecho a la igualdad y no discriminación

Temas adicionales:

Discriminación por razón de género

Criminalización del aborto en El Salvador

Inaplicabilidad de la ley salvadoreña

Discriminación por motivos socioeconómicos

Harvard University Department of Sociology

Jocelyn Viterna, Professor

A las y los Honorables Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De mi mayor consideración,

De conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Corte, me presento con el objetivo de contribuir respetuosamente y de manera independiente e imparcial con algunos aportes surgidos de mis años de investigación a la decisión que la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos habrá de tomar en el Caso Beatriz y otros vs. El Salvador.

Antecedentes profesionales y de la investigación

Mi nombre es Jocelyn Viterna, soy Profesora de Sociología y Directora de Estudios de Licenciatura en la Universidad de Harvard.

Recibí mi doctorado en Sociología y Estudios Latinoamericanos en la Universidad de Indiana en 2003, trabajé en la Universidad de Tulane de 2003 a 2005 y desde 2006 estoy en mi posición actual en el Departamento de Sociología de la Universidad de Harvard. En junio del 2016, fui promovida a la posición de profesor titular de Sociología con una posición permanente en la Universidad de Harvard.

Soy experta en análisis sociológico de la discriminación por razón de género en las instituciones legales e instituciones de medicina; he publicado sobre esta materia en medios científicos y académicos y también en medios de opinión pública. He recibido premios por la calidad de mi investigación basada en evidencia científica sobre El Salvador.

Mi experticia ha sido reconocida no solo por publicaciones y premios, sino también por el propio estado salvadoreño. **Es decir, el Estado salvadoreño me ha contratado para dar capacitaciones en temas de discriminación de género en el sistema judicial del El Salvador, con enfoque en la situación de las mujeres embarazadas.** He desarrollado y liderado dichas capacitaciones en diciembre 2018, agosto 2019 y octubre 2019 para jueces y fiscales de El Salvador, en colaboración con la Escuela de Capacitación Fiscal de El Salvador, y el US Office of Overseas Prosecutorial Development, Assistance and Training (OPDAT).

Empecé mis investigaciones sociológicas en El Salvador en 1995, y durante los últimos 28 años, he realizado más que 500 entrevistas a fondo con una gran variedad de salvadoreños y salvadoreñas de todas las regiones del país, incluyendo campesinos, campesinas, profesionales de medicina, activistas y políticas, hombres y mujeres, jóvenes y viejos, católicas y evangélicas, y gente de distintas tendencias políticas, entre otros. También he realizado estudios en profundidad sobre archivos históricos, medios de comunicaciones, carpetas médicas, y documentos del Estado.

Desde 2014, mis investigaciones en El Salvador se han enfocado en el tema de la prohibición absoluta del aborto. Para este fin, he recolectado y analizado las siguientes fuentes de datos:

- 25 años de artículos de periódicos nacionales sobre el tema de embarazo y aborto (1989-2014)
- 17 entrevistas con obstetras y ginecólogas practicando bajo la ley anti-aborto en El Salvador
- Carpetas medicas de 239 casos de mujeres embarazados con una diagnosis de “malformación fetal incompatible con la vida” tras 6 anos (2013-2018)
- 33 entrevistas con otros expertos en el tema, incluyendo diputados, ministerios, activistas, periodistas, fiscales, y especialistas en forenses y psicología, incluyendo distintas perspectivas y posiciones. Es decir, las entrevistas se realizaron a personas a favor y en contra de la ley anti-aborto.

- 16 entrevistas a fondo con mujeres encarceladas por delitos relacionados con complicaciones obstétricas.
- Análisis cualitativo y cuantitativo de 114 casos judiciales de mujeres denunciadas por delitos relacionados al embarazo o emergencias obstétricas. De estos 114 casos, 52 son completos—es decir, tienen todos los elementos del caso, desde el informe inicial de la policía, hasta los argumentos de los fiscales y los procuradores, los informes de medicina legal, y las sentencias de los jueces.
- 220 entrevistas con personas de El Salvador seleccionadas al azar para conocer al fondo los "opiniones públicas" del país en el tema del aborto.

Como profesora e investigadora de la universidad de Harvard -clasificada como número uno de entre cientos de programas de sociología en los Estados Unidos, según fuentes como el *US News and World Report y el NRC Doctoral Rankings Evaluation*- es importante destacar que mi objetivo es abogar por la ciencia y la evidencia, no por posiciones políticas ni ideológicas.

La disciplina de la sociología se propone identificar, interrogar y entender los patrones de las instituciones de nuestro mundo social. Por ello, el entrenamiento profesional de quienes ejercemos la sociología se centra fundamentalmente en aprender técnicas estadísticas, aprender a buscar patrones a través de análisis cualitativos de datos, y en construir diseños de investigación que sean efectivos, sistemáticos, rigurosos e imparciales. En resumen, el trabajo principal de las y los sociólogos es el de desarrollar procedimientos apegados a estándares científicos y basados en evidencia para estudiar las instituciones –por ejemplo, las instituciones legales, religiosas y de familia– en el mundo social.

Es con este marco y estas herramientas metodológicas y profesionales que desarrollé las investigaciones que son la fuente de los aportes que se presentarán a continuación.

Resumen breve del argumento:

Después de casi diez años de recopilar y analizar datos sociológicos rigurosos sobre la historia, la aplicación y las consecuencias de la ley antiaborto en El Salvador, he llegado a la siguiente conclusión: la ley antiaborto salvadoreña es (1) dañina, (2) imposible de hacer cumplir con equidad o precisión, (3) y fundamentalmente discriminatoria. Concluyo que las mujeres ya vulnerables que fueron atacadas directamente por el Estado a través de esta legislación discriminatoria merecen reparaciones, incluyendo a Beatriz.

A continuación desarrollo cada uno de estos puntos, junto con los datos que los corroboran.

1. La ley antiaborto de El Salvador es perjudicial.

Mis argumentos en esta sección se desarrollan a partir del análisis de los siguientes datos: examen de 6 años de historias clínicas del Hospital Nacional de las Mujeres de El Salvador que representan a 239 mujeres embarazadas que habían recibido un diagnóstico de malformación "incompatible con la vida"; 17 entrevistas con médicos (en su mayoría ginecólogos-obstetras) de todo El Salvador; análisis de 52 casos judiciales en los que se procesó a una mujer por un delito relacionado con el embarazo; entrevistas en profundidad con 49 personas, incluidos activistas a favor del derecho al aborto, activistas en contra del derecho al aborto, funcionarios estatales, representantes legislativos, mujeres encarceladas y la propia Beatriz, a quien entrevisté en junio de 2017. Resumo mis conclusiones a continuación, pero estoy encantada de proporcionar datos específicos para apoyar cada una de estas conclusiones a los jueces que lo soliciten.

A. La ley antiaborto de El Salvador violó los derechos humanos de Beatriz.

Tras revisar el expediente médico de Beatriz y entrevistar a la propia Beatriz, sugiero que el trato que recibió Beatriz se ajusta a la definición internacional de tortura, en el sentido de que supuso la imposición intencionada de sufrimiento físico y mental por parte de funcionarios del Estado en aras de una agenda política y discriminatoria favorecida por el Estado.[1]

El Estado exigió a Beatriz que llevara un embarazo inviable hasta las 26 semanas con el único fin de perseguir una agenda política. El feto en el vientre de Beatriz no tenía cerebro y, por tanto, su vida sólo se sostenía gracias al cuerpo de Beatriz. Al extraerlo del cuerpo de Beatriz, el feto empezaría a morir inmediatamente, y moriría en cuestión de horas. Ninguna espera para extraer el feto cambiaría este resultado.

Sin embargo, el Estado exigió a Beatriz que esperara, no por la salud del feto ni por la suya propia, sino para cumplir un programa político.

Al obligar a Beatriz a esperar, el Estado le infligió daños físicos, sociales, económicos y mentales.

Físicamente, el embarazo agravó el lupus de Beatriz. En su entrevista, Beatriz describe el dolor que sentía a causa de las llagas sangrantes en la piel provocadas por el agravamiento del lupus durante el embarazo. Beatriz cuenta que las llagas desaparecieron cuando terminó el embarazo. Aunque estas llagas no ponían en peligro su vida, eran ciertamente dolorosas.

Beatriz también describe el dolor de sufrir un confinamiento involuntario en una cama de hospital durante la mayor parte de 12 semanas porque el Estado retuvo el tratamiento médico indicado. Esta situación de reclusión forzosa obligó a Beatriz a estar alejada de su hijo pequeño con necesidades especiales; la obligó a dejar de trabajar; obligó a su familia a asumir costes económicos adicionales, incluyendo la pérdida de su salario, la pérdida del salario de su pareja al asumir él más el cuidado del niño, y el coste de viajar hacia y desde el hospital para visitar a Beatriz (transporte, comida y alojamiento).

Beatriz describe además la tortura mental que padeció mientras la obligaban a llevar un embarazo inviable. Esta tortura mental tenía dos componentes. En primer lugar, experimentó ansiedad mental por su propia salud. Comprendía que el embarazo estaba ejerciendo presión sobre sus riñones, que ya estaban en peligro, e incluso si sus riñones seguían funcionando durante el embarazo, le preocupaba que el estrés del embarazo continuado aumentara la probabilidad de que tuviera que someterse a diálisis en el futuro, lo que comprendía reducir drásticamente su calidad de vida.

En segundo lugar, Beatriz experimentó ansiedad mental al verse obligada a llevar a "término" un embarazo en el que el feto ya tenía muerte cerebral. Beatriz quería poner fin a su embarazo y llorar la muerte de su bebé, en lugar de soportar el dolor continuo de llevar un bebé inviable en su vientre y pasar 12 semanas viviendo con la anticipación de que pronto tendría que ver morir a su bebé. De hecho, Beatriz me contó en su entrevista cómo alguien del movimiento antiaborto la encontró en el hospital y le regaló una muñeca para su bebé no nacido. Beatriz relató que este regalo bienintencionado la dejó desesperadamente triste y enfadada, pues sabía que su hija estaba destinada a morir y que nunca podría jugar con un muñeco. Cuanto más tiempo se veía obligada a soportar este embarazo, más tiempo tenía que lidiar con la angustia mental de esperar la muerte de su hija, y más probable era que tuviera interacciones dolorosas como ésta. Esta interacción también hizo que Beatriz se sintiera atacada y vulnerable debido a la fama que su embarazo supuso para ella y su familia. Su sufrimiento y sus decisiones médicas privadas se hicieron públicas sólo por la negativa explícita del Estado a permitirle acceder al tratamiento médico que necesitaba.

1 El artículo I de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (UNCAT) describe la tortura como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella... información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario púbico u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suy, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas. (https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading.)

B. La ley antiaborto de El Salvador viola derechos humanos fundamentales de muchas mujeres en situaciones más difíciles que la de Beatriz.

La tortura sufrida por Beatriz es aun menos grave que la sufrida por mujeres cuyos casos no fueron seguidos por los medios de comunicación internacionales. Como referencia, les remito a mis publicaciones en el Apéndice, especialmente el editorial titulado "Las Otras Beatrices", y el artículo sobre morbilidad materna y malformaciones fetales fatales, publicado en el *American Journal of Obstetrics and Gynecology-Global Reports (AJOG)*, elaborado en colaboración con dos médicas de El Salvador, una quien tiene una especialización en malformaciones fetales.

Aquí ofrezco un ejemplo de estas publicaciones. En nuestro artículo de la *AJOG*, mis coautores y yo analizamos el caso de una mujer de 40 años embarazada de un feto al que se le había diagnosticado holoprosencefalia alobar, un trastorno incompatible con la vida extrauterina. La falta de voluntad del Estado para interrumpir este embarazo inviable condujo a cuatro casos distintos de procedimientos evitables y médicamente invasivos. Sugiero que cada uno de estos procedimientos sea calificado de "tortura", ya que cada uno fue infligido sólo por razones políticas, y en oposición a los protocolos médicos establecidos.

En primer lugar, como el feto estaba malformado, era incapaz de tragar líquido amniótico del mismo modo que un feto con un desarrollo normal. Esto provocó un cuadro denominado "polihidramnios grave", que significa que el nivel de líquido amniótico en el útero se expandió más allá de la capacidad uterina, estirando el útero hasta el punto de romperse. El protocolo médicamente indicado en esta situación, dado el mal pronóstico fetal, es interrumpir el embarazo. Sin embargo, dado que instituciones de medicina pública en El Salvador interpretan la ley antiaborto salvadoreño como una prohibicion de interrumpir cualquier embarazo por cualquiera razón, esta mujer embarazada se vio obligada a someterse a dos "amniodecompresiones" durante su embarazo. En otras palabras, en lugar de la inducción precoz médicamente indicada, esta mujer tuvo que soportar dos veces que le introdujeran una aguja en el útero para drenar el exceso de líquido amniótico y reducir la presión sobre el útero para evitar que se rompiera.

En segundo lugar, el retraso en la interrupción del embarazo también creó una situación en la que el feto no cabía por el canal del parto y la mujer se vio obligada a dar a luz por cesárea en lugar de por vía vaginal. Si el embarazo no viable se hubiera interrumpido a las 20 semanas, la mujer probablemente habría podido dar a luz por vía vaginal. Sin embargo, al prohibir la interrupción del embarazo hasta "término", el feto siguió creciendo hasta que no cabía por el canal del parto, lo que obligó a esta mujer a someterse a una cirugía abdominal evitable y dolorosa, además de soportar todos los riesgos asociados a la cirugía.

En tercer lugar, el útero de esta mujer sufrió un traumatismo importante a causa del polihidramnios y la cesárea, y no pudo recuperar su tamaño habitual después de tanto estiramiento. La mujer empezó a sufrir hemorragias intensas tras la cesárea y los médicos tuvieron que practicarle una histerectomía para salvarle la vida. La extirpación de este órgano vital no sólo puso fin a su fertilidad, sino que también la hizo susceptible a futuras consecuencias para la salud, como un posible prolapso pélvico, que se define como el estiramiento o caída de los órganos pélvicos en posiciones anormales después de que el útero ya no está presente para proporcionar un suelo pélvico necesario en el cuerpo femenino. Una vez más, la mujer solo sufrió la extirpación de este órgano vital (más las dos amniodecompresiones y la cirugía abdominal), debido a una decisión tomada por decisiones de política de que el feto debía permanecer en el útero hasta al menos las 37 semanas. El retraso del parto de las 20 a las 37 semanas no supuso ningún beneficio para la salud ni de la madre ni del feto. Retrasar el parto sólo causó graves crisis de salud a la mujer.

En este punto, los partidarios de la prohibición del aborto en El Salvador suelen argumentar que la tortura de esta mujer era necesaria para dar al feto una "muerte natural." Sin embargo, el tribunal tiene que tener claro que no hubo nada en el proceso de parto de esta mujer a las 37 semanas que fuera más o menos "natural" de lo que hubiera sido a las 20 semanas. Esta mujer *no* tuvo un parto natural a las 37 semanas, como tampoco lo tuvieron la mayoría de las mujeres de nuestro estudio. Se vio obligada a dar a luz por cesárea, que por supuesto no es un proceso "natural". La única diferencia entre inducir artificialmente el parto a las 20 semanas (cuando el feto iba a morir pero *no causaría problemas de* salud a la madre) e inducir artificialmente el parto a las 37 semanas (cuando el feto *aún* iba a morir y ahora *también* causará problemas de salud a la madre) es el paso de 17 semanas. El argumento de la "muerte natural" carece de base médica

y, de hecho, nunca se ha definido en casos de fetos inviables. Una vez que reconocemos que el argumento de la "muerte natural" es una pieza de marketing sin sentido que no tiene contrapartida en el mundo real, entonces también debemos reconocer que esta mujer fue obligada por una interpretación de la ley a someterse a un tratamiento médicamente contraindicado que generó directamente graves complicaciones médicas, procedimientos médicos físicamente invasivos y, en última instancia, la destrucción y extirpación de un órgano previamente sano. En mi opinión, esto se ajusta claramente a la definición de tortura patrocinada por el Estado.

C. La ley antiaborto de El Salvador viola derechos humanos fundamentales de las mujeres encarceladas.

Aunque no entraré en detalles aquí, también es importante mencionar que he revisado 114 casos judiciales en los que mujeres que sufrieron un mortinato natural u otras complicaciones del embarazo en un entorno extrahospitalario fueron condenadas a décadas de prisión simplemente por no llevar con salud “a término” su embarazo. Como mostraré más adelante, estas mujeres fueron detenidas debido a la misma legislación antiaborto que torturó a Beatriz y a otras mujeres del Hospital Nacional de las Mujeres de El Salvador y, al igual que Beatriz, sufrieron importantes daños debido a la interpretación amplia de esta legislación. Además de la pérdida de su libertad personal, estas mujeres perdieron la custodia de sus hijos, perdieron la propiedad de sus casas y posesiones, perdieron sus empleos y perdieron sus oportunidades de obtener una pensión para su vejez. Ellas y sus familias han sufrido además discriminación, ya que la opinión pública las acosa sistemáticamente y las tacha de "asesinas de bebés". Y han sufrido profundos efectos en su salud por las condiciones de reclusión soportadas, como enfermedades renales por beber agua no apta para el consumo, problemas obstétricos por no recibir nunca tratamiento adecuado tras sus urgencias obstétricas, daños físicos por ser golpeadas por guardias y otros presos, y los problemas de salud mental derivados de años de encarcelamiento injusto.

2. La ley antiaborto de El Salvador es imposible de aplicar con eficacia y precisión.

En esta sección, documento cómo cualquier intento de aplicar la ley salvadoreña contra el aborto de manera justa y coherente está destinado a fracasar por tres razones: (A) porque la ley está mal codificada, (B) porque el protocolo de 2016 no puede resolver las contradicciones entre los derechos del feto y los derechos de las mujeres embarazadas, y (C) porque El Salvador carece de la experiencia y los recursos tecnológicos para diferenciar con precisión entre una emergencia del embarazo y un "crimen" del embarazo.

A. La ley antiaborto en El Salvador es imposible de aplicar porque está mal codificada.

Una legislación penal bien redactada identifica un problema, lo define con claridad y precisión utilizando condiciones de alcance explícitas y, a continuación, establece un proceso para abordar el problema con coherencia, justicia y equidad.

Mi investigación demuestra que la legislación contra el aborto en El Salvador se basa en mitos y pánicos morales, y no en evidencia y argumentos cientificos. Como tal, el lenguaje de la ley está mal definido, es contradictorio, e imposible de entender para médicos y fiscales, y mucho menos de practicar o aplicar.

El artículo 133 del código penal de El Salvador dice "el que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona lo practique, serán

sancionados con prisión de dos a ocho años".[2]

Hay al menos tres problemas cruciales en la articulación de este delito.

En primer lugar, el delito en sí - "aborto"- no está definido. Como tal, una amplia gama de complicaciones del embarazo han sido incluidas en el delito de "aborto" en El Salvador, desde mortinatos naturales hasta situaciones en las que un niño nació vivo, pero en un parto de emergencia extrahospitalario. No está del todo claro cuál de esta amplia diversidad de situaciones etiquetadas como "aborto" por el sistema de justicia penal, si es que hay alguna, refleja realmente el significado previsto de "aborto" en el código penal. Y aunque muchos de estos casos fueron finalmente sentenciados con el delito de "homicidio agravado" o "tentativa de homicidio agravado", es importante reconocer que la acusación inicial fue "aborto", y que estas mujeres sólo entraron en el sistema de justicia penal porque el "aborto" es ilegal, pero indefinido. Además, dado que la mayoría de estas mujeres fueron denunciadas por primera vez a la fiscalía por el personal de los mismos centros médicos en los que buscaron ayuda de urgencia, debemos concluir que tanto médicos como fiscales denuncian habitualmente una amplia gama de situaciones de embarazos complejos que se describen como "aborto" en virtud de la legislación salvadoreña vigente.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, el acto de "provocar" un aborto tampoco está definido en la ley salvadoreña. Si una mujer embarazada viajara en la parte trasera de una camioneta por una carretera llena de baches antes de sufrir un aborto espontáneo, ¿se consideraría esto "provocar" un aborto? Si una mujer confunde unos dolores de parto inesperados con las ganas de defecar, y luego da a luz accidentalmente a un bebé prematuro en un retrete o una letrina, ¿se considera eso la provocación de un aborto? En El Salvador, las mujeres pueden ser acusadas de "aborto" en tales casos, incluso cuando no realizaron ninguna acción para iniciar el trabajo de parto, incluso cuando el bebé nació vivo y sobrevivió hasta la edad adulta.

De hecho, en un caso que revisamos, un juez reconoció que una mujer probablemente había sufrido un aborto natural, pero argumentó que la mujer embarazada "debería haber hecho más" para evitar el aborto espontáneo. En este caso, incluso la falta de acción se consideró una "provocación" en virtud de esta ley mal definida. En otro caso especialmente absurdo, la corte reconocía que el feto murió antes de nacer, pero se culpaba a la mujer porque ella supuestamente "llevo de una manera conciente a que su hija entrara en un sufrimiento fetal y esto le produjera la muerte intrauterina." En este caso, el sistema judicial de El Salvador decidió que una mujer puede "provocar" una muerte intrauterina solo con su poder mental.

Una vez más, debido a que el código legal en El Salvador no ofrece ninguna definición de "provocar" un aborto, una amplia gama de situaciones son consideradas "provocadas" por los médicos, la policía y los fiscales que inician los procedimientos legales.

En tercer lugar, el código penal salvadoreño define "homicidio" como "matar a otro", mientras que el artículo 1 de la constitución salvadoreña "reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción".[3] Dado que la personalidad comienza legalmente en la concepción en El Salvador, y dado que el aborto en sí mismo nunca se define, es imposible que médicos, fiscales o jueces distingan legalmente entre "aborto" y "homicidio" en el código penal de El Salvador.

El hecho de que el aborto no esté definido legalmente, mientras que la vida y la personalidad están claramente definidas como algo que comienza en la concepción, tiene profundas repercusiones en los hospitales públicos. Si la vida comienza legalmente en el momento de la concepción, entonces cualquier discusión sobre la viabilidad se vuelve discutible, y toda vida embrionaria debe ser protegida, incluso de las propias funciones corporales de la mujer embarazada. A modo de ejemplo, en el estudio que mis coautores y yo realizamos en el Hospital Nacional de las Mujeres de El Salvador, las mujeres embarazadas de un feto no viable a veces se ponían de parto prematuro de forma natural. Se trataba de que el cuerpo de la mujer

2 https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_el_salvador.pdf
3 https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_la_republica_del_salvador_1983.pdf

trabajaba para poner fin de forma natural al embarazo no viable mediante un aborto espontáneo en una fase temprana del desarrollo del embarazo. Sin embargo, en algunos casos, descubrimos que los médicos hospitalizaban a las mujeres o les recetaban tocolíticos para detener artificialmente el aborto espontáneo de la mujer embarazada y permitir que el feto no viable "alcanzara la viabilidad" antes del parto. Por favor, tómense un momento para reflexionar sobre lo absurdo de esta situación. En El Salvador, los médicos prolongan artificialmente el embarazo de las mujeres, causando un gran riesgo para la salud de estas, sólo para que los fetos no viables puedan alcanzar la edad de "viabilidad", a pesar de que nunca, nunca llegarán a ser viables, no importa cuánto tiempo permanezcan en el útero.

En resumen, aunque la Constitución salvadoreña define explícitamente que los derechos humanos comienzan en la concepción, no señala que esto sólo es cierto para el feto. En El Salvador, los derechos de la mujer embarazada a la salud, la libertad y la autonomía corporal quedan efectivamente anulados cuando su cuerpo concibe. Esto es especialmente claro en el caso de las mujeres cuyos cuerpos son obligados artificialmente a soportar un embarazo más allá de lo que habría sido un aborto natural, sólo para preservar la "vida" legalmente definida de un feto no viable.

B. El protocolo de 2016 no puede resolver las contradicciones entre los derechos del feto y los derechos de la mujer embarazada.

El Estado declaró en el caso Beatriz que su protocolo de 2016 soluciona los problemas de definición del código penal al permitir procedimientos médicos que animan a los médicos a "salvar ambas vidas" -la de la mujer embarazada y la del feto- mientras que, en última instancia, dan prioridad a la vida de la mujer embarazada en casos de "riesgo inminente para la vida". Este argumento -y los protocolos médicos asociados- no protege los derechos humanos básicos de las mujeres por al menos cuatro razones.

En primer lugar, el *"riesgo inminente para la vida" no es la única violación de los derechos humanos que sufren las mujeres con esta ley.* Es posible, pero no probable, que este protocolo salve la vida de las mujeres embarazadas al permitir que los embarazos con riesgo vital se interrumpan antes de causar la muerte de la mujer. Sin embargo, les remito de nuevo al caso comentado anteriormente de nuestro artículo *AJOG*, en el que una mujer sufrió múltiples procedimientos médicos invasivos, y en última instancia se vio obligada a someterse a una cesárea y una histerectomía, sólo porque la ley salvadoreña le obligaba a esperar para interrumpir artificialmente un embarazo no viable a las 37 semanas en lugar de interrumpir artificialmente a las 20 semanas. Este caso deja claro que, aunque el protocolo del Estado fuera evitar la muerte de la mujer, no hace nada para evitar las otras formas de mutilación corporal y tortura a las que la ley obliga a las mujeres embarazadas, además de la muerte.

En segundo lugar, *la idea de que existe un "momento mágico" en el que se hace patente el "riesgo inminente para la vida" es muy problemática*. Como me dijeron los médicos en nuestras entrevistas, ningún protocolo médico puede predecir con un 100% de certeza la progresión de una situación médica. Nunca hay un momento claro en que el riesgo pase de "pueda ser" a "probable", o de "probable" a "inminente". Las condiciones médicas pueden cambiar gradualmente con el tiempo, o rápidamente en cuestión de minutos. Lo que puede ser una situación potencialmente mortal en un paciente puede ser una situación de supervivencia en otro. En muchos casos, la única forma de determinar si la "muerte es inminente" es esperar y ver si el paciente fallece.

Para ilustrar esta realidad, hago referencia a un caso que me compartieron varios médicos en entrevistas que realicé en julio de 2018. He escrito sobre este caso en cuatro publicaciones anteriores.[4] Una mujer de

4 Las cuatro publicaciones son: (1) Editorial, *Los Angeles Times*. "Abortion Ban 'Exceptions' Cannot Protect Life." July 5. https://www.latimes.com/opinion/story/2022-07-05/op-ed-abortion-ban-exceptions-cannot-protect-life; (2) Viterna, Jocelyn, Jose Santos Guardado Bautista, Silvia Juárez Barrios, and Alba Evelyn Cortez (2018) "Governance and the Reversal of Women's Rights: The Case of Abortion in El Salvador." Pp. 255-276 in *Towards Gender Equity in Development*, United Nations University-Wider Studies in Development Economics. Oxford: Oxford University Press; (3) Reifenberg, Natasha and Jocelyn Viterna (2017) "Las Otras Beatrices." *El Faro*, https://elfaro.net/es/201711/columnas/21140/Las-otras-Beatrices.htm; and (4) Viterna, Jocelyn and Natasha Reifenberg. (2017) *La politica es complicada; la ciencia es concluyente: El aborto terapeutico salva la vida de las mujeres*. David Rockefeller Center for Latin American Studies. https://scholar.harvard.edu/files/viterna/files/libro_jocelyn_final.pdf

34 años en la semana 20 de su cuarto embarazo llegó al hospital con fatiga extrema. Los médicos se dieron cuenta enseguida de que tenía un pequeño defecto cardíaco que se había convertido en un problema grave durante el embarazo debido a la sobrecarga que éste supone para el corazón de la mujer. Desde el momento en que llegó al hospital, los médicos temieron que la joven madre estuviera en camino de sufrir un paro cardíaco total. Se dieron cuenta de que la única forma de evitar que el embarazo sobrecargara el corazón de la mujer sería interrumpir el embarazo (por lo demás, sano). Sin embargo, los médicos no podían decir si el paro cardíaco era "inminente". Era posible que el corazón de la mujer sobreviviera al embarazo. Pero también era posible que no. Ante la obligación legal de "salvar a ambos", madre y feto, los médicos optaron por hospitalizar a la mujer y vigilarla estrechamente hasta que el feto fuera viable. La vigilaron durante siete semanas. Entonces su corazón falló y murió, junto con el bebé que había nacido prematuramente, dejando huérfanos a sus hijos. En este caso, los médicos reconocieron que la muerte era posible, o incluso probable, pero la imposibilidad de argumentar que la muerte era "inminente" les impidió tomar las medidas necesarias para salvar la vida de la madre.

En tercer lugar, *la ley antiaborto de El Salvador incentiva a los médicos de los hospitales públicos a no intervenir en casos de complicaciones médicas,* lo que sesga estos protocolos en contra de las mujeres y a favor del feto. Todos los obstetras que entrevisté en los hospitales públicos, excepto uno, me dijeron que les habían enseñado desde el primer día de residencia que nunca debían realizar ninguna acción que pudiera parecer un aborto o se arriesgarían a ser procesados. Volviendo al caso anterior, el de la mujer con problemas de corazón, vemos que los médicos entendían que no hacer nada podía poner en peligro la vida de la mujer. Sin embargo, no podían asegurar que la mujer moriría si no hacían nada, y probablemente les preocupaba ser procesados si tomaban medidas que otros pudieran considerar ilegales más adelante. Dado que la ley incentivaba a estos médicos a adoptar un enfoque prudente de "esperar y ver", ninguno estaba dispuesto a ser el primero en decir "sí, es hora de interrumpir este embarazo, por lo demás saludable, para salvar la vida de esta mujer". Según la legislación salvadoreña vigente, los médicos temen ser procesados por practicar un aborto médicamente indicado. No temen ser procesados por negarse a practicar un aborto médicamente indicado que pueda provocar la muerte de la paciente.

En cuarto lugar, *la idea de que la ley salvadoreña pretende encontrar un "equilibrio" para "salvar ambas vidas" queda desmentida por los datos de nuestro estudio sobre malformaciones fetales mortales.* Los médicos entrevistados de nuestro estudio se negaron de forma abrumadora a interrumpir cualquier embarazo antes del "término" para cumplir la letra de la ley. Sin embargo, encontramos cuatro casos en los que fetos no viables fueron sometidos a descompresión de la cabeza fetal para facilitar un parto vaginal y salvar a la embarazada de someterse a una cesárea. Evidentemente, estos médicos nunca se hicieron ilusiones de que estaban intentando "salvar" la vida del feto inviable. Siempre comprendieron que los fetos sin cerebro morirían poco después de nacer. Por ello, estos médicos no tenían ningún reparo en descomprimir las cabezas de los fetos drenando el líquido que se desarrollaba donde normalmente debería haber un cerebro para facilitar el parto vaginal. En otras palabras, los médicos de El Salvador tienen prohibido legalmente interrumpir un embarazo no viable en el primer trimestre, cuando el aborto sería seguro y fácil. Pero semanas más tarde, se les permite legalmente dar a luz a ese mismo feto mediante descompresión craneal fetal, dejando claro que esta ley no tiene ninguna intención ni posibilidad de "salvar las dos vidas" en los casos en que el feto es inviable; su único propósito es obligar a una mujer a permanecer embarazada durante cuarenta semanas en lugar de veinte, en contra de su voluntad, y sin tener en cuenta las graves crisis de salud que podría sufrir.

Además, aunque los médicos salvadoreños a veces están dispuestos a tomar medidas como la descompresión de la cabeza del feto para preservar la salud de sus pacientes embarazadas, con frecuencia estas medidas siguen siendo demasiado poco y demasiado tarde en términos de prevención de consecuencias graves para la salud. En un caso encontrado en nuestro estudio, los médicos que buscaban un parto vaginal en una adolescente primigesta no pudieron resolver el trabajo de parto obstruido incluso después de utilizar la descompresión de la cabeza fetal, lo que resultó en un trabajo de parto prolongado, un desgarro vaginal de grado 3, corioamnionitis (infección de la placenta) y, en última instancia, un parto por cesárea (*AJOG*).

El rechazo de los médicos a la noción de "salvar las dos vidas" en embarazos no viables deja claro que el protocolo de 2016 es un documento político con escaso valor médico. No hay ninguna razón médica para

exigir a una mujer que espere hasta las cuarenta semanas para interrumpir un embarazo inviable cuando se podría haber interrumpido de forma mucho más segura, y de forma idéntica, a las veinte semanas. No es cierta la ficción de "salvar las dos vidas" cuando al feto le falta el cerebro, el aparato digestivo o la mitad inferior del cuerpo. No hay pruebas que apoyen la idea de que una muerte fetal se convierte en "natural" a las 40 semanas de embarazo, pero que por alguna razón era "antinatural" a las 20 semanas de embarazo, sobre todo teniendo en cuenta que el 41% de los embarazos de nuestro estudio seguían necesitando medicación para inducir artificialmente el parto, incluso después de esperar hasta el final de las 40 semanas, exactamente la misma medicación que se habría administrado a estas mujeres a las 20 semanas para iniciar el parto si no existiera una ley antiaborto en El Salvador. Además, un 28% adicional de las mujeres de nuestro estudio tuvieron que someterse a una cesárea para dar a luz a un feto no viable, cirugía que probablemente se habría evitado con la detección temprana y la interrupción del embarazo no viable. En resumen, la única justificación para poner en peligro la salud física y mental de estas mujeres retrasando la interrupción de sus embarazos no viables es la búsqueda de una agenda política.

Para ilustrar este último punto con un caso particularmente notable, una mujer primigesta de 22 años cuyo feto fue diagnosticado con patología renal bilateral y secuencia de Potter de inicio temprano, comenzó trabajo de parto mientras el feto aún tenía un latido cardíaco detectable. Debido a la displasia renal, el feto no podía orinar y estos habían sufrido hipertrofia importante, lo que había provocado un gran aumento de su perímetro abdominal. El feto se alojó en el canal vaginal después de que se expulsó su cabeza. Probablemente teniendo en cuenta la inviabilidad del feto, el médico trató de desalojarlo tirando con fuerza de su cabeza y últimamente decapitándolo. Para la extracción de la parte restante del cuerpo fetal, fue necesario realizar una cesárea. La mujer embarazada sufrió un desgarro vaginal de tercer grado, anemia secundaria, preeclampsia e infección del tracto urinario, además del trauma de ver a su bebé decapitado durante el parto. Aunque resumen este caso en el artículo de *AJOG*, también añado al apéndice un artículo de periódico, demostrando la atención pública que recibió el caso.

C. La ley antiaborto de El Salvador es imposible de aplicar porque el país carece de la formación científica y la capacidad tecnológica necesaria para evaluar con imparcialidad si se ha producido un aborto.

Incluso si la ley antiaborto pudiera codificarse de algún modo que permitiera una aplicación clara, mi investigación demuestra claramente que las instituciones judiciales salvadoreñas carecen de los conocimientos científicos y la capacidad tecnológica para determinar si deben aplicarla y cómo.

Para empezar, históricamente no ha habido patólogos forenses en El Salvador (y de hecho, incluso en mi propio país, Estados Unidos, tenemos una tremenda escasez de médicos especializados en patología forense). La mayoría de las personas que trabajan en el Instituto de Medicina Legal en El Salvador no tienen una formación superior a la licenciatura en medicina, aunque algunos han tomado algo así como un curso de 10 días sobre "investigación de la escena del crimen". Durante la mayor parte del tiempo que realicé mi trabajo de campo, el jefe de Medicina Legal era licenciado en psiquiatría, no en medicina forense. El personal de Medicina Legal tampoco tiene la especialización adicional necesaria en obstetricia forense o neonatología forense para entender cuándo la muerte fetal o la muerte de un recién nacido puede deberse a causas naturales frente a cuándo puede ser causada con dolo e intención. La abrumadora falta de especialización forense en El Salvador quizás esté mejor documentada en el reportaje de investigación de octubre de 2018 de Valeria Guzmán, publicado en el diario salvadoreño *La Prensa Gráfica*.[5]

Esta ausencia de especialistas forenses da lugar a numerosos casos en los que mujeres embarazadas de bajos ingresos son procesadas con éxito por el Estado con malas pruebas y argumentos anticientíficos. Aquí ofrezco sólo algunos ejemplos que surgieron de mis investigaciones al fondo de estos casos judiciales para ilustrar el problema:

5 https://7s.laprensagrafica.com/en/a-medicina-legal-le-faltan-forenses-con-especializacion-academica/. También pueden revisar un pdf del artículo en el apéndice.

- Los argumentos sobre la "ruptura del cordón umbilical" ofrecen una ilustración convincente de los problemas con el Instituto de Medicina Legal en El Salvador (IML). En muchos de los casos que estudié, el IML ha argumentado que las mujeres que han sufrido un mortinato deben ser culpables de "aborto" u "homicidio" porque "el cordón umbilical no se rompe por sí mismo; que sólo se rompe ejerciendo una fuerza o cortándolo". Por extensión, sugieren que la historia de cualquier mujer que haya perdido el conocimiento mientras daba a luz en una situación de emergencia extrahospitalaria debe ser falsa, porque la mujer tendría que haber cortado conscientemente el cordón umbilical con un cuchillo o con unas tijeras, y por tanto debe ser culpable de aborto u homicidio.

  Este argumento que tan rutinariamente ofrece IML en los casos judiciales que revisé no tiene fundamento alguno en la literatura científica Cuando busqué "rotura del cordón umbilical" en la base de datos médicos de la Universidad de Harvard, encontré 14 artículos revisados por expertos, y cada uno de ellos confirmaba que los cordones umbilicales se rompen por sí solos, sin el uso de tijeras o cuchillos.[6] Además, en mis entrevistas con obstetras me enteré de que a veces los cordones umbilicales se rompen incluso en el útero, lo que, por supuesto, constituye una emergencia médica para el feto y suele provocar un mortinato, una situación que también respaldaría las alegaciones de emergencia obstétrica de las mujeres. A pesar de este claro consenso científico sobre la rotura del cordón umbilical, el personal del IML utiliza de forma rutinaria y consistente afirmaciones sin fundamento científico sobre los cordones umbilicales para argumentar que las mujeres deben haber matado a sus bebés en lugar de sufrir una emergencia obstétrica. Estas afirmaciones sobre la rotura del cordón umbilical se han utilizado de forma rutinaria para encarcelar a mujeres embarazadas de bajos ingresos por emergencias obstétricas en El Salvador desde el principio de este siglo.

- Por poner otro ejemplo, en algunos casos el IML de El Salvador argumenta que todas las mujeres pueden diferenciar entre las ganas de defecar y las sensaciones del parto. El propósito de este argumento es perseguir a las mujeres que han dado a luz accidentalmente en una letrina, alegando que tales accidentes son siempre actos intencionados, y nunca accidentes. Una vez más, este argumento carece de base científica. Cuando la cabeza del feto atraviesa el canal del parto, pasa directamente por encima del colon de la mujer, lo que le provoca una fuerte necesidad de defecar. Este impulso hace que un número sorprendente de bebés nazcan en retretes o letrinas de todo el mundo[7], y no sólo en El Salvador. Una vez más, esta afirmación infundada y sin base científica del IML se ha utilizado para procesar con éxito a mujeres embarazadas de bajos ingresos en El Salvador por el "homicidio" o "intento de homicidio" de sus recién nacidos que nacieron accidentalmente en letrinas.

  Mirna Isabel Ramírez (expediente 159-6-2002, Juzgado de Cuzcatancingo), por ejemplo, estaba embarazada de sólo 7 meses cuando sintió una fuerte necesidad de defecar, fue a la letrina y se horrorizó al dar a luz accidentalmente a su pequeña hija prematura en una letrina. Mirna pidió ayuda y su hija fue rescatada. De hecho, la hija que nació en la letrina celebró recientemente sus 21 años de edad. Sin embargo, debido a los argumentos infundados y acientíficos promovidos por el IML de que tales casos nunca son "accidentales", Mirna fue declarada culpable de "tentativa de homicidio agravado" y cumplió 12,5 años de prisión, durante los cuales perdió su casa, su trabajo, su salud, su posibilidad de cotizar a una pensión y, lo que es más atroz, se perdió los primeros 13 años de vida de su hija. La Corte Suprema salvadoreña ha reconocido desde entonces que el encarcelamiento de Mirna fue injusto, pero Mirna no ha recibido ninguna reparación por las pérdidas adquiridas a lo largo de 13 años de encarcelamiento, y no se ha hecho ningún esfuerzo por poner fin a los argumentos acientíficos esgrimidos por el IML en estos casos.

- Como ejemplo final, señalo que las mujeres acusadas de aborto u homicidio agravado de un recién nacido en El Salvador son procesadas regularmente por el IML mediante el uso de una prueba forense

6 Ven, por ejemplo, estes dos articulos (1) Rhen K, Kinnunen O. 1962. "Ante-partum rupture of the umbilical cord." *Acta Obst et Gynec Scandinav* 41: 86-89, y (2) Tantius B, Rothschild MA, Valter M, Michael J, Banaschak S. 2014. "Experimental studies on the tensile properties of human umbilical cords." *Forensic Science International* 236: 16-21.

7 Ven por ejemplo estos tres ejemplos de casos en los Estados Unidos y el Reino Unido en la cual una mujer se da luz accidentalmente en el inodoro sin ser criminalizada: (1) "Mom Accidentally Gives Birth to Baby Girl in Hospital Bathroom" (Texas) https://www.littlethings.com/newborn-toilet/, (2) "Stunned woman who thought she was constipated gives birth on toilet after doctors fail to notice she's pregnant" (UK) https://www.mirror.co.uk/news/uk-news/stunned-woman-who-thought-constipated-7385970, y (3) " Surprise Delivery! Baby born in Toilet" (Florida) http://www.wdtn.com/news/surprise-delivery-baby-born-in-toilet_20180313060642347/1035954980.

problemática llamada "prueba de flotación pulmonar". Los patólogos forenses han advertido durante más de 100 años que la prueba de flotación pulmonar es propensa a dar "falsos positivos" en la determinación de la vida fetal,[8] sin embargo, esta prueba sigue siendo utilizada rutinariamente, y promovida como el "patrón oro" incontrovertible, por el IML. En esencia, la prueba de flotación pulmonar sostiene que, si un recién nacido nació vivo y respiró, y luego murió, entonces sus pulmones flotarán al introducirlos en un recipiente con agua. Sin embargo, los estudios forenses y los libros de texto advierten de que hay muchas otras formas de que el aire entre en los pulmones del cadáver de un recién nacido, incluso en los casos en que nació muerto y es evidente que nunca respiró por sí mismo. Por ejemplo, el aire puede entrar en los pulmones de un bebé post mortem debido a la manipulación física del cadáver, o porque los gases que se forman por la putrefacción crean burbujas de aire. Por ello, los textos y publicaciones forenses advierten de que hay que extremar las precauciones al analizar los datos de esta prueba.

En contraste con la extrema precaución que exigen los protocolos forenses, el IML de El Salvador utiliza habitualmente la prueba de flotación pulmonar en circunstancias muy inapropiadas. Por ejemplo, Sara Rogel (expediente 018/2012, Juzgado de Santa Cruz Analquito) relata haber sufrido un parto precipitado tras una caída mientras estaba sola en casa. Cuando sus padres llegaron a casa y encontraron a Rogel sangrando e inconsciente, y al bebé muerto todavía entre sus piernas, el padre de Rogel enterró al bebé muerto en su jardín mientras la madre de Rogel la llevaba al hospital para que recibiera la atención médica necesaria. Cuando el personal médico que atendía a Rogel la denunció por sospecha de aborto, la policía regresó a casa de Rogel la tarde siguiente y procedió a desenterrar el cadáver del recién nacido, trasladándolo después al laboratorio forense. A este punto, el IML precedió a realizar una prueba de flotación pulmonar en el cadáver, a pesar del hecho de que el cadáver había sido enterrado bajo tierra, y a pesar del hecho de que la muerte se había producido 24-30 horas antes, dando lugar así a una clara putrefacción que haría que la prueba de flotación pulmonar fuera completamente poco fiable (ya que la putrefacción crea gases que hacen que los pulmones floten). A pesar de que esta prueba se consideraría inválida desde cualquier perspectiva científica, sus resultados se utilizaron para condenar a una mujer de 22 años a 30 años de prisión por el supuesto "homicidio" de su hijo recién nacido.

El absurdo de cómo se utiliza la prueba de flotación pulmonar en El Salvador para procesar a mujeres embarazadas de bajos ingresos quizá se ilustre mejor en el caso de Teodora Vásquez (expediente 5-2008-2, Juzgado de San Salvador). En este caso, el IML argumentó simultáneamente que el bebé nació vivo porque había aire en sus pulmones, *y* que el bebé murió ahogado porque había agua en sus pulmones. Ambas cosas, por supuesto, no pueden ser ciertas. El bebé puede tener aire en los pulmones o agua en los pulmones, pero no puede tener aire y agua al mismo tiempo. Sin embargo, en el caso de Vásquez, el IML promovió esta absurda línea de razonamiento, y los jueces que conocieron del caso nunca cuestionaron este absurdo argumento antes de condenar a Vásquez a 30 años de prisión.

Es importante destacar que, en todos los casos analizados, no encontramos ni un solo caso en el que el IML examinara la posibilidad de que el recién nacido hubiera nacido muerto o hubiera fallecido a causa de una urgencia médica. No encontramos ningún caso en el que un investigador del IML cuestionara si el mortinato podría haber sido causado, por ejemplo, por un desprendimiento de placenta, un cuello uterino incompetente o una infección uterina. Sugiero que el IML no evalúa la posibilidad de un mortinato de origen natural simplemente porque no cuenta con personal con los conocimientos científicos necesarios sobre qué tipo de afecciones médicas podrían explicar la situación, y mucho menos con formación sobre cómo distinguir entre una afección médica y un delito.

Al carecer de esta pericia científica en medicina obstétrica, encuentro que la IML en cada caso que analicé sólo buscó apoyar el veredicto de "culpable", y nunca consideró la posibilidad muy real, con base científica, de evidencia exculpatoria. Claramente, si El Salvador va a tener una ley que requiere tan amplia experiencia en obstetricia forense para determinar la diferencia entre un mortinato natural y un "homicidio" fetal, entonces también debe tener expertos en el personal que puedan cumplir con ese requisito. En la

8 Ven, por ejemplo, las páginas 445-446 del libro de texto, *Patología Forense de Knight*, 3ª edición (Londres, Arnold 2004), escrito por Saukko y Knight.

actualidad, no existen tales expertos.

Esta falta de experiencia se ve agravada por la falta de material de laboratorio. De hecho, en un caso que revisé, en el espacio de la autopsia donde se suponía que el IML debía anotar el peso del bebé fallecido, alguien simplemente había escrito las palabras "no hay báscula". En muchos casos, los cadáveres no parecen haber sido refrigerados, lo que provoca una putrefacción que hace que exámenes como la prueba de flotación pulmonar carezcan de valor y, sin embargo, el examen se utilizó de todos modos. Y el IML no parece tener ni los conocimientos ni el equipo de laboratorio necesarios para realizar exámenes clave, como los exámenes histopatológicos de las placentas.

Es importante señalar que esta falta de experiencia y tecnología no sólo afecta a las mujeres que nacen muertas y son acusadas de "aborto" o "asesinato", a menudo por los mismos médicos a los que acuden en busca de asistencia médica. También afecta a casos como el de Beatriz, dado el protocolo establecido por el tribunal, que exige solicitar un informe médico independiente al IML antes de llegar a una resolución judicial.

En el caso de Beatriz, la Corte Suprema de Justicia de El Salvador solicitó al IML un análisis del "riesgo de muerte materna y fetal a medida que aumente la edad gestacional". También solicitó al IML que describiera la "probabilidad de que una mujer en condiciones similares a las de BC termine su proceso natural de embarazo" y "si existen casos de supervivencia" del feto en casos análogos.

Una vez más, la confianza de los tribunales salvadoreños en el IML para proporcionar conocimientos científicos, cuando en realidad no cuenta con personal que posea dichos conocimientos, exacerba las violaciones de derechos humanos cometidas contra las mujeres embarazadas en virtud de la legislación sobre el aborto de El Salvador. Los obstetras y neonatólogos del equipo médico de Beatriz -los que solicitaron permiso para interrumpir su embarazo- eran claramente los principales expertos en la situación de El Salvador, y claramente tenían más conocimientos que los médicos generalistas del IML. Sin embargo, las conclusiones del IML tuvieron prioridad sobre las conclusiones de los expertos del Hospital Nacional de las Mujeres a la hora de determinar el caso de Beatriz, a pesar de su falta de especialización en el tema.

Además, el IML continuó con su práctica de apoyar la política por encima de la ciencia en el caso de Beatriz. Por ejemplo, cuando la Corte Suprema de Justicia preguntó sobre el "proceso natural de embarazo", el IML debería haber señalado que la noción de "proceso natural de embarazo" es una noción puramente política que no tiene base en la ciencia o la medicina. Si por "proceso natural" el tribunal quiere indicar un proceso en el que no se recurre a la intervención médica, entonces el caso de Beatriz ya era decididamente un proceso no natural, dado que ya estaba bajo atención médica, y dado que estaba anticipando una operación de cesárea, que por supuesto no es una parte "natural" de ningún embarazo. Si por proceso "natural" el tribunal entendía permitir que el feto se desarrollara hasta el punto de ser viable, entonces, de nuevo, tal "naturalidad" ya era imposible, dado que este feto nunca sería viable. Sin embargo, el IML no cuestionó ni una sola vez lo que el tribunal entendía por proceso "natural", ni cómo podía definirse ese proceso "natural", y mucho menos evaluarlo con rigor científico.

Por último, observo que, aunque la Corte Suprema de Justicia solicitó específicamente una evaluación del riesgo de muerte materna *y fetal*, el informe del IML se centró exclusivamente en el posible riesgo de muerte de Beatriz, e ignoró por completo cualquier discusión sobre el feto. Se trata de una omisión crucial. El feto en el vientre de Beatriz no tenía cerebro, y el riesgo de muerte fetal era del 100%. Sin embargo, la ausencia de viabilidad fetal fue sumariamente ignorada en el informe del IML. Esta omisión resulta especialmente atroz dada la conclusión del IML de que "no hay justificación para interrumpir" el embarazo de Beatriz. Múltiples estudios científicos concluyen que los embarazos en individuos con nefritis lúpica tienen elevados riesgos de complicaciones, pero estos estudios también concluyen que tales riesgos pueden ser mitigados en los casos en que una mujer está dispuesta a asumir esos riesgos con el fin de convertirse en madre. No he encontrado ningún estudio que sugiera que las mujeres con nefritis lúpica no tengan "ninguna justificación para interrumpir" su embarazo cuando al feto le falta el cerebro y, por tanto, nunca vivirá fuera de la gestación. Por el contrario, todos los protocolos médicos mundiales de los que tengo conocimiento recomendarían ofrecer la interrupción en la situación de inviabilidad fetal, independientemente de la salud de la madre. Sin embargo, el IML simplemente ignoró todas las cuestiones de viabilidad fetal en su informe sobre Beatriz.

En resumen, mi extenso análisis de casos médicos y legales me lleva a la siguiente conclusión: la ley antiaborto salvadoreña es imposible de aplicar de forma precisa o equitativa, en parte porque el aborto no está definido legalmente, en parte porque siempre es imposible redactar una legislación que pueda cubrir adecuadamente todas las posibles complicaciones que puedan surgir en una situación médica de embarazo, y en parte porque el Estado salvadoreño carece de los conocimientos científicos y los recursos tecnológicos necesarios para evaluar de forma real y equitativa si un aborto ha sido provocado o si se ha producido de forma natural. Por tanto, no es de extrañar que la ley antiaborto en El Salvador se aplique de forma incoherente, acientífica y fundamentalmente discriminatoria.

3. La ley antiaborto de El Salvador es fundamentalmente discriminatoria.

En esta sección final, demuestro cómo las personas con recursos económicos en El Salvador acceden regularmente a abortos, y violan regularmente los derechos de los embriones, sin repercusiones. En agudo contraste, sostengo que las mujeres embarazadas de estatus socioeconómico bajo están explícita y exclusivamente en el punto de mira de la ley antiaborto en El Salvador, y como resultado, son las únicas que sufren la tortura patrocinada por el Estado y el encarcelamiento injusto que he delineado anteriormente.

A. Las personas de clase media y alta acceden regularmente a abortos en El Salvador.

Las personas de clase media y alta en El Salvador acceden regularmente al aborto, o destruyen embriones de otra manera, sin temor a repercusiones. Un aspecto crucial de mis datos para este punto son las entrevistas con activistas antiaborto y líderes políticos que propusieron, aprobaron, y siguen apoyando la actual legislación antiaborto en El Salvador.

Para empezar, los activistas antiaborto asociados con organizaciones "provida" de El Salvador me contaron en entrevistas que un componente clave de su misión organizativa es ofrecer asesoramiento a las mujeres que han abortado. Argumentan que este asesoramiento pretende ayudar a las "supervivientes" del aborto a superar la depresión que supuestamente sufren por haber interrumpido su embarazo. Lo que esto significa es que las mismas organizaciones que ayudaron a redactar y aprobar leyes que exigen duras penas de prisión para las mujeres que solicitan abortos están trabajando simultáneamente con mujeres que han admitido haber cometido el mismo delito que la organización supuestamente pretende castigar. Sin embargo, en lugar de denunciar a estas abortistas por sus delitos y enviarlas a la cárcel -como exige la legislación que ellas mismas proponen-, estas activistas informan de que proporcionan asesoramiento religioso a las abortistas que lo han admitido.

La discriminación de las leyes antiaborto en El Salvador se evidencia aún mas por el próspero negocio de la Fecundación In-Vitro. En el Apéndice a este escrito se presentan enlaces a las páginas web de tres de estas clínicas, un video de YouTube, y un artículo de periódico que examina estas prácticas clínicas. En estas clínicas, personas con recursos económicos en El Salvador pagan hasta $8,000 por tratamiento para que sus óvulos sean recolectados y fertilizados en un ambiente laboratorio. Luego, de acuerdo con sus propios materiales de marketing, estas empresas eligen algunos óvulos para implantarlos en el útero de sus clientes, usando explícitamente pruebas genéticas para detectar y evitar embriones con anomalías congénitas como el síndome de down. No sé si los óvulos rechazados se desechan o se mantienen congelados aperpetuidad, pero independientemente, estas personas con recursos económicos claramente no enfrentan ningún requisito para proporcionar a sus embriones un “nacimiento natural” y una “muerte natural” de la misma manera en que se obligaba a Beatriz brindar a su embrión no viable este servicio, a pesar del costo que le causó a su salud mental, física y financiera.

Quizá el caso más revelador sea el de una mujer a la que llamo Alejandra (seudónimo), a la que conocí a

través de activistas del movimiento provida. Alejandra estaba embarazada de su cuarto hijo cuando los médicos le confirmaron que el embrión se había implantado en la cicatriz del útero donde previamente le habían practicado una cesárea. Según Alejandra, su propio médico le dijo que sería muy peligroso seguir adelante con el embarazo, porque había muchas probabilidades de que su útero se rompiera a medida que el feto se desarrollara, lo que provocaría hemorragias, infecciones y, potencialmente, su propia muerte. Por ello, según Alejandra, su propio médico le recomendó que abortara el embarazo.

Alejandra sabía que no quería abortar dado sus creencias personales sobre el tema del aborto. Sin embargo, en lugar de denunciar a su propio médico a las autoridades por ser cómplice del aborto (y probablemente abortista), Alejandra buscó un segundo médico privado. Este segundo médico también le recomendó abortar, pero aceptó seguir adelante con el embarazo si Alejandra decidía aceptar los riesgos. Alejandra decidió seguir adelante y, finalmente, dio a luz a un bebé prematuro pero sano: llegó a la semana 32 antes de que se le rompiera el útero. En ese momento, Alejandra fue trasladada de urgencia a un hospital privado y tuvo que someterse a una operación de 12 horas para salvarle la vida.

En nuestra entrevista, pregunté a Alejandra qué habría pasado si su útero se hubiera roto antes de la viabilidad. Alejandra dijo que, en esa situación, los médicos se habrían visto obligados a adelantar el parto, ya que su vida (la de Alejandra) habría estado en peligro y el bebé no habría tenido ninguna posibilidad de sobrevivir de todos modos. Me dijo que los médicos le habían dejado muy claro que intentarían salvar las dos vidas todo lo que pudieran, pero que si llegaba un momento en que no había posibilidad de salvar al bebé, salvarían a la madre con la interrupción del embarazo. Cuando pregunté: "¿No es ésta la definición de aborto terapéutico?" Alejandra no tuvo respuesta.

En total, el caso de Alejandra ilustra los puntos siguientes:

- A las mujeres con recursos económicos en El Salvador, sus médicos de práctica privada les ofrecen regularmente abortos cuando el aborto está medicamente indicado.
- Las mujeres con recursos económicos en El Salvador nunca dudan que, cuando su vida está en peligro, sus médicos optarán por salvar su salud y su vida, aunque ello suponga violar la ley antiaborto.
- Las mujeres con recurso económicos en El Salvador nunca dudan que, cuando su feto no tiene posibilidad de vida extrauterina, sus médicos de práctica privada interrumpirán sus embarazos.
- Las mujeres con recursos económicos en El Salvador saben que sus médicos ofrecen abortos a sus pacientes, pero nunca denuncian a sus médicos a las autoridades por ofrecer este tratamiento ilegal.
- Las mujeres con recursos económicos en El Salvador tienen acceso a una atención médica que les permite aceptar más riesgos sanitarios en sus embarazos que las mujeres sin recursos económicos. Si una mujer que viviera en una comunidad rural pobre de El Salvador sufriera una rotura uterina, por ejemplo, es evidente que moriría de hemorragia antes de poder acceder a la atención médica necesaria para salvar su vida.

Las entrevistas anteriores representan un patrón más amplio en mis datos que demuestran cómo los hombres y mujeres de élite que constituyen el movimiento "provida" en El Salvador, y que han promovido y aprobado una de las leyes antiaborto más estrictas y fuertemente penalizadas del mundo, no se ven a sí mismos ni a otras personas de su círculo social como sujetos de la ley. Estas personas admiten abiertamente que conocen a personas que abortan, que saben dónde se puede acceder a un aborto en clínicas privadas, que apoyan a personas que abortan y que emplean a médicos que saben que practican abortos, pero nunca denuncian a estas personas a las autoridades.

De hecho, cuando pregunté a un destacado legislador "provida" por qué proponía una nueva legislación para aumentar aún más la pena de cárcel por el delito de aborto en El Salvador, me dijo que "en El Salvador no hay ninguna mujer que esté condenada por aborto, lo digo categóricamente". Continuó diciendo que creía que la ley sólo tenía efectos simbólicos, no reales, y sugirió que las duras penas de prisión que proponía no se aplicarían ni deberían aplicarse.

Por supuesto, como las pruebas anteriores dejan claro, sabemos que las mujeres de bajos recursos en El Salvador tienen experiencias de embarazo muy diferentes a las de Alejandra. Las mujeres de bajos ingresos

son encarceladas cuando experimentan complicaciones en el embarazo, incluyendo abortos provocados y espontáneos; casos de partos de emergencia, extrahospitalarios, aún incluyendo situaciones en la cual el bebe se nace con vida; y partos de mortinatos de origen natural. Y como encontramos en nuestro artículo de *AJOG*, además de mis entrevistas con obstetras salvadoreños, las mujeres de bajos ingresos en hospitales públicos regularmente se ven obligadas a sufrir mutilaciones, torturas y riesgos para su salud, incluida la muerte, cuando los hospitales públicos les niegan abortos prescritos médicamente. A medida que la Corte Interamericana evalúa la actual legislación antiaborto en El Salvador, es importante recordar que incluso los más ardientes defensores de la ley reconocen regularmente que *la ley no logra sus objetivos declarados* de prohibir y penalizar el aborto para todos en El Salvador -sólo se dirige a las mujeres de bajos ingresos.

B. La propaganda que promueve la legislación antiaborto en El Salvador se dirige implícitamente a las mujeres de bajos recursos, lo que da como resultado un sistema judicial y médico que solo responsabiliza a las mujeres de bajos ingresos por la prohibición del aborto

El aborto no siempre ha estado politizado en El Salvador. Mi análisis de los artículos periodísticos de finales de los años ochenta y principios de los noventa demuestra que los debates públicos sobre el aborto fueron relativamente equilibrados y apolíticos en este periodo. No fue hasta 1994, cuando el Papa Juan Pablo II empezó a atacar la Conferencia de Población de la ONU en El Cairo por el tema del aborto, y cuando el Partido Republicano en EE.UU. decidió hacer del aborto un tema de "cuña" en su propia campaña, que la retórica "provida" del extranjero también entró en los debates políticos dentro de El Salvador.

Lo que fue único en el debate sobre el aborto en El Salvador fue lo mucho que se centró en la imagen de la "madre desnaturalizada" - una mujer de bajos recursos que "tiraría" a su bebé simplemente para "escapar de las responsabilidades de la paternidad." Véanse, por ejemplo, este artículo del *Diario de Hoy* publicado en 2001. Titulado "Crimenes sin Castigo", se comienza con las siguientes palabras:

"Las cifras de recién nacidos lanzados a fosas sépticas, basureros, o predios baldíos por sus propias madres son alarmantes. Son pocos los niños que logran sobrevivir a esta desgracia. Las autoridades necesitan capturar in fraganti a estas mujeres para procesarlas por homicidio agravado, pues de lo contrario, estos delitos nunca son conocidos y quedan en la absoluta impunidad."

Después de esta nota introductoria, el artículo continúa presentado esta escena distópica para sus lectores:

"Imagínese desnuda, atado de manos y pies, sin poder hablar ni ver. De repente siente que lo lanzan en un agujero y al caer al fondo se da cuenta de que se encuentra rodeado de heces y orines. Todo está oscuro y en el ambiente se siente una fuerte hedentina. Intenta moverse, pero es difícil, y poco a poco empieza a hundirse entre las heces. De pronto varios insectos como cucarachas comienzan a subirse a su cuerpo. No tardan en aparecer gusanos y ratas que comienzan a morderlo hasta arrancarle parte de su piel. Nadie escucha sus dolorosos quejidos y sus desesperados llantos. Ha perdido fuerzas y al transcurrir los minutos, las horas, o los días, su salud se deteriora. Sofocado por el calor, la hedentina, el hambre, y el frio su organismo sucumbe y muere. Esto no es una escena de un filme de ciencia ficción. A miles de bebes les ha tocado protagonizar esta tragedia al ser lanzados por sus propias madres al fondo de fosas sépticas."

Este artículo, y otros similares, brindan tres indicaciones de cómo se desarrolló la ley del aborto para apuntar implícitamente a las mujeres de bajos recursos en El Salvador. Primero, la imagen de "recién nacidos lanzados a fosas sépticas, basureros, o predios baldíos" recuerda a los barrios pobres, lo que sugiere que solo las mujeres que viven en esto barrios considerarían "lanzar" a sus hijos recién nacidos.

En segundo lugar, este artículo cita a la Fiscalía General diciendo "no lo quieren abandonar, lo quieren matar. Por ello se procesa como homicidio agravado, y no como aborto." Esta cuotación sugiere que la Fiscalía equipara el aborto con el abandono con niños, lo que comúnmente se asocia con mujeres de bajos recursos más que con mujeres de altos recursos. También muestra cómo la falta de una definición de aborto en el código legal permite que el delito de "aborto" sea ampliado y moldeado por el Estado para adaptarse a

cualquier número de situaciones en las que las mujeres embarazadas de bajos ingresos pueden ser objeto como “madres desnaturalizadas.”

Finalmente, es importante tener en cuenta que este artículo que reviso no contiene pruebas que respalden sus afirmaciones. No hay estadísticas. No hay ejemplos de casos reales. No se habla de lo sorprendentemente común que es que las mujeres embarazadas den a luz accidentalmente en retretes o letrinas, incluso en países ricos de todo el mundo, dado que el paso del bebé por el canal del parto desencadena una poderosa necesidad de defecar. Sólo se intenta crear un pánico moral sobre las mujeres pobres, o "madres desnaturalizadas", a las que hay que perseguir legalmente por su descuido a la hora de deshacerse de los bebés. Como ilustración final, otro artículo del mismo periódico se titula "Historias de corazones de Piedra", y comienza con las siguientes frases: "Son seres humanos que solo vivieron los nueves meses que permanecieron en el vientre de su madre. Al nacer, esperaban las dulces manos de una madre, pero lo que encontraban eran las garras de mujeres desalmadas."

Con este tipo de retórica politizada en torno a la ley del aborto en El Salvador, no es de extrañar que dos médicos contrarios al aborto mencionaran en sus entrevistas que los campesinos "cogen como perros", equiparando los hábitos sexuales de las personas de bajos recursos con los de los animales.

En resumen, la evidencia es clara de que las personas con recursos económicos en El Salvador pueden aceder de manera fácil y segura a abortos en El Salvador sin temor a repercusiones. La evidencia es igualmente clara de que el Estado salvadoreño solo se dirige a las mujeres de bajos recursos con la ley antiaborto, como lo demuestra el hecho de que la ley se aplica en los hospitales públicos, pere no en los privados, y el hecho de que solo las mujeres de bajos ingresos han sido acusadas de “crimenes” relacionados con el aborto hasta la fecha. En mis investigaciones tras la última decada, no he encontrado ni un solo caso en el que una mujer en un hospital privado tuviera su embarazo vigilado, ni he encontrado un solo caso en el que una mujer con recursos económicos haya sido condenada a prisión por algún tipo de crimen relacionado a su embarazo.

La evidencia sugiere además que las personas y organizaciones económicamente poderosas que promueven y apoyan esta ley para sus propios beneficios políticos también promueven y apoyan su aplicación discriminatoria. Los políticos y activistas antiaborto que entrevisté indicaron claramente que las personas con recursos económicos nunca serán objecto de la ley. Incluso reconocen abiertamente que conocen a personas que infringen la ley, pero nunca expresan ningún indicio de que denunciarán a estos delincuentes ante las autoridades etatales. Sin embargo, estas mismas personas que se niegan a responsabilizar a sus propios médicos por ofrecer abortos también han hecho una campaña pública y ferviente a favor de que el estado exija a las mujeres de bajos recursos—como Beatriz—que continúen con embarazos peligrosos e inviables.[9] Y las mismas organizaciones antiabortistas que ofrecen servicios de consejería a mujeres de altos ingresos que se están “recuperando” de sus propios abortos provocados admitidos, también hacen campaña pública para promover le encarcelmiento de mujeres de bajos recursos acusadas de “homicidio agravado” o “intento de homicidio agravado” de un feto, aun cuando la evidencia científica real en los casos de estas mujeres de escasos recursos indica claramente que sufrieron emergencias obstétricas y mortinatos de origen natural.[10] Claramente, la extrema desigualdad socioeconómica ha moldeado poderosamente la forma en que el estado interpreta, institucionaliza, y hace cumplir su legislación contra el aborto.

9 Ven ejemplos en el # 6 del apéndice.
10 Ven ejemplos en el #7 del apéndice

CONCLUSIÓN

En resumen, el aborto está penalizado, pero no definido legalmente en El Salvador. Como resultado, los médicos y los fiscales de El Salvador tienen la tarea imposible de defender una ley no especificada, en la que no tienen ni idea de lo que distingue un acto delictivo de un acto no delictivo. Además, dado que la noción de "vida que comienza en la concepción" está claramente definida, mientras que el aborto no lo está, y dado que los médicos temen ser procesados si no se inclinan por etiquetarlo todo como aborto, los médicos y los fiscales suelen conceder derechos extraordinarios a los fetos, convirtiendo a las mujeres embarazadas en vasijas que deben sacrificar sus derechos humanos fundamentales por el embrión o el feto que llevan en su vientre, aunque ese embrión o feto muera al nacer. No puedo imaginar ninguna otra situación en la que una persona ya nacida tenga derecho a matar o mutilar a otra persona ya nacida parándole el corazón, destruyéndole el útero o provocándole una hemorragia mortal. Sin embargo, en El Salvador, los embriones y los fetos tienen el derecho explícito de matar o mutilar a las mujeres embarazadas de pocos recursos económicos sin su consentimiento. Y si los médicos deciden poner los derechos de las mujeres embarazadas pobres por encima de los derechos incluso de los fetos no viables, se amenaza a los propios médicos con procesarlos. No es de extrañar que muchos ginecólogos y obstetras de El Salvador rompieran a llorar durante nuestras entrevistas al relatar historias de mujeres a las que dejaron sufrir, o incluso morir, porque la ley "les ata las manos" y les impide administrar la atención médica que necesitan las mujeres embarazadas.

Tal vez sea irónico que la mujer para cuyo caso escribo este amicus curiae—Beatriz—sea la única mujer que he estudiado que pudo interrumpir su embarazo no viable antes del tercer trimestre en un hospital público. Beatriz parece ser un caso atípico en El Salvador porque su médico, Dr. Guillermo Ortiz, decidió buscar su derecho legal a interrumpir su embarazo no viable, y porque los activistas llamaron la atención internacional sobre su caso. En contraste, y como se documenta en nuestro riguroso y publicado análisis de casos, la mayoría de las mujeres de bajos ingresos en la situación de Beatriz se vieron obligadas a llevar sus embarazos no viables por mucho más tiempo y sufrieron complicaciones médicas más graves. Especificamente, en nuestro análisis de 239 casos, encontramos que el 54,9% de los embarazos con malformaciones fetales fatales experimentaron al menos una complicación grave materna, y que casi que la mitad (47,9%) de los embarazos en nuestra población de estudio se manejaron con una cesárea u otro procedimiento físicamente invasivo, incluidas las intervenciones como dilatación y curetaje, amniodecompresiones, y histerectomias. Si incluimos además la intervención de inducción con medicamentos, la tasa de intervenciones médicas sufrida por mujeres con embarazos no viables bajo la prohibición absoluta del aborto aumenta hasta el 57,3%. Es importante destacar que la mayoria de estas complicaciones e intervenciones hubiera sido evitado si las mujeres embarazadas tuvieron la opción de terminar su embarazo al recibir el diagnosis de una malformación incompatible con la vida.

La evidencia que he acumulado también indica que el Estado salvadoreño aplica su legislación antiaborto de manera altamente inequitativa, etiquetando una amplia varieda de situaciones como “aborto” cuando se trata de mujeres de bajos recursos, mientras permite que mujeres de altos ingresos accedan los abortos que quieren o necesitan sin repercusiones. Luego, el Estado justifica estas violaciones de derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos inventando terminología que no tiene base en hechos médicos. Por ejemplo, el Estado ha insistido en que incluso los fetos no viables tienen derecho a “muertes naturales”, pero nunca explica por que una inducción de 40 semanas es “natural” mientras que exactamente la misma inducción a las 20 semanas es “antinatural”. El Estado argumenta que existe una diferencia entre “interrupciones del embarazo” y “terminaciones del embarazo” cuando no existe una base médica para tal diferenciación. El Estado argumenta que todo embrión tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción, aun cuando el feto sea inviable, pero ignora convenientemente el derecho a la salud o a la vida de la propia gestante. El Estado insiste que siempre es necesario “salvar ambas vidas”, la del embrión y la de la gestante, ignorando la realidad de que los fetos inviables nunca se pueden salvar, y ignorando la realidad de que en muchas situciones, simplemente no hay manera de salvar las dos, porque la unica manera de salvar la vida de la gestante es terminar la vida del feto. Y el Estado ha desarrollado protocolos que, según dice, permiten a los médicos interrumpir embarazos cuando la mortalidad materna se vuelve “inminente”, pero nunca reconoce que la “muerte inminente” simplemente no es una condición diagnosticable y que, en muchos casos, esperar y ver si el paciente muere es la única forma de determinar con precision si la muerte

es inminente. Insto a los honorables jueces que reconocen estos argumentos por la retórica política que son, y en cambio enfoque en los daños reales que sufren las mujeres embarazadas de escasos recursos en El Salvador por la aplicación discriminatorio de la ley anti-aborto.

Finalmente, señalo que, si la meta es reducir las tasas de aborto, entonces hay una serie de medidas comprobadas que los estados pueden tomar para reducir la cantidad de abortos provocados en su población. Los estudios muestran que los estados pueden reducir las tasas de aborto brindando educación sexual temprana y basada en evidencia científica en sus escuelas. Los estados pueden reducir las tasas de aborto proporcionando fácil acceso a métodos anticonceptivos efectivos y asequibles. Los estados pueden reducir las tasas de aborto brindando accesso a oportunidades educativas y de cuidado infantil asequibles y de alta calidad. Los estados pueden reducir las tasas de aborto brindando apoyo económico a las familias de bajos ingresos que de otro modo viven en condiciones que no se permiten criar más hijos. Sin embargo, no tengo conocimiento de ninguna evidencia que demuestre que criminalizar el aborto reduzca la taza de abortos en una nación. Ciertamente, la evidencia ofrecida por el propio movimiento antiaborto en El Salvador apoya la noción de que las leyes antiaborto en El Salvador son totalmente incapaces de prohibir que las personas con recursos accedan al aborto.

Si bien la legslación antiaborto en El Salvador no logra impedir que las personas con recursos accedan al aborto, ha infligido daños directos y significativos contra la salud y la libertad de cientos de mujeres embarazadas de bajos ingresos en El Salvador atrapadas en el teatro político del estado. Argumento que cada una de estas mujeres merece reparaciones por la discriminacion, el encarcelimiento, la tortura, y las pérdidas patrocinados por el estado que han soportado.

Pero además de ofrecer reparaciones a las mujeres que han sido blanco de esta ley, tambien le pido a la corte que piense detenidamente si se le debe permitir al Estado salvadoreño legsilar el aborto en primer lugar. Por que la simple realidad es esta: no hay manera de dar derechos humanos a un embrión o feto sin quitarle los derechos humanos a la persona embarazada en la que se implanta.

Gracias por su paciencia y cuidadosa atención a lo largo de las muchas páginas de este escrito de Amicus Curiae.

Atentamente,

Jocelyn Viterna
Profesor de Sociología
Universidad de Harvard

III. PAULINE CAPDEVIELLE Y MARÍA DEL PILAR GONZÁLEZ BARREDA

Derechos reproductivos y salud reproductiva

Las implicaciones de la criminalización del aborto en el derecho a la igualdad y no discriminación

Regresividad normativa

Temas adicionales:

Discriminación por motivos socioeconómicos

Derecho a la salud con enfoque integral

Principio de progresividad

Ciudad de México, a 2 de abril de 2023

Honorables Juezas y Jueces
Corte Interamericano de Derechos Humanos
San José, Costa Rica.

Ref: Caso Beatriz y Otros vs. El Salvador.
Amicus curiae

De acuerdo con el artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las que suscriben, Pauline Capdevielle y María del Pilar González Barreda, presentamos este documento, respectivamente, en nuestra calidad de investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y de profesora de la Facultad de Derecho de la misma universidad presentamos este escrito de *amicus curiae*, con el propósito de contribuir respetuosamente con algunas consideraciones jurídicas a la decisión que la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la «Corte IDH» o la «Corte Interamericana») tomará en el Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador.

En este documento, consideramos que existen elementos, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH y con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, para reconocer a Beatriz y a su familia la calidad de víctima al haber sido vulnetados sus derechos humanos por parte del Estado salvadoreño. La argumentación se articula de la manera siguiente: en un primer apartado trazamos los acontecimientos importantes del caso; en el segundo, fundamentamos el argumento de que los derechos reproductivos de las mujeres son derechos humanos, y por lo tanto, abren una serie de obligaciones para los Estados; en un tercer momento, argumentamos que la legislación salvadoreña en materia de aborto es incompatible con los estándares internacionales y regionales al afectar el derecho a la salud y la autonomía de las mujeres; en un cuarto punto, se aplica al caso una perspectiva interseccional para argumentar la vulneración del derecho de Beatriz y su familia a la no discriminación por motivo socioeconómico; en el quinto, se enfatiza el derecho a la salud desde un enfoque integral; finalmente, en el sexto punto argumentativo, se hace un llamado a la Corte a examinar el caso de Beatriz y la situación de las mujeres salvadoreñas desde el principio de progresividad de los derechos humanos y la prohibición de no regresividad.

***

"Que quiero vivir.... si yo quiero vivir, por mi otro hijo que tengo.
Yo pienso que como este niño lastimosamente viene malo,
y se va a morir, entonces deberían de sacarlo...
porque mi vida corre riesgo."

Beatriz, El Faro.net, 30 de abril de 2013

1. La historia de Beatriz

Beatriz era una mujer salvadoreña que vivió su vida en condiciones de extrema pobreza y precariedad. A la edad de veinte años, le diagnosticaron lupus eritematoso sistemático, nefropatía lúpica y artritis reumatoidea, una enfermedad sistémica, autoinmune y crónica, que alteró de manera grave su estado de salud. En 2011, cursó un primer embarazo que fue considerado de alto riesgo debido a sus padecimientos clínicos, siendo hospitalizada en dos ocasiones a causa de la agravación de su cuadro clínico. Al empezar el trabajo de parto, a Beatriz se le detectó una preeclampsia severa, por lo que se practicó una cesárea. Su hijo recién nacido quedó internado durante 38 días. A raíz de este suceso, el personal médico le informó que no podía volver a embarazarse, proponiéndole esterilizarse, procedimiento que la paciente declinó.

En febrero de 2013, a Beatriz le fue diagnosticado un segundo embarazo de once semanas, el cual se consideró también de alto riesgo debido a su historial clínico. Poco después, se estableció que el feto tenía anencefalia, una malformación congénita incompatible con la vida extrauterina. Ante esta situación, el personal médico recomendó interrumpir lo antes posible el embarazo, debido a que el historial clínico de Beatriz era un indicio de que el embarazo ponía en riesgo su propia vida.

Beatriz manifestó al personal de salud, así como de forma pública, que era su deseo interrumpir el embarazo[1]. Dentro de su expediente clínico se encuentra información sobre la afectación a su salud mental, originada por saber que el embarazo ponía en riesgo su vida, ya que había tenido antecedentes de su primer embarazo y tenía el temor de que las complicaciones de su primer embarazo aparecieran en el segundo.

Debido a que el Código Penal de la República de El Salvador tipifica al aborto sin causales de excepción o excluyentes de responsabilidad[2], y ante la inacción del personal de salud, Beatriz presentó un amparo ante la Corte Suprema de Justicia al inicio del mes de marzo. De manera paralela, su caso llegó ante el SIDH, obteniendo medidas provisionales tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana para ordenar que se realizara el procedimiento médico y así preservar su vida, salud e integridad física. A finales del mes de mayo de 2013, la Corte Suprema de El Salvador negó la procedencia del amparo en contra de las autoridades médicas por conducta omisiva, recordando que la Constitución pone en una misma jerarquía los derechos del producto de la concepción y los de las mujeres gestantes.

Finalmente, el 3 de junio de 2013, el cuerpo médico identificó señales de inicio de trabajo de parto, por lo que tomaron la decisión de realizar una cesárea; la niña recién nacida falleció cinco horas después. Beatriz solicitó ser esterilizada, y a pesar de sufrir algunas complicaciones derivadas de su condición de salud, pudo ser dada de alta unos días después. Lamentablemente, Beatriz falleció en noviembre de 2017 a consecuencias de su delicado estado de salud tras un accidente de tránsito.[3]

2. Los derechos reproductivos son derechos humanos

La discusión respecto al derecho al aborto, y en general respecto a los derechos reproductivos de las mujeres, es motivo de controversia en América Latina. Sin embargo, existe un consenso en reconocer que los temas de sexualidad y de reproducción de las mujeres deben ser examinados desde la mirada de los derechos humanos, al estar íntimamente relacionados con el principio de dignidad de la persona humana, el derecho a la vida, el derecho a la salud, a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Entender los derechos reproductivos como derechos humanos implica obligaciones concretas para los Estados: avanzar hacia su reconocimiento y garantía efectiva, de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia y progresividad y no regresividad de los derechos humanos.

Un hito en la construcción de una agenda de derechos reproductivos ha sido el Programa de Acción

1 CIDH, Informe de Fondo No. 9/20 Caso 13.378, Beatriz Vs. El Salvador, aprobado el 3 de marzo de 2020, párr. 39.
2 Únicamente el artículo 137 del Código Penal reconoce que el aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada no será punible.
3 Resumen elaborado a partir de los datos recopilados por CIDH, Informe de Fondo No. 9/20 Caso 13.378, Beatriz Vs. El Salvador, aprobado el 3 de marzo de 2020.

aprobado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo, de 1994[4]. Dicho programa establece distintos principios rectores, entre los que destacan:

> "Promover la equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, así como eliminar la violencia de todo tipo contra la mujer y asegurarse de que sea ella quien controle su propia fecundidad son la piedra angular de los programas de población y desarrollo..."[5]

> "Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo."[6]

El Plan de Acción enfatiza el concepto de salud reproductiva como concepto clave reconocido por todos los países para avanzar hacia la consolidación de los derechos reproductivos de las personas. En particular, se hace hincapié en que los derechos reproductivos incluyen el derecho a disfrutar del nivel más elevado posible de salud sexual y salud reproductiva[7]. Durante la Conferencia, el debate más álgido se dio en lo relativo al aborto y a la necesidad de despenalizarlo o legalizarlo para evitar conductas altamente riesgosas para la salud y la vida de las mujeres. Finalmente, se logró un consenso en torno a no promover el aborto como un método de planificación familiar, y a la obligación del Estado de atender a las mujeres que se hubieran sometido a abortos realizados en condiciones no adecuadas, así como ofrecer información y servicios a fin de prevenir abortos.[8]

Por su parte, la Declaración de Beijing[9], adoptada en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer un año después, consolidó el derecho de las mujeres a ejercer el control sobre su cuerpo y a decidir de manera libre y responsable sobre temas relacionados con la sexualidad, en un contexto de igualdad de género. En dicha Declaración, los Estados afirmaron el "derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su propia fecundidad"[10]. Cabe mencionar que la Plataforma de acción derivada de la Declaración en comento reconoce que "Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia."[11]

En la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible del año 2015, se establecieron como metas: reducir la tasa mundial de mortalidad materna[12] y asegurar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, así como la Plataforma de Acción de Beijing[13].

En el año 2019, con motivo de la conmemoración de los 25 años de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, se llevó a cabo la Cumbre de Nairobi (CIPD +25). El Sistema de Naciones Unidas se comprometió a intensificar los esfuerzos para lograr el acceso universal a la salud y los derechos sexuales y reproductivos. En específico se determinó luchar por alcanzar cero muertes y morbilidades maternas evitables, al integrar en las estrategias, políticas y programas nacionales de cobertura universal de salud un paquete integral de intervenciones en materia de salud sexual y reproductiva, incluidos

4 Programa de Acción, aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.
5 Ibidem, Principio 4.
6 Ibidem, Principio 8.
7 Ibidem, párr. 7.3.
8 Galdos Silva, Susana, La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva, Revista Peruana de Medicina Experimental y salud pública, Lima, Vol. 30, no. 3, julio 2013.
9 Naciones Unidas, *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultado de Beijing+5*, 2a. ed., s.l.i., Naciones Unidas, 2014, disponible en https://www2.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755
10 bidem, p. 12.
11 Ídem.
12 Objetivo 3.1 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.
13 Cfr. Asamblea General de la ONU, *Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030*, 2015, Objetivo 5.6.

el acceso a abortos sin riesgo dentro de los límites de la ley, medidas para prevenir y evitar abortos en condiciones de riesgo, así como la atención posaborto, y para proteger y garantizar el derecho de todas las personas a la integridad y la autonomía coporal y los derechos reproductivos, además de proporcionar acceso a servicios esenciales en apoyo a estos derechos.[14]

La prohibición legal del aborto no afecta a la necesidad de una mujer de abortar, pero sí a su acceso a un aborto seguro. Entre el 4,7% y el 13,2% de todas las muertes maternas se atribuyen a abortos peligrosos, lo que equivale a entre 13.865 y 38.940 muertes causadas anualmente por la imposibilidad de practicar un aborto seguro.[15]

Por otro lado, diversas interpretaciones autorizadas del derecho internacional han enfatizado que el acceso al aborto legal y seguro resulta esencial para un disfrute y ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres. De acuerdo con la información disponible, desde mediados de los años noventa hasta comienzos de 2005, estos órganos han emitido al menos 122 observaciones finales referidas a 93 países, abordando de manera sustantiva la relación entre el aborto y los derechos humanos básicos"[16]. Tal es el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), quien en su Recomendación General No. 24 sobre Mujer y Salud señaló que "la denegación de procedimientos clínicos requeridos sólo por las mujeres es una forma de discriminación en su contra"[17] además de que "confirma la obligación de los Estados de respetar el acceso de todas las mujeres a servicios de salud reproductiva y solicita de manera expresa que 'se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud.'"[18] Dicho Comité señaló que "En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a las mujeres que se hayan sometido a abortos."[19]

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), en su Observación General número 14, ha relacionado los derechos sexuales y reproductivos como parte del derecho a la salud, además de exhortar a los Estados a "mejorar [...] los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia [...] El CDESC recomienda a los Estados eliminar las barreras que limitan el acceso de las mujeres a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva."[20]

El mismo Comité, en su Observación 22, ha señalado que el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida, a la libertad y la seguridad; a no ser sometida a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad. La falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.[21]

El Comité también señaló que, a fin de reducir las tasas de mortalidad y morbilidad maternas, se necesita atención obstétrica de urgencia y asistencia cualificada en los partos y medidas de prevención de los abortos en condiciones de riesgo. La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las

14 Cfr. Declaración de Nairobi sobre la CIPD25: Adelantando la promesa, p. 3.. Disponible en: *https://www.un.org/es/conferences/population/nairobi2019*
15 World Health Organization, *Abortion care guideline*, Geneva, 2022. Disponible en: https://www.who.int/publications/i/item/9789240039483
16 Walsh, Janet y Mollmann, Marianne, *Derecho Internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina*, Human Rights Watch, Julio de 2005, disponible en: https://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/2006/wrd0106/wrd0106sp.pdf, p. 4
17 Ibidem, p. 16.
18 Ídem.
19 Ibidem, *p. 7.*
20 Ibidem, p. 6.
21 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de mayo de 2016, párr. 10.

mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva.[22]

De acuerdo con los documentos mencionados, existe una relación fuerte y directa entre los derechos reproductivos y el derecho a la salud y vida de las mujeres. La criminalización del aborto no solo pone en riesgo la vida de las mujeres que se someten a abortos inseguros, sino también tiene repercusiones en el personal de salud que, frente a normas penales estrictas, niegan servicios de salud esenciales para las mujeres.

Finalmente, los derechos reproductivos guardan una estrecha relación con el derecho a la no discriminación. El artículo 1º de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer define a la discriminación contra la mujer como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil".[23] Al respecto, el Comité CEDAW "ha dejado implícito en su Recomendación General sobre Mujer y Salud que la denegación de procedimientos clínicos requeridos sólo por las mujeres es una forma de discriminación en su contra [...] y solicita [a los Estados] que 'se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud'.[24]

3. La criminalización absoluta del aborto es incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos

Diferentes países centroamericanos, entre ellos, El Salvador, prohíben la posibilidad de interrumpir un embarazo, situación que ha sido objeto de preocupación por diversos organismos de derecho internacional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en un documento titulado "Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe"[25] señala que la normativa regional –en particular, los derechos a la igualdad y no discriminación, a la vida, a la integridad personal, a la salud, el derecho a la dignidad, el acceso a la información, entre otros– genera la concreta obligación para los Estados de garantizar el acceso a servicios de salud orientados a las necesidades particulares de las mujeres, niñas y adolescentes[26]. Recuerda, asimismo, que la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prevé la obligación para los Estados de tomar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación en contra de las mujeres en la esfera de la atención a la salud, incluso los que se refieren a la planificación de la familia, para hacer efectivo su derecho a decidir sobre el número de los hijos y el intervalo entre los nacimientos.[27]

La criminalización absoluta del aborto, enfatiza, es incompatible con los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, el derecho a vivir una vida libre de violencia así como el derecho a la no discriminación, especialmente en los casos de riesgo a la salud o a la vida de la madre, la inviabilidad del feto y en embarazos resultantes de violación o incesto.[28] De acuerdo con la Comisión, "la criminalización absoluta del aborto, al imponer una carga desproporcionada en el ejercicio de los derechos de las mujeres, resulta contrario a las obligaciones internacionales que tiene el Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres a la vida, a la salud y a la integridad".[29] Menciona que la criminalización del aborto, la inexistencia de causales de excepción y de opciones seguras y oportunas tiene efectos directos en la práctica de abortos clandestinos e inseguros y sobre emergencias obstétricas que no son debidamente atendidas. Debido a lo anterior, algunas mujeres se ven obligadas a seguir con su embarazo, lo que las expone a un prolongado y excesivo sufrimiento físico y psicológico.[30]

22 bidem, párr. 28.
23 Naciones Unidas, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Naciones Unidas, 1979, disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx
24 Walsh, Janet y Mollmann, Marianne, *op. cit*., pp. 15, 16.
25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 14 de noviembre de 2019, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf
26 Ibidem, párr. 200.
27 Ibidem, párr. 201.
28 Ibidem, párr. 202.
29 Ídem.
30 Ídem.

Igualmente, la Comisión hace suya la postura del Comité de Derechos Humanos planteada en su Observación no. 36 relativa al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y concerniente al derecho a la vida. Dicho Comité señala que las medidas estatales orientadas a regular el aborto no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de las mujeres, así como de sus otros derechos, en particular, los que son relacionados con la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De esta manera, el Comité es tajante en afirmar que las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos"[31]. Es por esta razón que considera necesario "facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en situación en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave".[32]

En un segundo documento titulado "Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres"[33], la Comisión Interamericana enfatiza la importancia de reconocer el aborto terapéutico como servicio de salud especializado que las mujeres necesitan cuando la vida de la madre está en riesgo debido al embarazo.[34] Señala de manera específico el caso de El Salvador, enfatizando que entre 2000 y 2011, por lo menos 129 mujeres habían sido enjuiciadas por los delitos de aborto u homicidio agravado en dicho país. Durante las audiencias sobre la *Situación de los Derechos Humanos de las Mujeres y Niñas en El Salvador* se mencionaron casos de mujeres que acudieron a servicios de emergencia porque habían tenido abortos espontáneos y fueron arrestadas y privadas de la libertad, así como otros casos de mujeres que fueron condenadas después de haber sido denunciadas por su médico a las autoridades sin elementos probatorios suficientes. Ante esta situación, la Comisión reafirma la obligación del Estado salvadoreño y de los demás Estados que tuvieran una situación similar, de emprender "una revisión detallada de todas las leyes, normas prácticas y políticas públicas cuya redacción o implementación práctica pueda tener repercusiones discriminatorias en el acceso de las mujeres a los servicios de salud reproductiva; su deber de eliminar todos los obstáculos de jure y de facto que impiden el acceso de las mujeres a los servicios de salud materna que requieren, como su penalización; y tomar en cuenta que las leyes restrictivas tienden a tener un efecto especial en las niñas y mujeres afectadas por la pobreza, que tienen bajos niveles de educación y viven en zonas rurales".[35]

La tipificación del aborto surge para sancionar a las mujeres que rompen con el mandato de maternidad[36] protegido por el derecho, desde el cual se considera que las mujeres deben ser madres por el hecho de ser mujeres. La mirada punitivista del aborto es un reflejo aún vigente de la conceptualización de la mujer-madre que no tiene el control sus propios procesos reproductivos y, por lo tanto, es incapaz de tomar decisiones sobre si continuar o no con un embarazo y, además, amerita ser sancionada cuando se atreve a desafiar la prohibición legal.

El primer comité médico se llevó a cabo cuando Beatriz tenía 14 semanas de gestación (sdg). El personal llegó a la conclusión de recomendar la interrupción del embarazo por la condición de salud de Beatriz (ya conocida incluso desde su primer embarazo). Sin embargo, personal del área jurídica sostuvo que dicho comité tenía que realizar sus funciones dentro del marco legal del país. La tipificación del aborto tiene repercusiones también para el personal de salud. En El Salvador, las sanciones previstas por el Código Penal también van dirigidas a la persona "que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer".[37] De esta forma, aunque la recomendación clínica de un comité experto haya sido la interrupción del embarazo, en el caso de Beatriz, la negativa por parte del área jurídica del hospital estuvo directamente relacionada con la

31 Ídem.
32 ACNUDH. General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life.30 de octubre de 2018, párr. 8.
33 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 3 de noviembre de 2011, disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf
34 Ibidem, párr. 53.
35 Ibidem, párr. 55.
36 González Barreda, María del Pilar, *La indisolubilidad jurídica del binomio sexualidad y reproducción para las mujeres mexicanas : crítica desde las teorías de género y feministas*, Tesis para obtener el grado de doctorado. Disponible en: https://tesiunam.dgb.unam.mx/F/CJB4CB7F6433NXYPC1F8YU 63UCRAS9 E8U7TB1L286VS5CHM94G00090?func=findb&local_base=TES01&request=gonzalez+ barreda&find_code=WRD&adjacent=N&filter_code_2=WYR&filter_request_2=&filter_code_3=WYR&filter_request_3=#:~:text=2020,Texto%20completo%C2%A0,-5
37 Artículo 133 del Código Penal de la República de El Salvador: El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años.

interpretación que se hizo de la ley penal.

La negativa del personal de salud para atender emergencias obstétricas deriva, entre otros, de la tipificación del aborto. En el país salvadoreño, la tipificación no admite supuestos en los cuales las mujeres no sean sancionadas, con excepción del aborto que sucede de forma culposa o accidental que se considera como no punible. La consideración jurídico-histórica de que el aborto es un delito en la región de América Latina ha hecho difícil que el personal de salud considere que la atención del aborto es un servicio esencial de salud reproductiva, y que, las sanciones previstas en la ley penal forman parte de un modelo normativo desde el cual se niega a las el disfrute de sus derechos humanos, particularmente los relacionados con la vida, la integridad personal, la salud y la no discriminación.

Es la mujer embarazada quien tiene derecho a decidir sobre sus procesos reproductivos, entendiendo que el abanico de la autonomía reproductiva implica reconocer el derecho que tienen las mujeres de continuar con un embarazo o bien interrumpirlo de acuerdo a su *proyecto de vida*.[38] En otras palabras, la autonomía reproductiva exige reconocer un doble parámetro de obligaciones para los Estados: fortalecer medidas de política pública encaminadas a proteger maternidades deseadas, y de igual forma promover una atención digna para las mujeres que no deseen continuar con un embarazo.[39]

La autonomía, como valor jurídicamente reconocido, requiere la existencia de un contexto o condiciones que hagan posible la elección y la deliberación, sin las cuales se considera que el sujeto no puede autodeterminarse.[40] Además, una decisión autónoma es atravesada por la historia de vida, el contexto económico, la edad, la pertenencia a una comunidad indígena, la religión, el acceso a la educación, la cobertura de servicios de salud, el estado civil, los estereotipos[41] y roles de género en la comunidad, etc. El ejercicio de la autonomía reproductiva requiere que las mujeres identifiquen las opciones clínicas con las que cuentan y, además, que estas opciones estén garantizadas por los Estados.[42]

El derecho a decidir comprende dos ámbitos de protección de igual relevancia: una primera esfera del derecho a elegir corresponde a la persona que voluntariamente escoge el camino de la maternidad, y donde el Estado le brinde el acompañamiento especializado que a esa decisión corresponde, e implica la protección hacia la mujer y la vida prenatal; la segunda esfera de protección es aquella que se deriva de la elección de la mujer o persona gestante de interrumpir su embarazo, y comprende acciones equivalentes al primer ámbito, que deberán ser desplegadas bajo los mismos principios.[43]

Existen varias posturas legales desde las cuales se analiza la regulación del aborto. Resaltaremos cinco de ellas:

A) La tipificación del aborto absoluta, es decir sin tomar en cuenta circunstancias o supuestos desde los cuales no se sanciona o no se constituye el delito. Las sanciones van dirigidas a las mujeres que se autoprocuren un aborto, así como a las personas que las auxilien.

B) La tipificación del aborto considerando un sistema de causales (conocidas como causas de no punibilidad o excluyentes de responsabilidad). Desde esta postura en la ley penal se integran supuestos a partir de los cuales el aborto no es sancionado, por ejemplo, cuando el embarazo es

38 El "proyecto de vida" se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación, en Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas), párrafos 147-148.

39 Tal como lo ha establecido el Comité DESC, existen leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo, la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, 2016, párr. 34.

40 Cfr. Álvarez Medina, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 42.

41 En el Caso I.V. vs Bolivia, la Corte visibilizó algunos estereotipos de género frecuentemente aplicados a mujeres en el sector salud, que generan efectos graves sobre la autonomía de las mujeres y su poder decisorio: i) las mujeres son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado; ii) las mujeres son consideradas como seres impulsivos y volubles, por lo que requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector, y iii) las mujeres deben ser quienes deben llevar la responsabilidad de la salud sexual de la pareja, de modo tal que es la mujer quien dentro de una relación tiene la tarea de elegir y usar un método anticonceptivo. Cfr. Caso I.V.* vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 187.

42 Enríquez Rosas, Lourdes y González Barreda, María del Pilar, "Agenda global de género, derecho a la salud y autonomía reproductiva" en Serie Inclusive, Tomo 9 Mujeres, PNUD e Instituto Electoral de la Ciudad de México, 2020.

43 Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, 2021, párrafos 72-73.

resultado de violencia sexual o cuando pone en riesgo la vida o salud de la mujer.

C) La re-definición del tipo penal de aborto. La conducta tipificada contempla un plazo que sale de la regulación en materia penal y, por lo tanto, dentro de este plazo la interrupción del embarazo no es un delito. En algunas regiones de América Latina, este plazo coincide con el primer trimestre de gestación.

D) La tipificación exclusiva del aborto forzado, es decir, aquél que acontece en contra de la voluntad de la mujer. Responde a la necesidad de que permanezcan en la ley penal las sanciones a quien procure un aborto en contra de la voluntad de la mujer gestante. Por lo que elimina la consideración de sancionar a las mujeres que se autoprocuran abortos.

E) La regulación de la atención del aborto en normas en materia de salud. Responde al cambio de paradigma al considerar la atención del aborto con un asunto de salud pública y de derechos humanos. Desde esta perspectiva, la atención del aborto no depende de los permisos o supuestos otorgados por los códigos penales, sino encuentra su fundamento legal en la protección constitucional y convencional de los derechos de mujeres, niñas y adolescentes. Se considera que la atención del aborto en condiciones seguras es un servicio esencial de salud sexual y reproductiva.

Cabe señalar que medidas como la despenalización de supuestos o causales, así como el reconocimiento de plazos en donde la interrupción del embarazo se encuentre permitida, por sí solas no son suficientes. Aunque las reformas en materia penal son importantes, son insuficientes para garantizar la protección de los servicios de salud que solo las mujeres necesitan. Se requieren acciones multidimensionales de los Estados y de la sociedad civil para que la atención al aborto sea considerada como un asunto de salud pública.

Mediante la criminalización del aborto no se protege la vida prenatal, pero su tipificación sí tiene repercusiones en las mujeres, sobre todo en las que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad. Son las mujeres más pobres las que resienten los efectos de la criminalización. En El Salvador se encuentra documentado que las mujeres con emergencias obstétricas relacionadas con partos prematuros o abortos espontáneos son encarceladas, no por el delito de aborto, sino por el de homicidio en razón del parentesco, alcanzando penas privativas de la libertad que rebasan los 30 años de prisión.[44]

Esta criminalización ha sido analizada por la Corte Interamericana en el Caso Manuela vs. El Salvador, en donde ha sostenido que

> Además de la abismal desproporción con la culpabilidad resultante solo del estado en que la mujer se halla en el período perinatal, no se puede pasar por alto que en la generalidad de los casos –y también en el de Manuela- se suman para disminuir su culpabilidad que se trata de mujeres jóvenes con dificultades de comunicación o que sufren situaciones de aislamiento cultural (en las ciudades es frecuente en el servicio doméstico urbano de procedencia campesina). A esto se añade analfabetismo o muy escasa escolaridad. Provienen de grupos de crianza que son propios de enclaves sociales con cultura retrógrada mucho más marcadamente patriarcal que el resto de la sociedad. Por todas estas condiciones negativas, se trata de mujeres que no están en condiciones de sumarse o de lograr la protección de los movimientos que habitualmente luchan por los derechos e igualdad de la mujer; son verdaderas mujeres sin voz, altamente vulnerables e impulsadas a este delito por enclaves retrógrados de cultura fuertemente patriarcal.[45]

En el Informe "Situación de derechos humanos en El Salvador", la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que al menos 74 mujeres que han sufrido complicaciones obstétricas han sido condenadas por homicidio agravado y sentenciadas hasta con 40 años de cárcel, con base en la sospecha de haberse inducido un aborto.[46] Debido a la ausencia de opciones legales, seguras y oportunas, las mujeres, principalmente las que se encuentran en mayores condiciones de vulnerabilidad, se someten a prácticas

44 DW Documental, "La brutal ley del aborto en El Salvador". Disponible en: *https://youtu.be/ixiLi8JDTbw*
45 Caso Manuela y otros vs. El Salvador, Sentencia de 2 de noviembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 168.
46 CIDH, *Situación de derechos humanos en El Salvador*, (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II), 2021, párr. 198.

peligrosas e incluso mortales; tienen emergencias obstétricas sin la necesaria atención médica; o se ven sometidas, en caso de verse obligadas a proceder con el embarazo, a un prolongado y excesivo sufrimiento físico y psicológico.[47]

4. La mirada interseccional: género y pobreza

La interseccionalidad es una herramienta que ha sido desarrollado en el marco del pensamiento feminista para detectar las múltiples discriminaciones que se entrecruzan de tal manera que producen la subordinación y marginación de las mujeres.[48] En particular, esta metodología o paradigma de investigación visibiliza la existencia de diferentes ejes de opresión que pueden padecer las personas, entre los cuales el sexo, el género, la raza, la clase, la edad, las condiciones de salud, el estado civil, la orientación sexual, para mencionar solo algunos. Respecto a la situación de las mujeres, este giro analítico ha sido fundamental, pues muestra que la diferenciación sexual –el hecho de ser hombre o mujer– no es el único sistema de opresión que son susceptibles de padecer. En cambio, hace hincapié en los otros sistemas de discriminación que atraviesan la vida de las mujeres y cómo se interconectan y se alimentan entre sí. De acuerdo con Patricia Hill, la interseccionalidad permite entender que las estructuras de desigualdad no son simplemente cumulativas, sino que necesitan unas a otras para funcionar, generando impactos en las vidas individuales.[49]

La interseccionalidad muestra que la existencia de discriminaciones hacia las mujeres, ya sean legales, materiales o estructurales, no les afecta a todas de la misma manera. La etnicidad, la clase social, la etapa del ciclo de vida, la enfermedad, son tantas circunstancias que desmultiplican la vivencia de la subordinación y de las privaciones en determinados contextos familiares, comunitarios, sociales y políticos. Asimismo, como muestra Crenshaw[50], la experiencia interseccional es más de la suma de estas desventajas, es una acción simultánea que resulta en una opresión más profunda que se desarrolla en el marco de relaciones sociales marcadas por las asimetrías de poder y que se expresa en la experiencia individual y en la vida privada, en las instituciones, organizaciones y discursos, en las representaciones culturales y en las políticas públicas.[51]

El paradigma de la interseccionalidad ha ido impregnando de forma paulatina la teoría y práctica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin duda, lo anterior ha sido posible debido a que la dogmática jurídica internacional tradicionalmente se ha esforzado en identificar las diferentes condiciones que pueden ser motivos de discriminación en el acceso y goce pleno de los derechos humanos. Ello ha permitido que los intérpretes del derecho internacional hayan podido, en primer lugar, identificar la existencia de discriminaciones múltiples, y posteriormente, empezar a examinarlas desde su interacción y complejidad en diferentes recomendaciones, informes y resoluciones, tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales.[52]

A nivel interamericano, el enfoque interseccionalidad ha sido recogido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994):

> Artículo 9: (...) los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su

47 Ibidem, párr. 204.
48 Gulubov, Nattie, "Interseccionalidad", en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva, *Conceptos clave en los estudios de género* (coord.), Volumen 1, México, CIEG, UNAM, 2019, p. 197-198. El concepto de interseccionalidad ha sido introducido por Kimberlé Crenshaw inicialmente para incorporar las mujeres negras a la reflexión feminista. Hoy en día es utilizada para identificar, entender y aportar soluciones a las situaciones que involucran diferentes ejes de opresión en el quehacer cotidiano de las personas.
49 Hill Collins, Patricia, *Black Feminist Thought. Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, New York y Londres, Routledge, 1991, p. 222.
50 Crenshaw, Kimberlé, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics", *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 140, 1989, pp. 139-167.
51 Gulubov, Nattie, "Interseccionalidad", *op. cit.*, p. 213.
52 Zota-Bernal, Andrea Catalina, "Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 9, octubre 2015-marzo 2016, p. 73.

libertad.[53]

La idea de vulnerabilidad surge en este sentido como el lugar de intersección de diferentes experiencias históricas de desigualdad y discriminación, productos de relaciones asimétricas de poder a nivel político, cultural, político que afectan de manera grave las oportunidades, intereses, acceso a los recursos y representatividad de diferentes colectivos. Así las cosas, la vulnerabilidad, lejos de constituir una característica intrínseca, existencial o natural de determinados colectivos[54] es el resultado de construcciones sociales que es preciso entender para poder desmantelar. De esta manera, tanto el enfoque de la interseccionalidad como el concepto de vulnerabilidad son útiles para desplazar la argumentación jurídica de la no discriminación hacia una mirada estructural, que enfatiza las relaciones de poder históricos y sistemáticos entre diferentes grupos e identidades. Si bien estas categorías han surgido en el marco de la defensa de los derechos de las mujeres, han sido ampliadas al análisis de otros grupos en situación de desventaja sistémica, tal como los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, migrantes, o el colectivo LGBTI+.

En su informe titulado "Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres"[55], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera imprescindible la utilización del enfoque interseccional[56], señalando incluso que es el deber del Estado tomar en consideración la intersección de las diferentes formas de discriminación que pueden sufrir las mujeres por diversos factores que interactúan entre sí, tal como la edad, la raza, la etnia y la posición económica.[57] De esta manera, ha llamado la atención en torno a la multidimensionalidad de las experiencias de discriminación que padecen las mujeres, especialmente, las mujeres indígenas, afrodescendientes y migrantes.[58]

Por el otro lado, diferentes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos muestran cada vez más sensibilidad a la complejidad de las vivencias de discriminación de las mujeres. Asimismo, el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (2006)[59] enfatiza cómo las prácticas de violencia en contra de las mujeres privadas de su libertad tuvieron un impacto adicional en las internas embarazadas y madres de familia, "ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos."[60] En el caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México (2009), la Corte ahondó en la articulación de las circunstancias vitales de muchas de las víctimas de homicidios en Ciudad Juárez, siendo mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, algunas de ellas menores de edad.[61] Análisis similares se llevaron a cabo en los casos Valentina Cantú Vs. México (2011)[62], Inés Fernández Vs. México (2010)[63] y Caso de la Masacre dos Erres Vs. Guatemala (2009)[64] respecto a violencia hacia mujeres indígenas en contextos de militarización. También la Corte abordó el cruce entre género y orientación sexual en el caso Atala Riffo Vs. Chile (2011)[65], y la situación de vulnerabilidades múltiples que padecen las mujeres trans en el caso Vicky Hernández Vs. Honduras (2021).[66]

La situación de pobreza constituye sin duda un obstáculo en el acceso de las mujeres a la justicia y al goce efectivo de sus derechos humanos. Al respecto, la Comisión Interamericana ha señalado que la pobreza no supone solamente la carencia de un ingreso monetario sino que se expresa en una situación de exclusión y marginación en los diferentes niveles de lo social que invisibiliza a quienes la padecen.[67] Igualmente, enfatiza que la pobreza debe ser examinada desde una perspectiva de género "a fin de tomar en consideración la discriminación histórica y los estereotipos de género que han afectado a las mujeres, niñas y adolescentes;

53 Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.
54 *Ibidem*, p. 75.
55 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Estándares jurídicos...", *op. cit.*
56 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres", 2015, párr. 20.
57 Ibidem, párr. 28.
58 Zota-Bernal, Andrea Catalina, "Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables..., *op. cit.*, p. 78.
59 CoIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2006.
60 Ibidem, párr. 292.
61 CoIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009.
62 CoIDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia del 15 de mayo de 2015.
63 CoIDH, Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México, sentencia del 30 de agosto de 2010.
64 CoIDH, Caso de la Masacre dos Erres Vs. Guatemala, sentencia del 24 de noviembre de 2009.
65 CoIDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012.
66 CoIDH, Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras, sentencia de 26 de marzo de 2021.
67 CoIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, adoptado el 7 de septiembre de 2017, párr. 5.

y que han limitado de forma severa el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en todos los ámbitos".[68] Agregó que la pobreza incrementa la posibilidad para las personas de padecer situaciones de violencia, incluyendo la física, psicológica, sexual, económica, obstétrica y espiritual, entre otras.[69] Enfatizó que en la región son las mujeres quienes son afectadas de mayor manera por la pobreza y pobreza extrema.[70] Esta situación merma su autonomía tanto económica como reproductiva, y vulnera de manera sustancial el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.[71] De esta manera, y siguiendo a la Comisión, es importante tomar en cuenta "la gran divergencia que existe entre el acceso a la justicia por parte de mujeres que tienen recursos económicos y las que se encuentran en desventaja económica".[72]

Lo anterior es particularmente patente en temas de salud reproductiva, especialmente en los Estados que criminalizan de manera absoluta el aborto, ya que las mujeres que tienen recursos pueden viajar en el extranjero para recibir la atención que necesitan o pagar los servicios de médicos comprensivos; mientras que las mujeres en situación de pobreza se quedan a merced de legislaciones restrictivas o incurren en procedimientos clandestinos y riesgosos para su salud o incluso su vida. Es por esta razón que la CIDH se muestra preocupada del impacto alarmante de las legislaciones nacionales altamente restrictivas en la materia, las cuales, además de orillar a las mujeres a someterse a abortos inseguros, criminalizan a las más vulnerables, incluso en casos de abortos espontáneos.[73] En este sentido, la Comisión reconoce que las mujeres que son afectadas por estas medidas son jóvenes que padecen situación de pobreza, con un bajo nivel de educación, con grandes dificultades para acceder a servicios básicos de salud.[74]

Finalmente, la mirada interseccional fortalece la propuesta feminista que hace hincapié en la necesidad de enfatizar y analizar las circunstancias concretas de vida de las mujeres, es decir, de proceder a su biografización para poner de manifiesto las carencias, los padecimientos, las preocupaciones y los significados de sus acontecimientos vitales. En el caso de Beatriz, este enfoque obliga la justicia a situar y rastrear su trayectoria de vida, la cual se caracterizó por las carencias económicas, el bajo nivel educativo, la situación de marginación y periferia y el agravante de su condición de salud, que la colocaron en un lugar subordinado frente a la legislación y a las prácticas de las autoridades sanitarias. Así las cosas, este paradigma interseccional debe ser movilizado para poder entender el impacto diferenciado que acarrea las legislaciones punitivas en materia de salud reproductiva sobre las mujeres sin recursos económicos, que las colocan en un lugar de indefensión y desamparo frente a la violencia física y psicológica desplegada por el Estado y sus instituciones.

5. La salud de Beatriz desde un enfoque integral

Como se mencionó, otro elemento fundamental a considerar en la protección a la salud de Beatriz es la serie de afectaciones a su salud mental consecuencia del embarazo. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de afecciones o enfermedades.[75] Consta en el expediente clínico que, en la valoración psicológica previa a la cesárea, ya se habían detectado serias afectaciones emocionales, incluso se sabía que Beatriz había tenido intentos suicidas previos. Además, el personal médico conocía que un embarazo con tales características podría ocasionar riesgo de preeclampsia, hemorragia obstétrica o la exacerbación de lupus.[76]

Aunque el Estado afirmó que Beatriz nunca estuvo en riesgo inminente, las mujeres, como sujetas de

68 Ibidem, párr. 10.
69 Ibidem, párr. 11.
70 Ibidem, párr. 304.
71 Ibidem, párr. 307.
72 Ibidem, párr. 322.
73 Ibidem, párr. 327.
74 Ibidem, párr. 333.
75 Organización Mundial de la Salud, *Constitución de la OMS*, Preámbulo.
76 En el Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que la señora Brítez Arce presentó varios factores de riesgo que no fueron atendidos de forma adecuada por el sistema de salud y que esas circunstancias imponían un deber especial de protección en su favor, que obligaba a los médicos tratantes a brindar una atención diligente y reforzada, con una consideración especial debido a que se trataba de un embarazo de alto riesgo por la posibilidad de que tenía de padecer preeclampsia y porque ésta provoca altos índices de mortalidad materna. Por el contrario, atravesó una situación de violencia obstétrica en circunstancias que la expusieron a un riesgo que desencadenó su muerte. Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022.

derechos, son capaces de tomar decisiones de acuerdo con su propia percepción del riesgo.[77] El riesgo no se refiere a la configuración efectiva de un daño, sino a la posibilidad de que ocurra; basta la presencia de uno o varios factores de riesgo para considerarlo como existente, y con ello, que resulte posible una afectación de la salud en cualquiera de sus dimensiones.[78] Esto implica que el personal de salud está obligado a proveer los servicios que le son requeridos por las usuarias, tomando en cuenta los factores que pueden poner en riesgo su salud y vida. El personal médico debe evitar exponer a las usuarias a riesgos innecesarios cuando éstos son prevenibles.

Para que esto pueda llevarse a cabo, debe tomarse en cuenta la voluntad de las usuarias de los servicios, por lo que el consentimiento informado resulta un elemento fundamental ya que implica un proceso de comunicación entre la usuaria y el personal de salud, mediante el cual se pone a su disposición información objetiva, veraz, científica y libre de estigmas, con la finalidad de que pueda tomar la decisión que más le convenga. Beatriz fue sometida a una espera innecesaria, así como a 5 hospitalizaciones para controlar su embarazo (81 días internada), bajo el argumento institucional de mantener revisiones periódicas sobre su condición clínica, mientras vivía el riesgo latente de que su salud pudiera deteriorarse en cualquier momento. A pesar de la petición de Beatriz de interrumpir el embarazo, el hospital privilegió la protección al desarrollo de un feto que contaba con un diagnóstico de no viabilidad desde el primer trimestre del embarazo.

Si la salud reproductiva "también incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo"[79], Beatriz tenía derecho a ser informada de manera científica y libre de estigmas sobre las características del embarazo que cursaba, los riesgos para ella así como los procedimientos clínicos óptimos para proteger su salud. La decisión sobre si continuar con un embarazo, deseado o no, que pueda poner en riesgo la salud, física, emocional y social de la mujer, así como el nivel de riesgo que está dispuesta a correr, es una decisión muy relevante de autodeterminación reproductiva que, esencialmente debe recaer en ella, con la información y el acompañamiento respetuoso de las personas y de los profesionales que decida consultar.[80]

Sin embargo, durante más de 12 semanas Beatriz vivió en un estado de incertidumbre, miedo y angustia al no saber si su salud empeoraría en cualquier momento. Este riesgo era conocido por el personal de salud que tenía documentados los antecedentes clínicos de su primer embarazo. La negativa a otorgar servicios necesarios para salvaguardar el bienestar de las mujeres, implica la generación de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

De acuerdo al Comité DESC el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos y está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad. Como dicho Comité sostuvo en la Observación General Número 22, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.[81]

En el Caso K.L. vs Perú, una adolescente de 17 años fue obligada por las autoridades peruanas a continuar con un embarazo, a pesar de que el feto había sido diagnosticado como anencefálico, por lo que, en caso de resistir el parto, moriría en un tiempo breve. K.L. fue obligada a parir y alimentar al recién nacido hasta que éste murió cuatro días después de haber nacido. K.L. entró en una profunda depresión. Al resolver el fondo del asunto, el Comité de Derechos humanos señaló:

77 Cfr. Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva, *Lineamiento Técnico para la Atención del Aborto Seguro*, México, 2022, p. 22. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/ attachment/file/779301/V2-FINAL_Interactivo_22NOV_22-Lineamiento_te_cnico_aborto.pdf
78 Ídem.
79 Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, 2016, párr. 6.
80 Cfr. Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva, op. cit., p. 22.
81 Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, 2016, párr. 10.

> El Comité observa que las autoridades estaban en conocimiento del riesgo vital que corría la autora, pues un médico gineco-obstetra del mismo hospital le había recomendado la interrupción del embarazo, debiendo realizarse la intervención médica en ese mismo hospital público. La negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora.[82]

El Comité observó que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia y, sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. El Comité determinó que la omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue la causa el sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. Concluyó que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo a que nadie será sometido a torturas ni apenas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes, no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral, y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de personas menores de edad. Por lo anterior, el Comité determinó que había una violación dicho artículo.[83]

Para Beatriz, el diagnóstico clínico del producto generó una serie de afectaciones a su salud mental, relacionadas con las expectativas de una vida digna para ella así como para su hijo y familia. Estas afectaciones representan un factor de aumento de riesgo para enfrentar síntomas de ansiedad y depresión durante el embarazo.[84] Le fue practicada una cesárea a las 26 sdg, intervención que pudo haberse evitado si la interrupción hubiese acontecido a las 14 sdg a través de un manejo clínico adecuado a su condición de salud. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, el aborto es una intervención sanitaria segura y sin complejidad que puede gestionarse eficazmente con medicamentos o mediante un procedimiento quirúrgico que puede realizarse en diversos entornos. Las complicaciones son poco frecuentes, tanto en el aborto médico como en el quirúrgico, cuando el aborto se realiza de forma segura, es decir, con un método recomendado por la OMS, adecuado al periodo de gestación y realizado por una persona con los conocimientos necesarios.[85]

Como se sostuvo anteriormente, además de la no criminalización del aborto, es crucial que los Estados implementen medidas de política pública encaminadas a proteger la salud sexual y reproductiva de mujeres, niñas y adolescentes. Esto incluye contar con protocolos y guías actualizadas para la atención de emergencias obstétricas, incluyendo la atención del aborto en condiciones seguras.

El doble parámetro del que se ha hablado antes, exige que los Estados construyan o fortalezcan las medidas para proteger la vida prenatal, en el caso de maternidades deseadas, así como generar una serie de condiciones materiales a través de las cuales se garantice la atención del aborto seguro, basada en información científica. Como ha sostenido la Corte mexicana, el aborto es una intervención terapéutica recomendada para preservar o restaurar la salud integral de las mujeres, que incluye la protección a un estado de bienestar físico, mental y social, y que, en términos del principio pro persona, también se configura como el cumplimiento y garantía efectiva de los derechos a estar libre de discriminación, a gozar de una vida digna, a la libertad y a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada. Estos derechos, interrelacionados con el derecho a la salud, implican que las mujeres accedan, sin distinciones arbitrarias, a servicios de salud que solo ellas necesitan.[86]

En el país mexicano, la Corte ha señalado que corresponde al Estado garantizar el acceso oportuno a servicios de aborto seguro cuando las mujeres enfrenten riesgos asociados con el embarazo que comprometan su salud física, social y/o mental, como parte del derecho a disfrutar de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud integral, lo que abarca un sistema de salud que garantice que sean detectadas y atendidas diligentemente las circunstancias y padecimientos que comprometen ese bienestar.[87]

82 Caso K. L. vs Perú, Comité de Derechos Humanos, 85ª período de sesiones, 17 de octubre a 3 de noviembre de 2005, Comunicación No. 1153/2003, párr. 6.2.
83 Ibidem, párr. 6.3.
84 Rose, Sarah M., *et al*., "Effects of Heterogeneity on This Relationship: A Systematic Review and Meta-Analysis", BioMed Research International, vol. 2016, Article ID 8312158, 18 pages, 2016.
85 World Health Organization, *Abortion care guideline*, Geneva, 2022.
86 Cfr. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1388/2015, México, 2019.
87 Cfr. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia Amparo en Revisión 438/2020, párr. 167.

6. La prohibición de no regresividad

Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos humanos tienen sustento en el derecho internacional de los derechos humanos, en particular, en el marco de la teoría de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, se puede inducir sin mayor dificultad[88] que constituyen características comunes a todos los derechos, de acuerdo con la tesis según la cual todos los derechos humanos son interdependientes e interrelacionados y tienen la misma naturaleza.

El artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en 1966 establece que:

> "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

A nivel interamericano, el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos señala por su parte que:

> "ARTÍCULO 26. Desarrollo Progresivo Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

La doctrina ha enfatizado la idea de que el mandato de progresividad, además de reconocer que la realización plena de los derechos supone cierta gradualidad, conlleva sobre todo un sentido de progreso, consistente en la obligación para el Estado de mejorar de manera constante el acceso y la garantía de los derechos humanos[89]. En este sentido, buscan cumplir la promesa de la constante creación y consolidación de los derechos humanos. Esta idea ha sido desarrollada por la doctrina como la idea de la expansión de los derechos humanos como un movimiento histórico que amplía paulatinamente sus ámbitos de protección y fortalece sus mecanismos de exigibilidad.[90]

Sobre todo, la progresividad de los derechos humanos conlleva una dimensión negativa que reside en la prohibición de no regresividad. De acuerdo con Vázquez y Serrano, lo anterior significa que el Estado no puede disminuir el nivel alcanzado de los derechos humanos, salvo en determinadas situaciones. Por lo demás, este principio se observe en leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y en general toda conducta estatal que afecta los derechos humanos.[91] Para Christian Courtis, a nivel normativo, la no regresividad de los derechos implica la prohibición de adoptar políticas y medidas y sancionar leyes que empeoran la situación de los derechos de los que gozaba la población, de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o derogar los ya existentes.[92] En palabras del autor:

> "La prohibición de regresividad puede ser entendida, en este contexto, como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgad, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o en términos más amplios, hacen renacer obstáculos

88 Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Courtis, Christian (coord.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
89 Ibidem, p. 9.
90 Clavo, Néstor Javier, "Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad y los derechos constitucionales", Revista Vis Iuris, vol. 1, enero-junio 2014, p. 154.
91 Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO, 2013, p. 111.
92 Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", *op. cit.*, p. 9.

de carácter económico y social que limitan de hecho a libertad e igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país".[93]

En El Salvador, el aborto está prohibido en todos los supuestos desde una reforma de 1998 al Código Penal. Anteriormente, el Código Penal de 1974 permitía la interrupción del embarazo en tres supuestos: en caso de violación, para salvar la vida de la madre y en caso de graves malformaciones fetales. En 1997, la Asamblea Legislativa adoptó una reforma al artículo 133 del Código Penal, eliminado todas las cláusulas de no punibilidad del aborto y aumentando las penas a quien fuese encontrado culpable de facilitar o practicar un aborto. El 30 de abril de 1997, cuatro días después de la modificación del Código Penal, los legisladores votaron una reforma al artículo 1o de la Constitución que otorgó el estatus de persona al nasciturus "desde el instante de la concepción". Lo anterior implicó la posibilidad de aplicar al feto todas las disposiciones del Código Penal, en materia de lesiones, homicidio o homicidio agravado, por lo que se considera que una pena por aborto puede llegar a una condena a 50 años de cárcel. Cabe mencionar que la regresividad normativa de los derechos de las mujeres se acompañó de una persecución activa del aborto, especialmente, mediante la difusión de circulares de la Fiscalía a instituciones de salud para incitar el personal a denunciar a las mujeres sospechadas de haberse practicado un aborto y amenazando al personal de salud de ser vinculado a proceso por encubrir el delito sin no lo denúnciense.[94]

En su Observación 22, el Comité DESC, expresó que se "deben evitar las medidas regresivas y, si se adoptan, el Estado parte tiene la carga de probar su necesidad. Ello se aplica igualmente en el contexto de la salud sexual y reproductiva. Cabe mencionar como ejemplos de medidas regresivas la supresión de medicamentos de salud sexual y reproductiva de los registros nacionales de medicamentos; las leyes o las políticas que revoquen la financiación con cargo a la salud pública de los servicios de salud sexual y reproductiva; la imposición de obstáculos a la información, los bienes y los servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva; la promulgación de leyes que penalicen determinadas conductas y decisiones en materia de salud sexual y reproductiva; y los cambios legales y de políticas que reduzcan la supervisión por los Estados de la obligación de los actores privados de respetar el derecho de las personas a acceder a servicios de salud sexual y reproductiva. En circunstancias extremas en que fuera inevitable adoptar medidas regresivas, los Estados deben velar por que esas medidas sean solo temporales, no afecten de forma desproporcionada a personas y grupos desfavorecidos y marginados, y no se apliquen de otra forma con carácter discriminatorio."

Así las cosas, aparece imprescindible el examen por parte de la Corte Interamericana de las reformas a la legislación local que criminalizan de manera absoluta el aborto y que aparecen a todas luces como una regresión de la situación jurídica de las mujeres en El Salvador, especialmente, respecto a su derecho a la salud, a la vida, a la integridad física, a la dignidad, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

7. Conclusiones

En este escrito, hemos argumentado que Beatriz debe ser reconocida como víctima al haber sido vulnerados sus derechos humanos, en particular, su derecho a la vida, a la salud, a la autonomía reproductiva, así como a la no discriminación por motivos económicos, entre otros. Más allá de su caso particular, es importante subrayar que la prohibición total del aborto en El Salvador vulnera la dignidad de todas las mujeres salvadoreñas y especialmente las más vulnerables, y pone en peligro su salud física y emocional, exponiéndolas a prolongados y excesivos sufrimientos, especialmente, cuando el embarazo tiene un impacto negativo en su salud, cuando resulta de violencias sexuales y en caso de malformaciones graves del feto.

Así las cosas, confiamos que el caso de Beatriz, paradigmático de la situación de múltiples discriminaciones y opresiones que viven muchas mujeres en la región, sea la ocasión para esta honorable Corte

93 Ídem, p. 20.
94 Romero de Urbiztondo, Alberto, "Situación de extrema criminalización del aborto: El Salvador", documento de la Agrupación ciudadana por la despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico presentado en la IV Conferencia regional del Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro, Lima, 2014.

Interamericana de Derechos Humanos de avanzar en el desarrollo de una jurisprudencia garantista de los derechos reproductivos de las mujeres, especialmente, en materia de aborto seguro.

Agradeciendo a esta honorable Corte de tener la oportunidad de participar en este procedimiento, reciban un cordial saludo.

Pauline Capdevielle
Investigadora del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

María del Pilar González Barreda
Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM

IV. NATALIA SARALEGUI

La criminalización del aborto

Temas adicionales:

Violencia obstétrica

Violencia institucional

Violencia por motivos de género

AMICUS CURIAE

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO 13.378

BEATRIZ Y OTROS VS. EL SALVADOR

Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Natalia Saralegui Ferrante, profesora e investigadora que se desempeña en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se dirige respetuosamente a esa Ilustre Corte y manifiesta:

I. SOLICITUD DE SER CONSIDERADA AMICUS CURIAE

Me presento respetuosamente ante V.E. el presente memorial en derecho, en calidad de *Amici Curiae ("amiga de la Corte"),* con el fin de ofrecer determinadas consideraciones jurídicas y empíricas que creo de relevancia para la resolución presentada en el Caso 13.378 Beatriz y otros vs. El Salvador.

El presente documento exhibe conclusiones basadas en investigaciones previas sobre la criminalización de mujeres por eventos obstétricos en Argentina[1] y su construcción como parte de las violencias gineco obstétricas y las institucionales[2]. A la luz de estas pesquisas se advierte la potencia que tiene el caso Beatriz para iluminar un problema que excede a El Salvador y que afecta a mujeres de numerosos países de la región[3].

La dilación injustificada en la provisión del aborto o incluso, como en el caso de Beatriz, su retraso al punto de constituir la lisa y llana denegación de la práctica constituye un acto de violencia por motivos de género. Esta dimensión de la violencia basada en el género implicó en el caso de Beatriz, e implica cada vez que se realiza, una vulneración al derecho a la integridad personal y a la salud (arts. 5 y 26 de la CADH) que afecta de manera diferencial y discriminatoria a las personas con capacidad de gestar. Por esta razón, dichas prácticas también violan el principio de igualdad ante la ley (art 24 CADH) y el deber de no discriminación (art 1.1 CADH). Asimismo, cuando estas prácticas ocurren en el sistema público de salud se incorporan otros puntos relevantes. En primer lugar, la modalidad de violencia institucional por la acción u omisión de agentes del Estado en la comisión de actos de violencia de género. En segundo lugar, la responsabilidad que le cabe a los Estados por la manera en la que actuaron u omitieron hacerlo sus agentes directos. Por último, el deber del Estado, incumplido en el caso en análisis, de actuar con debida diligencia reforzada (artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

En síntesis, el caso de Beatriz pone de relieve un tipo y una modalidad de violencia basada en el género que representa la realidad de otras mujeres y personas con capacidad de gestar en América Latina. Por esa razón, resulta central que esta Corte nombre lo sucedido a Beatriz como lo que fue: una violencia gineco obstétrica perpetrada por el Estado mediante sus agentes que no puede ser tolerada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Su definición en estos términos y su condena en sede internacional resulta necesaria para modificar prácticas que exceden a El Salvador y se replican en toda la región, por ejemplo también en Argentina. Asimismo, como medida necesaria la erradicación de estas violencias, la legalización del aborto aparece como una estrategia despenalizadora, que desescala el conflicto y que permite que el personal de salud brinde los servicios de salud, como la interrupción del embarazo, sin dilaciones ni violencias. Los puntos subsiguientes aportarán argumentos y ejemplos para sostener este

1 Ver Carrera, M. L.; Saralegui Ferrante, N., Orrego-Hoyos, G. (2020), Dicen que tuve un bebé. Siete historias en las que el sistema judicial encarcela mujeres ya casi nadie le importa. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI y Carrera, M. L., Saralegui Ferrante, N., Orrego-Hoyos, G. (2022). Entra una paciente, sale una denuncia: El engranaje médico, jurídico y religioso que permite los procesos penales contra pacientes. Siglo XXI Editores.

2 Ver Saralegui, N. (2023) "La violencia gineco obstétrica desde los márgenes. Apuntes desde la mirada interseccional". En Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia sobre Derecho de Familia. Editorial Thomson Reuters (en prensa).

3 Agradezco los concienzudos comentarios y observaciones de la abogada Nicole Levy, claves para la elaboración del presente *amicus curiae.*

postulado.

II. LA DEFINICIÓN DE LA VIOLENCIA GINECO OBSTÉTRICA EN EL DERECHO COMPARADO DE LA REGIÓN

A los efectos de repasar cómo se receptó en los parlamentos regionales este fenómeno particular de violencias, se escogerán a modo de muestra las legislaciones (y los debates en curso) de Argentina, Chile, Ecuador, Perú y el Estado de Veracruz (México). Asimismo, se recuperará lo dicho por esta Corte IDH en el reciente caso Britez Arce vs Argentina.

Respecto de la legislación en Argentina, se cuenta con la Ley de Parto Respetado (Ley N° 25.929) que establece los derechos de las personas gestantes y lxs recién nacidxs. El período de tiempo que se establece para su protección incluye desde el embarazo hasta el postparto (artículo 2°). En la ley se enumeran decenas de derechos cuyos puntos salientes son los de recibir información sobre las distintas intervenciones médicas disponibles para que la persona pueda optar, ser tratada con respeto, evitando la patologización del embarazo, las prácticas invasivas y el suministro innecesario de medicamentos. Asimismo, la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley N° 26.485) establece a la violencia obstétrica como "aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929" (artículo 6° inciso e).

Por su parte, en Chile se destaca el Proyecto de "Ley Adriana". Este proyecto ya ha pasado la Cámara Baja y en la actualidad se encuentra en trámite ante el Senado de la República de Chile. En esta oportunidad vemos una formulación que explícitamente se refiere a la violencia ginecológica en tándem con la obstétrica. En particular, el proyecto plantea la prohibición de ejercer "cualquier maltrato o agresión psicológica, física o sexual [...] durante la atención de la gestación, preparto, parto, postparto o aborto en las causales establecidas por la ley, así como también en torno a las atenciones ginecológicas y sexuales". Además, se establece como una obligación explícita que lxs efectorxs de salud den "un trato digno a la mujer durante todo el período de su atención"[4].

En un sentido similar al caso chileno encontramos la legislación ecuatoriana. En la Ley Orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres establece los distintos tipos de violencia destacando a la violencia gineco-obstétrica como aquella "acción u omisión que limite el derecho de las mujeres embarazadas o no, a recibir servicios de salud gineco-obstétricos". Resulta interesante que la norma específicamente menciona que esta violencia se da ante los maltratos pero también frente a "la imposición de prácticas culturales y científicas no consentidas o la violación del secreto profesional, el abuso de medicalización, [...] las acciones que consideren los procesos naturales de embarazo, parto y posparto como patologías, la esterilización forzada, la pérdida de autonomía y capacidad para decidir libremente sobre sus cuerpos y su sexualidad..."[5].

En Perú, por su parte, la definición de violencia obstétrica la encontramos desarrollada en el Decreto Supremo que aprobó el Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016 – 2021. En este documento encontramos la definición de violencia obstétrica como aquella que "comprende todos los actos de violencia por parte del personal de salud con relación a los procesos reproductivos y que se expresa en un trato deshumanizador, abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, que impacta negativamente en la calidad de vida de las mujeres". Resulta interesante que en el mismo decreto también se hace referencia a las esterilizaciones forzadas como procedimientos quirúrgicos realizados sin el consentimiento libre e informado de sus destinatarias y que éstos deben ser entendidos "como una grave

4 Ver proyecto n° 12148-11. Disponible en https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12148-11
5 Ley Orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres de la República del Ecuador. Disponible en https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/ley_prevenir_y_erradicar_violen cia_mujeres.pdf

violación de derechos humanos, situación que se exacerba cuando ha sido tolerada o promovida por el Estado"[6].

Por último, vale la pena destacar que en el Estado de Veracruz, en México, la legislación contra este tipo de violencias se encuentra penalizada como delito con penas de prisión. El estado veracruzano establece que comete este delito el personal de salud que, entre otras acciones u omisiones, no brinde atención "oportuna y eficaz a las mujeres en el embarazo, parto, puerperio o en emergencias obstétricas", que acelere los partos que no sean de riesgo o realice cesáreas innecesarias sin el consentimiento correspondiente de la mujer y que obligue a la mujer a parir acostada u en formas distintas a las que les sean propias de "sus usos, costumbres y tradiciones obstétricas". Las penas a imponer oscilan entre los tres y los seis años de prisión[7].

En cuanto a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, vale destacar que en octubre de 2022 esta honorable Corte IDH en Brítez Arce y otros vs. Argentina profundizó su entendimiento sobre la violencia obstétrica[8]. En particular, en la parte pertinente señaló que:

> *"[L]a violencia obstétrica es una forma de violencia basada en el género 'prohibida por los tratados interamericanos de derechos humanos, incluyendo la Convención Belém do Pará', ejercida por los encargados de la atención en salud sobre las personas gestantes, durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto, que se expresa mayoritaria, aunque no exclusivamente, en un trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente hacia las mujeres embarazadas; en la denegación de tratamiento e información completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables; en intervenciones médicas forzadas o coaccionadas, y en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes en el contexto de la atención de la salud durante el embarazo, parto y posparto" (párrafo 81).*

Por otra parte, sobre la responsabilidad de los Estados, el Tribunal entendió que

> *"[L]os Estados tienen el deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, para lo cual deben abstenerse de incurrir en actos constitutivos de violencia de género, incluidos aquellos que ocurran durante el acceso a servicios de salud reproductiva. Además, de acuerdo con la citada Convención '[t]oda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado' y los Estados deben tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad de las mujeres que son víctimas de violencia cuando están embarazadas" (párrafo 76).*

6 Decreto Supremo Nº 008-2016-MIMP. 26/7/2016. Disponible en https://www.mimp.gob.pe/empresasegura/decreto-supremo-que-aprueba-el-plan-nacional-contra-la-vi ol-DS-008-2016-mimp.pdf
7 Artículo 363 del Código Penal del Estado de Veracruz. Disponible en https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/PENAL190515.pdf
8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Brítez Arce y otros v. Argentina. 18/10/2022.

III. EL RETRASO INDEBIDO EN EL ACCESO AL ABORTO POR OBSTÁCULOS BUROCRÁTICOS Y LEGALES ES UNA FORMA DE VIOLENCIA GINECO OBSTÉTRICA Y DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Las definiciones anteriores nos permiten comprender que el retraso indebido en el acceso al aborto producto de obstáculos burocráticos y legales es una forma de violencia gineco obstétrica. Esta forma de violencia por motivos de género puede adquirir la dimensión de violencia institucional cuando su desarrollo lo ejecutan agentes estatales de salud. De todos modos, la violencia que viven puertas adentro de un centro de salud personas con capacidad de gestar (y abortar) es un terreno aún poco explorado.

A los fines de definir este fenómeno, algunas de las denominaciones que se usan en la literatura especializada para nombrarla son violencia obstétrica, gineco obstétrica, contra la libertad reproductiva y violencia institucional. Todas estas denominaciones caben a la hora de definir a esa forma particular de violencia de la cual son objeto quienes atraviesan consultas ginecológicas, abortos, partos y puerperios[9]. Estas violencias masivas repercuten en mayor medida en mujeres que viven otras opresiones como la de la clase, la ruralidad, la raza, la pertenencia a grupos indígenas, la condición de migrantes o de mujeres en contextos de encierro. Por esa razón, su análisis debe ser fundamentalmente interseccional[10].

En la amplitud de estas definiciones sobre qué es la violencia obstétrica o gineco obstétrica vamos a poder pensar con mayor amplitud o restricción ámbitos, acciones u omisiones y sujetos que serán protagonistas de estas dinámicas como víctimas y victimarios. De todas maneras, por la masividad y naturalización de estas prácticas, sea cual fuera la definición que se escoja, lo que salta a la luz es que no estamos hablando solamente de una falta individual del personal de salud sino de una dinámica del universo médico que trasciende a quienes luego se sindicará como victimarios y que se ampara en la responsabilidad del Estado al tolerar estas prácticas.

En Argentina, país donde centramos nuestra tarea, existen numerosos casos paradigmáticos que muestran que el caso de Beatriz requiere una respuesta favorable a las víctimas también por sus potenciales efectos y repercusiones regionales. En primer lugar, el caso "F.A.L" en el cual se demostró que el retraso por procesos burocráticos dilatorios de la práctica de un aborto a una joven que había sido abusada sexualmente y que tenía comprometida su salud mental constituía una violación a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina entendió que:

> *"[L]as prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto contra legem– del aborto autorizado por el legislador penal. Asimismo, se debe señalar que esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"11.*

La problemática señalada en el caso -el retraso por procesos burocráticos dilatorios de la práctica de un aborto-, no obstante el transcurso del tiempo, no ha sido completamente erradicada. Ejemplo de ello es el

9 Saulo, J. (2022). Bien que te gustó. Un manifiesto para partos insumisos. Buenos Aires: Penguin Random House.
10 Crenshaw, K.W. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. Stanford Law Review, 43 (6), pp. 1.241-1.299.
11 Considerando 24° del voto de la mayoría en CSJN. "F.,A.L". 13/3/2012. Fallos: 335:197.

caso de Lucía, una niña de 11 años abusada sexualmente y obligada a parir en 2019 por dilaciones y trabas burocráticas y judiciales que terminaron en una denegación de su acceso al aborto[12]. Aquel caso resulta similar al de Beatriz por los obstáculos que se le impusieron a Lucía para la interrupción de su embarazo.

En cuanto a la dimensión que hace a la violencia institucional, en Argentina se destaca el caso de María Magdalena, también en la provincia de Tucumán. En aquella oportunidad, dos médicas de un centro de salud público violaron el secreto médico profesional en el marco de un trato violento y cruel a una mujer que ingresó al hospital con un evento obstétrico en curso[13] a quien "las médicas hicieron entrar a la policía a la sala de parto, la operaron sin anestesia y la imputaron por aborto"[14].

La violencia extrema perpetrada por el Estado ha sido discutida ampliamente en Argentina y a partir de ella los estándares de derechos humanos se han vuelto un paradigma clave en el análisis de diversos casos. En este marco, la violencia institucional se construyó como aquella en la que funcionarixs públicxs, por acción u omisión, llevan adelante o permiten el desarrollo de prácticas específicas de violencias extremas contra personas que se encuentran en contextos de restricción de autonomía y libertad[15]. Una de las maneras en las que de expresa la violencia institucional es mediante prácticas vinculadas a distintas formas de negación del acceso a la atención médica y sanitaria, en especial en casos de denegación de acceso al aborto no punible y la atención postaborto. La violencia institucional, por lo tanto, puede ejecutarse con distintas intensidades y adquirir formas específicas a la luz de un enfoque de género, por las vulneraciones concretas que puede producir a las mujeres y personas gestantes. En el caso de Beatriz, las dilaciones indebidas en la provisión del aborto significaron que la mujer deba soportar violencias cometidas por parte de los agentes públicos de salud producto de su capacidad de gestar.

Otro aspecto relevante que surge de esta conceptualización permite entender la criminalización de mujeres por eventos obstétricos extrahospitalarios como una expresión de violencia obstétrica. Nos referimos a casos como el de María Magdalena, en los que las personas gestantes viven abortos espontáneos, partos en avalancha o en los que los bebés nacen sin vida en sus casas, muchas veces sin ningún tipo de asistencia. Luego, terceras personas, en general familiares, advierten la situación de emergencia de las mujeres y las trasladan a centros de salud en busca de ayuda. El problema ocurre cuando en lugar de recibir asistencia lo que reciben las mujeres son tratos crueles por parte de efectorxs de salud que creen que la mujer cometió un delito y le responden con violencia. A estos procesos los denominamos eventos obstétricos criminalizados y resulta de suma importancia reconocerlos como prácticas que deben ser modificadas. La respuesta de criminalización funciona como corolario de un continuum de violencias contra personas que llegan a esa situación por su capacidad de gestar. Como parte de este fenómeno sirve ubicar el caso de Manuela y otros vs El Salvador de esta Corte IDH[16]. En aquella oportunidad, este tribunal encontró al Estado salvadoreño responsable de haber violado, entre otros, los derechos a la integridad personal (artículo 5), la libertad personal (artículo 7), las garantías judiciales (artículo 8) y la protección de la honra y de la dignidad (artículo 11) de la CADH.

A la luz de las consideraciones volcadas de forma precedente se puede apreciar que existen diversas expresiones de la violencia gineco obstétrica combinada con violencia institucional. En este contexto, estrategias como la legalización del aborto sirven para limitar la arbitrariedad y las prácticas de violencia gineco obstétrica del personal de salud y las agencias judiciales. Este tipo de reformas legislativas resultan beneficiosas por múltiples motivos. Uno de ellos es la remoción de trabas burocráticas en el acceso a prácticas de salud indicadas como necesarias. Esto evitaría que las personas con capacidad de gestar sean objeto de violencia gineco obstétrica a la hora de requerir la interrupción del embarazo. Ligada a esta dimensión del problema se ubica el segundo aspecto, vinculado al mencionado temor del personal de salud en practicar o no el aborto. Con una estrategia de legalización de la práctica, dicha situación de duda o

12 LatFem (2019). "Las torturas y mentiras en la noche más larga de 'Lucía'". 1/5/2019. Disponible en https://latfem.org/las-torturas-y-mentiras-en-la-noche-mas-larga-de-lucia/
13 Deza, S., Iriarte, A. y Álvarez, M. S. (2014), Jaque a la reina. Salud, autonomía y libertad reproductiva en Tucumán, Buenos Aires-Córdoba, Cienflores-Católicas.
14 Alcaraz, M. F. (2018), ¡Que sea ley! La lucha de los feminismos por el aborto legal, Buenos Aires, Editorial Marea.
15 Guía para la caracterización de hechos y/o situaciones de violencia institucional. Unidad de registro, sistematización y seguimiento de hechos de tortura, desaparición forzada de personas y otras graves violaciones a los derechos humanos. Resolución SDH N° 30/2014. Disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/3120686/guia-situaciones-de-violencia-institucional.pdf.
16 Corte IDH. Manuela y otros vs El Salvador. 2/11/2021.

miedo por represalias también podría ser erradicada.

IV. SOBRE LO QUE VIVIÓ BEATRIZ

La CIDH en su informe de fondo explicó que Beatriz era una joven de 22 años que vivía con lupus y que tomó conocimiento de estar cursando un embarazo de once semanas de "alto riesgo" producto de su enfermedad de base. Diecisiete días más tarde se diagnosticó que el feto era anencefálico, es decir, incompatible con la vida humana. Luego, Beatriz solicitó que se interrumpiera el embarazo. Esto no sucedió y su salud mental se vio profundamente afectada. A los tres meses de aquél diagnóstico sobre el feto, y luego de intensos pedidos de ayuda judicial para poder garantizar su deseo, Beatriz fue sometida a una cesárea. El feto falleció a las pocas horas[17].

A partir del corpus normativo, doctrinario y de jurisprudencia relevado en los puntos anteriores podemos afirmar, sin lugar a dudas que Beatriz fue sometida a violencia gineco obstétrica y a violencia institucional. Ambas violencias fueron desarrolladas producto de la capacidad de Beatriz de gestar, abortar y parir. Esas capacidades la tornaron rehén de un *modus operandi* médico legal que le retrasó el acceso a una práctica de salud necesaria al punto tal de denegarla. Beatriz durante la atención de la gestación de este embarazo sufrió maltratos, siendo el mayor de todos ellos ser víctima de "*procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita"*, es decir, de una práctica irregular que "*no sólo contraviene las obligaciones que la [...] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [...] sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional"*[18].

V. PETITORIO

A la luz del actual desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este *amicus curiae* sostiene que en el caso Beatriz y otros vs. El Salvador se han afectado los siguientes derechos:

1. Derecho a la Integridad Personal (art. 5 de la CADH),
2. Derecho a la salud (art 26 de la CADH),
3. Igualdad ante la ley (art. 24 de la CADH),
4. El deber de no discriminación (art 1.1 CADH),
5. El deber de actuar con debida diligencia reforzada (artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

Lo apuntado, además, hace evidente que el Estado de El Salvador no ha cumplido su deber de garantía de protección de derechos tal como se encuentra establecido en el art. 1 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los términos en que define su alcance el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sobre la base de los fundamentos expuestos, solicito se me tenga por presentada en el carácter invocado, se incorpore este memorial al expediente de referencia y se lo tenga en cuenta al momento de dictar la sentencia de fondo.

Proveer de conformidad que,
ES DERECHO.
29 de marzo de 2023
Natalia Saralegui Ferrante

17 CIDH. Informe N° 9/20. Caso 13.378. Informe de fondo Beatriz y otros vs El Salvador. 3/3/2020.
18 CSJN. "F.,A.L". 13/3/2012. Fallos: 335:197.

V. PROGRAMA DE ACCIÓN POR LA IGUALDAD Y LA INCLUSIÓN SOCIAL (PAIIS)

Marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad

Derechos sexuales y reproductivos

Temas adicionales:

Despenalización del aborto

Bogotá, 21 de marzo de 2023

Estimados Magistrados y Magistradas,
Corte Interamericana de Derechos
Humanos. San José de Costa Rica

Referencia: *Amicus curiae* del Programa
de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social
(PAIIS)

El Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS)[1] es una clínica jurídica creada en el año 2007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y tiene, como una de sus finalidades, defender y promover los derechos de las personas de poblaciones históricamente marginadas como personas con discapacidad o con orientación sexual e identidad de género diversa. Sin embargo, su naturaleza de clínica de derechos humanos la hace un espacio de reflexión y estudio de los temas generales de derechos humanos, derecho humanitario, post conflicto y justicia transicional. Para cumplir sus metas, el Programa desarrolla acciones de incidencia legal y académica ante diversas instancias en las que su participación pueda ser pertinente desde el punto de vista técnico con miras a producir cambios sociales.

Por lo anterior, desde PAIIS radicamos el presente *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos frente al caso Beatriz vs. El Salvador, y recomienda al Estado de El Salvador que elimine la tipificación del delito de aborto del Código Penal en los términos del artículo 133, 135, 136, 137 con miras a contribuir a la protección de los derechos a la vida, a la integridad y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y personas gestantes con o sin discapacidad en las Américas, y especialmente en El Salvador.

TABLA DE CONTENIDOS

1. Introducción **70**

2. La penalización del aborto es una vulneración a los derechos humanos de las mujeres, niñas y otras personas gestantes. **70**

2.1 La penalización del aborto vulnera los derechos a la vida y a la integridad de las mujeres, niñas y otras personas con capacidad de gestar *70*

2.2. La penalización del aborto se consolida como una barrera en el acceso y la garantía del derecho a la salud, especialmente el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, niñas y otras personas con capacidad de gestar. *71*

3. La despenalización del aborto no constituye un acto de discriminación en contra de las personas con discapacidad. **73**

3.1 La preocupación por el aborto eugenésico no se debe abordar por medio de la penalización del aborto. *73*

3.2 La protección de los derechos de las personas con discapacidad frente al aborto eugenésico *74*

1 Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social. Quienes somos. Disponible en https://paiis.uniandes.edu.co/quienes-somos/

4. Las mujeres, niñas y otras personas gestantes con discapacidad también tienen derecho a abortar **75**

4.1 Vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad. *75*

4.2 La inexistencia de un enfoque de atención diferencial en las entidades prestadoras de servicios de salud que reconozca las necesidades particulares de las personas con discapacidad impide el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. *76*

4.3 La escasez de información respecto a la población con discapacidad impide la implementación de políticas públicas eficientes *78*

4.4 Las barreras que enfrentan las personas con discapacidad para la garantía de sus derechos sexuales y reproductivos, junto con las barreras a las que se enfrentan las mujeres para poder acceder al aborto, constituyen una vulneración a los derechos de las mujeres, niñas y personas gestantes con discapacidad *78*

4.5 La práctica de abortos inseguros y clandestinos pone en riesgo de vulneración los derechos de las personas con discapacidad en riesgo *80*

5. Los Estados deben implementar sistemas de toma de decisiones con apoyos respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad para acceder al aborto **80**

6. Conclusiones

1. Introducción

La presente intervención determinará que la despenalización del aborto en el Código Penal no constituye un acto de discriminación frente a las personas con discapacidad y, en cambio, garantiza los derechos de las mujeres y de las personas gestantes con discapacidad. Para tales fines, primero, presentará un recuento de recomendaciones de diferentes entes internacionales sobre la necesidad de despenalizar el aborto desde una perspectiva de derechos humanos. En un segundo momento, demostrará que el aborto no constituye un acto de discriminación en contra de las personas con discapacidad. Tercero, identificará la despenalización del aborto como una herramienta para garantizar los derechos humanos de las mujeres y de las personas con discapacidad. Cuarto, expondrá que los Estados deben implementar sistemas de toma de decisiones con apoyos respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad para acceder la aborto. Finalmente, se presentarán las conclusiones.

2. La penalización del aborto es una vulneración a los derechos humanos de las mujeres, niñas y otras personas gestantes.

El presente apartado realizará un recuento de los pronunciamientos realizados por diferentes órganos de la Organización de Naciones Unidas sobre la necesidad de la despenalización del aborto como una herramienta para garantizar y proteger los derechos a la vida y a la integridad de las mujeres, niñas y otras personas con capacidad de gestar.

2.1 La penalización del aborto vulnera los derechos a la vida y a la integridad de las mujeres, niñas y otras personas con capacidad de gestar

Al respecto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recomendado a los Estados la despenalización total del aborto indicando que estos no pueden regular el embarazo o la decisión de abortar por parte de las mujeres, en cuanto que todas las restricciones jurídicas que limiten la posibilidad de las mujeres para abortar ponen en peligro sus vidas y tiene la potencialidad de causar dolores físicos o

psíquicos. Al respecto, el Comité afirmó que la penalización del aborto es contraria a la obligación estatal de prevenir que las mujeres acudan a abortos clandestinos y potencialmente riesgosos, y en consecuencia los Estados no deben sancionar penalmente a las mujeres o niñas que aborten, ni a los profesionales de la salud que les practiquen este procedimiento[2]. Por lo tanto, señaló que los Estados deben garantizar el acceso seguro, legal y efectivo al aborto para prevenir riesgos para la vida y la salud de las mujeres, particularmente en casos en los que el embarazo sea resultado de violación sexual, incesto, o el embarazo sea inviable[3].

También se ha manifestado en este sentido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) afirmando que el derecho al aborto está relacionado también con otros derechos como la integridad física y mental de las personas, su autonomía, seguridad, no ser sometido a tortura ni tratos crueles, no discriminación e igualdad[4]. De esta manera, ha manifestado que la legislación restrictiva en materia de aborto constituye un riesgo para las mujeres[5], y que para lograr una efectiva prevención de los embarazos no deseados y los abortos inseguros es necesario que los Estados liberalicen su normatividad interna[6].

En la Observación N. 22 el Comité DESC estableció además que la penalización del aborto y en general que restringen el derecho al aborto son situaciones violatorias de los derechos humanos[7] y que los Estados deben reformar las leyes que impidan el ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva, como aquellas leyes que penalizan el aborto. La obligación estatal de respetar estos derechos implica la derogación de disposiciones normativas y que los Estado se abstengan de promulgar leyes y políticas que obstaculicen el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva[8].

Por otro lado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW)[9] califica la penalización del aborto como una manifestación de violencia basada en género[10] pues castiga exclusivamente a las mujeres que se someten a intervenciones para abortar. Por eso, insta a los Estados a eliminar de su ordenamiento jurídico las leyes que penalizan el aborto[11] o que niegan o postergan un aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos. Dichas restricciones a los derechos puedes ser catalogadas, según las circunstancias, como tortura o trato cruel, inhumano o degradante[12].

2.2. La penalización del aborto se consolida como una barrera en el acceso y la garantía del derecho a la salud, especialmente el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, niñas y otras personas con capacidad de gestar.

2 Comité de Derechos Humanos. (2017). *Observación General No. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*. CCPR/C/GC/36. Párr. 8. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf

3 Comité de Derechos Humanos. (2019). General Comment No. 36, Article 6 (Right to Life). Disponible en: https://www.refworld.org/docid/5e5e75e04.html

4 Comité DESC. (2016). *Observación General No. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22. Párr. 34.* Disponible: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj6 7NdUrGT87

5 Comité DESC. (2002). Chile, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.82. Párr. 25; Comité DESC. (2002). Polonia, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.82. Párr. 29; Comité DESC. (2003). Rusia, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.94. Párr. 63; Comité DESC. (2004). Azerbaiyán, U.N. Doc. E/C/12/1/Add.104. Párr. 56; Comité DESC. (2004). Kuwait, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.98. Párr. 43.

6 Ibídem. Párr. 28.

7 Comité DESC. (2016). Observación General No. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22. Párr. 34. Disponible: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj6 7NdUrGT87

8 Ibídem. Párr. 40,41, 56 y 57.

9 Comité CEDAW. (2018). Indagación sobre Reino Unido e Irlanda del Norte (Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). CEDAW/C/OP.8/GBR/1 Párr. 58. Disponible en: https://undocs.org/sp/CEDAW/C/OP.8/GBR/1

10 El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. ibídem.

11 Comité CEDAW. (2017). Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, CEDAW/C/GC/35. 2017. Párr. 29 c) i). Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf

12 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/HRC/31/57); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, comunicación núm. 22/2009, L. C. c. el Perú, dictamen aprobado el 17 de octubre de 2011, párr. 8.18; y Comité de Derechos Humanos, comunicaciones núm. 2324/2013, Mellet c. Irlanda, dictamen aprobado el 31 de marzo de 2016, párr. 7.4, y núm. 2425/2014, Whelan c. Irlanda, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2017.

El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud indicó que las leyes penales que castigan y restringen el aborto constituyen barreras que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y por ello deben eliminarse, de lo contrario, los Estados incurren en una violación de sus obligaciones de respecto, protección y garantía del derecho a la salud. Por lo tanto, estableció que estas normas deben eliminarse de manera progresiva de los ordenamientos jurídicos de los Estados[13].

Asimismo, el Comité CEDAW ha con el objetivo de combatir la morbilidad y mortalidad materna ha aconsejado que los Estados: i) garanticen la disponibilidad de servicios de aborto y el acceso de las mujeres a atención de calidad después de un aborto en especial cuando se presenten complicaciones por el mismo; ii) eliminen las medidas punitivas contra las mujeres que abortan; iii) aseguren que el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud no impida el acceso efectivo de las mujeres a los servicios de salud reproductiva, incluido el aborto y su atención posterior; entre otras[14].

En el caso específico de El Salvador, el Comité le recomendó al Estado despenalizar el aborto, al menos, en ciertos casos[15]: i) cuando el embarazo sea producto de violación o incesto, ii) cuando la vida de la madre esté amenazada o iii) cuando haya una malformación grave del feto. Esto al considerar que la criminalización absoluta del aborto conlleva a que las mujeres acudan a métodos inseguros de terminación del embarazo y da lugar a sentencias desproporcionadas a las mujeres en casos de aborto natural o provocado, de forma tal que sugiere una moratoria a la ley que ordena su detención y al liberación de las que se encuentran en la cárcel. El Comité también expresó preocupación por el encarcelamiento de las mujeres que han acudido a algún hospital en busca de cuidados médicos y que han sido denunciadas por el personal de salud debido al temor de ser inculpadas[16].

También en el ámbito del derecho a la salud sexual y reproductiva, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CDPD)[17] ha indicado que el acceso al aborto seguro hace parte de los servicios de salud integral cuyo acceso los Estados deben garantizar a las mujeres con discapacidad[18] en beneficio de su autonomía y elecciones reproductivas.

A su vez, ha manifestado su preocupación por el mínimo acceso a la información sobre salud sexual y reproductiva que tienen las mujeres con discapacidad, así como la omisión en el acceso a servicios relativos a los derechos a la salud sexual y reproductiva, lo cual también minimiza aún más su posibilidad de acceder al servicio de aborto[19].

El Comité CDPD adicionalmente ha indicado su preocupación respecto a que las personas con discapacidad siguen teniendo que hacer frente a barreras físicas, financieras y actitudinales para acceder a la información y a los servicios de salud, particularmente en todo lo relacionado al derecho a la salud sexual y reproductiva, con especial énfasis en la información que permita el acceso al derecho al aborto[20]. De esta misma forma el Comité de los Derechos del Niño ha solicitado a los Estados que garanticen el acceso al aborto seguro a las niñas y adolescentes que lo requieran, con independencia de la legislación aplicable garantizando su interés superior[21]. Además, valoró como positivas las iniciativas destinadas a fomentar la educación en educación sexual y reproductiva en las escuelas[22].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también ha reconocido un amplio marco

13 Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011). Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/66/254. Párr. 20-21. Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/66/254
14 Comité CEDAW. (2014). Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú. CEDAW/C/PER/CO/7-8. Párr. 36. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10923.pdf
15 Comité CEDAW (2017). Comité de la ONU recomienda a El Salvador legalizar el aborto en ciertos casos. Disponible en: https://news.un.org/es/story/2017/03/1374871
16 Comité CEDAW (2017). Comité de la ONU recomienda a El Salvador legalizar el aborto en ciertos casos. Disponible en: https://news.un.org/es/story/2017/03/1374871
17 El Comité CEDAW y Comité CDPD. (29 de agosto de 2018). Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y el Comité CEDAW. La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad.
18 Comité CDPD. (2017). Observaciones finales sobre el Informe Inicial de Canadá. ONU CRPD/C/CAN/CO/1. Párr. 46.
19 Comité CEDAW y Comité CDPD. (29 de agosto de 2018). Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y el Comité CEDAW. La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad.
20 Comité CEDAW y Comité CDPD. (29 de agosto de 2018). Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y el Comité CEDAW. La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad.
21 Comité de Derechos del Niño. (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. CRC/C/CHL/CO/4-5. Párr. 61c.
22 Comité de Derechos del Niño. (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. CRC/C/CHL/CO/4-5. Párr. 61c

de derechos sexuales y reproductivas de las mujeres y personas gestantes que debe reconocerse, garantizarse y protegerse por parte de los Estados, de manera no discriminatoria, sobre el derecho a decidir autónomamente sobre su salud sexual y reproductiva. Recientemente, el caso Manuela Beltrán vs. El Salvador mostró que la penalización es un hecho de discriminación con base en el sexo que implica una imposibilidad de ejercer los derechos sexuales y reproductivos en términos de igualdad de condiciones[23]. Adicionalmente, en las reparaciones, la Corte IDH ordenó al Estado regular el secreto profesional médico y adaptar protocolos y guías médicas de atención en emergencia obstétrica[24], con un claro interés en proteger los derechos de las mujeres al momento de abortar. También ordenó capacitación de funcionarios públicos, con el fin de eliminar el uso discriminatorio de estereotipos de las mujeres y garantizar sensibilización al momento de atender a las mujeres, niñas y personas gestantes en las atenciones a salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva[25]. Igualmente, se resalta que la Corte IDH ordenó al Estado de El Salvador que implemente en los programas escolares contenido sobre sexualidad y reproducción de forma completa y no discriminatoria[26]. Encontramos que, si bien no menciona el derecho a abortar de manera explícita, las decisiones de la Corte IDH en la sentencia en cuestión llevan a una protección de la libertad de autonomía y decisión sobre el cuerpo, al igual que una eliminación de los obstáculos que interfieren en el ejercicio libre de los derechos sexuales y reproductivas de las mujeres, niñas y personas gestantes.

De lo anteriormente expuesto, no queda duda de que la tendencia internacional en materia de derechos humanos y derechos sexuales y reproductivos recomienda la despenalización del aborto para así poder avanzar en el reconocimiento y satisfacción de los derechos de las mujeres, adolescentes y niñas.

3. La despenalización del aborto no constituye un acto de discriminación en contra de las personas con discapacidad.

Desde PAIIS consideramos relevante resaltar que el respeto de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer o persona gestante debe ser motivo suficiente para que se garantice su derecho al aborto. No obstante, la discapacidad ha sido empleada por distintas agendas antiaborto para justificar su penalización. Se ha afirmado que el acceder a un aborto por la incompatibilidad del feto con la vida extrauterina permite que se lleven a cabo abortos por discriminación, también conocidos como abortos eugenésicos. En este apartado se argumentará que la despenalización del aborto no constituye un acto de eugenesia en contra de las personas con discapacidad.

3.1 La preocupación por el aborto eugenésico no se debe abordar por medio de la penalización del aborto.

Los abortos eugenésicos ocurren cuando, tras predecir con probabilidad o certeza que el feto nacerá con una deficiencia o enfermedad, se decide llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo para evitar el nacimiento y futura crianza de una persona con discapacidad[27]. Lo anterior atenta contra la dignidad y existencia misma de las personas con discapacidad en la medida que, debido a los prejuicios que la sociedad tiene acerca de la discapacidad, puede derivar en que las personas gestantes aborten con base en controles prenatales que indiquen la presencia de una discapacidad en el feto. Así, el diagnóstico prenatal y el aborto selectivo pueden dar cuenta de la poca disposición de los padres y de la sociedad para acoger determinadas formas de diversidad humana, como lo es la discapacidad[28]. En referencia a este asunto, el Estado de El Salvador afirmó durante el trámite de la petición individual del caso bajo análisis hoy por la Corte, que “si el

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de noviembre de 2021). Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Párr. 248-259.
24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de noviembre de 2021). Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Párr. 283-287.
25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de noviembre de 2021). Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Párr. 290-294.
26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de noviembre de 2021). Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Párr. 296-297.
27 Rodríguez Díaz, R. N. (31 de enero de 2015). Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado. Dilemata, 17. 23-50.
28 Parens, E. y Asch, A. (2000). Prenatal Testing and Disability Rights. Washington D.C: Georgetown University Press. Disponible en: https://books.google.com.bz/books?id=RnDA0EKcMaEC.

Estado hubiese permitido o proveído directamente un aborto a Beatriz habría incumplido las obligaciones que tenía respecto de la hija de aquella en razón de su condición de discapacidad, a la luz de lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"[29].

Al abordar este fenómeno la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en febrero de 2020 quien manifestó que el efecto acumulado de la posibilidad de elegir, el ideal de una descendencia perfecta y el capacitismo, tanto en médicos como en la sociedad en general, ha dado lugar a un aumento progresivo en el número de personas que deciden no tener hijos con discapacidad[30]. Indicó también que prácticas como los diagnósticos prenatales pueden reforzar socialmente el mensaje de que las personas con discapacidad nacer. Sin embargo, precisó que no hay una incompatibilidad intrínseca entre la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, y los derechos de las mujeres y niñas, y personas gestantes a abortar, en tanto que el aborto selectivo por discapacidad no puede, ni debe, prevenirse mediante la restricción del derecho de todas mujeres y niñas –con o sin discapacidad– a decidir si desean o no llevar a término un embarazo[31], porque la prohibición legal del aborto además de menoscabar los derechos de las mujeres es ineficaz en prevenir la discriminación contra personas con discapacidad[32].

Con base en lo anterior, la penalización del aborto no es una herramienta adecuada para disminuir ni para prevenir el desarrollo de abortos eugenésicos con base en estereotipos capacitistas en tanto que: i) es una medida que limita derechos sexuales y reproductivos de manera innecesaria y desproporcionada porque existen otros medios menos lesivos que no impliquen esa limitación; y, ii) es una medida que no ataca la causa real del problema, que se encuentra en los prejuicios e imaginarios construidos alrededor de la discapacidad en la sociedad. Una maternidad forzada no cambia la percepción que se tiene sobre las personas con discapacidad y, en ese sentido, no necesariamente contribuye a eliminar la discriminación hacia las personas con discapacidad.

Así, mantener la penalización para, entre otras cosas, "proteger a las personas con discapacidad" implica la vulneración de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, niñas y otras personas gestantes y, naturalmente, también, de las personas con discapacidad gestantes. En este debate se presenta una falsa dicotomía que aparentemente enfrenta los derechos de las personas con discapacidad y los derechos sexuales y reproductivos –que en este caso se manifiestan en el aborto. La discapacidad no puede convertirse en una herramienta para limitar derechos, especialmente si se tiene en cuenta que garantizar el derecho a abortar es garantizar los derechos también de la población con discapacidad que pueda ser gestante.

Si bien el Estado de El Salvador alegó que penaliza el aborto para proteger los derechos de las personas con discapacidad, específicamente el feto que se gestaba en el caso concreto, no se trata de un aborto eugenésico. Lo anterior, en la medida en que la interrupción del embarazo no solo se daba en razón de la malformación del feto, sino que, además, se conocía que éste no tendría posibilidades de vida si llegara a nacer (lo cual efectivamente se comprobó al momento del nacimiento). En gracia de discusión, aún en el caso de que se tratara de un aborto eugenésico, la manera de combatir este problema no debe implicar la penalización al aborto que afecta los derechos de las mujeres y personas gestantes. Es necesario que para casos en los que los controles prenatales indican una discapacidad del feto, la mujer o persona gestante sea debidamente informada sobre esta situación y se le permita tomar una decisión que respete sus derechos sexuales y reproductivos, al igual que adecuada información sobre la discapacidad, que ayude a eliminar los prejuicios sobre ésta y que incentive la aplicación del modelo social de discapacidad.

3.2 La protección de los derechos de las personas con discapacidad frente al aborto eugenésico

29 CIDH. Informe No. 9/20. Caso 13.378. Fondo. Beatriz. El Salvador. 3 de marzo de 2020. p. 60.
30 Organización de las Naciones Unidas. (2020). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/43/41. Disponible en: https://undocs.org/es/A/HRC/43/41. Párr. 31
31 Ibídem. Párr. 32.
32 Comité CEDAW y Comité CDPD. (29 de agosto de 2018). Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y el Comité CEDAW. La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad.

Tras evidenciar que la penalización del aborto constituye una vulneración a los derechos humanos y que la penalización del aborto no se justifica con la presunta protección de los derechos de las personas con discapacidad, surge la pregunta sobre cómo se pueden ver materializados los derechos de las personas con discapacidad mediante la prevención y desincentivación de los abortos eugenésicos o por discriminación.

La principal herramienta que ha sido identificada en la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad para tales efectos es el brindar información adecuada a las mujeres niñas, y otras personas gestantes sobre la discapacidad y la vida de las personas con discapacidad. Esto permite entender la discapacidad por fuera de los estereotipos sociales al respecto, y permitirá, a quienes lo requieran, tomar la decisión de practicarse un aborto, de manera informada[33]. Algunos autores han señalado que la asesoría que se presta a las personas gestantes durante sus controles prenatales y la interpretación que se hace de los resultados de distintos exámenes diagnósticos condicionan las decisiones de las personas embarazadas[34]. La ciencia genética y los exámenes prenatales no son neutrales y tienden a reproducir estereotipos e imaginarios sobre la discapacidad, por lo que la decisión de interrumpir o llevar a término un embarazo muchas veces se basa en información incompleta o parcializada sobre lo que implica tener una discapacidad, como la presunción de que una discapacidad supone automáticamente la reducción en la calidad de vida de una persona.

Este prejuicio desconoce el modelo social de la discapacidad, el cual determina que las causas que dan origen a la discapacidad no son individuales sino sociales, cuando se presentan barreras para el ejercicio de los derechos humanos por parte de la población con discapacidad, que los Estados están a cargo de proteger y garantizar[35]. Son estas barreras las que imposibilitan, no solamente el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sino también su posibilidad de vida independiente y su inclusión en la sociedad.

En este sentido, si bien la decisión de practicarse un aborto hace parte de la intimidad de la persona gestante, el Estado no puede permanecer incólume ante la evidencia de prácticas discriminatorias. Sin embargo, las acciones del Estado no deben orientarse a la penalización, deben más bien enfocarse en garantizar que la decisión de acceder a un servicio de aborto, sea una decisión consciente y plenamente informada que permita el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos con total libertad, y esto incluye la posibilidad de decidir libre de estereotipos sobre la discapacidad[36]. Al respecto, vale la pena destacar que el artículo 8 de la CDPD establece la obligación a los Estados Parte de adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para, entre otras cosas, luchar contra los estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad y promover la toma de conciencia respecto a las vidas y experiencias de las personas con discapacidad.

Se concluye, entonces, que es posible compaginar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y otras personas gestantes que se garantizan por medio de la despenalización del aborto con los derechos de las personas con discapacidad. Esto se logra garantizando que las personas gestantes puedan decidir de manera autónoma, con base en información oportuna, integral, imparcial y veraz. Con información pertinente y desprovista de imaginarios sobre la discapacidad en los controles prenatales, se garantiza el derecho al aborto y al mismo tiempo se evita la promoción de estereotipos que derivan en abortos por prejuicio.

4. Las mujeres, niñas y otras personas gestantes con discapacidad también tienen derecho a abortar

33 Cabrera, V., Pedraza, V. y Sandino, G. (2019). Reflexiones sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo y derechos de las personas con discapacidad en Colombia: hacia un diálogo productivo entre dos movimientos. Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, 3 (1). 29-49.

34 Asch, A & Parens, E. (1999). The disability rights critique of prenatal genetic testing: reflections and recommendations. The Hastings Center Report. 29(5); Asch, A. (2003). Disability equality and prenatal testing: contradictory or compatible? Florida State University Law Review. 30, 315-342; y Olarte Sierra, M.F (2010) Achieving the Desirable Nation. Abortion and Antenatal Testing in Colombia: The Case of Amniocentesis (Tesis doctoral). Amsterdam Institute for Social Science Research (Aissr).

35 Duque, S., Quintero, M. y González, P. (1 de julio de 2015). Sobre el concepto "persona en situación de discapacidad" en el ordenamiento jurídico colombiano. Advocatus, 0, (25). Disponible en: https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.25.955.

36 Cabrera, V., Pedraza, V. y Sandino, G. (2019). Reflexiones sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo y derechos de las personas con discapacidad en Colombia: hacia un diálogo productivo entre dos movimientos. Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, 3 (1). 29-49.

4.1 Vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad.

Los derechos sexuales y reproductivos son aquellos que reconocen y protegen la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva. Así como los que reconocen, respetan y protegen la libertad sexual y el acceso a los servicios de salud sexual,[37] el aborto es un derecho sexual y reproductivo. Históricamente, las personas con discapacidad han visto vulnerados ambos derechos debido a la estigmatización que existe respecto a su capacidad de ejercer su libertad sexual[38] y su autonomía reproductiva.[39] Esto, debido a que la sociedad esta colmada de barreras actitudinales que sostienen la sistemática violación de derechos y la interposición de nuevas barreras para el ejercicio pleno de su sexualidad, omitiendo sus obligaciones internacionales derivadas de su firma y ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Una de las barreras actitudinales y estereotipos, que ha contribuido con mayor fuerza a limitar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad consiste en la infantilización, los imaginarios de asexualidad o hipersexualidad, la negación de la sexualidad, el rechazo por los cuerpos de las personas con discapacidad y la humillación de esta población. La infantilización asume que las personas con discapacidad no tienen una dimensión sexual o son incapaces de comprenderla y desarrollarla porque son considerados "niños" a lo largo de toda su vida, a pesar de ser adultos, por ejemplo, presumiendo que no son sujetos que desean, y que no tienen mayores consideraciones sobre su género o su sexualidad. Por ello, se dificulta en mayor medida su acceso a la educación sexual integral, y se les niega información relevante que les permita desarrollar su sexualidad con información adecuada sobre su cuerpo, su deseo y su sexualidad, porque se asume que no necesitan ni harán uso de esta información[40].

Frente al estereotipo de la hipersexualidad, usualmente atribuido a las personas con una discapacidad cognitiva o psicosocial, se asume que son ellas incapaces de comprender y controlar su sexualidad. Por este imaginario, la sociedad adopta comportamientos paternalistas bajo los cuales justifica la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos llegando a justificar el sometimiento forzoso a procedimientos médicos invasivos como la esterilización definitiva sin el consentimiento de las personas con discapacidad[41].

Cada una de estas barreras, adicionalmente, se encuentra reforzada por la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran las personas con discapacidad respecto a la violencia sexual. Por ejemplo, según el Fondo de Población de las Naciones Unidas de El Salvador, 2 de cada 3 mujeres sufren violencia sexual[42]. Esta situación de vulnerabilidad ha sido utilizada como una justificación para controlar la sexualidad de las personas con discapacidad y entrometerse en el ejercicio libre de sus derechos bajo el discurso de la protección[43].

> Las barreras actitudinales tienen como efecto el desarrollo de otras barreras, como de accesibilidad o de información que impiden el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, entre esos el derecho al aborto. La combinación de las barreras que impone

37 Corte Constitucional colombiana, Sala Octava de Revisión. (15 de octubre de 2009). Sentencia T-732 de 2009. [M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto].
38 Definido como "la facultad que tiene la persona para autodeterminarse y autorregular su vida sexual". Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (05 de abril de 2019). Sentencia T-156 de 2019. [M.P.: Cristina Pardo Schlesinger].
39 Definido como "la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia". Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (15 de octubre de 2009). Sentencia T-732 de 2009. [M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto].
40 Según Profamilia, et. al, "la infantilización tiene efectos no solo en la desexualización de las personas con discapacidad, que ocurre de manera similar con los niños y las niñas, sino también en la manera en que son tramitadas sus denuncias". Profamilia, Liga Colombiana de Autismo (LICA), Asociación Colombiana Síndrome de Down (Asdown Colombia) y Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. (2018). Prevención y Abordaje de la violencia Sexual en Personas con Discapacidad desde un Enfoque de Determinantes Sociales. Disponible en: https://profamilia.org.co/wpcontent/uploads/2019/09/Prevencion-y-Abordaje-de-la-Violencia-Sexual-en-Personas-con-Discapacidad- desde-unEnfoque-de-Determinantes-Sociales.pdf
41 Sobre esto la Corte se manifestó en la Sentencia T-573 de 2016, donde reconoció que "la creencia de que no pueden tener relaciones sexuales consentidas y, en general, la idea de que carecen de aptitud para tomar decisiones, explicaría las elevadas tasas de esterilización forzada, la reticencia a permitir que asuman el control de su salud reproductiva y el hecho de que, en determinadas jurisdicciones, la cantidad de imposición de sustitutos en la adopción de decisiones sea mayor para las mujeres que para los hombres". Esta es una situación que afecta con mayor profundidad a los hombres que a las mujeres. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (19 de octubre de 2016). Sentencia T-573 de 2016. [M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva].
42 Fondo de Población de las Naciones Unidad El Salvador. Encuesta Nacional de Violencia Sexual contra las mujeres (2019). Cuadernos de Población 1. 3-76. Disponible en https://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/cuadernospoblacion_1_unfpa-sv.pdf
43 Fondo de Población de las Naciones Unidad El Salvador. Encuesta Nacional de Violencia Sexual contra las mujeres (2019). Cuadernos de Población 1. 3-76. Disponible en https://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/cuadernospoblacion_1_unfpa-sv.pdf

la prohibición del aborto con las barreras que permanentemente enfrentan las personas con discapacidad ante el sistema de salud, particularmente cuando se trata de su salud sexual y reproductiva, constituyen una situación de constante vulneración a la garantía y la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y personas gestantes con discapacidad.

4.2 La inexistencia de un enfoque de atención diferencial en las entidades prestadoras de servicios de salud que reconozca las necesidades particulares de las personas con discapacidad impide el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Una de las consecuencias de las barreras actitudinales previamente expuestas es la inexistencia de un enfoque diferencial en la atención médica para las personas con discapacidad. Al respecto, la Organización Mundial de la Salud señaló que las personas con discapacidad son particularmente vulnerables a las deficiencias de los sistemas de salud, rehabilitación, asistencia y apoyo. Indicando además que la mala coordinación de los servicios, y la dotación insuficiente de personal pueden afectar la calidad, accesibilidad e idoneidad de los servicios de las personas con discapacidad[44].

Particularmente, sobre los servicios de salud sexual y reproductiva, la organización colombiana Profamilia[45] dispuso que los "factores como el desconocimiento de sus necesidades por parte del personal médico, así como los mitos y prejuicios sobre su sexualidad pueden dificultar el acceso a servicios de anticoncepción, prevención y atención de la violencia sexual", lo cual evidencia que la falta de reconocimiento de las necesidades de las personas con discapacidad genera falencias en la prestación de servicios de salud relacionados con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos.

El desconocimiento de las necesidades particulares no permite una prestación integral y oportuna de los servicios,[46] y causa que los prestadores de salud transgredan los límites que garantizan la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad, o no brinden la información de forma adecuada para que las personas tomen decisiones sobre su cuerpo y su salud sexual.

a. Las personas con discapacidad no reciben educación sexual de calidad y enfrentan barreras para acceder a la información necesaria para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos

Además de las barreras de acceso a la información en salud, también existen otras en el ámbito educativo. Las mujeres, niñas y las personas con discapacidad no acceden en igual proporción al sistema educativo, y cuando lo hacen se encuentran con otras barreras como: i) la falta de atención en apoyos específicos o individualizados y ii) la falta de ajustes razonables para entender la información que se les suministra, incluyendo la información sobre su salud sexual y reproductiva y la posibilidad de acceder a un aborto.

Según el Informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador[47] ante la oficina del Alto Comisionado de la ONU (2014) de la matrícula global en los años 2008 y 2009, solamente el 1% corresponde a estudiantes con alguna discapacidad; en promedio para estos dos años, se cuenta con registro de la atención a 16,000 estudiantes con discapacidad; para los años 2009, 2010 y 2011 y tan sólo el

44 Organización Mundial de la Salud. (2011). Informe Mundial sobre la Discapacidad. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/informe-mundial-discapacidadoms.pdf

45 Profamilia, Liga Colombiana de Autismo (LICA), Asociación Colombiana Síndrome de Down (Asdown Colombia), Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. (2018). Ibídem.

46 El artículo 6 de la Ley del Sistema Básico de Salud Integral en El Salvador: La atención integral en salud es el conjunto de principios, normas, acciones e instrumentos utilizados por la red de establecimientos de salud para su promoción, prevención de las enfermedades, recuperación de la salud y rehabilitación de los habitantes.

47 Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador. (204) Informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, que será presentado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ante el Consejo de Derechos Humanos, en marzo de 2014. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disability/StudyEducation/NHRIs/ElSalvador.pdf

1.25% de los docentes había recibido capacitación en educación inclusiva y atención a la diversidad. Por otro lado, en una encuesta nacional más reciente se revela que las personas con discapacidad sólo alcanzan el cuarto grado y también existe una brecha de analfabetismo a la cual hay que darle la prioridad e importancia desde las políticas públicas[48].

Así, la falta de participación de las personas con discapacidad en ambientes educativos les impide acceder a la educación sexual básica que las insitutciones están obligadas a prestar, y representa un incumplimiento del artículo 24 de la CDPD sobre el acceso a la educación de las personas con discapacidad. Esto significa, en consecuencia, que la conciencia sobre la posibilidad de acceder a un aborto de forma informada por parte de las mujeres y personas con discapacidad se reduce si no pueden recibir educación al respecto.

b. La intromisión de terceros en el ejercicio de la autonomía reproductiva y la libertad sexual de las personas con discapacidad vulnera sus derechos

La combinación de un servicio inadecuado y la dificultad de acceder a información sobre los derechos sexuales y reproductivos, en adición a los mitos presentados con anterioridad, permiten que terceros se consideren con el derecho a tomar decisiones por las personas con discapacidad, anulando así su autonomía reproductiva y su libertad sexual. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un tercero o el Estado decide sobre el derecho de una mujer o persona con discapacidad de acceder a un aborto. Así, las mujeres con discapacidad no sólo deben lidiar con el control sobre su cuerpo por tener una discapacidad, sino además por ser mujeres o personas gestantes.

Sobre esto ya la Corte Constitucional colombiana se ha manifestado en diferentes circunstancias, enfocándose principalmente en la práctica de la esterilización forzada[49]. A saber, esta Corporación decidió en la sentencia T-573 de 2016 que en lo que respecta a las decisiones de las personas con discapacidad sobre sí mismas, particularmente en lo relacionado con sus derechos sexuales y reproductivos, siempre debe presumirse su capacidad jurídica, considerando los apoyos o ajustes necesarios y cumpliendo con el principio base del movimiento de personas con discapacidad *nada sobre nosotros, sin nosotros*.

Por otro lado, la perspectiva de una sociedad con prejuicios ha afectado la forma en la que las personas con discapacidad se auto perciben, generando serias consecuencias en la forma en la consideran su capacidad para tomar decisiones sobre sí mismas. En palabras de la organización colombiana Profamilia, "sería impreciso decir que los imaginarios que las personas con discapacidad tienen de sí mismas son radicalmente opuestos a los de las demás"[50]. Esta situación ha hecho que las personas con discapacidad se encuentren propensas a ceder a terceros decisiones sobre sus cuerpos y su sexualidad, por considerar que no cuentan con la capacidad suficiente para tomarlas por sí mismas o incluso, no saber que tienen derecho a una opinión al respecto.

4.3 La escasez de información respecto a la población con discapacidad impide la implementación de políticas públicas eficientes

Existe una gran escasez de datos que reconozcan de forma diferenciada a las personas con discapacidad, y que las desagreguen entre las discapacidades. Sin esta información por parte de las prestadoras de servicios (salud, justicia, educación, etc.), resulta compleja la creación de una política pública que responda a las necesidades particulares de cada grupo, y que abarque con mayor o menor profundidad los sectores donde más se requiere educar sobre inclusión, participación y modelo social.

48 CONAIPD. (Mayo, 2016). Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad 2015. 1-28.

49 Particularmente, en la Sentencia T-573 de 2016, la Corte dispuso que "ninguna circunstancia habilita la adopción de decisiones que incumben a las personas en situación de discapacidad por vía del consentimiento sustituto, y que, en todo caso, debe presumirse su capacidad jurídica para tomar decisiones de forma libre y autónoma, mediante los apoyos, ajustes razonables y salvaguardas que el Estado debe facilitarles para el efecto". Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (19 de octubre de 2016). Sentencia T-573 de 2016. [M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva]

50 Profamilia, Liga Colombiana de Autismo (LICA), Asociación Colombiana Síndrome de Down (Asdown Colombia), Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. (2018). Ibídem.

Este es el caso de El Salvador, por ejemplo. Si bien existe una encuesta nacional de Personas con Discapacidad de 2015,[51] ésta es deficiente a la hora de recoger datos de las necesidades de las personas con discapacidad, de aplicar el enfoque de género y no tiene información sobre derechos sexuales y reproductivos de la población. Es el reconocimiento de las necesidades de las personas con discapacidad, de su existencia, lo que puede permitir la implementación de los ajustes requeridos, y la transformación de las barreras actitudinales de las cuales surgen muchas de las otras barreras, como el acceso al aborto.

4.4 Las barreras que enfrentan las personas con discapacidad para la garantía de sus derechos sexuales y reproductivos, junto con las barreras a las que se enfrentan las mujeres para poder acceder al aborto, constituyen una vulneración a los derechos de las mujeres, niñas y personas gestantes con discapacidad

De acuerdo con la argumentación precedente, las personas con discapacidad experimentan barreras: i) para recibir una atención que reconozca sus necesidades en el servicio de salud; ii) para acceder a la información relacionada con sus derechos sexuales y reproductivos; iii) para tomar decisiones respecto a sus derechos sexuales y reproductivos sin la intromisión de terceros y; iv) para lograr la transformación de las barreras actitudinales que las afectan diariamente en su vida y validan la interposición de obstáculos en el goce de sus derechos.

Cada una de estas situaciones resulta un impedimento para poder acceder a su derecho al aborto, aún más, cuando se intersecta con las barreras que ya existen por ser mujeres o personas gestantes al enfrentarse a la prohibición legal del aborto.[52] A saber, debido a que las personas con discapacidad se ven afectadas tanto por las barreras de la penalización del aborto como por las barreras que enfrentan por su condición de personas con discapacidad, les es mucho más difícil acceder al aborto. Esto en razón a que: i) el servicio que reciben cuando quieran practicarse un aborto resulta más precario, pues no solo deben enfrentarse l mal servicio producto del estigma sobre el aborto, sino también por al desconocimiento de las entidades de salud respecto a cómo brindar una atención con un enfoque de discapacidad; ii) reciben menor información o información sesgada para practicarse un aborto, pues no solo deben enfrentar las barreras de desinformación alrededor del aborto, sino también todas aquellas resultado de los prejuicios hacia las personas con discapacidad, y de la incapacidad del servicio de salud para adoptar los ajustes necesarios que garanticen el acceso y comprensión de la información y; iii) enfrentan la intromisión de terceros de manera más invasiva en la toma de decisiones respecto a su deseo de practicarse o no un aborto, pues no solo deben sufrir los malos tratos de las entidades de salud para la prestación de servicios del aborto, sino también deben luchar contra el imaginarios que tienen los profesionales de la salud respecto a que no cuentan con la capacidad suficiente para tomar decisiones sobre su sexualidad.

Adicionalmente, al no existir información segregada respecto a las necesidades que enfrentan al asistir a salud, o que tanto demandan ciertos servicios, pueden encontrar dificultades para exigir a la entidad una prestación del servicio más adecuada y para recibir apoyo del Estado en relación con las barreras actitudinales que constantemente enfrentan. Las entidades carecen de la información suficiente para implementar medidas o acciones que garanticen a las personas con discapacidad su derecho al aborto. No

51 CONAIPD. (Mayo, 2016). Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad 2015. 1-28.

52 El Protocolo para la prevención del aborto inseguro, citando el informe final del Convenio Interadministrativo N° 405 de 2006 suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional dispuso que las mujeres accedían a las siguiente barreras para tener acceso al aborto "1) la negativa a practicar el servicio; 2) la exigencia de requisitos y trámites adicionales a los establecidos; 3) la imposición de barreras administrativas que ocasionan retardos injustificados en la prestación del servicio; 4) el retardo injustificado en la prestación del servicio o el incumplimiento de los estándares de calidad que garanticen el acceso oportuno y la atención adecuada del aborto 5) la imposición de barreras o de cualquier medio de presión, apremio, coacción o manipulación que impidan a la mujer decidir libremente en relación al aborto; 6) la carencia de información suficiente, amplia y adecuada con respecto a lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006; 7) la reticencia en el cumplimiento de las reglas de referencia y contra referencia para atender a las solicitudes para la práctica del procedimiento de aborto; 8) la exigencia de requisitos irrelevantes o imposibles de cumplir cuando se solicita la práctica del aborto en mujeres con discapacidad para manifestar libre y directamente su consentimiento; 9) la falta de educación e información sobre la salud sexual y reproductiva y el acceso a la misma en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad; 10) la no disponibilidad del servicio de aborto en el territorio nacional; 11) la falta de entrenamiento y dotación de los proveedores de los servicios de salud; 12) la falta de guarda del secreto profesional por parte de profesionales de la salud ante quienes se solicita la práctica del aborto y la violación a los derechos a la intimidad y dignidad de las mujeres que se someten a ese procedimiento; y 13) la discriminación a las mujeres que se han sometido a un aborto o las prácticas que le impiden acceder al trabajo, educación o seguridad social." Ministerio de Salud y Protección Social y Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) (2014) Prevención del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el sector salud. Bogotá D.C. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM- Protocolo-IVEajustado-.pdf

puede dejarse de lado que, según lo dispuesto por la Organización Mundial de la Salud[53], las personas con discapacidad son uno de los grupos más propensos a sufrir violencia sexual.[54] Esta situación puede ponerlas en mayor riesgo de gestar un embarazo indeseado y de verse forzadas a asumir una maternidad en razón a las barreras.

El hecho de que deban enfrentar mayores riesgos sobre sus derechos sexuales y reproductivos, y a la vez enfrenten mayores barreras para acceder a su derecho al aborto, únicamente las ubica en una mayor situación de vulnerabilidad, siendo la prohibición y los estigmas alrededor de la discapacidad una combinación grave que violenta desde los derechos sexuales y reproductivos, hasta la dignidad, de las personas con discapacidad.[55]

4.5 La práctica de abortos inseguros y clandestinos pone en riesgo de vulneración los derechos de las personas con discapacidad en riesgo

Los abortos clandestinos, como procedimiento informal, no tienen las directrices que siguen los institutos oficiales. En este escenario resulta más factible que terceros intercedan de forma indebida sobre los derechos de las personas con discapacidad, pues no garantizan el consentimiento libre e informado para ejercer cualquier acto que transgreda sus derechos sexuales y reproductivos. En El Salvador, según datos del Ministerio de Salud[56], entre 2005 y 2008 hubo 19.290 abortos clandestinos, aunque es probable que la cifra sea mucho más elevada. Algunos de los métodos más habituales que utilizan las mujeres y las niñas para poner fin a un embarazo son la ingestión de matarratas y otros pesticidas; la introducción de agujas de tejer, trozos de madera y otros objetos puntiagudos en el cuello del útero, y la ingestión de un medicamento empleado para tratar úlceras de estómago. Estos escenarios ponen en riesgo la autodeterminación reproductiva de las personas con discapacidad, su salud e, incluso, su vida.

El otorgar información sobre las complicaciones que más sufren las mujeres con discapacidad, resulta un reto en razón a la imposibilidad de contar con datos que realmente representen la realidad (una de las consecuencias de la prohibición del aborto). Cuando el aborto era ilegal en Colombia, las mujeres que se practicaban abortos clandestinos, debido a su temor a que se iniciaran acciones penales en su contra —en razón al artículo 122 del Código Penal—, hacían todo lo posible por mantener en secreto tanto el haberse practicado el procedimiento como todas las consecuencias negativas que puedan resultar de él, causando que la información disponible fuese realmente un sub-reporte del total de casos. Esta prohibición en El Salvador en sus artículos 133 y subsiguientes, mucho más severa de la que había en Colombia antes del 2022, tiene ese mismo efecto y a menudo se les acusa a las mujeres de "homicidio" u "homicidio agravado"[57]. En ese sentido, la prohibición crea un círculo vicioso que pone a las mujeres en escenarios de desprotección grave a sus derechos, pero también imposibilita al Estado a tomar medidas que garanticen la protección de estos.

53 Organización Mundial de la Salud. (2011). Ibídem.
54 Según la Observación General núm. 3. del Comité CDPD en el 2016 "La violencia sexual contra las mujeres con discapacidad incluye la violación. El abuso sexual se produce en todos los ámbitos, en instituciones estatales y no estatales y en la familia o la comunidad. Algunas mujeres con discapacidad, en particular las mujeres sordas y sordociegas y las mujeres con discapacidad intelectual, pueden correr un riesgo aún mayor de violencia y malos tratos a causa de su aislamiento, dependencia u opresión.". Esto ha reconocido la vulnerabilidad a la que se encuentra expuesta este grupo, y sobre la cual es necesario que el Estado adopte medidas especiales de protección. Comité DPCD. (2016). Observación general núm. 3 Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. UN. Doc. CRPD/C/GC/3. Párr. 33.
55 Según el Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "Los Estados partes deben garantizar la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad. Deben asegurar que se proporcione información sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos a las personas con discapacidad, incluso sobre el VIH/sida y otras infecciones de transmisión sexual, y que las mujeres con discapacidad tengan acceso a servicios de aborto sin riesgo en igualdad de condiciones con las demás"(2019). Comité CDPD. (2019). Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A/74/55. Párr. 68.
56 Amnistía Internacional. (Noviembre 5, 2015). La prohibición total del aborto en El Salvador: los datos. Disponible en https://www.amnesty.org/es/latest/press-release/2015/11/el-salvador-total-abortion-ban/
57 Ibídem.

5. Los Estados deben implementar sistemas de toma de decisiones con apoyos respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad para acceder al aborto

La CDPD establece una serie de obligaciones relevantes al hablar de toma de decisiones con apoyos en el marco de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad. En primer lugar, frente a esos derechos, la Convención dicta que los Estados deben comprometerse a proporcionar a las personas con discapacidad atención de calidad en el ámbito de la salud sexual y reproductiva[58]. Adicionalmente, determina los Estados deben respetar el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, al igual que a tener acceso a la información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y a ofrecer los medios necesarios para ejercer esos derechos[59].

En segundo lugar, frente a la capacidad legal de las personas con discapacidad, la Convención reconoció que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas[60]. Así, los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica[61]. El ejercicio de la capacidad jurídica debe acompañarse de salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos. Las salvaguardias aseguran que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de interés ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad independiente e imparcial. Las salvaguardias deben ser proporcionales al grado en que las medidas afecten los derechos e intereses de la persona[62].

Cabe aclarar que la capacidad jurídica puede entenderse desde dos modelos: el modelo de sustitución y el modelo de asistencia en la toma de decisiones. Por un lado, el modelo de sustitución no es acogido por la CDPD, ya que puede dar paso a abusos de los derechos de las personas con discapacidad. Se trata de un sistema de guardas y tutelas que supone que la persona con discapacidad pierde su derecho a decidir sobre múltiples cuestiones que atañen su vida. Por otro lado, el modelo de asistencia, que acoge la CDPD, garantiza la autonomía de las personas con discapacidad y asegura que realmente se traten en igualdad de condiciones que el resto de la población, pues implica el apoyo y la defensa de sus puntos de vista. En este sentido, la CDPD busca suprimir cualquier sistema que niegue la capacidad de las personas con discapacidad, ya sea en función de su diagnóstico, porque adoptaron una decisión que se considera tiene consecuencias negativas, o sobre el supuesto de que su aptitud para adoptar decisiones es deficiente.

Así, asumir este modelo de asistencia en la toma de decisiones conlleva dos tareas concretas: disponer de un sistema de apoyos que acompañe a personas con discapacidad en el proceso de adopción de sus decisiones y crear salvaguardias que garanticen el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, así como para protegerlo contra conflictos de interés, influencia indebida y abusos[63]. Se entiende, entonces, que la voluntad de las personas con discapacidad acerca de cuestiones fundamentales como sus derechos sexuales y reproductivos no deben, bajo ninguna circunstancia,

58 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). (13 de diciembre de 2006). Nueva York. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf. Artículo 25, literal a.
59 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). (13 de diciembre de 2006). Nueva York. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf. Artículo 23, literal b.
60 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).(13 de diciembre de 2006). Nueva York. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf. Artículo 12, numeral 1.
61 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). (13 de diciembre de 2006). Nueva York. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf. Artículo 12, numeral 3.
62 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).(13 de diciembre de 2006). Nueva York. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf Artículo 12, numeral 4.
63 Organización de las Naciones Unidas. (2017). Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A/HRC/37/56. Disponible en: https://undocs.org/en/A/HRC/37/56.

sustituirse. Para materializar este sistema, el Estado debe garantizar los ajustes razonables y los apoyos necesarios para garantizar que las decisiones de las personas con discapacidad efectivamente adopten, reflejen genuinamente su voluntad y sus preferencias.

El Salvador ha empezado a implementar este modelo de asistencia para la toma de decisiones en la medida que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y dispone que el Estado debe garantizar los mecanismos de apoyo para la toma de decisiones[64]. Sin embargo, es necesario que regule y proteja la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad en el marco de sus derecho sexuales y reproductivos, y especialmente del aborto.

En este sentido, desde el estándar internacional, el Estado tiene la obligación de garantizar accesibilidad y ajustes razonables, los cuales son definidos en la CDPD. Así la accesibilidad está reconocida en el artículo 9 de la CDPD como el principio general según el cual los Estados deben adoptar "medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás"[65], entre otras cosas, a los servicios de salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva y el acceso a la información.

Los ajustes razonables son "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas (...) para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"[66]. Estos se refieren, entonces, a la atención a los casos individuales, como obligaciones que se hacen exigibles en el momento que una persona con discapacidad los necesite[67]. Así, la accesibilidad se relaciona con grupos de personas, como una obligación ex ante, mientras que los ajustes razonables son una obligación ex nunc, específica a casos individuales[68].

El análisis de los tiempos y la efectividad de la toma de decisiones con apoyos en el aborto dependerá de cada caso concreto, dado que los apoyos responden a las necesidades específicas de cada persona. *A priori*, lo que resulta fundamental es tener en cuenta que hay un marco normativo internacional que impone la obligación de implementar el sistema de toma de decisiones con apoyos en el aborto como manifestación y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad.

6. Conclusiones y recomendaciones

- La penalización del aborto es una regulación que restringe de manera innecesaria y desproporcional los derechos a la vida, a la integridad, a la salud, y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y otras personas gestantes con y sin discapacidad.
- La despenalización del aborto debe ser implementada con enfoques diferenciales que garanticen que las personas con discapacidad también puedan acceder a este servicio, y ejercer sus derechos sexuales y reproductivos en condiciones de igualdad y no discriminación.
- La despenalización del aborto por causales, incluyendo la causal de incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, no supone una vulneración a los derechos de las personas con discapacidad, ni se constituye *per se* como un acto de discriminación contra esta población. Esto debido a que, la incompatibilidad del feto con la vida extrauterina no es una discapacidad, y porque la práctica de abortos con base en estereotipos capacitistas no se soluciona mediante la restricción de los derechos sexuales y reproductivos de todas las niñas, mujeres y otras personas con capacidad de gestar.
- La penalización del aborto no es una herramienta efectiva para disminuir o prevenir la práctica de abortos eugenésicos, que se basen en estereotipos negativos sobre la discapacidad.
- La desincentivación de la práctica de abortos eugenésicos se puede lograr a partir de brindar

64 Gobierno de El Salvador, Consejo Nacional para la Inclusión de las Personas con Discapacidad. Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad.
65 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). (13 de diciembre de 2006). Nueva York. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf. Artículo 9.
66 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). (13 de diciembre de 2006). Nueva York. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf. Artículo 2.
67 Comite CDPD. (2014). Observación General no. 2 sobre el artículo 9: accesibilidad. Párr. 26. Disponible en: https://documents-dds- ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/16/PDF/G1403316.pdf?OpenElement
68 Comite CDPD. (2014). Observación General no. 2 sobre el artículo 9: accesibilidad. Párr. 25. Disponible en: https://documents-dds- ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/16/PDF/G1403316.pdf?OpenElement

información adecuada y suficiente a mujeres, niñas y otras personas con capacidad de gestar, no solamente sobre sus derechos sexuales y reproductivos, sino en general sobre la discapacidad, y la vida de las personas con discapacidad; información que les permita tomar una decisión consciente y plenamente informada sobre su embarazo y su posible maternidad.

- Existen numerosas barreras para que las mujeres, niñas y personas gestantes con discapacidad puedan ejercer en condiciones de igualdad sus derechos sexuales y reproductivos, especialmente su derecho a acceder al servicio de aborto. Éstas consisten principalmente en barreras actitudinales basadas en estereotipos como la infantilización o la hipersexualidad de las personas con discapacidad, el paternalismo y la falta de reconocimiento de la voluntad y capacidad de las personas con discapacidad para tomar decisiones informadas sobre su propio cuerpo y sexualidad, falta de acceso al sistema educativo y educación sexual integral.
- La despenalización del aborto sea por causales, o de manera absoluta, debe incorporar el modelo social de la discapacidad y un sistema de toma de decisiones con apoyos para garantizar que las niñas, mujeres y personas gestantes con discapacidad puedan ejercer su derecho a abortar en condiciones de igualdad y no discriminación, y se les garanticen sus derechos sexuales y reproductivos, y el derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica mediante una perspectiva de accesibilidad.
- Con base en lo anterior, recomendamos a la Corte Interamericana que ordene como una medida de reparación integral en el caso de Beatriz vs. El Salvador la despenalización del derecho al aborto en el Estado salvadoreño, para así garantizar que todas las mujeres, niñas y otras personas con capacidad de gestar puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos en condiciones de igualdad y no discriminación, y decidir sobre su propio cuerpo y vida sin interferencia innecesaria del Estado y la sociedad.

Atentamente,

Natalia Chavarro Naranjo
Estudiante Consultorio Jurídico -
PAIIS Universidad de los Andes

Nicole Amaya Monroy
Estudiante de Consultorio Jurídico -
PAIIS Universidad de los Andes

Sara Méndez Niebles
Asesora jurídica del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social -
PAIIS Universidad de los Andes

Juliana Bustamante Reyes
Directora Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social -
PAIIS Universidad de los Andes

Referencias bibliográficas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de noviembre de 2021). Caso Manuela y otros vs. El Salvador.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2017*). Observación General No. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*. CCPR/C/GC/36. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf

Comité de Derechos Humanos. (2019). General comment no. 36 (Right to Life). Disponible en: https://www.refworld.org/docid/5e5e75e04.html

El Comité CEDAW y Comité CDPD. (29 de agosto de 2018). *Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y el Comité CEDAW. La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad.*

Comité CDPD. (2017). *Observaciones finales sobre el Informe Inicial de Canadá.* ONU CRPD/C/CAN/CO/1.

Comité CEDAW. (2018). *Indagación sobre Reino Unido e Irlanda del Norte (Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).* CEDAW/C/OP.8/GBR/1. Disponible en: https://undocs.org/sp/CEDAW/C/OP.8/GBR/1

Comité CEDAW. (2017). *Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19,* CEDAW/C/GC/35. 2017.Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/HRC/31/57); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, comunicación núm. 22/2009,

L. C. c. el Perú, dictamen aprobado el 17 de octubre de 2011, párr. 8.18; y Comité de Derechos Humanos, comunicaciones núm. 2324/2013, Mellet c. Irlanda, dictamen aprobado el 31 de marzo de 2016, párr. 7.4, y núm. 2425/2014, Whelan c. Irlanda, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2017.

Comité CEDAW. (2014). *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú.* CEDAW/C/PER/CO/7-8. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10923.pdf

Comité CEDAW (2017). Comité de la ONU recomienda a El Salvador legalizar el aborto en ciertos casos. Disponible en: https://news.un.org/es/story/2017/03/1374871

Comité CEDAW. (2018). Indagación sobre Reino Unido e Irlanda del Norte (Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). CEDAW/C/OP.8/GBR/1. Disponible en: https://undocs.org/sp/CEDAW/C/OP.8/GBR/1

Comité DESC. (2002). Chile, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.82. Párr. 25; Comité DESC. (2002). Polonia, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.82. Párr. 29; Comité DESC. (2003). Rusia, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.94. Párr. 63; Comité DESC. (2004). Azerbaiyán, U.N. Doc. E/C/12/1/Add.104. Párr. 56; Comité DESC. (2004). Kuwait, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.98.

Comité DESC. (2016). *Observación General No. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22. Párr. 34.* Disponible: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImn sJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67NdUrGT87

Comité de Derechos del Niño. (2015). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*. CRC/C/CHL/CO/4-5.

Amnistía Internacional. (2019). *POLÍTICA DE AMNISTÍA INTERNACIONAL SOBRE EL ABORTO:*

NOTA ACLARATORIA. (pp. 13-23). Disponible en: https://www.amnesty.org/es/wp- content/uploads/sites/4/2021/05/POL3028472020SPANISH.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011). *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.* A/66/254. Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/66/254

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (15 de octubre de 2009). Sentencia T-732 de 2009. [M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (05 de abril de 2019). Sentencia T-156 de 2019. [M.P.: Cristina Pardo Schlesinger].

Profamilia, Liga Colombiana de Autismo (LICA), Asociación Colombiana Síndrome de Down (Asdown Colombia) y Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. (2018). Prevención y Abordaje de la violencia Sexual en Personas con Discapacidad desde un Enfoque de Determinantes Sociales. Disponible en: https://profamilia.org.co/wpcontent/uploads/2019/09/Prevencion-y-Abordaje-de-la-Violencia-Sexual-en- Personas-con-Discapacidad-desde-unEnfoque-de-Determinantes-Sociales.pdf

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (19 de octubre de 2016). Sentencia T-573 de 2016. [M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva].

Fondo de Población de las Naciones Unidad El Salvador. Encuesta Nacional de Violencia Sexual contra las mujeres (2019). *Cuadernos de Población 1.* 3-76. Disponible en: https://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/cuadernospoblacion_1_unfpa-sv.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2011). Informe Mundial sobre la Discapacidad. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/informe-mundial- discapacidadoms.pdf

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador. (204) Informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, que será presentado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ante el Consejo de Derechos Humanos, en marzo de 2014. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disability/StudyEducation/NHRIs/ElSalvador.p df

CONAIPD. (Mayo, 2016). Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad 2015. 1-28.

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (19 de octubre de 2016). Sentencia T-573 de 2016. [M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva]

Ministerio de Salud y Protección Social y Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) (2014) Prevención del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el sector salud. Bogotá D.C. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-IVEajustado-.pdf

Comité DPCD. (2016). Observación general núm. 3 Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. UN. Doc. CRPD/C/GC/3.

Comité CDPD. (2019). Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A/74/55. Párr. 68.

Amnistía Internacional. (Noviembre 5, 2015). La prohibición total del aborto en El Salvador: los datos. Disponible en: https://www.amnesty.org/es/latest/press-release/2015/11/el-salvador-total-abortion-ban/

Rodríguez Díaz, R. N. (31 de enero de 2015). Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado. *Dilemata*, *17.* 23-50.

Parens, E. y Asch, A. (2000). *Prenatal Testing and Disability Rights*. Washington D.C: Georgetown University Press. Disponible en: https://books.google.com.bz/books?id=RnDA0EKcMaEC

Organización de las Naciones Unidas. (2017). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. A/HRC/37/56. Disponible en: https://undocs.org/en/A/HRC/37/56.

CIDH. Informe No. 9/20. Caso 13.378. Fondo. Beatriz. El Salvador. 3 de marzo de 2020.

Kauffman, C. Por qué tantas mujeres latinoamericanas aún se someten a abortos inseguros. En Dejusticia. *Dejusticia* (blog). Disponible en: https://www.dejusticia.org/column/por-que-tantas-mujeres-latinoamericanas-aun-se-someten-a-abortos-inseguros/.

Cabrera, V., Pedraza, V. y Sandino, G. (2019). Reflexiones sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo y derechos de las personas con discapacidad en Colombia: hacia un diálogo productivo entre dos movimientos. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, 3* (1).

Asch, A. (2003). Disability equality and prenatal testing: contradictory or compatible? *Florida State University Law Review.* 30, 315-342.

Asch, A & Parens, E. (1999). The disability rights critique of prenatal genetic testing: reflections and recommendations. *The Hastings Center Report.* 29(5).

Olarte Sierra, M.F (2010) *Achieving the Desirable Nation. Abortion and Antenatal Testing in Colombia: The Case of Amniocentesis (*Tesis doctoral). Amsterdam Institute for Social Science Research (Aissr).

Duque, S., Quintero, M. y González, P. (1 de julio de 2015). Sobre el concepto "persona en situación de discapacidad" en el ordenamiento jurídico colombiano. *Advocatus, 0,* (25). Disponible en: https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.25.955.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). (13 de diciembre de 2006). Nueva York. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.

Gobierno de El Salvador, Consejo Nacional para la Inclusión de las Personas con Discapacidad. Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad.

Comite CDPD. (2014). Observación General no. 2 sobre el artículo 9: accesibilidad. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/16/PDF/G1403316.pdf?OpenElement

IX. JUAN MÉNDEZ

Identificación completa y adecuada de los derechos en juego

La criminalización del aborto

Uso del derecho penal como ultima ratio

Temas adicionales:

Tortura

Escrito Amicus Curiae

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Beatriz v. El Salvador

Juan Ernesto MENDEZ, abogado y profesor universitario, argentino, y constituyendo domicilio legal para notificaciones en los estrados de la Honorable Corte, me dirijo a VVEE y digo:

I. Objeto

Que vengo por el presente escrito a solicitar la venia de la Honorable Corte para acercar un escrito a estas actuaciones en calidad de *amicus curiae.* Mi escrito tiene por objeto ofrecer argumentos para conocimiento y consideración de VVEE, en el sentido de que la prohibición absoluta del aborto en toda circunstancia resulta en dolor y sufrimiento infligido por el Estado en perjuicio de las mujeres por su condición de tales, dolor y sufrimiento que constituye tortura y trato o pena cruel, inhumano o degradante bajo las normas actualmente vigentes del Derecho Internacional.

II. Interés del "amigo de la Corte"

En mi carácter de Relator Especial sobre la Tortura de las Naciones Unidas (2010 a 2016) tuve oportunidad de discutir la relación entre las prohibiciones a la interrupción voluntaria del embarazo con la prohibición absoluta de la tortura en el Derecho Internacional. Lo hice específicamente en dos informes temáticos sometidos a consideración del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. El primero de ellos, sobre Tortura y Maltrato en Contextos de Cuidado de la Salud, se publicó el 1 de febrero de 2013.[1] Se refiere a violaciones a los derechos reproductivos a partir de la página 10. El segundo, sobre Perspectivas de Género sobre la Tortura, lleva fecha del S de enero de 2016, y contiene una sección sobre Acceso al Aborto a partir de su página 12.[2] Además, me tocó intervenir como Relator en comunicaciones con diversos Estados en las que peticionarias aludían a estas prohibiciones ya otras violaciones de los derechos reproductivos. En el caso de autos, junto con otros expertos independientes de Naciones Unidas,[3] me dirigí a las autoridades de El Salvador en 2013 para inquirir sobre las decisiones de diversos poderes del Estado de impedir que Beatriz tuviera acceso al aborto terapéutico en circunstancias en que corría serio peligro su vida. En mi Observación publicada como anexo a mis informes periódicos al Consejo de Derechos Humanos, concluí que

> *"...la prohibición absoluta del aborto, cuando el resultado es un serio riesgo para la vida y la salud de la mujer, constituye una violación a la obligación del Estado de prevenir la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante...la decisión de la Corte Suprema de El Salvador pone en peligro la vida de Beatriz y le causa un sufrimiento físico y emocional tremendo y duradero."*

Además de continuar trabajando sobre la prevención de la tortura en los siete años desde el fin de mi mandato, he tenido oportunidades de pronunciarme sobre los derechos reproductivos y su relación con la prohibición de la tortura en numerosas oportunidades, entre ellas al declarar como testigo experto en las sesiones del Congreso argentino que en su memento culminaron en la adopción de la ley sabre terminación

1 A/HRC/22/53 (2013)
2 A/HRC/31/57 (2016)
3 Los otros expertos que acompañaron mi comunicación eran el Relator Especial para el derecho a la salud, la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, y la Presidenta del Grupo de Trabajo sabre Discriminación contra la Mujer en la ley y en la Práctica.

voluntaria del embarazo. En la preparación de los informes temático aludidos *ut supra*, realicé consultas con expertos y expertas, quienes a su vez tuvieron a bien luego comentar mis informes en artículos que he publicado como compilador.[4]

III. Los obstáculos a los derechos reproductivos y la prohibición absoluta de la tortura en el Derecho Internacional

Las prácticas estatales y sociales sobre derechos reproductivos que inciden sobre el derecho a la integridad personal de las mujeres suelen ser *de jure* como *de facto*. Ejemplo de estas últimas son el trato abusivo y humillante que se reserva a las mujeres en establecimientos hospitalarios, la esterilización involuntaria y la negativa de dispensar tratamiento terapéutico para preservar la vida y la salud cuando el embarazo pone esos valores en peligro. Aun en casos en que ese peligro no es inminente, la negación de cuidados obstétricos y ginecológicos como la terminación del embarazo donde los cuidados post-aborto, en circunstancias en que la ley no los prohíbe, es una forma de estigmatización social por razones religiosas o ideológicas que también vulneran la dignidad y los derechos de las mujeres afectadas. Del mismo modo, cuando la ley penal criminaliza el aborto; si médicos y personal hospitalario someten a las mujeres a la denuncia policial o penal por supuesto aborto ilegal es también un grave atentado a los derechos de la mujer a la integridad psíquica y física y a su dignidad personal. La práctica de exigir confesiones como condición para acceder a terapias que puedan salvar la vida de la mujer, antes o después de la terminación del embarazo, es otro ejemplo de tortura física y psicológica.

Varias de estas prácticas *de facto* tienen su origen en la prohibición y criminalización del aborto. Esa práctica *de jure* pone al Estado en presunta violación de sus obligaciones internacionales precisamente porque el ordenamiento jurídico tiende a legitimarlas en circunstancias en que se produce un dolor o sufrimiento que constituye en sí mismo el elemento central de la tortura o el maltrato. Esto es cierto aun en casos en que la ley nacional contempla excepciones al delito de aborto, como por ejemplo por embarazo producido por violación o incesto, o cuando la ley penal descriminaliza el aborto para proteger la vida de la madre o el necesario por malformación fetal. Esas excepciones de todos modos no compensan por las actitudes sociales, institucionales, religiosas o ideológicas que tienden a ver criminalidad y mentira en cada circunstancia en que se contempla la terminación del embarazo. Es deber del Estado *prevenir* la tortura física o mental o emocional, y si la ley abre caminos a esa tortura el Estado está violando su obligación de prevención.

Obviamente, el caso es todavía más claro si, como en El Salvador, la criminalización del aborto es absoluta y no contempla eximente alguna. Fue la prohibición absoluta del aborto la que brindó marco supuestamente legal al indecible sufrimiento y ansiedad que debió sufrir Beatriz mientras avanzaba un embarazo con feto anencefálico y se agravaba el estado de salud que la ponía al borde de la muerte.

Los órganos de protección de los derechos humanos a nivel regional y universal han comenzado a reconocer que el maltrato y el abuso contra las mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva causan dolor y sufrimiento emocional y físico de larga duración y de gran intensidad. También reconocen que ese dolor y sufrimiento se inflige a las mujeres por razón de su género. Las violaciones a los derechos reproductivos de las mujeres se constituyen en tortura o en trato o pena cruel, inhumano o degradante precisamente porque el dolor o sufrimiento tanto físico como mental y emocional en los términos del Artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura les es impuesto a las mujeres, ya sea por aplicación de leyes que promueven ese maltrato como por actitudes de agentes del Estado que se amparan en tales leyes para denigrar y humillar a las mujeres. Como ha escrito mi antecesor en el mandato de Relator contra la Tortura, Profesor Manfred Nowak, el requisito de un *propósito* en el acto de torturar o maltratar se satisface cuando se puede demostrar que las acciones en cuestión son específicas al género de la víctima, porque entonces se

4 "Torture and Ill Treatment In Health Care Settings," Juan E Mendez, ed., Washington, Anti Torture Initiative, 2014; y "Gender Perspectives on Torture," Juan E. Mendez, ed., Washington: Anti Torture Initiative, 2017.

trata de propósitos fundados en la *discriminación*.[5] He de hacer notar aquí que la Convención Interamericana de Prevención y Sanción de la Tortura, aplicable al caso por ser parte de la competencia *ratione materiae* de la Honorable Corte, a diferencia de la universal prohíbe la tortura y el maltrato que se produzca con *cualquier* propósito, es decir sin requerir motivación discriminatoria.

En el marco normativo vigente se prohíbe en forma absoluta tanto la tortura como el trato o pena cruel, inhumano o degradante. Existen diferencias entre una y otra categoría, aunque conviene enfatizar que tanto una como otra está afectada de una prohibición que no reconoce excepciones de ningún tipo, ni siquiera en estados de emergencia que pongan en peligro la vida de la Nación o la independencia de sus instituciones. En ese sentido, la prohibición de la tortura y el maltrato, tanto físico como mental, tienen la fuerza de normas imperativas del Derecho Internacional *(jus cogens)* que se aplican a todos los Estados de la comunidad internacional, incluyendo a los que no hayan suscripto los tratados respectivos ya los Estados que se incorporan por primera vez a esa comunidad de naciones. Además, el carácter de norma imperativa significa también que su prohibición no reconoce excepciones territoriales ni cronológicas.

Las dos categorías se diferencian a los fines de la definición, en dos aspectos. El primero es que la tortura requiere la *intención* del agente, mientras que el trato cruel, inhumano o degradante admite la forma culposa o negligente. El segundo factor de diferenciación es el de la intensidad o duración del dolor o sufrimiento que se inflige. El Artículo 16 de la Convención Universal lo deja intuir, al determinar la obligación del Estado de prevenir a todo "otro" dolor o sufrimiento que no satisfaga la definición de tortura del Artículo 1. Está claro que los redactores de este tratado quisieron incluir el deber de prevención de acciones en las que el dolor es instantáneo o de corta duración y cuyos efectos emocionales, físicos o psicológicos no perduran en el tiempo. La Corte Europea de Derechos Humanos ha definido el trato “degradante” como aquel que tiende a humillar a la persona.

Por lo dicho, las acciones ejemplificadas en los párrafos anteriores indudablemente constituyen tortura. En primer lugar, porque se imponen a la mujer en forma deliberada y también porque la intención de discriminar contra ella es la intención misma del legislador que criminaliza a los derechos reproductivos. Y también porque la mujer que ha de pasar por el suplicio de reclamar servicios terapéuticos, de verlos negados o condicionados a confesiones u otras admisiones de culpabilidad, o acompañados de trato verbal vejatorio y humillante, sin duda padecerán las consecuencias de ese dolor y sufrimiento en forma muy intensa en el momento y en días posteriores, pero también de muy larga duración por la estigmatización que es parte de tales acciones.

Es por tales razones que el Comité Contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos (como órgano de implementación y de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y el Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han sostenido repetidas veces que la prohibición total del aborto, así como las leyes que lo permiten con graves restricciones, constituyen graves violaciones de derechos humanos y violan la prohibición absoluta de la tortura y del maltrato.

El Comité Contra la Tortura se refirió específicamente a la prohibición absoluta del aborto en 2009, en ocasión de sus Conclusiones sobre el examen periódico de Nicaragua[6], al describir casos documentados en las que la prohibición había llevado a la muerte de mujeres embarazadas debido a la carencia de intervenciones médicas a tiempo para salvar sus vidas, lo cual - afirmó -constituían "clara violación a numerosas normas éticas de la profesión médica." En el mismo año le tocó al Comité hacer el examen periódico de El Salvador, ocasión en la que hizo notar que la criminaiización de "toda forma de recurso a interrupciones voluntarias del embarazo...ha resultado en graves daños a las mujeres, incluida la muerte..." y exhortó al Estado a proveer a las mujeres que requerían abortos el tratamiento médico correspondiente.

El impacto de normas altamente restrictivas sobre los derechos humanos de las mujeres

5 A/HRC/7/3 (2008).
6 CAT/C/NIC/C0/1, 10 de junio de 2009.

Los órganos de protección de los derechos humanos también han tenido ocasión de ocuparse de normas penales que, aunque contengan algunas excepciones, siguen prohibiendo la interrupción del embarazo en la mayoría de los casos. Por ello han recomendado que se legalice el aborto en varias instancias en que el embarazo, pueda hacer peligrar la vida de la mujer o causarle graves sufrimientos físicos o mentales. Ello así porque las restricciones legales que pesan sobre servicios de salud reproductiva esenciales -y la negación de tales servicios - a menudo ponen a la mujer en situaciones que les hacen experimentar daños y abusos muy significativos.

El Comité Contra la Tortura ha exhortado a Estados cuya legislación penal es sumamente restrictiva, a que aseguren el acceso al aborto a mujeres cuya salud está en riesgo, que están llevando embarazos de fetos no viables, o que son víctimas de violencia sexual.

Negación del aborto terapéutico

En sus Conclusiones sobre el Examen Periódico de Paraguay en 2011, el Comité expresó su preocupación por el hecho de que la prohibición general del aborto en ese país se aplicaba aun a casos en que el feto es inviable, con la única excepción de cuando el no nato fallece como resultado indirecto de una intervención que se hace necesaria para afrontar una grave amenaza a la vida de la madre. El Comité recomendó al Estado que revise su legislación y que considere ampliar las excepciones a la prohibición general del aborto, en particular para los casos de aborto terapéutico.[7]

Negación de aborto en casos de violación o incesto

En 2013, al concluir sus observaciones sobre el Perú, el Comité Contra la Tortura expresó su consternación ante el hecho de que el Código Penal prohibía y criminalizaba el aborto en casos de violación o incesto. Exhortó al Perú a revisar esas normas y a extender excepciones al delito de aborto para tales casos. El Comité ha dicho que en casos como estos, la negación de la interrupción voluntaria del embarazo significa que "las mujeres afectadas están constantemente obligadas a recordar la violación que sufrieron, lo cual les causa grave estrés traumático y conlleva el riesgo de muy duraderos trastornos psicológicos," como la ansiedad y la depresión.[8]

En casos parecidos, el Comité de Derechos Humanos ha dicho expresamente que la negación de acceso a abortos seguros para las mujeres que han quedado embarazadas como resultado de una violación vulnera el Artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la norma que proscribe la tortura y el trato o la pena cruel, inhumana o degradante.[9]

Las muertes debidas a abortos inseguros o clandestinos

Las leyes restrictivas del aborto también resultan en aumentos del aborto clandestino en todo el mundo, abortos que son en la práctica sumamente inseguros y que presentan riesgos para la vida y la salud de las mujeres. Existen estudios que establecen una correlación entre las leyes restrictivas del aborto y las altas tasas de mortalidad y morbilidad maternales. Por ello, en sus conclusiones sobre el Perú ya citadas, el Comité Contra la Tortura exteriorizó su preocupación ante el alto porcentaje de muertes maternales producidas en el contexto de interrupciones voluntarias del embarazo. Y en el caso del Paraguay también hizo saber su profundo malestar ante el hecho de que los abortos ilegales eran una de las causas principales de mortalidad entre las mujeres.

7 CAT/C/PRY/C0/4-6, 14 de diciembre de 2011. Párrafo 22.
8 CAT/C/PER/CO/5-6, 21 de enero de 2013. Párrafo 15.
9 Véase par ejemplo, CCPR/C/101/D/1608/2007, 28 Abril 2011.

Negación de acceso a cuidados de salud post-aborto

En los Estados que prohíben o criminalizan el aborto, a menudo se rehúsa a las mujeres el tratamiento legalmente autorizado para paliar los efectos posteriores a la terminación del embarazo, con el propósito ilegal de castigar sus decisiones o de obtener confesiones o testimonios incriminatorios para otros participantes. El Centro de Derechos Reproductivos ha documentado casos de esta naturaleza en las Filipinas, donde las mujeres que han tenido un aborto reciente se ven impedidas de acceder a los cuidados posteriores, que no están legalmente prohibidos, "debido al estigma que rodea al aborto y al efecto disuasivo de la criminalización del aborto."[10]

El Comité Contra la Tortura también ha emitido observaciones críticas sobre este tema en el examen de Paraguay, haciendo notar su preocupación de que "la negación de cuidados médicos a las mujeres que han elegido terminar su embarazo, lo cual puede acarrear graves peligros para su salud física y mental y por ello podría constituir trato cruel e inhumano."[11] En observaciones al examen periódico de Chile, el Comité exhortó al gobierno a asegurar tratamiento inmediato e incondicional a toda persona que requiera cuidados médicos de emergencia, en concordancia con las Directivas de la Organización Mundial de la Salud.[12]

También se registran casos de mujeres a las que se les ha negado servicios de salud post-aborto hasta que confiesen su participación en el crimen o les den a las autoridades información sobre quienes les hayan proveído el servicio de salud. El Comité convocó a Chile a "eliminar la práctica de extraer confesiones con fines de persecución penal de aquellas mujeres que solicitan tratamiento médico a raíz de un aborto ilegal." El Comité también se mostró crítico de situaciones en que el personal médico se había visto investigado o castigado por el Estado por realizar abortos terapéuticos. En tal sentido, urgió a los Estados a abstenerse de penalizar a la profesión médica por cumplir con sus responsabilidades profesionales, y a preservar la confidencialidad de la relación entre médicos y pacientes cuando el cuidado de salud debe cumplirse a raíz de complicaciones derivadas de un aborto.

Negación de servicios de salud reproductiva en casos en que están legalmente autorizados

Deben ser tenidos en cuenta los múltiples casos en que, aunque el derecho nacional autoriza la interrupción voluntaria del embarazo (por ejemplo, por tratarse excepciones debidamente exentas la prohibición en la ley vigente), las mujeres son de todos modos sometidas a trato humillante y vejatorio por parte de funcionarios públicos de los establecimientos hospitalarios o de investigación penal. En el caso contencioso denominado *KNLH v Perú*, el Comité de Derechos Humanos sentó jurisprudencia en el sentido de que rehusar a una paciente acceso a un aborto terapéutico era una violación de su derecho a la integridad personal ya no ser víctima de maltrato.[13]

En el caso *Py S vs Polonia*, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que una niña de 14 años que quedó embarazada a raíz de sufrir una violación fue además víctima de trato inhumano y degradante al tener que enfrentar numerosas barreras y obstáculos para acceder a un aborto legal. Tales obstáculos incluyeron asesoramiento psicológico altamente prejuicioso, ruptura de la confidencialidad, la práctica de la objeción de conciencia por los profesionales sin adecuada regulación, y el haber privado a su madre de la patria potestad. El Tribunal decidió que el personal médico había sometido a la niña a "violencia mental" en forma de "hostigamiento sostenido y agravado con el fin de forzarla a continuar con un embarazo no deseado y que ella repetidamente había pedido que se le pusiera fin." El Tribunal también hizo notar que "se ha demostrado que el estigma general asociado con el aborto y la violencia sexual persuade a las mujeres de no buscar atención médica, a la vez que causa mucha angustia, aflicción y sufrimiento, tanto físico como

10 CRR, Forsaken lives: The Harmful Impact of the Philippine Criminal Abortion Ban, 2010.
11 CAT/C/PRY/CO/4-6, 14 de diciembre de 2011. Párrafo 22.
12 CAT/C/CR/32/5, 14 de Junio de 2004. Párrafo 7m.
13 CCPR/C/85/D/1153/2003, 22 de noviembre de 2005.

mental."[14]

El Tribunal Europeo también decidió que Polonia habla violado el Artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la tortura y el trato o pena cruel, inhumana y degradante, en el caso *RR v Polonia*, en que a una mujer se le negó acceso a información sobre salud reproductiva en la forma de examen genético prenatal cuando una prueba de ultrasonido había detectado una posible anormalidad fetal.[15]

IV. Conclusiones y Petición

Por todo lo que antecede, es mi considerada opinión que el acceso a la salud reproductiva ha ingresado al canon de derechos humanos internacionalmente reconocidos y protegidos.

Inmediatamente a la entrada en vigencia de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la Comisión Interamericana pronunció su decisión en el caso *Baby Boy v Estados Unidos*, en el sentido de que el Artículo 4 de la Convención, al establecer que la proteccion de la vida comienza *en general* desde la gestación, no implicaba que los países que decidían, en variados grados, permitir el aborto, no podían suscribir la Convención.[16] Lo hizo al constatar la diversidad en nuestro continente de políticas públicas respecto a los derechos reproductivos. Esta decisión implica la interpretación autorizada del Artículo 4 en el sentido de que los Estados del hemisferio podían decidir, sin violar la Convención, permitir o prohibir el aborto, o prohibirlo con determinadas excepciones, y en todos los casos sin violar sus obligaciones internacionales.

Aunque efectivamente ese resultado haya sido el deseado por los redactores de la Convención, se puede afirmar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha avanzado en el tema de los derechos reproductivos desde entonces, tanto como derecho internacional consuetudinario por la práctica de los Estados con sentido de obligación, como por imperio de normas de tratados que ponen límites claros a la elección que pueden hacer los Estados sobre políticas públicas y derechos reproductivos.

En primer lugar, debe afirmarse que ninguna legislación ni política pública puede tener el efecto de ocasionar dolor y sufrimiento, físico o mental, a las personas que se ven afectadas por tales medidas. Los artículos 1 y 16 de la Convención Contra la Tortura, así como las normas consuetudinarias y *jus cogens* que consagran y declaran, constituyen ese límite objetivo a la política pública y a la ley. Normas que tienen ese resultado, sea o no el objetivo principal del legislador, son violatorias del deber de prevención de la tortura y el maltrato que explícitamente regula ese tratado.

En relación con conductas ilegales pero auspiciadas por el prejuicio social, ellas también violan obligaciones del Estado en torno a la prevención, especialmente si se trata de funcionarios públicos. Pero también violan la obligación de prevención si las autoridades las permiten y las toleran en actores no estatales. El Estado debe proteger a las víctimas reales y potenciales de la tortura y debe hacerlo afirmativamente y sin vacilaciones.

Además, las normas y las políticas restrictivas de los derechos reproductivos tienen un impacto desproporcionado sabre las mujeres y las niñas, porque ellas son las obligadas a vivir con las consecuencias de la negación de su derecho a elegir, u obligadas a excesivas formas de angustia y sufrimiento, y de humillación, para valerse de servicios médicos a los que tienen derecho por su condición de personas. Ese mismo impacto, con o sin diseño deliberado, es lo que marca a estas prácticas como violatorias del principio de no discriminación por razones de género, que se ha incorporado como norma fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la Convención para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer y similares instrumentos vigentes en nuestro hemisferio.

14 TEDH, P. y S. v. Polonia (57375/08), 30 de enero de 2013.
15 TEDH, R.R. v. Polonia, (27617/04), 28/11/2011.
16 CIDH, Resolución No. 23/81. Caso 2141, 6 de marzo de 1981.

Agradezco desde la atención que VVEE se sirvan prestar a estas consideraciones, formuladas en el interés de contribuir a sus importantes decisiones.

Juan Ernesto
MENDEZ

VII. ANAND GROVER

La criminalización del aborto

Uso del derecho penal como última ratio

Temas adicionales:

Violencia obstétrica

Violencia institucional

22 de marzo de 2023
Juez Ricardo C. Perez Manrique
Presidente
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San Jose, Costa Rica

Asunto: *Amicus Curiae en el caso Beatriz y Otros vs. El Salvador*

Yo, **ANAND GROVER**, ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, para abreviar), 2008-2014, Abogado Superior que ejerce en el Tribunal Supremo de la India, Director del Colectivo de Abogados y Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, en mi calidad de experto internacional en derecho a la salud, respetuosamente presento este escrito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como *amicus curiae* en el caso *Beatriz y Otros vs. El Salvador*, de conformidad con el articulo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana.

El caso ante esta Honorable Corte presenta una oportunidad para abordar la criminalización de ciertos servicios de salud sexual y reproductiva, particularmente en relación con las mujeres, y su impacto en el derecho a la salud. El marco fáctico del caso de Beatriz ilustra cómo las leyes penales que castigan el aborto y otras restricciones jurídicas conexas pueden tener un impacto negativo sobre los derechos de las mujeres al restringir el acceso a servicios que pueden ser necesarios para preservar su vida y su salud, y al exponerlas a riesgos innecesarios en detrimento de su salud física y mental. En efecto, y de acuerdo con los hechos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la prohibición absoluta del aborto en El Salvador constituyó una restricción legal a la disponibilidad de un servicio que era necesario para mitigar un alto riesgo de muerte materna para Beatriz, tal y como fuera indicado por los médicos encargados de su tratamiento. Tanto la prohibición legal como la negativa de las autoridades judiciales a autorizar el aborto en el caso de Beatriz la obligaron a continuar con un embarazo de alto riesgo y a someterse a un procedimiento quirúrgico de cesárea que tuvo efectos adversos en su salud física y mental[1].

Busco intervenir en este proceso en base a mi experiencia en el análisis de la interacción entre las leyes penales y el derecho a la salud, especialmente después de haber sido el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud. Durante mi mandato, presenté un informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/66/254) que se centró en la criminalización de determinados servicios de salud sexual y reproductiva[2]. Es en este contexto que se presenta este *amicus curiae* ante la Honorable Corte Interamericana. El presente *amicus* explicará que los estándares internacionales relativos a la protección de la salud sexual y reproductiva, y en particular al aborto, llevan a la conclusión de que la toma de decisiones relacionadas con la vida sexual y reproductiva de las mujeres no puede ser regulada por el Estado mediante una serie de leyes penales y restricciones jurídicas, porque ello puede violar los principios fundamentales de derecho a la salud.

He presentado un *amicus curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia sobre la cuestión de la criminalización del aborto, así como tres *amicus curiae* ante el Tribunal Superior de Kenya en relación con cuestiones de derechos humanos. En agosto de 2018, fui invitado por el Supremo Tribunal Federal de Brasil para presentar argumentos sobre la constitucionalidad de la ley que penaliza el aborto.

Este *amicus curiae* presentará, en primer lugar, una breve explicación del derecho a la salud y de los derechos de las personas en relación con la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y alta calidad de los bienes, servicios e instalaciones de salud. También se detallarán las correspondientes obligaciones del Estado de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud sexual y reproductiva. En segundo lugar, se mostrará cómo las leyes penales que afectan el acceso a la salud sexual y reproductiva, en particular al aborto, pueden equivaler a una violación del derecho a la salud. Considerando las obligaciones internacionales de El Salvador con respecto al derecho a la salud, concluiré que los estándares descritos en el presente documento tienen implicaciones directas en el análisis de convencionalidad de los artículos 133 a 137 del Código Penal (1998) a partir del derecho a la salud, tal y como

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 9/20. Caso 13.378. Fondo. Beatriz. El Salvador. 3 de marzo de 2020, paras. 37-43, 75-80.
2 Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/443/61/PDF/N1144361.pdf?OpenElement (último acceso el 17 de marzo de 2023).

fuera solicitado por los peticionarios.

1. Derecho a la salud en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El derecho a la salud se encuentra explícitamente reconocido en numerosos instrumentos internacionales[3]. Sin embargo, es en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) donde este derecho encuentra mayor desarrollo. A nivel interamericano, el articulo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) también establece explícitamente el derecho a la salud[4]. Asimismo, esta Honorable Corte ha entendido que el derecho a la salud es un derecho protegido par el articulo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como un derecho autónomo y justiciable[5].

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente:

> *"(1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*
>
> *(2) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*
>
> *a. La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*
>
> *b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*
>
> *c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*
>
> *d. La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad ".*

El derecho a la salud ha sido elaborado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en la Observación General N° 14. En ella, se señala que "el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud"[6].

El derecho a la salud se ha entendido como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades"[7]. La redacción del Pacto Internacional de

3 Así pues, el derecho a la salud se reconoce explícitamente en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular, en el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el apartado f) del párrafo 1, del artículo 11, y en el artículo 12 y el apartado b) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en el artículo 28, en el apartado e) del artículo 43; y en el apartado c) del artículo 45, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Otros instrumentos regionales de derechos humanos también reconocen explícitamente el derecho a la salud, incluido el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4 El artículo 10, párrafo 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 establece que "[t]oda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

5 Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párrs. 105-110.

6 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). *Observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.* Doc. de la ONU E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000), párr. 3.

7 *Id*., párr. 4.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones en las que las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los determinantes básicos de la salud[8].

Además, la Observación General N° 22, formulada por Comité DESC, declara que el derecho a la salud sexual y reproductiva es parte integral del derecho a la salud. En consecuencia, los Estados Partes tienen la obligación de "respetar, proteger y hacer efectivo el derecho de todos a la salud sexual y reproductiva"[9]. El Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 destacó que la salud sexual y reproductiva es la capacidad de reproducirse y la libertad de tomar decisiones informadas, libres y responsables[10]. También consiste en el acceso a una gama de información, bienes, instalaciones y servicios de salud reproductiva para que las personas puedan tomar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo[11].

2. El derecho a disponer de bienes, servicios e instalaciones de salud accesibles, aceptables y de buena calidad[12]

El derecho a la salud tiene, por lo tanto, los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

- ***Disponibilidad:*** en términos simples, la disponibilidad implica que si hay 100 pacientes que requieren 100 unidades de medicamentos, entonces deben estar disponibles esas 100 unidades de medicamentos. Así pues, en el contexto de este caso, debería disponerse de un número satisfactorio de instalaciones, servicios, bienes y programas de atención a la salud que funcionen para proporcionarle a la población la más amplia gama posible de bienes, servicios e instalaciones de atención de la salud sexual y reproductiva, lo cual debe incluir la capacitación del personal médico y profesional; un amplio espectro de métodos anticonceptivos, como preservativos y anticonceptivos de emergencia, y medicamentos para el aborto y la atención posterior al aborto.
- ***Accesibilidad:*** los servicios de salud relacionados con la atención de la salud sexual y reproductiva deben ser accesibles para todas las personas y grupos sin discriminación ni barreras. Esto incluye:
    - Accesibilidad física: los establecimientos, bienes, instalaciones, información y servicios de salud relacionados con la atención de la salud sexual y reproductiva deben estar disponibles dentro de un alcance físico y geográfico seguro para todos, de modo que las personas que los necesitan puedan recibir servicios e información oportunos, asegurando medidas positivas para evitar que estas personas y sus familias tengan una carga desproporcionada de gastos relacionados con la salud.
    - Asequibilidad: los servicios públicos o privados de salud sexual y reproductiva deben ser asequibles para todos.
    - Accesibilidad a la información: incluye el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas sobre cuestiones de salud sexual y reproductiva en general, y a que las personas reciban información específica sobre su estado de salud particular.
- ***Aceptabilidad:*** todas las instalaciones, bienes, información y servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva deben ser respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades y deben ser sensibles a las exigencias de género, edad, discapacidad, diversidad sexual y ciclo de vida.
- ***Calidad:*** las instalaciones y servicios de buena calidad deben estar basados en pruebas científicas y

8 *Id.*
9 Comité DESC. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. Doc. de la ONU E/C. 12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 39.
10 Fondo de Población de las Naciones Unidas. Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (Edición 20 Aniversario, 2014), párr. 7.2.
11 *Id.*
12 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C. 12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 12.

medicas apropiadas y actualizadas.

3. No discriminación e igualdad de trato

Como se indica claramente en la Observación General N° 14, "el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud"[13].

4. Obligación del Estado de respetar y cumplir con la salud sexual y reproductiva de las niñas y las mujeres

Los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud, de conformidad con las normas establecidas en la Observación General N° 14 del Comité DESC[14]. Más aun, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho de toda persona a la salud sexual y reproductiva, como se explica a continuación.

4.1 Obligación de respetar

La obligación de respetar exige que los propios Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio de las personas sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva[15]. Por consiguiente, los Estados deben eliminar inmediatamente cualquier obstáculo que cause discriminación contra los individuos por motivos de género, edad, discapacidad, diversidad sexual y/o raza en el acceso a las instalaciones o servicios reproductivos.

Esta obligación no está sujeta a una realización progresiva, por lo tanto, se requiere que su cumplimiento sea inmediato. Este enfoque ha sido reconocido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales[16], por esta Honorable Corte[17], y por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental[18].

Algunos ejemplos utilizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para ilustrar las violaciones de esta obligación en materia de salud sexual y reproductiva son leyes por las que se penaliza el aborto; la no revelación de la condición de seropositivo; la exposición al VIH y a su transmisión; las relaciones sexuales consentidas entre adultos; y la identidad o la expresión transgénero, entre otros[19].

En consecuencia, en la Recomendación General No. 35 sobre la violencia de género contra la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés) establece que todas las leyes que constituyan discriminación contra la mujer, en particular aquellas que

13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). *Observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.* Doc. de la ONU E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000), párr. 18.

14 *Id.,* párr. 40 y 45.

15 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C. 12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 40.

16 Comité DESC. *Observación general núm. 3 (1990), la naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).* Doc. de la ONU E/1991/23, párr. 1.

17 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párrs. 80 y 81.

18 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover.* Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párrs. 8 y 11.

19 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva.* Doc. de la ONU E/C. 12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 40.

causen, promuevan o justifiquen la violencia de género o perpetúen la impunidad por esos actos, deben ser derogadas[20]. En particular, el Comité recomienda derogar las "disposiciones que permitan realizar procedimientos médicos a mujeres con discapacidad sin su consentimiento informado y las disposiciones que penalicen el aborto, la condición de lesbiana, bisexual o transgénero y a las mujeres que ejercen la prostitución y el adulterio, o cualquier otra disposición penal que afecte a las mujeres de manera desproporcionada"[21].

En resumen, las leyes, normas y reglamentos que tipifican como delito el aborto pueden violar la *obligación de respetar el derecho a la salud*, que no está sujeta a una realización progresiva sino que resulta exigible de inmediato.

3.2 Obligación de proteger

La Observación General N°14 indica que la obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas que garanticen la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios relacionados con la salud prestados por terceros; que velen por que la privatización del sector de la salud no constituya una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las instalaciones, bienes y servicios de salud; que controlen la comercialización de equipos médicos y medicamentos por parte de terceros; y que garanticen que los médicos y otros profesionales de la salud cumplan con las normas adecuadas de educación, aptitudes y códigos éticos de conducta. A modo de ejemplo, he observado que, en casos de aborto en todo el mundo, ciertos sacerdotes vigilantes a veces se reúnen para impedir que una mujer acceda a servicios de aborto, a pesar de que esa mujer pueda tener derecho a ese servicio según la legislación vigente en ese Estado. En tales situaciones, el Estado está obligado a proteger el derecho de la mujer a acceder a los servicios de aborto.

3.3 Obligación de cumplir

Según la Observación General N° 22 del Comité DESC, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole apropiadas para garantizar la realización plena del derecho a la salud sexual y reproductiva[22]. Además, el Comité DESC aclaró que su realización depende de que los Estados garanticen el acceso universal sin discriminación a todas las personas, entre ellas las que pertenezcan a grupos desfavorecidos y marginados, a toda una serie de servicios de atención de la salud sexual y reproductiva de buena calidad[23]. En ese sentido, el Comité señaló que:

> "Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto. Los Estados partes deben velar también por que todas las personas y los grupos tengan acceso en pie de igualdad a toda la información, bienes y servicios de salud sexual y reproductiva, en particular mediante la eliminación de todos los obstáculos a los que determinados grupos puedan verse confrontados"[24].

Para cumplir esta obligación, los Estados deben garantizar lo siguiente:

20 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (Comité CEDAW). *Recomendación general núm. 35 (2017) sobre la violencia por razón de género contra la mujer.* CEDAW/C/GC/35 (26 de julio de 2017), párr. 26.a.

21 *Id*., párr. 29 c) i).

22 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C. 12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 45.

23 *Id*

24 *Id*., párr. 34.

- **El derecho a estar bien informado sobre los servicios de aborto**

A este respecto, el Comité DESC aconseja que los Estados promuevan, mediante todas las medidas posibles, el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas sobre cuestiones de salud sexual y reproductiva de manera general, y a que las personas reciban información específica sobre su estado particular de salud[25]. La información debe difundirse de acuerdo con las necesidades específicas del individuo y de la comunidad; es decir, teniendo en cuenta la edad, el género, los conocimientos lingüísticos, el nivel educativo, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género y la condición de intersexualidad[26].

Del mismo modo, el Comité CEDAW destaca que las adolescentes y las mujeres de muchos países carecen de acceso adecuado a la información y los servicios necesarios para garantizar la protección de la salud sexual y reproductiva[27]. Como resultado de esta situación, y sumada a las relaciones de poder desiguales basadas en el género, las mujeres y las adolescentes a menudo no pueden rechazar las relaciones sexuales o insistir en prácticas sexuales seguras y responsables[28]. En particular, el Comité pide a los Estados Partes que garanticen el acceso de las mujeres rurales a servicios adecuados de atención de la salud, incluyendo la información, el asesoramiento y los servicios de planificación familiar[29].

Adicionalmente, en mi informe como Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, señalé que un componente integral para la realización del derecho a la salud sexual y reproductiva es la educación e información: **"las leyes penales y de otra índole que restringen el acceso a la educación y la información en materia de salud sexual y reproductiva son incompatibles con el ejercicio pleno del derecho a la salud, y los Estados deben eliminarlas"[30]**.

- **Acceso al desarrollo científico ya la tecnología**

Los servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva deben ser de buena calidad, lo que significa que deben estar basados en evidencia empírica, ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, así como estar actualizados. En otras palabras, los servicios adecuados requieren personal sanitario calificado y medicamentos y equipos científicamente aprobados y vigentes[31]. El hecho de no incorporar o rechazar los avances y las innovaciones tecnológicas en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, **como los medicamentos en relación con el aborto, pone en peligro la calidad de la atención[32]**.

- **Garantizar la igualdad formal y sustantiva en el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva**

Aparte de la obligación general de garantizar una práctica no discriminatoria, la Recomendación General No. 28 del Comité CEDAW sobre las obligaciones básicas de los Estados Partes indica que los Estados deben hacer efectivos los derechos de la mujer mediante el disfrute *de la igualdad de jure y de facto*[33]. Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos afirma que entre hombres y mujeres debe existir igualdad de trato en el ámbito de la salud. Por consiguiente, los Estados deberían promover la eliminación de la discriminación en el suministro de bienes, instalaciones y servicios, a fin de abordar la necesidad de revisar las leyes sobre el aborto para prevenir las violaciones a los derechos[34].

Asimismo, el Comité DESC señala que, para lograr la igualdad de género, tanto en la ley como en la

25 *Id*., párr. 18.
26 *Id*., párr. 19.
27 Comité CEDAW. *Recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud.* Doc. de la ONU A/54/38/Rev.1, cap. I (2 de febrero de 1999), párr. 18.
28 *Id*.
29 *Id*., párr. 28.
30 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover.* Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 56.
31 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C. 12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 21.
32 *Id*.
33 Comité CEDAW. *Recomendación general núm. 28 (2010) relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Doc. de la ONU CEDAW/C/GC/28, párr. 16.
34 Comité de Derechos Humanos. *Observación general núm. 28 (2000) sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.* CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (29 de marzo de 2000), párrs. 20, 28 y 31.

práctica, es necesario reformar las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en materia de salud sexual y reproductiva[35]. Es necesario eliminar todas las barreras que interfieran con el acceso de las mujeres a bienes, servicios e instalaciones integrales de salud sexual y reproductiva, educación e información. Por consiguiente, afirma que "para reducir las tasas de mortalidad y morbilidad maternas es necesario **prestar atención obstétrica de emergencia y asistencia calificada en los partos, incluso en zonas rurales y remotas, así como atención en la prevención de abortos practicados en condiciones de riesgo"[36]**.

5. Las leyes penales que afectan el acceso a la salud sexual y reproductiva, en particular, al aborto, pueden constituir violaciones al derecho a la salud

Los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud han mantenido su posición pidiendo a los Estados que eliminen las leyes penales que restringen el acceso a bienes, servicios e instalaciones de salud reproductiva, considerando que esa legislación puede violar sus obligaciones en materia de derecho a la salud. En 2004, Paul Hunt, entonces Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la salud, señaló que los abortos en condiciones de riesgo matan a unas 68.000 mujeres cada año[37] y, como consecuencia, recomendó que:

"Las mujeres que han quedado embarazadas involuntariamente deberían recibir información fiable y asesoramiento comprensivo, con indicación de los lugares y plazos en los que pueda ponerse fin legalmente al embarazo. Aunque los abortos sean legales, también han de ser seguros: los sistemas de salud pública deben capacitar y equipar a los encargados de prestar los servicios sanitarios y tomar otras medidas para garantizar que los abortos no son sólo seguros, sino también accesibles. En todos los casos las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para el tratamiento de las complicaciones resultantes del aborto"[38].

Hunt subrayó que "hay que acabar con las disposiciones que castigan a las mujeres que abortan"[39].

En el mismo sentido, en mi calidad de Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, declare en 2011 que: "[l]a imposición de restricciones penales y de otra índole por los Estados para regular la salud sexual y reproductiva puede constituir una grave violación del derecho a la salud de las personas afectadas y carece de eficacia como intervención en el ámbito de la salud pública. La aplicación de esas leyes debe reconsiderarse inmediatamente. Su eliminación no debe ser progresiva ya que no constituye una carga pesada desde el punto de vista de los recursos, ni siquiera de *minimis*"[40].

Como expliqué en mi informe de 2014[41], el uso de la coacción por parte del Estado, como en los casos en los que el derecho penal se utiliza para prohibir la conducta y suprimir la toma de decisiones de los individuos en la esfera del derecho a la salud sexual y reproductiva, da lugar a una sustitución coercitiva de la voluntad del individuo. En consecuencia, la coacción puede afectar el derecho a la salud de muchas maneras, incluso llegando a interferir con la dignidad humana. El respeto de la dignidad es esencial para el desarrollo de todos los derechos humanos. La dignidad implica que las personas son libres de tomar decisiones personales sin intromisión del Estado, especialmente en un ámbito tan íntimo como es el de la salud sexual y reproductiva[42].

35 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C. 12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 28.
36 *Id.*
37 Asamblea General de las Naciones Unidas. I*nforme del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt.* Doc. de la ONU E/CN.4/2004/49 (16 de febrero de 2004), párr 30.
38 *Id.*
39 *Id.*
40 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover*. Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 20.
41 *Id.*, párr. 15.
42 *Id.*

Teniendo en cuenta los estereotipos que afectan desproporcionadamente a las mujeres y a las niñas, estas leyes y reglamentos pueden facilitar y justificar el control estatal sobre la vida de las mujeres, por ejemplo, obligándolas a continuar embarazos no deseados o no planificados[43]. En ese sentido, "[l]a penalización genera y perpetua el estigma, limita la capacidad de las mujeres para hacer pleno uso de los bienes, servicios e información disponibles en materia de salud sexual y reproductiva, les niega la plena participación en la sociedad y distorsiona las percepciones de los profesionales de la salud, lo que a su vez puede dificultar el acceso de las mujeres a los servicios de atención de la salud. Las leyes penales y las restricciones jurídicas de otra índole pueden impedir el empoderamiento de la mujer, disuadiéndolas de adoptar medidas para proteger su salud a fin de evitar incurrir en responsabilidad penal o por miedo a la estigmatización"[44].

Como dije: "Las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido **son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse.** Estas leyes atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. **La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud**"[45].

Esta posición ha sido apoyada por el Comité CEDAW, que ha identificado la denegación de servicios de aborto como una forma de violencia basada en el género[46], y ha exhortado a los Estados a despenalizar el aborto en todas las circunstancias, tanto en el marco de los exámenes periódicos[47], como en los procedimientos de investigación[48]. Concretamente, en sus observaciones más recientes sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador, el Comité CEDAW expresamente recomendó que el Estado "enmiende el articulo 133 del Código Penal para legalizar el aborto, al menos en los casos de violación, incesto, amenaza para la vida o la salud de la mujer embarazada o malformación fetal grave"[49]. También recomendó la introducción de una moratoria sobre la aplicación de la legislación actual sobre aborto, y la revisión de la necesidad de encarcelar a las mujeres por delitos relacionados con el aborto[50].

En mi informe de 2011, identifiqué varias consecuencias negativas de la criminalización del aborto, a saber, (i) las restricciones legales influyen principalmente en la seguridad del aborto, (ii) la penalización del aborto tiene un impacto grave en la salud física y mental de la mujer, y (iii) el estigma contra el aborto reproduce el marginación y vulnerabilidad de la mujer en el servicio de salud, generándose, por lo tanto, un ciclo de violencia y discriminación.

- **La penalización influye en si el aborto es seguro o inseguro**

La penalización del aborto crea y perpetúa las condiciones en las que se producen abortos en condiciones de riesgo, entre las que figuran el acceso limitado a información, en particular en relación con cuándo y cómo pueden practicarse los abortos legales; abortos practicados por una persona no cualificada en condiciones insalubres o por un profesional de la salud sin los medios adecuados; aborto provocado por la

43 *Id*., párr. 16.
44 *Id*., párr. 17.
45 *Id*., párr. 21.
46 Comité CEDAW. *Recomendación general núm. 35 (2017) sobre la violencia por razón de género contra la mujer.* CEDAW/C/GC/35 (26 de julio de 2017), párrs. 18 y 31 a).
47 Comité CEDAW, Observaciones finales sobre los informes de Corea del Sur, párr. 35, CEDAW/C/KOR/CO/7 (2011); Trinidad y Tobago, párr. 33, doc. ONU CEDAW/C/TTO/CO/4-7 (2016); Myanmar, párr. 39, Doc. ONU CEDAW/C/MMR/CO/4-5 (2016); Japón, párr. 39, Doc. ONU CEDAW/C/JPN/CO/7-8 (2016); Austria, CEDAW/C/AUT/CO/9/CEDAW; Seychelles, CEDAW/C/SYC/C0/6; Lituania, CEDAW/C/SYC/CO/6; Iraq, CEDAW/C/IRQ/CO/7; Andorra, CEDAW/C/Y/CO/4.
48 Comité CEDAW. Informe de la investigación relativa al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con arreglo al artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (2018). Doc. de la ONU CEDAW/C/OP.8/GBR/1, párr. 58.
49 Comité CEDAW. *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador* (2017). Doc. de la ONU CEDAW/C/SLV/C0/8-9, párr. 39.
50 *Id.*

propia mujer o por un curandero mediante la inserción de un objeto en el útero, la ingesta de una sustancia peligrosa o un masaje violento; e ingesta de medicamentos recetados incorrectamente sin el debido seguimiento y sin información adicional. En los regímenes en los que las condiciones para el aborto son más liberales, las mujeres pueden buscar y recibir legalmente los servicios y el tratamiento de profesionales de la salud en circunstancias seguras y adecuadas desde el punto de vista médico, incluyendo el uso de píldoras abortivas que provocan abortos autoinducidos en condiciones seguras y en una fase temprana del embarazo[51].

Los Estados deben adoptar medidas para garantizar que los servicios legales y seguros para el aborto estén disponibles y sean accesibles, aceptables y de buena calidad. Para garantizarlos, los Estados deben establecer servicios de atención de salud; capacitar a médicos y trabajadores sanitarios; promulgar requisitos de concesión de licencias; y garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los medicamentos y equipos más modernos y seguros. La penalización del aborto impide que el Estado garantice este tipo de servicios y, por lo tanto, menoscaba el derecho a la salud.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha confirmado que "los fundamentos jurídicos determinan en gran medida el curso de las mujeres con un embarazo no planificado hacia un aborto seguro o inseguro"[52]. Según la OMS, el 45% de los abortos provocados en el mundo entre 2010 y 2014 fueron peligrosos y, de ellos, una tercera parte tuvieron lugar en condiciones de gran peligrosidad, es decir fueron practicados por personas sin formación mediante métodos dañinos y cruentos[53]. La OMS estima que la mayoría de los abortos practicados en América Latina son peligrosos. De acuerdo con las estimaciones de esta organización, cada año, entre el 4,7% y el 13,2% de las muertes maternas se deben a un aborto peligroso. En las regiones en desarrollo, se calcula que se producen 200 defunciones cada 100.000 abortos en condiciones de riesgo[54].

Según el Ministerio de Salud de El Salvador, en 2017 se registraron 7.993 abortos en el país[55]. Sin embargo, es probable que la cifra real sea mucho mayor: teniendo en cuenta el número total de mujeres en edad fértil en El Salvador y basándose en la tasa regional para América Central proporcionada por el Instituto Guttmacher, se ha estimado que cada año se realizan 55.201 abortos inducidos en El Salvador, la mayoría de los cuales serían inseguros debido a la prohibición legal[56].

- **La penalización del aborto tiene graves repercusiones en la salud física y mental**

Como señalé en mi informe de 2011, como Relator Especial, la penalización del aborto tiene un efecto negativo en la salud física y mental de la mujer. En particular, afirme que esas leyes:

> "generan invariablemente **efectos nocivos para la salud física**, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, **y para la salud mental**, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud"[57].

Adicionalmente, "[l]a penalización del aborto es una clara expresión de la injerencia del Estado en la salud sexual y reproductiva de la mujer, ya que restringe el control de la mujer sobre su cuerpo y podría exponerla a riesgos para la salud innecesarios. La prohibición del aborto también obliga a las mujeres a llevar a término

51 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover*. Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 26.

52 Organización Mundial de la Salud (OMS). *Unsafe abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, 6 ed. (Ginebra, 2011), p. 2.

53 OMS. "Aborto", https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/abortion (último acceso el 17 de marzo de 2023).

54 *Id*.

55 Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en El Salvador. *Del hospital a la cárcel. Consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones de la interrupción del embarazo en El Salvador*. 1998- 2019 (El Salvador, 2019), p. 23.

56 *Id*.

57 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover*. Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 21.

embarazos no deseados y a dar a luz cuando no desean hacerlo"[58].

La necesidad de recurrir a servicios de salud ilegales y la intensa estigmatización del procedimiento del aborto y de las mujeres que se someten a él pueden tener efectos perjuiciosos para la salud mental de la mujer. En algunos casos, las mujeres se han suicidado debido a las presiones acumuladas y al estigma relacionados con el aborto. Al decidir entre llevar un embarazo no deseado o buscar un aborto ilegal, la amenaza general de ser investigadas, juzgadas y sancionadas dentro del sistema de justicia penal tiene considerables efectos negativos para la salud emocional y el bienestar de las mujeres que deciden abortar y de las que no lo hacen. Asimismo, si bien se han estudiado ampliamente los efectos psicológicos de recurrir a un aborto ilegal o de llevar a término un embarazo no deseado, no existen pruebas que demuestren que el aborto voluntario conlleve secuelas a largo plazo para la salud mental[59].

- **El estigma contra el aborto reproduce la marginación y vulnerabilidad de las mujeres en los servicios de salud**

El estigma contra el aborto reproduce la marginación y vulnerabilidad de las mujeres en el servicio de salud, generando un ciclo de violencia y discriminación. En este sentido, "las mujeres pobres y marginadas solo pueden recurrir a abortos autoinducidos en condiciones peligrosas. Cuando el aborto solo está permitido en casos muy concretos, como cuando la vida de la mujer corre peligro, la penalización podría llegar a bloquear el acceso a la información sobre los servicios de aborto legales. Con frecuencia, las mujeres no conocen esas excepciones debido a que el estigma que rodea a la cuestión del aborto impide que una información tan necesaria como esa se difunda y reciba la debida consideración"[60].

La marginación y la vulnerabilidad de las mujeres coma resultado del estigma, así como la discriminación relacionadas con el aborto, perpetúan e intensifican las violaciones al derecho a la salud. El estigma que acarrea el aborto impide a las mujeres recurrir al aborto, e impide a quienes abortan solicitar tratamiento cuando se presentan complicaciones médicas[61]. El estigma resultante de la criminalización crea, por lo tanto, un círculo vicioso. La penalización del aborto da lugar a que las mujeres busquen abortos clandestinos y probablemente inseguros; y el estigma que resulta de procurar un aborto ilegal y, por lo tanto, de infringir la ley, perpetua la noción de que el aborto es una práctica inmoral y que el procedimiento es intrínsecamente inseguro, lo que refuerza la continua criminalización de la práctica[62].

Además, la penalización afecta negativamente a la prestación de un servicio seguro basado en una práctica científica de calidad, lo que da lugar a la violencia obstétrica. Como dije:

> "La penalización también impide a los profesionales tener acceso a información fidedigna y, cuando la legislación contempla excepciones, el efecto inhibidor generado por el estigma que acarrea el aborto puede disuadir al personal sanitario de solicitar información y capacitación al respecto. Por consiguiente, el personal sanitario que opta por practicar abortos en esas circunstancias puede estar insuficientemente informado y capacitado en relación con los procedimientos adecuados y la atención posterior al aborto, lo cual resta calidad a los abortos legales y reduce su disponibilidad"[63].

6. Petitorio

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, solicito respetuosamente el reconocimiento como *amicus/amici curiae* en el presente caso, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

58 *Id*., párr. 27.
59 *Id*., párr. 36.
60 *Id*., párr. 31.
61 *Id*., párr. 34.
62 *Id*., párr. 35.
63 *Id*., párr. 32.

Asimismo, solicito a esta Honorable Corte que tome en consideración los estándares internacionales presentados en este documento al momento de tomar su decisión, porque reflejan las obligaciones internacionales de El Salvador con respecto al derecho a la salud y tienen implicaciones directas en el análisis de convencionalidad de los artículos 133 a 137 del Código Penal (1998), que respetuosamente considero incompatibles con la plena realización del derecho a la salud bajo el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respetuosamente,

ANAND GROVER

Nueva Delhi, India

VIII. ALBERTO ROJAS RÍOS

Identificación completa y adecuada de los derechos en juego

La criminalización del aborto

Uso del derecho penal como última ratio

Honorables Magistrados
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Avenida 10, Calles 45 y 47 Los Yoses, San Pedro
San José de Costa Rica
Costa Rica

Respetados Magistrados:

ALBERTO ROJAS RÍOS, Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia durante el periodo de 8 años que culminó en el 2022, y co ponente de la sentencia de control abstracto C-055 del 21 de febrero de 2022 que acogió en Colombia la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 24, me dirijo respetuosamente a la Ilustrada Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH" o "la Corte") con el fin de presentarme como *amicus curiae* y solicitar que el presente escrito sea tenido en cuenta al evaluar la responsabilidad internacional del Estado en el caso Beatriz y otros vs. El Salvador, de conformidad con el artículo 44.1 del Reglamento de la Corte.

1. Interés y objeto del *amicus curiae*

Presento este alegato por la libertad de las mujeres que formulo en mi calidad de jurista experto, con el fin de acercar a la H. Corte IDH argumentos relevantes para la decisión del presente caso. Soy abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, Magíster y Doctorando en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia (España) con estudios especializados en Derecho Procesal, Administrativo y Constitucional. Fui magistrado y presidente de la Corte Constitucional de Colombia en el periodo 2013 - 2022. Cuento con más de 25 años de experiencia como docente en varias universidades en Colombia y en el exterior, verbigracia Universidad Externado de Colombia, Universidad de los Andes, Universidad del Rosario, Universidad Georgetown (Washington D.C.) y Universidad de Valencia (España).

En mi desempeño dentro de la Corte Constitucional, participé de la decisión de múltiples casos relacionados con la protección de los derechos de las mujeres y fui ponente de varias decisiones importantes frente a los derechos sexuales y reproductivos tales como la sentencia C-055 de 2022 que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 24. Mi experticia derivada de la formación en derechos humanos, democracia y justicia internacional y los debates suscitados en torno a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo me han llevado a concluir de manera inequívoca que debe considerarse un derecho y un servicio de salud que debe ser protegido y garantizado por los Estados y, por tanto, no debería ser regulado por el derecho penal.

Este escrito expondrá el análisis jurídico en el que sustento esta posición. Presentará la evolución de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia y posteriormente, desarrollará varios argumentos que sustentan la necesidad de abandonar la regulación penal de la interrupción voluntaria del embarazo y la necesidad de transitar hacia una regulación con enfoque de derechos humanos y sanitario.

2. Evolución de la regulación de la interrupción voluntaria del Embarazo en Colombia

2.1 De la criminalización absoluta del aborto a la despenalización parcial de la Sentencia C-355 de 2006.

En 2005 Colombia se encontraba en el grupo de países con criminalización absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo. Según estimaciones, para ese momento se realizaban cuatro abortos por cada diez nacidos vivos en el país y aproximadamente cuatro millones de mujeres latinoamericanas recurrían a abortos inseguros, de las cuales 30 al 45% podían tener graves complicaciones[1].

A finales del 2005, la Corte Constitucional colombiana (en adelante Corte Constitucional) estudió la constitucionalidad de la prohibición absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo con ocasión de varias demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 122 del Código Penal colombiano. Según las demandas, la prohibición violaba el derecho a la vida, a la integridad, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la dignidad, y desconocía la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes.

En una decisión histórica del 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres casos: "(i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto"[2].

Para llegar a esta conclusión, la Corte Constitucional aceptó que la vida prenatal puede ser un bien protegido constitucionalmente, pero consideró la penalización en todos los casos implica su completa preeminencia sobre los derechos de la mujer, implicando el sacrificio absoluto de éstos. Declaró que ello desconoce la dignidad de la mujer, reduciéndola a un mero receptáculo de la vida en gestación, siendo una medida desproporcionada e irrazonable[3].

2.2 El desarrollo de garantías para la interrupción voluntaria del embarazo por la Corte Constitucional

Con el tiempo, la Corte Constitucional revisó varios casos de acciones de amparo que presentaron mujeres y niñas que enfrentaron obstáculos para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

Con base en el estudio de estos casos, la Corte Constitucional desarrolló garantías para eliminar dichas barreras.

La Corte Constitucional estableció que la interrupción voluntaria del embarazo debía estar disponible en todo el territorio nacional, en todos los niveles de complejidad y sin un límite máximo gestacional en las tres causales despenalizadas[4]. Reconoció los derechos de las pacientes a la información pertinente, completa y oportuna, la libertad de decisión sin coacción ni apremio, la plena capacidad de decidir, el derecho a la intimidad y la confidencialidad, así como la prohibición de imposición de barreras o de dilaciones injustificadas[5].

Frente a la objeción de conciencia la Corte Constitucional estableció que sólo puede ser ejercida por quien realiza el procedimiento, que no puede realizarse de forma colectiva o institucional y que, de ejercerse, conlleva la obligación de remisión inmediata a otro(a) profesional que pueda atender urgentemente a la paciente[6].

Respecto a la causal de riesgo para la salud, la Corte Constitucional dispuso que sólo se requiere un certificado médico que identifique el riesgo para la salud integral, es decir, considerando la salud física,

1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006. M.P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
2 Id.
3 Id.
4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-096 de 2018. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.
5 Id.
6 Id.

mental y social[7], sin necesidad de que dicho certificado lo otorgue un(a) especialista de la medicina. Reconoció el derecho al diagnóstico estando a cargo de las entidades prestadoras de salud la realización de una valoración integral[8]. También reconoció la validez de los certificados expedidos por profesionales en psicología para configurar la causal[9].

En cuanto a la causal violación, la Corte Constitucional estableció que las entidades están en la obligación de proveer la IVE de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial[10] y tratándola como una urgencia médica, sin importar el tiempo transcurrido entre la agresión y la consulta[11]. Declaró que las niñas y adolescentes tienen plena autonomía para decidir sobre una interrupción voluntaria del embarazo, incluso si sus padres o tutores no están de acuerdo[12].

2.3 Sentencia C-055 de 2022. Despenalización hasta la semana 24.

A pesar de múltiples garantías desarrolladas en más de veinte sentencias, las mujeres y niñas continuaron enfrentando barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Por esta razón, se presentó una demanda en septiembre de 2020 afirmando que la persistente penalización de la interrupción voluntaria del embarazo por fuera de las tres causales era inconstitucional y constituía la principal causa de los obstáculos que aún afectaban a las mujeres.

El 21 de febrero de 2022, como resultado de mi ponencia conjunta con el Magistrado Antonio Lizarazo Ocampo, la Corte despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana veinticuatro de gestación y después mantuvo aplicables las tres causales sin un límite máximo gestacional. También exhortó al Congreso de la República y al Gobierno Nacional a que formulen e implementen una política pública integral que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes, y, a su vez, proteja el bien jurídico de la vida en gestación sin afectar tales garantías[13].

En la decisión la Corte declaró que la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo: i) resultaba contraria a la obligación de respetar el derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, niñas y personas gestantes; igualmente, ii) vulneraba su libertad de conciencia, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva; iii) resultaba incompatible con la finalidad preventiva de la pena y no satisfacía el carácter de *última ratio* del derecho penal; y iv)desconocía el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular[14].

2.4 El camino pendiente: la despenalización absoluta del aborto.

Partiendo de reconocer el innegable avance que supuso la sentencia C-055 de 2022 para las mujeres y niñas en Colombia, con todo respeto me permito expresar que no estuve enteramente de acuerdo con la determinación que esta sentencia estableció al despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana veinticuatro de gestación.

Mi posición frente al tema, basada en consideraciones jurídicas y socio-jurídicas, es que el delito de aborto debió declararse inconstitucional de forma íntegra, sin establecer un límite temporal máximo. Las

7 Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en: https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf
8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-636 de 2007, T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-301 de 2016, SU-096 de 2018. Ver también Superintendencia Nacional de Salud. Circular externa 003 de 2013. Directriz novena.
9 Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 2292 de 2021. *Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).* Anexo 1. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/salud/POS/Paginas/plan-obligatorio-de-salud-pos.aspx
10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-754 de 2015. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
11 Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 459 de 2012 Por la cual se adopta el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para víctimas de violencia sexual. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resolucion-0459-de-2012.PDF y Resolución 3280 de 2018. Numeral 4.2.5.4.
12 Al respecto pueden verse las sentencias C-355 de 2006, T-946 de 2008, T-209 de 2008, T-388 de 2009, T-841 de 2011, T-697 de 2016, T-731 de 2016 y SU-096 de 20018 de la Corte Constitucional de Colombia. En cuanto a normativa: Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3280 de 2018. Numeral 4.2.5.4.
13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 2022. M.P. Alberto Rojas Ríos y Antonio José Lizarazo.
14 Id.

consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia mostraban la total ineficacia del delito para proteger la vida prenatal, el desconocimiento del carácter de *última ratio* en el uso del derecho penal, y la consecuente violación de varios derechos fundamentales de las mujeres y las niñas debido a la existencia del delito de aborto.

De esta manera, es mi postura que, a futuro, Colombia debería transitar hacia una normativa donde la interrupción voluntaria del embarazo se regule por fuera del derecho penal, desde una óptica de derechos humanos y, particularmente, del derecho a la salud. La sección subsiguiente presenta los principales argumentos en los que fundamento esta posición.

3. Hacia la despenalización absoluta del aborto.

3.1 El aborto como delito de género y desconocimiento al derecho a la igualdad de las mujeres. *El delito de aborto desconoce el derecho a la igualdad de las mujeres respecto de los hombres por tratarse de una regulación que sólo les persigue y criminaliza a ellas. Su sola existencia ahonda sobre estereotipos de género que imponen a las mujeres un rol social asociado a la maternidad.*

Los Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana) se han comprometido a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias[15]. Por tanto, las leyes que los Estados adopten y su aplicación no pueden resultar en la discriminación de ninguna persona o grupo. Cualquier trato diferenciado que no persiga un objetivo legítimo y que genere efectos desproporcionados e irrazonables en un sector de la población resulta incompatible con la Convención Americana.

El delito de aborto, cuya vigencia ha sido justificada por la necesidad de proteger la vida prenatal, ha demostrado ser una regulación discriminatoria que se ha basado en estereotipos de género en virtud de los cuales se les impone a las mujeres la maternidad como destino.

En virtud de la discriminación y la violencia sistemática a la que se ha sometido a las mujeres históricamente, el poder punitivo del Estado debería ser empleado para contrarrestar conductas de las que han sido víctimas. No obstante, el delito de aborto, lejos de hacerle frente a comportamientos que sufren las mujeres debido a su sexo, emplea la diferenciación sexual para identificar al sujeto activo de la conducta típica, lo cual contraviene su derecho a ser protegidas por la ley en pie de igualdad.

Para superar la discriminación histórica que han sufrido las mujeres, los Estados, mediante la ratificación de tratados internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, se han comprometido a garantizar su derecho a vivir libres de violencia y de cualquier forma de discriminación[16]. Ello, con el propósito de "asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre"[17]. Por eso dicho tratado contiene la obligación de garantizarles a las mujeres el derecho a "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos"[18].

15 El artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene el derecho de toda persona a recibir, sin discriminación, igual protección de la ley.

16 Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer precisa que la expresión "discriminación contra la mujer" proscribe, "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (artículo 1).

17 Artículo 3 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. También se acordó que los Estados se comprometerían a tomar medidas para "[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (artículo 5, sección a).

18 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer Convención Artículo 16. Sección e.

Otro instrumento internacional que también propende por la eliminación de la discriminación histórica a la que han sido sometidas las mujeres es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención "Belém do Pará". Dicho tratado establece que el derecho a vivir libre de violencias[19] comprende "el derecho [...] a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación"[20].

La práctica muestra que la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo afecta desproporcionadamente a las mujeres y niñas. En Colombia, según la Fiscalía General de la Nación, de las 4.510 personas indiciadas en 5.646 procesos por el delito de aborto, 2.963 son mujeres y 767 son hombres. Ello demuestra que la tipificación del aborto se fundamenta en la capacidad reproductiva, lo cual constituye un criterio discriminatorio.

La penalización de la interrupción voluntaria del embarazo implica una injerencia indebida en la dignidad de las mujeres que se basa en estereotipos[21] de género[22], asociados a su capacidad reproductiva. Esto perpetúa la discriminación en contra de esta población e impide la materialización de otros derechos como la autodeterminación, a disfrutar del nivel más alto posible de salud posible, a la integridad personal, e incluso a la vida.

Al ser un delito que sólo persigue a las mujeres por su capacidad reproductiva desconoce su derecho a ser protegidas por la ley en igualdad de condiciones. A su vez, imponerles la gestación bajo la amenaza de cárcel, sin brindar ninguna otra opción, resulta en una carga desproporcionada e ilegítima. Todo ello desconoce compromisos internacionales que han sido ratificados por los Estados, particularmente aquellos relacionados con no introducir en sus ordenamientos jurídicos regulaciones discriminatorias, y favorece la perpetuación de estereotipos de género que impiden superar su segregación.

3.1 La interrupción voluntaria del embarazo como asunto de salud pública. *La penalización de la interrupción voluntaria del embarazo como obstáculo para que las mujeres acudan al sistema de salud para acceder de forma segura a una interrupción del embarazo, obligándolas a acudir a procedimientos inseguros.*

Acceder efectivamente a servicios de salud sexual y reproductiva hace parte de los derechos que las mujeres y niñas tienen como parte del derecho a la salud, reconocido por distintos instrumentos internacionales[23]. Los Estados deben, por una parte, no imponer limitaciones a este derecho; y, por otro, asegurar el acceso efectivo, realizando todas las adecuaciones normativas y de políticas públicas necesarias para que dicho acceso a derechos y servicios de salud sexual y reproductiva sea materialmente posible.

El tipo penal de aborto es, en la práctica, la principal barrera para que las mujeres y las niñas accedan a servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, dado que genera estigmas y prejuicios sobre la interrupción voluntaria del embarazo que crean un efecto disuasor. El tipo penal genera miedo en las mujeres y niñas que necesitan una interrupción voluntaria del embarazo a ser denunciadas por los profesionales de salud que deben atenderlas, lo cual, a su vez, causa que no tengan confianza en los servicios de salud. Por ejemplo, en el caso de Colombia, el 56,72% de los casos en que hubo condena por el

19 Este concepto se define como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (artículo 1), y que puede ser causada por particulares, la comunidad o incluso ser "perpetrada o tolerada por el Estado" (artículo 3).

20 Artículo 6, sección b.

21 En la Sentencia C-754 de 2015 de la Corte Constitucional de la República de Colombia se le asignó a la voz "estereotipo" el siguiente alcance: "determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales".

22 Los estereotipos han conducido de manera errónea a asignar a la mujer un rol de subordinación y sumisión, así como la imposición de una supuesta condición de "madre, cuidadora y ama de casa". Cfr. Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-539 de 2016, encargada de funciones como la "limpieza y la crianza de los descendientes"; Sentencia C-297 de 2016, reiterada en la Sentencia C-539 de 2016.

23 Al respecto, ver: Observación General No. 14 y Observación General No. 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Recomendación general No. 35 del Comité CEDAW; Observación General No. 36 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida; Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párr.21; Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y el Comité CEDAW. La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad. Agosto 29 de 2018.

delito de aborto, fue el personal de salud quien denunció incluso cuando la paciente estaba en las causales vigentes[24].

Este miedo resulta en que, incluso estando en los supuestos despenalizados y teniendo la posibilidad de acceder a un procedimiento seguro en el sistema de salud, las mujeres y niñas sigan optando por buscar a una interrupción voluntaria del embarazo en condiciones inseguras y exponerse a la posibilidad de ser procesadas penalmente[25].

La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que en los países donde la interrupción voluntaria del embarazo es ilegal, las mujeres se ven obligadas a recurrir a procedimientos inseguros que resultan en que "anualmente 67.000 mujeres mueren por abortos mal practicados, lo que equivale al 13% de la mortalidad materna[26]. En América Latina, el aborto inseguro es el responsable del 17% de esas muertes[27]. Según este organismo "los avances médicos y de las tecnologías seguras y eficaces, y la capacidad para realizar abortos inducidos, podrían eliminar en su totalidad los abortos inseguros y las muertes relacionadas, siempre y cuando exista un acceso universal a estos servicios"[28].

En síntesis, el deber de respetar el derecho a la salud por parte de los Estados conlleva la obligación de remover los obstáculos normativos que impiden el acceso a servicios necesarios para que mujeres y niñas gocen de salud reproductiva.

Penalizar la interrupción voluntaria del embarazo impone una grave limitación al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, lo que a su vez tiene incidencia en la práctica de abortos inseguros en los que peligra la salud, la integridad y la vida de las mujeres y niñas. Dicha práctica supone un grave problema de salubridad pública que exige que los Estados aborden esta problemática desde un enfoque basado en derechos.

3.2 La dignidad, libertad y los derechos reproductivos de las mujeres para una maternidad deseada. *La despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo reconoce la autonomía reproductiva de las mujeres para escoger una maternidad deseada. La defensa del derecho a la vida por los Estados debería expresarse en políticas que apoyen a las mujeres que deciden ser madres, así como no crear injerencias para quienes deciden acceder a una interrupción voluntaria del embarazo.*

La vida privada es un derecho consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo tanto, su respeto es una obligación de los Estados parte. Ello se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad humana que, a su vez, permite a las personas tomar decisiones sobre el proyecto de vida.

Despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo respeta la dignidad humana de las mujeres al darles la posibilidad de decidir de forma libre ejercer o no la maternidad, es decir, escoger su proyecto de vida. La protección de los derechos reproductivos de las mujeres y de la vida prenatal debería expresarse mediante la formulación de políticas públicas idóneas que apoyen tanto a quienes decidan ejercer la maternidad, como a aquellas que eligen una interrupción voluntaria del embarazo.

24 Al respecto, según cifras de la Fiscalía General de la Nación colombiana: "[l]a principal causal de archivo registrada en este tipo de investigaciones es la atipicidad: el 67,3% de los archivos están sustentados en esta causal. Estas decisiones son congruentes con la aplicación de los supuestos de despenalización enunciados por la sentencia C-355 de 2006 [sentencia que estableció las causales] o con el hallazgo de alguna otra circunstancia que no coincida con lo dispuesto en el artículo de Aborto [...]". Dirección de Políticas y Estrategia. Fiscalía General de la Nación de la República de Colombia. (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia.

25 Para fundamentar esta afirmación tuvo en consideración lo señalado en la Sentencia T-988 de 2007, en la cual se analizó el caso de una mujer en condición de discapacidad cognitiva severa, víctima de abuso sexual, quien pretendió acceder a la interrupción voluntaria del embarazo a través de su prestador de salud. En el trámite de revisión, la Corte se comunicó con la representante de esta mujer, su madre, quien informó que "la joven ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz. La actora solicitó que, en vista de las circunstancias del caso concreto y de lo perturbadora que había resultado la situación para la joven, no se continuara con los trámites de tutela por cuanto éstos carecían ya de objeto".

26 Ministerio de Salud y la Protección Social. *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas*. Bogotá, 2014. Pág. 12.

27 Ibid., pág. 12.

28 Ibid., pág. 12. En este sentido, la OMS ha manifestado que entre algunas de las condiciones que limitan el acceso al aborto seguro e inciden en el incremento de estas prácticas se encuentran, entre otras, la legislación restrictiva, la poca disponibilidad y los elevados costos de estos servicios. Organización Mundial de la Salud. *Prevención del aborto inseguro*. Septiembre de 2020. En: https://www.who.int/es/news-room/facT-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion

El reconocimiento de la dignidad de las mujeres y las niñas[29], y su ejercicio, implica que los Estados valoren como un bien jurídico relevante su libre opción de la maternidad. El ejercicio del poder punitivo estatal es incompatible con esta garantía cuando ésta no es tenida en cuenta, lo cual sucede con la existencia del delito de aborto, pues su prohibición resulta en instrumentalizar a la mujer para un fin reproductivo.

Del mismo modo, tipificar la interrupción voluntaria del embarazo resulta doblemente lesivo para las expectativas y proyectos de vida que tienen derecho a trazarse las mujeres y las niñas, conforme a sus aspiraciones. De un lado, al ser sujetos pasivos de una sanción que limita su libertad en un centro de reclusión; y, de otro, al sancionar, sin alternativas para su ejercicio, una conducta que hace parte de la libre escogencia de su proyecto de vida.

La libertad de configuración del legislador en materia penal se encuentra limitada, entre otras, por la elección del proyecto de vida de las personas protegido por el derecho a la vida privada. Desconocerlo puede conducir a tolerar y perpetuar una conducta discriminatoria contra las mujeres y las niñas, ya que por su capacidad reproductiva y gestacional son calificadas como sujeto activo del delito[30]. Para ellas, la definición de su proyecto de vida se encuentra estrechamente ligada a la decisión de asumir o no la maternidad, conforme con su libre determinación, moldeada por factores sociales, culturales, religiosos, económicos y educativos.

Dicho de otro modo, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo supone el desconocimiento de la dignidad humana de las mujeres y de las niñas en tanto que las instrumentaliza con propósitos reproductivos y les impide definir su proyecto de vida, desconociendo su propia autonomía. Una respuesta adecuada a dicho fenómeno demanda de los Estados la adopción de políticas públicas integrales que: i) prevengan los embarazos no deseados –incluyendo el diseño de planes de educación sexual integral–; ii) garanticen la provisión de métodos anticonceptivos; iii) ofrezcan servicios de interrupción voluntaria del embarazo para quienes lo requieren; pero también que iv) establezcan programas sociales que faciliten el ejercicio de la maternidad deseada para quienes así lo decidan.

3.3 La criminalización del aborto y la violación de la libertad de conciencia. *Usar el poder punitivo del Estado para criminalizar la interrupción voluntaria del embarazo resulta en la imposición de creencias particulares sobre esta práctica a todas las personas, así no las compartan, desconociendo la libertad de conciencia.*

El respeto por la libertad de conciencia es otra de las obligaciones amparadas por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, a los Estados que ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos se les exige evitar la imposición de medidas restrictivas que menoscaben la libertad de las personas a conservar sus creencias más íntimas y a actuar de acuerdo con ellas.

Penalizar la interrupción voluntaria del embarazo entra en fuerte tensión con la libertad de conciencia de las mujeres y niñas porque, por una parte, la penalización les impide actuar según sus creencias más íntimas frente a la maternidad. La libertad de conciencia, en lo atinente a la decisión de procrear o de no hacerlo, es un asunto *personalísimo*, *individual* e *intransferible* que se corresponde con una de las dimensiones de los derechos reproductivos, concretamente, la autonomía reproductiva, respecto de la cual le está prohibido intervenir al Estado y a los particulares haciendo uso de la coacción o de la violencia[31].

El delito de aborto permite juzgar y sancionar a las mujeres que, durante el embarazo, deciden acceder a una interrupción voluntaria del embarazo actuando conforme a sus convicciones más íntimas. La

29 En la Convención de Belem Do Pará, *para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer se reconoce el "derecho a que se respete la dignidad [de la mujer] inherente a su persona* (artículo 4.e).

30 Cfr., en lo pertinente, Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación in Vitro") *vs.* Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, *fj.* 142.

31 Asumir la maternidad es un asunto personalísimo en tanto que afecta el proyecto de vida; es un asunto individual, pues tiene consecuencias físicas y emocionales sobre la propia existencia; y es intransferible, porque la autonomía de la decisión no puede ser trasladada a un tercero, salvo casos excepcionales en los que se ha provisto un previo consentimiento o existen razones sólidas para inferirlo. Es, entonces, una decisión íntima y estrechamente vinculada al sistema de valores de la mujer y constituye una de las principales expresiones de la naturaleza humana, y tanto quienes deciden asumir la maternidad como quienes optan por no hacerlo ejercen su libertad y ponen en práctica su sistema individual de creencias y valores.

penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, por tanto, resulta en que estas mujeres puedan perseguidas por el ejercicio de dichas convicciones, constituyendo una violación a la libertad de conciencia. Asimismo, el tipo penal les imposibilita tomar decisiones acordes con sus propios principios, lleva a las mujeres a asumir la maternidad en contra de su propia voluntad.

Por otra parte, la tipificación de la interrupción voluntaria del embarazo afecta la libertad de conciencia dado que impone una decisión que no necesariamente comparten. Esa coacción resulta desproporcionada pues no tiene en cuenta que la decisión de asumir un embarazo afecta profundamente el proyecto de vida personal. Por ello, las consecuencias de una decisión tan determinante en la vida solo pueden ser sopesadas de manera individual por quien se encuentra en esta situación específica, porque es precisamente ella quien asumirá primeramente sus efectos.

Tomar decisiones sobre el proyecto de vida hace parte de la facultad de conducirse de acuerdo con las propias creencias, garantía cobijada por la libertad de conciencia. El delito de aborto anula esa posibilidad e impone sobre las mujeres y niñas una decisión que no es necesariamente compartida que puede generar impactos profundos e irreversibles en sus proyectos de vida. En últimas, dicho delito restringe la potestad de las mujeres para discernir entre lo que resulta ser lo más conveniente de acuerdo con su sistema de creencias frente a la decisión de continuar o no con el embarazo. Todo ello, además, contradice obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que los Estados Parte de la Convención Americana se han comprometido a observar.

3.4 El principio de última ratio del derecho penal y la falta de eficacia preventiva del delito de aborto. *La facultad punitiva del Estado no es absoluta y debe obedecer a un carácter de última ratio. La existencia del delito de aborto no evita su ocurrencia, pues su adopción no disminuye el número de casos.*

Definir las conductas que serán objeto de una sanción penal hace parte del ejercicio de la soberanía estatal. No obstante, ese ejercicio tiene límites formales y materiales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo fundamento es la dignidad humana. Así, el ejercicio del poder punitivo es legítimo siempre que persiga una función preventiva y que observe su carácter subsidiario o de último recurso[32]. Dicho de otro modo, en caso de que se resuelva adoptar medidas penales, su idoneidad debe estar fundamentada en que estas: i) permitan proteger de manera eficaz los bienes jurídicos amparados; ii) disuadan a las personas de incurrir en las conductas que reprochan; y que iii) no existan otros medios preventivos menos gravosos para proteger dichos bienes jurídicos.

En el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, si bien proteger la vida en gestación es una finalidad legítima, el uso del derecho penal para dicho propósito desconoce su carácter de último recurso. Es común que los Estados que han adoptado este delito no hayan agotado otros mecanismos preventivos que tienen a su disposición para llevar a cabo dicha protección. Por el contrario, además de tipificar el aborto como delito, sin acudir a mecanismos alternativos menos lesivos de los derechos, se le ha impuesto como sanción la privación de la libertad, circunstancia que impacta aún más la condición personal de quien interrumpe voluntariamente su embarazo pues se enfrenta a la sanción más severa.

Dicha omisión estatal de no buscar mecanismos alternativos menos lesivos hacen de la sanción penal la única política. Así, el derecho penal ha sido utilizado no como recurso de *ultima ratio*, sino, podría decirse, como única ratio.

Adicionalmente, el uso del derecho penal para regular la interrupción voluntaria del embarazo también ha

32 Sobre la comprensión del derecho penal desde una perspectiva de derechos humanos, La Asamblea de Naciones Unidas, mediante Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990, adoptó las Reglas de Tokio que resaltan la importancia de que las legislaciones nacionales encuentren alternativas penales a la sanción privativa de la libertad y reduzcan la aplicación innecesaria de esta, consultando las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y las necesidades de la víctima. En su artículo 9, por ejemplo, dicho instrumento internacional ofrece una serie de alternativas a la pena de prisión, que deben ser contempladas por los Estados miembros a fin de evitar la reclusión y con el propósito de asistir a los delincuentes en su proceso de reinserción social.

demostrado ser ineficaz para proteger la vida en gestación. La tipificación del delito busca desincentivar que las mujeres busquen una interrupción voluntaria del embarazo, pero sus efectos han hecho evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia. En otros términos, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación, la penalización del aborto no es conducente para proteger la vida en gestación.

Por el contrario, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo ha inducido a que estos procedimientos se hagan de manera insegura y clandestina. Ello ha dado lugar a graves perjuicios para las mujeres y las niñas, no solo como grupo discriminado y expuesto a múltiples factores de violencia, sino individualmente consideradas, con especial incidencia en las más vulnerables por sus condiciones socioeconómicas, su origen rural o su situación migratoria, debido a que quedan expuestas a sufrir complicaciones por el procedimiento e, incluso, a perder sus vidas.

En Colombia, la Comisión Asesora de Política Criminal[33] recopiló y analizó datos que daban cuenta de dicha ineficacia. Así, la Comisión pudo constatar que "la tasa de abortos es de 29 por cada 1.000 mujeres en edad de gestación en África y de 32 por cada 1.000 en América Latina, donde el aborto tiende a estar fuertemente penalizado en la mayor parte. En cambio, esta tasa es de 12 por 1.000 mujeres en Europa Occidental donde el aborto es generalmente permitido en la mayor parte de países. La razón explicativa de esa diferencia es la amplitud de las políticas de salud sexual y reproductiva en Europa Occidental"[34].

En relación con esto, cifras del Instituto Guttmacher sobre el embarazo no deseado y el aborto inducido en Colombia indican que el 44% de los embarazos no planeados terminan en un aborto inducido, lo que se traduce en 400.400 abortos al año, de los cuales solo 322 son practicados en instituciones de salud[35]. Así, la penalización del delito de aborto no es útil como herramienta para proteger la vida en gestación, pues no disuade la ejecución de la conducta y, en contraste, genera un efecto altamente lesivo para los derechos a la salud, los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia de las mujeres.

Así las cosas, penalizar la interrupción voluntaria del embarazo no es una forma idónea de proteger la vida en gestación pues no cumple con dicho cometido y, en su lugar, genera graves afectaciones a los derechos humanos de las mujeres y niñas; lo que provoca, además, graves problemas de salud pública. Esta situación, como se ha señalado, tiene un mayor impacto respecto de aquellas en situación de vulnerabilidad[36].

Esto justifica las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la discriminación de la mujer o Comité CEDAW que, desde el año de 1992, ha señalado que los Estados parte de la Convención que este supervisa deben "asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como los abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad"[37], recomendación que reiteró al señalar que "[e]n la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto"[38].

33 La Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2011 del Ministerio del Interior de Colombia creó la "Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano" con el propósito de apoyar la formulación de la política criminal del país y realizar recomendaciones al Gobierno Nacional en torno a ella. Su función esencial era entonces elaborar una propuesta de lineamentos de política criminal. Además, la Comisión debía realizar, en la medida en que el Gobierno o el Consejo de Política Criminal se lo solicitaran, otras tareas como i) evaluar y estudiar la normatividad existente en materia de política criminal; ii) analizar las iniciativas académicas que se formulen sobre la materia; iii) elaborar documentos para el diseño de la Política Criminal colombiana; y iv) realizar consultas con las entidades estatales, universidades, asociaciones de abogados y abogadas, y las personas u organismos que la Comisión considerara pertinentes, sobre las reformas que sugieran deben introducirse

34 Comisión Asesora de Política Criminal de Colombia. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012, p. 75. Disponible en: http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf. El mismo informe indicó: "la penalización severa del aborto conduce a abortos clandestinos, que afectan gravemente la salud de las mujeres, ocasionando en no pocas ocasiones su muerte. Por ello, en todos los países en donde ha habido una despenalización más amplia del aborto, el resultado ha sido una reducción significativa de las graves complicaciones de salud asociadas a las prácticas clandestinas. Por ejemplo, en Sudáfrica, el número de muertes ligadas al aborto cayó en 91% luego de una liberalización de las leyes que regulaban la interrupción voluntaria del embarazo".

35 Instituto Guttmacher. (2011). Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias. Disponible en: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf [último acceso 23 de febrero de 2023]

36 En Colombia, de conformidad con los datos producidos por Profamilia, el 75% de las condenas por el delito de aborto se produce sobre mujeres mayores de edad, en su mayoría en condiciones de vulnerabilidad por su origen rural, su situación de pobreza o por ser migrantes. Según la misma entidad, los datos de abortos en Bogotá, por ejemplo, llevan a conclusiones en el mismo sentido: "el 85% de las entradas de aborto al Sistema Penal, son de mujeres pertenecientes a estratos 1, 2 y 3. Es decir, son las mujeres más vulnerables a quienes más afecta la persecución penal del delito de aborto.

37 Comité CEDAW. Recomendación General No. 19.

38 Comité CEDAW. Recomendación General No. 24.

3.5 La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo desde las experiencias comparadas: hacia una regulación sanitaria. *Las experiencias comparadas muestran una tendencia creciente a abandonar la regulación penal del aborto.*

En los últimos 25 años se ha generado una tendencia global creciente hacia la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, siendo actualmente mayoritario el grupo de países (75 países) que contempla las regulaciones más protectoras de los derechos reproductivos, con un plazo inicial en el que la interrupción voluntaria del embarazo se permite a libre disposición y, con posterioridad, se aplican causales mínimas[39]. Incluso, existen territorios donde ya se eliminó el delito de aborto y se optó por una regulación sanitaria. Ellos son Canadá, el territorio de la capital australiana (TCA) y el Estado de Nueva York en Estados Unidos, cuya experiencia ha demostrado que la despenalización permitió mejorar la confianza de las pacientes en el acceso al sistema de salud y progresivamente, eliminar las muertes asociadas a abortos inseguros, así como las barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

América Latina y el Caribe sigue siendo una de las regiones con las regulaciones más restrictivas a nivel mundial frente a la interrupción voluntaria del embarazo. En la región, aún existen países que la prohíben en todos los casos[40] mientras que otros lo permiten en causales. Ocho países contemplan la causal de riesgo para la vida[41] y otros nueve países contemplan la causal salud[42]. Siete países contemplan un plazo inicial a libre disposición de la mujer y causales posteriores[43]. Adicionalmente en los últimos años, México y Colombia avanzaron su jurisprudencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Por su parte, España, un país de referencia importante para esta región contempla la posibilidad de acceder a un aborto a libre disposición hasta la semana 14 de gestación, con algunas causales después de ese plazo y recientemente aprobó una reforma que permite que las adolescentes accedan a este servicio sin autorización de padres o tutores y elimina obstáculos para el acceso de las mujeres a este servicio[44].

De otro lado, si bien en Estados Unidos hubo un cambio reciente frente a la jurisprudencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo,[45] debe aclararse que este cambio no corresponde al establecimiento de una prohibición del aborto, sino a que la Suprema Corte de ese país dejó en libertad de los Estados Federados la forma de regular el acceso al aborto según su propia implementación, lo cual es desacertado dado que ha causado en algunos Estados el establecimiento de limitaciones y/o prohibiciones absolutas, con grave detrimento de los derechos de las mujeres.

Lo que muestran estas experiencias comparadas es que, en la actualidad puede observarse una creciente tendencia de los países a dejar de regular la interrupción voluntaria del embarazo por medio del derecho penal, y en su lugar, transitar hacia una regulación que lo contemple como un servicio de salud y un derecho en línea con las guías actualizadas de la OMS sobre atención de la interrupción voluntaria del embarazo[46].

4. Conclusión

A partir de lo expuesto, puede evidenciarse la importancia de regular la interrupción voluntaria del embarazo desde un enfoque de derechos humanos y no desde el derecho penal. La criminalización absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo constituye una forma de discriminación basada en el género, al tratarse de un delito que persigue únicamente a las mujeres, perpetuando estereotipos que reducen su rol en la sociedad exclusivamente al ejercicio de la maternidad.

39 Centro de Derechos Reproductivos. Colombia: histórico avance en la despenalización del aborto. 2022. Disponible en: https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2022/10/Colombia.-Histo%CC%81rico-avance-en-la-despenalizacio%CC%81n-del-aborto-OK-2.pdf
40 Por ejemplo: Haití, República Dominicana, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Surinam.
41 Brasil, Venezuela, Paraguay, Guatemala, Panamá, Antigua y Barbuda, Dominica y Chile.
42 Costa Rica, Ecuador, Perú, Bolivia, Trinidad y Tobago, Granada, Santa Lucía, Saint Kitts y las Bahamas
43 Uruguay, Guyana, Guyana Francesa, Cuba, Argentina, México y Colombia.
44 Ley Orgánica 1/2023 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo.
45 Supreme Court of the United States. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. Decisión del 24 de junio de 2022
46 Organización Mundial de la Salud. Directrices sobre la atención para el aborto. Disponible en: https://www.who.int/es/news/item/09-03-2022-access-to-safe-abortion-critical-for-health-of-women-and-girls.

La prohibición absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo tiene graves consecuencias en materia de salud pública, al obligar a las mujeres a practicarse procedimientos en condiciones inseguras que las ponen en un grave riesgo. En adición, el delito de aborto desconoce la dignidad, libertad y derechos reproductivos de las mujeres al desestimar su proyecto de vida e imponerles un embarazo no deseado.

También desconoce la libertad de conciencia al imponer unas creencias determinadas sobre esta práctica a aquellas personas que no las comparten. Finalmente, la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo es ineficaz para evitar que las mujeres busquen este servicio y desconoce el carácter de última ratio del derecho penal, al ser la única medida usada para regular la materia.

Es necesario, en consecuencia, que los Estados adopten una regulación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo e implementen robustas medidas desde las políticas públicas que permitan el ejercicio efectivo de la integralidad de los derechos reproductivos, que procuren la prevención de embarazos no deseados y que permitan a las personas alcanzar adecuadamente su proyecto de vida.

5. Petitorio

Solicito en todo respeto a la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos se sirva acoger el presente documento y los argumentos aquí expuestos al evaluar el caso bajo estudio.

6. Anexos

Copia de Currículum vitae

Atentamente,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Ex Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia

Colombia, Bogotá, D.C., 3 de abril de 2023

IX. ROBERTO SABA

Identificación completa y adecuada de los derechos en juego

Modelo general de eximentes de responsabilidad penal

Las implicaciones de la criminalización del aborto en el derecho a la igualdad y no discriminación

Temas adicionales:

Efecto disuasivo del derecho penal

Reparaciones y medidas estructurales

AMICUS CURIAE
del
Dr. ROBERTO P. SABA

ANTE

LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

EN ELCASO

BEATRIZ
Vs.
EL SALVADOR

Caso Nro. 13.378

Buenos Aires, 17 de marzo de 2023

Excelentísimos Miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Yo, Roberto Pablo Saba, Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo, ambas basadas en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina, me dirijo a ustedes con el fin de solicitarles respetuosamente que me permitan participar como interviniente en el presente proceso, según el artículo 44 del Reglamento de la Corte IDH.

Como docente universitario especializado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos con más tres décadas de experiencia profesional, graduado como abogado en la Universidad de Buenos Aires, con títulos de Magister y Doctor en Leyes en la Universidad de Yale (Estados Unidos), y siendo mis áreas de interés académico aquellas que se relacionan con el principio de igualdad ante la ley, autonomía personal y derechos civiles en general, tengo especial interés en participar en este proceso para aportar mi perspectiva con el objeto de enriquecer el debate en la convicción de que, a más voces, más profunda será la deliberación y mayores las chances de arribar a mejores respuestas a los complejos problemas jurídicos que se presentan en este caso.

En virtud de lo expuesto, solicito respetuosamente se me reconozca como interviniente en el presente proceso y, en consecuencia, se tenga en cuenta lo expuesto en este escrito para efectos de decidir el proceso de la referencia.

A continuación, expongo mi aporte:

1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la protección – entre otros derechos relacionados con la problemática del aborto, **como por ejemplo el derecho a la salud** –, de tres derechos fundamentales sobre los que existe un amplio desarrollo jurisprudencial y que contribuyen a cimentar la tesis de que el tratado protege el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, así como el ejercicio de sus derechos reproductivos. Esos derechos son:

a. El derecho a la **libertad personal del art. 7, "entendido en un sentido amplio"**, reflejando lo que la doctrina y el derecho comparado ha denominado "libre desarrollo de la personalidad" o "autonomía personal".[1]

b. El derecho a la **vida privada, previsto en el art. 11**,[2] que ha sido interpretado por la Corte IDH también en el sentido de protección de la autonomía personal entendida como la libertad de la persona para decidir libremente su plan de vida sin "injerencias arbitrarias o abusivas" por parte del Estado o de otras personas.[3]

c. El derecho a la **igualdad ante la ley**, establecido en el Art. 24 de la CADH

Me referiré en este informe al modo en que la protección de estos derechos debe tenerse en cuenta para la resolución del caso de marras.

2. La decisión sobre penalizar o no la interrupción voluntaria del embarazo por parte de un Estado no puede ser tomada sin dirimir cinco cuestiones relacionadas entre sí y a las cuales la Corte IDH ha hecho referencia en su jurisprudencia pertinente, en la que se destacan las decisiones tomadas en los casos ***Campo Algodonero vs. México*** (2010), ***Artavia Murillo vs Costa Rica*** (2012), ***y Manuela vs El Salvador*** (2021):

a. Primera cuestión: Si el embrión y/o el feto poseen, en algunas o en todas las etapas de su desarrollo, un valor moral del cual se derive una protección jurídica. En caso afirmativo, si ese valor moral y protección jurídica son o no homogéneos durante todo el proceso de gestación.

i. En este sentido, en el **Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012)** esta Corte ha afirmado que la protección del derecho a la vida del art. 4to de la CADH "no es absoluta, sino 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".

ii. La Corte ha señalado también en esta sentencia que "los embriones no son personas": "253. (..) [L]a Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida."

iii. Por lo tanto, el embrión y el feto poseen un valor moral incremental desde la concepción hasta el momento del nacimiento. Ese valor moral incremental determina distintos niveles de protección jurídica dependiendo del estadio de desarrollo en que se encuentre. La protección jurídica aumenta gradualmente con el paso del tiempo que toma la gestación.

b. Segunda cuestión: Si el embrión y/o el feto poseyeran valor moral y estuvieran protegidos jurídicamente en algunas o en todas las etapas de su desarrollo, entonces debe dilucidarse si la interrupción voluntaria del embarazo a partir de una decisión autónoma de la mujer, en todas o en algunas de las etapas de gestación, conlleva el incumplimiento por parte de quienes tomen parte de

1 Ver caso Artavia Murillo: "142. (...) esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones."

2 Ver lo sostenido por la Corte IDH en el Caso Artavia Murillo: "142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

3 Caso Artavia Murillo: "143. (...) El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad."

esa acción de una obligación de proteger o preservar aquel ente valioso.

Para realizar este balance, es fundamental identificar la protección de la autonomía de la mujer en la CADH. En este sentido, esta Corte IDH se ha pronunciado respecto a la protección de la autonomía de la mujer:

i. En el **Caso Artavia Murillo**, el Tribunal ha sostenido que: "142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones."

"143. (...) El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad."

"146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos."

Cuando la mujer, en ejercicio de su autonomía personal, decide interrumpir voluntariamente el embarazo, esta decisión, protegida por el reconocimiento del derecho a la libertad personal (o al libre desarrollo de la personalidad, o la vida privada y o al diseño e implementación de su propio plan de vida), la protección de la autonomía de la mujer entra en tensión con la protección del embrión o del feto fundada en su valor moral.

Como consecuencia del carácter gradual del valor moral del embrión o del feto, y de la consiguiente gradualidad de la protección jurídica, es posible justificar que, encontrándose el embrión en las

primeras etapas de su desarrollo, su protección disminuida deberá ceder frente a la protección plena de la autonomía de la mujer. Por el contrario, cuando el feto se encuentra en los tramos finales de su desarrollo, éste recibiría una mayor protección jurídica que podría ser desplazada por la protección de la decisión autónoma de la mujer de interrumpir la gestación en situaciones excepcionales, tales como las circunstancias especiales previstas en las tres causales con las que ya cuenta en múltiples ordenamientos jurídicos de la región y del derecho comparado: 1) riesgo para la vida o la salud de la mujer; 2) incompatibilidad de la vida del feto por fuera de útero y; 3) embarazo producto de violencia sexual.

En conclusión, la asignación de algún tipo de responsabilidad moral a la mujer por la subsistencia del feto dependerá del grado de desarrollo de este último, no debiendo asignársele responsabilidad en las primeras semanas del embarazo y pudiendo asignársele algún tipo de responsabilidad en las últimas semanas de gestación, excepto cuando se den las circunstancias especiales mencionadas.

c. Tercera cuestión: Si estuviera justificado asignarle algún tipo de responsabilidad moral a la mujer y/o a quienes tomen parte de ese acto por la protección o preservación del embrión o del feto en algún tramo de la gestación, entonces la cuestión a resolver será si esa asignación de responsabilidad moral justifica una intervención estatal, penal o de otro carácter. Esta cuestión requiere la consideración de los siguientes aspectos:

i. Si estuviera justificada la interferencia estatal referida, debería determinarse si la intervención por vía punitiva es ineludible o si podría consistir en otro tipo de medidas.

ii. Al estar justificado asignarle algún grado de responsabilidad moral a la mujer y/o a terceros por la protección o preservación del feto en el tramo final del proceso de gestación, excepto cuando se den las circunstancias especiales mencionadas, entonces podría justificarse algún tipo de intervención estatal.

Ahora bien, aun cuando esa interferencia estatal tendiente a proteger la subsistencia del feto en las últimas semanas de embarazo pudiese estar justificada en base a lo establecido en el art. 4, no existe fundamento alguno que permita desprender del texto de esa cláusula que interferencia estatal *deba ser* por medio de la aplicación del derecho penal.

En suma, **no toda intervención estatal desprendida del deber de protección de un bien con valor moral debe, ni necesaria ni inexorablemente, consistir en una sanción penal, no desde el punto de vista del art. 4 de la CADH.**

d. Cuarta cuestión: Si estuviera justificada la interferencia estatal referida en el punto (c) precedente, y dado que, como vimos, la intervención por vía punitiva no es ordenada por el art. 4 de la CADH, entonces debería determinarse si existen fundamentos que permitan justificar la sanción o si, por el contrario, ésta resulta contraria a lo establecido en la CADH, no ya en el art. 4, sino en otras cláusulas referidas a la protección de otros derechos tales como el derecho a la igualdad.
En el caso particular que nos ocupa, la punición del aborto, por fuerza de los hechos, solo afecta a las mujeres, pues son las únicas personas con capacidad de gestar, y, en consecuencia, existen razones para sostener que el recurso a la persecución penal de un acto que solo pueden realizar las mujeres podría contribuir a perpetuar una situación de desventaja de este grupo respecto del resto de la comunidad que no es objeto de esa política persecutoria penal.

Además, si se diera el caso, como suele suceder, que la asignación de responsabilidad penal a la mujer por la interrupción del embarazo tuviera, de hecho, un impacto desigual y peor en las mujeres de

menores recursos, esa criminalización implicaría un acto estatal violatorio de la igualdad ante la ley, esta vez debido a que, por medio de esa decisión, el Estado contribuye a perpetuar la situación de desventaja estructural de las mujeres en condiciones de pobreza, tanto por su condición de mujeres, como por su condición social. En este sentido, resulta relevante lo establecido por esta Corte en el caso **Campo Algodonero** respecto de la situación de desigualdad estructural de las mujeres. La jurisprudencia de la Corte en casos de discriminación indirecta, como sucede en **Artavia Murillo** o en el caso de las **comunidades Maya Kaqchikel**, ha determinado la responsabilidad internacional de los Estados por la vigencia de normas que tiene impactos adversos desproporcionados en grupos en situación de desventaja estructural. En los casos mencionados el Tribunal profundiza en la noción de que la discriminación puede darse por el impacto desproporcionado de una cierta medida estatal.

Respecto específicamente del sistema vigente en El Salvador en el que la penalización es absoluta para todos los casos de interrupciones de embarazos y en referencia al argumento de que esa penalización no es estrictamente "absoluta" por existir la posibilidad de aplicar eximentes de responsabilidad penal, es necesario resaltar que este régimen y el argumento se funda en dos errores:

i. Supone que la penalización del aborto sin excepciones es compatible con las obligaciones de la Convención y eso no es correcto. Como intento demostrar en este *amicus*, la penalización del aborto en las primeras semanas de gestación (en el derecho comparado se observan casos que establecen el plazo límite entre las semanas 12 y la 24) es incompatible con las obligaciones estatales de garantizar los derechos a la salud, la intimidad, la privacidad, la vida privada, la vida, la autonomía y la igualdad de las mujeres que manifiestan la voluntad de interrumpir voluntariamente el embarazo.

   Además, este régimen también resulta incompatible con la CADH por afectar el principio de legalidad. La falta de certidumbre y previsibilidad sobre la aplicación o no de la pena, sujeta al albur de que un juez determine que ha habido una eximente, además de ser un incentivo para no realizar el procedimiento, es un modelo que se encuentra reñido con el principio de legalidad penal, especialmente de estricta legalidad. Esta Corte ha sostenido que el derecho penal debe ofrecer la mayor previsibilidad y seguridad jurídica posibles sobre la caracterización de los delitos y ello implicaría, en el caso del aborto, que si existen excepciones a la punibilidad, ellas deban ser claramente establecidas en la ley y explícitamente consideradas como no punibles. La incertidumbre respecto de la no punibilidad es la contracara de la incertidumbre acerca de cuál sería entonces la conducta punible, lo cual contradice el principio de legalidad establecido en la CADH.

ii. Por otro lado, supone erróneamente que el sistema de eximentes no operará *de hecho* o en la práctica como un poderoso incentivo a no realizar el aborto, ya sea por la persona gestante involucrada o por los profesionales que deban asistirla por temor a que los jueces no reconozcan esas eximentes y terminen condenándolos penalmente. En el caso argentino, donde el antiguo Código Penal de 1921 reconocía casos de abortos no punibles, incluso esa legislación más generosa que la de El Salvador no lograba ser efectiva para evitar la judicialización y la consiguiente demora para realizar el procedimiento. Ello hasta que la Corte Suprema de Justicia en el caso *F.A.L* ordenó al Estado Nacional y a los Estados Provinciales a sancionar protocolos dirigidos a los operadores del sistema de salud para que realicen las intervenciones sin recurrir a la justicia para buscar su aprobación por tratarse de abortos no punibles. Si en el caso argentino el sistema *de hecho* impedía la realización de abortos no punibles por existir a veces dudas sobre la interpretación del alcance de las excepciones, es de esperar que un régimen que descansa en las eximentes de responsabilidad penal a ser aplicadas eventualmente por los tribunales tendrá efectos similares o peores respecto de las conductas y temores de los/as involucrados/as, dificultando o tornando imposible para las mujeres ejercer sus derechos.

e. Quinta cuestión: En cuanto a las reparaciones que eventualmente pudiera ordenar esta Corte, éstas deberían ser reparaciones con vocación transformadora y medidas estructurales como parte de las

obligaciones del Estado según el Tribunal lo ha señalado en su jurisprudencia:

i. En **Campo Algodonero**, la Corte ordenó revertir y desmantelar acciones u omisiones que contribuyan a perpetuar la situación de desventaja estructural.

ii. Y en **Manuela vs. El Salvador**, ordenó protocolos para atención de mujeres que requieren atención médica de urgencia por emergencia obstétrica.

3. En esta opinión fundada presentaré argumentos para responder a estos cinco puntos, sobre los que adelanto mis conclusiones:

a. El embrión y el feto poseen un valor moral incremental desde la concepción hasta el momento del nacimiento. Ese valor moral incremental determina distintos niveles de protección jurídica dependiendo del estadio de desarrollo en que se encuentre. La protección jurídica aumenta gradualmente con el paso del tiempo que toma la gestación.

b. Cuando la mujer, en ejercicio de su autonomía personal, decide interrumpir voluntariamente el embarazo, esta decisión, protegida por el reconocimiento del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad y al diseño e implementación de su propio plan de vida, la protección de la autonomía de la mujer entra en tensión con la protección del embrión o del feto fundada en su valor moral. Como consecuencia del carácter gradual del valor moral del embrión o del feto, y de la consiguiente gradualidad de la protección jurídica, es posible justificar que, encontrándose el embrión en las primeras etapas de su desarrollo, su protección disminuida deberá ceder frente a la protección constitucional plena de la autonomía de la mujer. Por el contrario, cuando el feto se encuentra en los tramos finales de su desarrollo, éste recibiría una mayor protección jurídica que podría ser desplazada por la protección de la decisión autónoma de la mujer de interrumpir la gestación en situaciones excepcionales, tales como las circunstancias especiales previstas en las tres causales con las que ya cuentan varios ordenamientos jurídicos del mundo y de la región, como el colombiano o el argentino: 1) riesgo para la vida o la salud de la mujer; 2) incompatibilidad de la vida del feto por fuera de útero y; 3) embarazo producto de violencia sexual. En conclusión, la asignación de algún tipo de responsabilidad moral a la mujer por la subsistencia del feto dependerá del grado de desarrollo de este último, no debiendo asignársele responsabilidad en las primeras semanas del embarazo y pudiendo asignársele algún tipo de responsabilidad en las últimas semanas de gestación, excepto cuando se den las circunstancias especiales mencionadas.

c. Al estar justificado asignarle algún grado de responsabilidad moral a la mujer y/o a terceros por la protección o preservación del feto en el tramo final del proceso de gestación, excepto cuando se den las circunstancias especiales mencionadas, entonces podría justificarse algún tipo intervención estatal.

d. De existir algún tipo de interferencia estatal tendiente a proteger la subsistencia del feto en las últimas semanas de embarazo, no existe fundamento alguno que indique que esa interferencia ***deba ser*** de tipo penal. No toda intervención estatal desprendida del deber de protección de un bien con valor moral debe, ni necesaria ni inexorablemente, consistir en una sanción penal. Por otra parte, la punición del aborto, por fuerza de los hechos, solo afecta a las mujeres y, en consecuencia, existen razones para sostener que el recurso a la persecución penal de un acto que solo pueden realizar las mujeres contribuiría a perpetuar una situación de desventaja de este grupo respecto del resto de la comunidad que no es objeto de esa política persecutoria penal. Además, si se diera el caso, como suele suceder, que la asignación de responsabilidad penal a la mujer por la interrupción del embarazo tuviera, de hecho, un impacto desigual y peor en las mujeres de menores recursos, esa criminalización implicaría un acto estatal violatorio de la igualdad ante la ley, esta vez debido a que, por medio de esa decisión, el Estado contribuye a perpetuar la situación de desventaja estructural de las mujeres en condiciones de pobreza, tanto por su condición de mujeres, como por su condición social.

4. A continuación, entonces, desarrollaré en forma resumida los argumentos que fundamentan, desde mi punto de vista, estas conclusiones respecto de las cinco cuestiones señaladas más arriba.

5. El debate jurídico sobre la despenalización de la interrupción voluntaria de la gestación busca dar respuesta a un problema legal profundamente complejo. Esta deliberación que tiene lugar en Legislaturas y Tribunales en muchos países no ha empezado con este caso, y seguramente no terminará con una sentencia judicial. En este camino popperiano de búsqueda de la verdad, en esta deliberación entendida como proceso paulatino tendiente a desentrañar la respuesta correcta a esta compleja cuestión, hay algunos consensos más o menos extendidos, como los que menciono a continuación. El aborto no es un asesinato, pues, si lo fuera, el derecho de los países que lo sancionan penalmente les hubiera aplicado penas equivalentes a ambas acciones y nunca lo hacen. Tampoco se establecerían excepciones a la penalización para casos como la violación o la preservación de la salud de la mujer, como sucede en el derecho comparado. El embrión o el feto pueden gozar de protección legal, pero ésta no es equivalente a la de una persona nacida: ni siquiera aquellos que se oponen al descarte de embriones que tiene lugar en los procedimientos de fertilización asistida lo consideran un genocidio. El derecho liberal protege la autonomía personal de la mujer que, como sostenía Immanuel Kant, no puede ser considerada como medio para lograr fines ajenos a su decisión, sino que es un fin en sí misma. Muchas Cortes Constitucionales, como por ejemplo la colombiana, tienen una sólida jurisprudencia sobre la protección de la autonomía que encuentran, por ejemplo, en cláusulas como el artículo 16 de la Constitución de la República de Colombia, que establece la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De similar forma se ha pronunciado la Corte Suprema de Argentina al interpretar el art. 19 de la Constitución de su país. La jurisprudencia de la Corte Interamericana coincide en el mismo sentido al interpretar y aplicar varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular su art. 4, en el caso *Artavia Murillo*, en concordancia con lo previsto en los arts. 7 y 11. La penalización del aborto, además, viola la igualdad ante la ley, pues afecta, incluso al nivel de poner en peligro sus vidas, a un grupo de personas en situación de desventaja estructural, como es el de las mujeres en general, y de las mujeres en condición de pobreza en particular. No existen normas constitucionales ni de derecho internacional que obliguen a un Estado a sancionar penalmente la interrupción voluntaria de la gestación. Aun cuando se interpreten normas como el artículo 4to de la Convención Americana en el sentido de que genera una obligación estatal de proteger al embrión o al feto, de allí no se desprende la existencia de una obligación de sancionar penalmente a quien interrumpa un embarazo. La protección de derechos no requiere inevitablemente de la aplicación de sanciones penales. Sostener lo contrario sería incurrir en una evidente falacia, en un insalvable error lógico. El valor moral del embrión a partir de su potencialidad de convertirse en una persona, no desaparece cuando entra en tensión con los principios de autonomía y de igualdad que respaldan la decisión de la mujer de interrumpir un embarazo no deseado, pero debe ceder frente a ellos al menos durante las primeras semanas de gestación, y en algunas circunstancias especiales durante todo el proceso de gestación incluyendo las últimas semanas. Así, no solo no hay ningún obstáculo convencional para que se despenalice el aborto en este último caso, sino que es posible incluso sostener que la penalización vigente en El Salvador es *inconvencional* y que, por lo tanto, los legisladores *deben* derogarla, y los jueces, no aplicarla. Los principios convencionales de autonomía e igualdad, y la protección de los derechos a la vida y la salud de las mujeres, entre otros, así lo requieren. A continuación, desarrollaré estas ideas con el objeto de contribuir al debate que se da en el marco del caso *Beatriz v. El Salvador*.

6. La cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo reviste problemáticas morales, éticas, religiosas y de salud pública, entre otras. Desde mi perspectiva, y es en esto en lo creo que puedo aportar algo al intercambio de ideas que se da en el marco de esta causa judicial, el único aspecto relevante que debe ser tenido en cuenta para resolverla es el que se relaciona con sus aspectos jurídicos, resultando relevante responder las siguientes preguntas:

    a. ¿Qué establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el tema, expresado no solo en el texto del Tratado, sino también a través de la práctica interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

    b. ¿Qué tipo de estándares de derecho internacional de los derechos humanos imponen límites a los Estados firmantes?

7. En regímenes democrático-constitucionales, de los cuales es ejemplo el de El Salvador, los órganos políticos – el Congreso y el Poder Ejecutivo –, tienen la más completa legitimidad democrática para

tomar decisiones en cuestiones públicas. Esa legitimidad deriva de la elección popular, pero siempre dentro de los límites impuestos por los principios y derechos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por el Estado.

8. En las democracias constitucionales, las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, imponen dos límites concretos a las decisiones de estos órganos políticos, que se relacionan con la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo:

    a. La protección de la autonomía personal (o del derecho al libre desarrollo de la personalidad, o derecho a la vida privada), como lo establecen los arts. 7 y 11 de la CADH

    a. La protección de la igualdad ante la ley (como lo establece el art. 24 de la CADH)

9. Sobre la protección de la autonomía personal:

    a. Existe un consenso extendido acerca de la centralidad de esta protección en las constituciones y tratados internacionales de las democracias liberales. Las Cortes Constitucionales en general, como la Corte Constitucional de la República de Colombia o las Cortes Supremas de Argentina y México, por ejemplo, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han interpretado en forma consistente el significado y el alcance de la protección de la autonomía personal en el sentido de que toda persona tiene derecho a diseñar e implementar su propio plan de vida sin interferencias estatales, así como tampoco de terceros. La protección de la autonomía personal impide al Estado identificar un plan de vida ideal para luego convertirlo en mandatorio a través de obligaciones o prohibiciones surgidas de la legislación. Este tipo de interferencias estatales, denominadas perfeccionistas, son incompatibles con el ejercicio de la autonomía personal, pues conspiran contra la libertad de la persona de elegir su propio plan de vida. Dado el carácter universal del principio de autonomía personal, todas las personas gozan de autonomía, por lo que el ejercicio de la autonomía de algunas de ellas no puede implicar la imposibilidad del ejercicio de la autonomía de otras. Es por ello que se entiende que el Estado solo puede establecer límites a la autonomía de la persona con el objeto de impedir que las acciones de unos afecten la autonomía de terceros. El límite a la autonomía solo puede derivarse de la prohibición de daño a terceros4.

    b. En el derecho comparado, tanto los tribunales, como los poderes legislativos de las democracias liberales, generalmente coinciden en el reconocimiento del principio de autonomía personal en fallos judiciales y normas legislativas que se fundan en él, desarrollando una práctica interpretativa que se basa en – y refuerza – el mandato expresado en los textos constitucionales y convencionales.

    c. Algunos observan que la referida protección de terceros frente a los actos derivados del ejercicio de la autonomía personal es lo que justificaría la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo, señalando que existe un conflicto entre la autonomía de la mujer y la autonomía de la persona por nacer. Sin embargo, esto sólo sería sostenible si el embrión o el feto recibieran una protección constitucional o convencional equivalente a la que reciben las personas autónomas, y ello no es así (ver, por ejemplo el fallo Artavia Murillo ya citado). Para fundar este punto es preciso determinar qué son los derechos o, en otras palabras, a qué entes se les reconocen derechos.

    d. Los derechos humanos que se desprenden y fundan en la protección de la autonomía personal, les son reconocidos a todas las personas morales, esto es, a los agentes con capacidad de tomar decisiones morales sobre lo que es correcto o incorrecto, como sucede con las personas cuando alcanzan un cierto desarrollo de su capacidad de razonar. Esta capacidad de tomar decisiones morales se adquiere gradualmente y aumenta con el paso del tiempo. Es por ello que las más modernas legislaciones reconocen la autonomía progresiva de la persona. Así, aunque no hayan desarrollado esta capacidad de discernimiento moral, también se les reconocen estos derechos a las

4 John Stuart Mill, Sobre la Libertad, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

personas desde el momento del nacimiento y en sus primeros meses o años de vida, y ello se debe a que la protección que se les reconoce se deriva de la *identidad* que tienen con la persona autónoma en la que se convertirán.

e. La situación del embrión y del feto es diferente. Es correcto afirmar que existe una tensión que es preciso resolver entre la protección jurídica que recibiría el embrión o del feto, por un lado, y la protección de la autonomía de la mujer, por el otro, pero no es correcto sostener que esa tensión se da a partir del supuesto de reconocimiento de la protección de la autonomía personal del embrión o del feto, pues éstos no reciben protección constitucional o convencional por *ser una persona autónoma*, sino por la relación que tienen con la persona autónoma en la que se convertirán. Esa relación atravesará al menos dos estadios durante el proceso de gestación: uno en el que el feto tiene *identidad* con la persona nacida, que se corresponde con las últimas etapas del proceso de gestación, generalmente a partir del momento en que es *viable*; y otro en el que el embrión tiene la *capacidad de convertirse en* el feto, y éste, a su vez, en la persona nacida que tiene una relación de *identidad* con la persona autónoma en la que se convertirán.

f. Reconocer que el embrión, en las primeras semanas del embarazo, posee valor moral como consecuencia de su *capacidad de convertirse en* una persona autónoma, implica reconocer que no es equivalente a cualquier conjunto de células, como por ejemplo las que forman un tumor. Ni siquiera en los momentos más tempranos de su gestación, por ejemplo, cuando está compuesto por cuatro células, el embrión es equivalente a cualquier otro agrupamiento de un número igual de células. Esa diferencia entre un embrión y un conjunto cualquiera de células es lo que permitiría asignarle valor moral, el cual lo acompañará durante todo el desarrollo del proceso de gestación. Sin embargo, ese embrión, en las primeras semanas de desarrollo, no guarda una relación de identidad con una persona nacida, la cual recibe la máxima protección jurídica por su identidad con la persona autónoma en la que se convertirá. Esta consideración es consistente con el tratamiento que la legislación comparada le da tanto al descarte de embriones fecundados en procedimientos de reproducción asistida, así como al aborto. Ni se considera a la primera de esas acciones como asimilable a un genocidio, ni estas normas legales le asignan al aborto la misma sanción que al homicidio. Por lo tanto, afirmar que el embrión tiene valor moral no implica que su protección sea igual a la protección que recibe una persona nacida, pues no hay una relación de identidad con una persona nacida, tal como lo ha sostenido esta Corte en el caso *Artavia Murillo*. Tampoco equivale ese valor moral al que tiene un feto en las etapas más avanzadas del proceso de gestación, el cual tiene una relación de identidad con la persona nacida.

g. En las primeras semanas de gestación, el embrión posee un valor moral que lo hace merecedor de un cierto grado de protección, pero no por ser una persona moral, sino por su *potencialidad* o *capacidad de convertirse en* una persona moral autónoma. La protección de ese embrión es gradual y se incrementa a medida que su desarrollo lo acerca a una situación en la que tiene *identidad* con la persona autónoma en la que se convertirá, lo cual sucede en las últimas semanas del proceso de gestación. En palabras de Carlos S. Nino: "(si nos preguntamos) si hay algún tipo de relación que permite extender la protección que se da a un ente que tiene las características de la persona moral a quien no la tiene, como ocurre en el caso de los niños respecto de la autonomía que todavía no poseen. La respuesta es que una relación que permite esa proyección es la de *identidad*; parece plausible conceder a un ente la protección que merecen las personas morales, aun en etapas de su desarrollo en que no tienen las propiedades distintivas de tales personas, si es el *mismo* ente que tuvo o que tendrá tales propiedades en otras etapas de su desarrollo. Sin embargo, la identidad en el caso de las personas requiere, como vimos, no, o no solamente, continuidad física, sino continuidad psíquica o sea continuidad de intenciones, recuerdos, deseos, creencias, etc. Cuando este criterio de identidad se aplica al feto respecto de la persona autónoma que emergerá en el futuro, resulta que no solamente el feto en sus grados de mayor maduración tiene procesos psíquicos que podrían determinar una identidad con esa persona, pero sólo una identidad "disminuida" (ya que este criterio, como vimos, permite diversos grados de identidad), sino que, en los primeros momentos de gestación no es idéntico en absoluto con esa persona autónoma, ya que no tiene la vida psíquica

necesaria como para que haya alguna continuidad de los procesos mentales".[5]

h. Existe entonces una diferencia fundamental entre la *potencialidad* o *capacidad de convertirse en* una persona autónoma que posee el embrión en las primeras semanas de desarrollo, y la *identidad* con la persona autónoma en la que se convertirá, como podría suceder con el feto en sus últimas etapas de gestación. El feto desarrollado luego de nueve meses de gestación, en el segundo anterior al momento de nacer, por ejemplo, posee una clara relación de *identidad* (aunque aún "disminuida") con la persona autónoma nacida que recibe la máxima protección del derecho constitucional e internacional desde el primer segundo posterior al nacimiento. Una persona que acaba de nacer tampoco es una persona autónoma, pero recibe la máxima protección del derecho constitucional como consecuencia de su identidad con una persona que ya ha desarrollado su capacidad de tomar decisiones autónomas.

i. En lo que respecta a las últimas semanas de gestación, entonces, por ejemplo, a partir del momento en el que adquiere *viabilidad*, la relación del feto con la persona en la que se convertirá al nacer es una relación de *identidad* con esa persona. Esta evolución que se da en el proceso de gestación lleva a reconocer que la protección constitucional que recibirá el embrión en las primeras semanas de embarazo será diferente de la que recibirá el feto en las últimas. La protección jurídica del embrión y del feto será incremental o gradual[6], como ha sostenido esta Corte en el caso *Artavia Murillo*.

j. Entonces, la protección jurídica del embrión deriva de la potencialidad de convertirse en una persona nacida que, a su vez, se convertirá en una persona autónoma. Si bien hay una diferencia importante entre un feto hasta el momento inmediatamente anterior al nacimiento y la persona que acaba de nacer, reconocemos la existencia de una relación de identidad entre ambos y no solo la potencialidad del primero de convertirse en el segundo. En el derecho comparado podemos encontrar ejemplos de esa distinción en el trato que se da a la persona a partir del momento del nacimiento por el hecho de haber nacido. Por ejemplo, algunas legislaciones establecen que los derechos de la persona por nacer solo se vuelven efectivos si la persona nace viva.

k. Ahora bien, la protección jurídica del feto derivada de su valor moral a raíz de su capacidad de convertirse en una persona autónoma puede entrar en tensión con la protección de la autonomía de la mujer en el caso que ésta decida interrumpir la gestación en las primeras semanas de embarazo. En este caso, será necesario realizar un ejercicio de ponderación entre ambas protecciones y, dado que la protección del embrión no deriva de su *identidad* con una persona autónoma, sino de su *capacidad de convertirse en* una persona autónoma, esa protección disminuida en comparación con la que recibirá el feto en las últimas semanas de gestación debe ceder frente a la protección de la autonomía plena de la mujer y un número importante de otros derechos relacionados con esa autonomía (a la vida, a la salud, a la intimidad, a la privacidad, a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, entre otros). El derecho penal comparado ofrece ejemplos de una ponderación equivalente cuando establece la excepción de la punición del aborto terapéutico, pues frente al riesgo cierto de la afectación de la salud o de la vida de la mujer a causa de la no interrupción de la gestación, el derecho habilita esta interrupción para evitar daños a la salud o la misma muerte de la mujer, desplazando la protección de ésta última a la protección del embrión o del feto, incluso en las últimas semanas de gestación. En este caso, que resulta recurrente en el derecho de muchas naciones que establecen esta excepción a la punición del aborto, se pone de manifiesto el consenso generalizado acerca de la prevalencia de la autonomía de la mujer en detrimento de la continuidad del embarazo porque, si bien el embrión no pierde su valor moral, su protección debe ceder ante el conflicto surgido a raíz de la prevalencia de la autonomía plena de la mujer.

l. Sin embargo, en las últimas semanas de gestación se da la situación inversa. A partir del momento en que comienza a darse la viabilidad del feto, la ponderación entre la protección de éste y la

5 Carlos S. Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 240-241.
6 Carlos S. Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 236 - 248.

protección de la autonomía de la mujer se resolvería, generalmente, del modo inverso, no pudiendo desplazar esta última protección a la primera, salvo en ciertos casos especiales y excepcionales.

10. Sobre la protección de la igualdad:

    a. La protección constitucional y convencional de la igualdad ante la ley, de acuerdo a como ha sido recurrentemente interpretada en el derecho comparado, impide que las personas sean sometidas a tratos arbitrarios. En este sentido, quedan prohibidas todas aquellas distinciones que hagan las leyes – y, en algunos casos, los particulares – que se funden en criterios que no sean razonables, entendiendo por no razonables aquellos criterios, requisitos o clasificaciones que no guarden relación con el fin legítimo perseguido por el Estado – o, en algunos casos, los particulares.

    b. A esta consistente doctrina que podemos identificar en el derecho comparado e internacional acerca de lo que debe ser entendido por igualdad ante la ley, se ha agregado la consideración por algunas constituciones, tribunales y legislaturas, de que esa igualdad es también contradictoria con la perpetuación de una estructura social de castas en una sociedad regida por los principios de una democracia liberal. Esta idea de igualdad, asociada con la noción de no-subordinación de grupos, no solo exige que el Estado no sea arbitrario, sino que no contribuya, por acción o por omisión, a perpetuar situaciones de desigualdad estructural que aquejan a personas por su pertenencia a ciertos grupos[7]. Se reconoce generalmente que las mujeres conforman uno de esos grupos en situación de desventaja estructural en prácticamente todas las naciones del globo regidas por democracias liberales.

    c. Dado que las mujeres son las únicas personas en condiciones de gestar, la penalización del aborto constituye una acción del Estado dirigida a ellas y no a los varones. La punición del aborto, por fuerza de los hechos, solo afecta a las mujeres y, en consecuencia, existen razones para sostener que contribuye a perpetuar una situación de desventaja de este grupo respecto del resto de la comunidad.

    d. Además, si se diera el caso, como suele suceder, que la asignación de responsabilidad penal a la mujer por la interrupción del embarazo tuviera un impacto desigual en aquellas que tienen acceso a menos recursos, esa criminalización implicaría un acto estatal violatorio de la igualdad ante la ley, pues por medio de esa decisión, el Estado contribuiría a perpetuar la situación de desventaja estructural de las mujeres en condición de pobreza, tanto por su condición de mujeres, como por su condición social.

11. Sobre la penalización del aborto y su relación con la protección jurídica del feto en las últimas semanas de gestación:

    a. De existir fundamento para justificar la intervención del Estado para asegurar la subsistencia del feto en las últimas semanas de embarazo, con excepción de las circunstancias especiales en las que prevalece la protección de la autonomía de la mujer como sucede con las causales previstas en distintos casos en el derecho comparado (como por ejemplo en Colombia o Argentina), no existe fundamento alguno que indique que esa intervención debe ser de tipo penal. No todo deber de protección de un bien o ente con valor moral conlleva, ni necesaria ni inexorablemente, la asignación de una sanción penal. No existe conexión lógica necesaria entre la protección jurídica de un ente valioso y la aplicación de una consecuencia penal a las acciones que lo ponen en peligro o que atentan contra él.

    b. No existen normas constitucionales ni de derecho internacional que obliguen a un Estado a sancionar penalmente la interrupción voluntaria de la gestación. Aun cuando se interpreten normas como el artículo 4to de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el sentido de que

7 Roberto P. Saba, Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, Capítulo 1.

generan una obligación estatal de proteger al embrión o al feto, de allí no se desprende la existencia de una obligación de sancionar penalmente a quien interrumpa un embarazo. La protección de derechos no requiere inevitablemente de la aplicación de sanciones penales. Decir lo contrario es incurrir en una evidente falacia, en un insalvable error lógico[8].

c. Finalmente, la Corte podría evaluar si la opción por la aplicación del derecho penal logra efectivamente la finalidad que persigue (se sabe que no cumple con el fin de evitar lo abortos) pues, de ser así, la interferencia estatal alcanzada por esa vía sería arbitraria y desproporcionada. La existencia de alternativas al recurso al derecho penal y los impactos severos que genera su aplicación en otros derechos (como el derecho a la igualdad por impacto en las mujeres más desaventajadas e incluso su derecho a la vida por las consecuencias que tendría sobre salud pública por efecto de la mortalidad materna que genera) permitirían concluir que la opción estatal por la aplicación del derecho penal resulta desproporcionada y, por ende, violatoria de los derechos en juego.

12. Conclusiones de lo aquí expresado (complementarias de las anticipadas en el parágrafo 2 de este escrito):

a. La interferencia estatal impidiendo la interrupción voluntaria del embarazo, *con o sin asignación de sanciones penales* en las primeras semanas de gestación o en los casos especiales mencionados en cualquier etapa de esa gestación, es contradictoria con la protección de la autonomía personal y de la igualdad, ambos principios convencionales.

b. Dado que la legislación sancionada por el Congreso debe asegurar y reglamentar los derechos reconocidos en las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos, en particular los derechos al libre desarrollo de la personalidad o a la vida privada o a la libertad personal (autonomía personal) y a la igualdad ante la ley, la prohibición (y penalización) de la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras semanas de gestación o en los casos especiales mencionados, no solo sería contraria a la protección de esos derechos, sino que la protección de estos derechos requeriría su derogación o no establecimiento.

c. Como sucede con todos los derechos, la autonomía y la igualdad pueden ser afectadas por acciones u omisiones estatales, por lo que no basta con que el Estado no imponga restricciones ilegítimas a esos derechos para evitar afectarlos, sino que además debe tomar medidas tendientes a asegurarlos, por ejemplo, removiendo obstáculos para su ejercicio.

d. La penalización del aborto no es consecuencia necesaria del eventual deber estatal de protección del feto en las últimas semanas de gestación.

Espero que las consideraciones expuestas asistan a esta Honorable Corte para enriquecer el debate en la convicción de que, a más voces, más profunda será la deliberación y mayores las chances de arribar a mejores respuestas a los complejos problemas jurídicos que se presentan en este caso.

Roberto Pablo Saba
Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos
Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo

8 Carlos S. Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 243 - 244.

X. CECILIA HOPP

La criminalización del aborto

Uso del derecho penal como última ratio

Derechos reproductivos y salud reproductiva

Temas adicionales:

Violencia institucional

Accesibilidad y discriminación

AMICUS CURIAE
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO 13.378
BEATRIZ VS. EL SALVADOR

Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Cecilia Marcela Hopp, me dirijo respetuosamente a esa Ilustre Corte y manifiesto:

I. SOLICITUD DE SER CONSIDERADAS AMICUS CURIAE

Presento respetuosamente ante V.E. este memorial en derecho, en calidad de *Amicus Curiae* ("amiga de la Corte"), en mi calidad de codirectora del grupo de investigación Doctrina Penal Feminista, acreditado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesora Adjunta interina del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Doctora en Derecho por la misma Universidad, como también en representación de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La finalidad de este escrito es ofrecer algunas consideraciones jurídicas que considero relevantes para la resolución del Caso 13.378 de Beatriz vs. El Salvador. El presente documento está basado en la investigación académica relacionada con las consecuencias de la criminalización del aborto sobre los derechos sexuales y reproductivos y como forma de violencia institucional contra las mujeres y personas gestantes. En consecuencia, ofrezco consideraciones jurídicas sobre la materia a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

II. RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS

El caso "Beatriz", sometido a consideración de la Corte Interamericana demuestra las graves consecuencias de una legislación que penaliza el aborto en todos los casos o lo regula en forma sumamente restrictiva. La amenaza de una sanción penal tiene múltiples efectos. El propósito directo y explícito de la penalización de una conducta tiene que ver con la valoración de ese comportamiento como contrario a los valores sociales fundamentales. Teniendo en cuenta que la pena estatal es la reacción más aflictiva para los derechos de las personas, la doctrina penal tradicional más aceptada y la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia "Kimel v. Argentina"[1] sostienen que la criminalización de una conducta debe ser reservada para los actos que lesionen más gravemente las reglas sociales que permiten la cohesión y la paz social[2]. Este principio se conoce como *ultima ratio* e implica que no cualquier comportamiento que dañe o ponga en peligro derechos o valores sociales puede ser penalizado. En consecuencia, en un Estado de Derecho, se requiere un derecho penal limitado.

De acuerdo con el principio de *ultima ratio*, para que una conducta pueda ser tipificada como delito debe perjudicar o amenazar un bien jurídico fundamental y el Estado no debe disponer de otros medios menos lesivos para disuadir a las personas de actuar en esa forma. Así, el principio de *ultima ratio* requiere el análisis de la norma a partir del principio de proporcionalidad, para verificar la necesidad de la regulación, su idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Ese requisito de proporcionalidad debe ser reforzado cuando se trata de analizar la legitimidad de la criminalización de una conducta, ya que la imposición de una sanción penal es la restricción máxima de los derechos de una persona.

En cuanto al análisis de proporcionalidad, no se debe realizar en abstracto, sino a partir de las consecuencias que genera la criminalización de una conducta. En este sentido, no existen en la Convención Interamericana

1 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008.
2 ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte general, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, t. I, "Fundamentos, la estructura de la teoría del delito", Civitas, Madrid, 1997. Zaffaroni, E..R., Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

de Derechos Humanos derechos absolutos, sino que resulta imperativo para cualquier decisión que afecte derechos una ponderación de los bienes jurídicos en juego y un análisis de proporcionalidad. En consecuencia, no es correcto sindicar que el derecho a la vida prevalece por sobre cualquier otro derecho y es necesario ponderar en concreto los resultados de las normas, más allá de los propósitos declarados o esperados a partir de la sanción de una ley.

La criminalización de un comportamiento supone la estigmatización de una conducta. Esto se vincula, precisamente, con el principio de *ultima ratio*, solamente se debe criminalizar los actos que merezcan el máximo repudio social. Otro efecto esperable es el de la disuasión, la norma penal tiene una finalidad de prevención.

Asimismo, la ley penal debe cumplir con el principio de legalidad (artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH). Este principio requiere que la ley que criminaliza una conducta no se puede aplicar retroactivamente. Asimismo, es necesario que la conducta penalizada esté descripta con una precisión tal que permita a las personas saber de antemano si es delictiva o no lo es y que las autoridades interpreten la ley penal en forma restrictiva, sin incurrir en analogías en contra de la persona imputada.

En el presente escrito expongo que El Salvador tiene una regulación extremadamente restrictiva sobre el aborto, contraria a los estándares de Derechos Humanos desarrollados progresivamente desde finales de la década de 1990, ya que su legislación actual no contempla causal alguna de permisión. No obstante, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema salvadoreña, el aborto terapéutico estaría permitido en caso de peligro para la vida de la mujer. Como demostraré al momento de analizar el caso concreto de Beatriz, esa previsión resulta ineficaz para proteger la vida y la salud de las mujeres porque no brinda certeza sobre los alcances de la eximente de responsabilidad. En relación con ello, argumentaré que la formulación de la causal de permisión viola el principio de legalidad y perjudica la seguridad jurídica tanto de las mujeres como del personal médico que debe decidir si corresponde interrumpir un embarazo. Este aspecto se verá nítidamente en el análisis del caso concreto, a partir de los diversos procesos médicos, burocráticos y judiciales que sucedieron a partir de la determinación médica del peligro para la salud y la vida de Beatriz derivada de su embarazo. También corresponde valorar en el análisis del caso concreto la especial incidencia de la inviabilidad de la vida extrauterina en la ponderación de la proporcionalidad de la restricción, a la luz del principio de *ultima ratio*.

Finalmente, sostendré que la estigmatización de Beatriz derivada de la publicidad que cobró el caso le infligió tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la vez que generó un discurso público basado en estereotipos de género que subordinan los derechos de las mujeres al rol maternal, por lo que la falta de acceso a un aborto que debía ser practicado en forma oportuna, conforme al estándar establecido por la jurisprudencia nacional, constituyó una forma de discriminación basada en su género, incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención *Belém do Pará* y la CEDAW.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

1. Sistema Universal

El Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos fue el primero en observar las tensiones que ocasionan las regulaciones muy restrictivas respecto del aborto. Ya en la década de 1990 y principio de la de 2000 los diversos Comités comenzaron a pronunciarse en la materia.

A. El Comité de Derechos Humanos

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos señaló en múltiples oportunidades desde principios de la primera década de este milenio que la prohibición total del aborto o su permisión solamente en casos de peligro para la vida de la mujer son incompatibles con las obligaciones derivadas del Pacto.

Por ejemplo, en las observaciones finales realizadas por el Comité respecto de Perú en el año 2000, el

Comité expresó su preocupación porque el aborto es penalizado, aún en casos de violación y porque es la primera causa de mortalidad materna en aquel país.[3] En cuanto a Irlanda, sostuvo que resulta preocupante que solamente fuera permitido el aborto en casos de peligro para la vida de la mujer y no, por ejemplo, en casos de violación[4]. Respecto de Gambia, manifestó su preocupación por la prohibición total del aborto, aun en casos de peligro para la vida, la salud o en casos de violación, y sostuvo que esas normas generan la realización de abortos clandestinos y altas cifras de mortalidad materna, por lo que recomendó una legislación que introduzca excepciones a la penalización de la práctica[5]. Respecto de Argentina, el Comité de DDHH emitió observaciones finales en el año 2010 y expresó su preocupación por la clandestinidad del aborto derivada de una regulación que permitía la interrupción de embarazos en caso de violación o de peligro para la salud o la vida de la mujer.[6] Ese mismo año, analizó la legislación de El Salvador y sostuvo que:

> [La] vigencia de disposiciones del Código Penal que criminalizan el aborto en todas sus formas [y] el hecho de que mujeres que acuden a hospitales públicos y a las que el personal médico ha relacionado con abortos hayan sido denunciadas por dicho personal ante las autoridades judiciales; que se hayan abierto procesos judiciales contra algunas mujeres y que en algunos de estos procesos se hayan impuesto penas graves por el delito de aborto e incluso por el delito de homicidio, haciendo los jueces una interpretación extensiva de este delito. Aun cuando la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema ha decidido que en el caso de que exista un estado de necesidad imperioso la mujer que enfrenta un proceso penal por aborto puede quedar exculpada de responsabilidad penal, le preocupa al Comité que este precedente judicial no haya sido seguido por otros jueces ni tenido como consecuencia el término de los procesos penales abiertos contra mujeres por el delito de aborto ni tenido como consecuencia el término de los procesos penales abiertos contra mujeres por el delito de aborto (arts. 3 y 6 del Pacto). El Comité reitera su recomendación en el sentido que el Estado parte revise su legislación sobre aborto para hacerla compatible con las disposiciones del Pacto.
>
> El Estado parte debe tomar medidas para impedir que las mujeres que acuden a hospitales públicos sean denunciadas por el personal médico o administrativo por el delito de aborto. Asimismo, en tanto no se revise la legislación en vigor, el Estado parte debe suspender la incriminación en contra de las mujeres por el delito de aborto. El Estado parte debe iniciar un diálogo nacional sobre los derechos a la salud sexual y reproductiva de las mujeres[7].

En 2018 el Comité de DDHH realizó el informe periódico sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del PIDCyP en El Salvador e indicó:

> Si bien el Comité toma nota de la existencia de propuestas legislativas para modificar la legislación vigente y permitir el aborto bajo ciertas circunstancias limitadas, le preocupa la criminalización total de la interrupción voluntaria del embarazo en el Estado parte, lo que obliga a las mujeres y niñas a recurrir a abortos inseguros que ponen en grave peligro su vida y su salud.
>
> También le preocupan las desproporcionadas condenas de hasta 40 años de prisión que se imponen, bajo acusación del delito de homicidio agravado, no solo a las mujeres que tratan de abortar, sino también a mujeres que han sufrido un aborto espontáneo. El Comité está preocupado por los informes relativos a la elevada tasa de suicidios entre las embarazadas y por el hecho que mujeres que acuden a hospitales públicos sean denunciadas por el personal médico o administrativo por el delito de aborto. El Comité reconoce los esfuerzos realizados para mejorar el acceso de las mujeres y las niñas a los servicios de salud sexual y reproductiva, así como la reducción de la mortalidad materna. Sin embargo, sigue preocupado por los informes relativos a la persistencia de la mortalidad materna debido a abortos inseguros, así como por las elevadas tasas de embarazo infantil y adolescente, y las informaciones sobre la deficiente cobertura y calidad de servicios de salud reproductiva (...).

3 Comité de DDHH, Observaciones finales, CCPR/CO/70/PER, del 15/11/2000, 20.
4 Comité de DDHH, Observaciones finales, A/55/40, Irlanda, 444, año 2000.
5 Comité de DDHH, Observaciones finales, Gambia CCPR/CO/75/GMB, 12/8/2004, 17.
6 Comité de DDHH, Observaciones finales, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4, 22/3/ 2010, 13.
7 Comité de DDHH, Observaciones finales. El Salvador. ONU DOC. CCPR/C/SLV/CO6, 27 /10/2010, 10.

> 16. El Comité insta al Estado parte a que revise de manera urgente su legislación con respecto al aborto para garantizar el acceso legal, seguro y efectivo a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la vida o la salud de la mujer o niña embarazada estén en riesgo, y cuando llevar a término el embarazo podría ocasionar un daño o sufrimiento sustancial a la mujer o niña embarazada, especialmente en los casos en que el embarazo sea el resultado de una violación o incesto o cuando no sea viable.
>
> El Comité reitera su recomendación anterior e insta al Estado parte a suspender de forma inmediata la criminalización de las mujeres por el delito de aborto. El Estado parte debe también revisar todos los casos de mujeres que han sido encarceladas por delitos relacionados con el aborto, con el objetivo de asegurar su puesta en libertad, y garantizar a estas mujeres el acceso a asistencia jurídica y el cumplimiento del debido proceso. No debe aplicar sanciones penales a mujeres y niñas que se sometan a un aborto ni a proveedores de servicios médicos que las asistan en ello, ya que tales medidas obligan a las mujeres y niñas a recurrir a abortos inseguros, y debe garantizar que se respeten el secreto profesional del personal médico y la confidencialidad de las pacientes. Debe también garantizar el acceso pleno a servicios de salud sexual y reproductiva de calidad en todo el país, así como educar y sensibilizar a hombres, mujeres y adolescentes y a proveedores de servicios de salud (...).[8]

Finalmente, en el Informe sobre el seguimiento de sus observaciones finales a El Salvador del año 2022, el Comité de DDHH realizó una evaluación de la información recibida por el Estado parte acerca de la interrupción voluntaria del embarazo y derechos reproductivos.

Entre otras cosas se informó que, tras la sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Manuela y otros v. El Salvador", del año 2021, varias mujeres encarceladas por aborto recuperaron su libertad, aunque lo fueron en virtud del procedimiento de conmutación, que no permite la eliminación de la condena, la supresión de los antecedentes penales ni la concesión de una reparación.

> Al respecto el Comité sostuvo que
>
> lamenta que no se hayan tomado medidas legislativas para garantizar el acceso seguro, legal y efectivo a la interrupción voluntaria del embarazo. Si bien toma nota de que se han puesto en libertad varias mujeres encarceladas por delitos relacionados con el aborto, le preocupa que prosigan la criminalización, los enjuiciamientos y las penas de cárcel en este ámbito, así como la falta de información sobre las medidas concretas adoptadas para garantizar en esos casos el derecho de las mujeres a la asistencia letrada y a las debidas garantías procesales y para que se respete la confidencialidad de las pacientes. El Comité reitera su recomendación y solicita datos estadísticos sobre el número de mujeres enjuiciadas por la vía penal y privadas de libertad por delitos relacionados con el aborto, entre ellas Berta Arana, durante el período abarcado, así como información sobre si se prevé ponerlas en libertad.

Por otro lado, el Comité ha emitido Comunicaciones en casos concretos, declarando la responsabilidad internacional de distintos países. Por ejemplo, en "K.L v. Perú", del año 2005, de similares características al de Beatriz, sobre una niña embarazada de un feto anencefálico que no pudo acceder a la interrupción del embarazo. El Comité notó que "en el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del periodo limitado, en virtud de las circunstancias especiales que se requieren en estos casos"[9].

Por ello, el Comité de DDHH determinó que K.L. fue sometida a un peligro para su vida y su salud. En ese sentido, se destacó un informe médico que advertía que por la edad de K.L. y debido a la anencefalia que presentaba el feto, existían riesgos que hacían desaconsejable llevar a término el embarazo. El Comité

8 Comité de DDHH, Observaciones Finales, El Salvador, CCPR/C/SLV/CO/7, 9/5/2018.
9 Comité de DDHH, *K.L v. Perú.* Comunicación No. 1153/2003. CCPR/C/85/D/1153/2003, 22/11/2005, 5.2.

concluyó que la falta de acceso a la interrupción del embarazo había representado un peligro para la vida de K.L[10]. Además de ello, se consideró el sufrimiento emocional de la niña gestante por la denegación del aborto en el contexto de su conocimiento sobre la inviabilidad extrauterina del feto anencefálico, agravado por haber tenido que dar a luz en esas circunstancias. El Comité estimó que Perú violó el derecho a la integridad personal (art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCyP) por la denegación de la interrupción del embarazo[11]. También consideró que el Estado vulneró el derecho a la vida privada de K.L (art. 17 PIDCyP).

Respecto del caso "K.L. v. Perú", es importante destacar que el Comité de DDHH determinó que aún cuando las autoridades hubieran actuado conforme al derecho interno, ello no impide determinar la infracción a las obligaciones internacionales derivadas del PIDCyP. El Comité fue explícito al sostener que el impedimento de la interrupción de un embarazo de un feto anencefálico constituye una injerencia desproporcionada en la decisión de la niña. Por ello, entendió que no corresponde priorizar la protección del feto por sobre los derechos de las mujeres y niñas.

Otro caso importante decidido por el Comité de DDHH fue la condena respecto del Estado Argentino por la inaccesibilidad del aborto no punible en el caso "LMR v. Argentina"[12]. Se trataba de una joven de 19 años con discapacidad intelectual que había sido violada. LMR y su madre solicitaron la interrupción del embarazo, con invocación del art. 86 del Código Penal que explícitamente lo permitía, pero debieron atravesar múltiples barreras burocráticas y judiciales y soportar que su solicitud alcanzara estado público. Luego de un mes y medio de martirio judicial y hostigamiento de sectores que deseaban impedir el aborto, la Corte Suprema provincial ordenó la realización de la práctica, debido a que el caso se ajustaba a las previsiones legales. Para ese entonces, LMR llevaba una gestación de casi 21 semanas. No obstante, los médicos del hospital público se negaron a realizar el aborto, debido a que el embarazo se encontraba demasiado avanzado. En consecuencia, recién 27 días después de la orden judicial para que se realice la práctica, LMR interrumpió la gestación de manera clandestina, debido a que el Estado no garantizó la prestación.

Frente a estos hechos el Comité de DDHH condenó a Argentina a reparar adecuadamente a LMR y sostuvo que la inaccesibilidad del aborto constituyó un trato cruel, inhumano y degradante, en los términos del art 7 PIDCyP:

> El Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación General n° 20 en la que señala que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral.

De este breve relevamiento de estándares establecidos por el Comité de DDHH, cabe concluir que desde hace más de veinte años que el organismo internacional critica las legislaciones restrictivas respecto del aborto por sus consecuencias sobre los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, se exige consistentemente que la práctica sea accesible en los casos en que es legal y se pone de manifiesto la relación entre prohibición del aborto y muerte materna. Por ello, destaca el Comité la necesidad de modificar las normas y prácticas internas que penalizan el aborto y lo hacen inaccesible. El Comité de DDHH advierte que existen problemas en las legislaciones, que, al prohibir el aborto, empujan a las mujeres a la realización de abortos clandestinos e inseguros que afectan sus derechos humanos. Sostiene el Comité de DDHH que no son suficientes los esfuerzos encaminados a poner a las mujeres en condiciones de evitar embarazos no deseados y que, en cualquier caso, es necesario que los jueces y efectores de salud conozcan el alcance de la normativa relacionada con el acceso a la interrupción legal del embarazo.

B. El Comité de Derechos del Niño

10 *Ibidem*, 6.2-6.3.
11 Comité de DDHH, *K.L v. Perú.* Comunicación No. 1153/2003. CCPR/C/85/D/1153/2003, 22/11/2005, 6.3.
12 Comité de DDHH, CCPR/C/101/D/1608/2007, Comunicación No 1608/2007, 28/4/2011.

El Comité de Derechos del Niño ha expresado desde 1999 su preocupación respecto de los efectos de las restricciones al aborto. Así, el Comité sostuvo que los estados parte de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CDN) deberían autorizar el aborto en casos de violación. Por ejemplo, respecto de Palau, el Comité sostuvo que: "el aborto es ilegal, salvo por razones médicas, y a ese respecto expresa su preocupación por el interés superior de las niñas que han sido víctimas de violaciones y/o incestos" y recomendó que: "revise su legislación relativa al aborto con miras a salvaguardar el interés superior de las niñas víctimas de violación e incesto"[13]. Respecto de Chad expresó preocupación debido a:

> que la legislación punitiva en lo que respecta al aborto tenga repercusiones sobre las tasas de mortalidad materna en niñas adolescentes. (...). El Comité alienta al Estado Parte a examinar los procedimientos que, de conformidad con la legislación actual, autorizan los abortos por motivos terapéuticos, para evitar los abortos ilegales y para mejorar la protección de la salud mental y física de las niñas[14].

También se ocupó del tema respecto de Argentina en sus observaciones finales del año 2010, donde afirmó que:

> El Comité expresa además preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal.
>
> 59. El Comité recomienda al Estado parte que: (...)
>
> d) Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas;
>
> e) Enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal[15].

En similar sentido se pronunció el Comité al evaluar la situación de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención de los Derechos del Niño en el Salvador, en el año 2010:

> 60. El Comité reitera la inquietud (...) por el elevado número de embarazos de adolescentes y por la falta de resultados de las medidas preventivas adoptadas por el Estado parte a ese respecto. Preocupa también al Comité que en la legislación penal vigente se criminalice el aborto en todas las circunstancias y que esa prohibición absoluta pueda llevar a las jóvenes a recurrir a métodos de aborto peligrosos y clandestinos, a veces con consecuencias fatales.
>
> (...)
>
> 61. El Comité recomienda al Estado parte que:
>
> (...)
>
> d) Considere la revisión de las disposiciones del Código Penal que criminalizan la terminación del embarazo en todas las circunstancias[16].

Finalmente, en su informe final de 2018 sobre El Salvador, el Comité sostuvo que:

> ...está profundamente preocupado por el número extremadamente elevado de embarazos de

13 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Palau, CRC/C/15/Add.149, 21/02/2001, 46 y 47.
14 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Chad, CRC/C/15/ Add.107, 24/08/1999, 30.
15 Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010.
16 Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010

adolescentes en el Estado parte, y en particular por:

(...)

e) La prohibición total del aborto, incluso en los casos en que el embarazo es el resultado de una violación o un incesto, cuando la vida de la madre está en peligro o cuando el feto es inviable, lo que obliga a las niñas a recurrir a abortos en condiciones de riesgo e ilegales que pueden llevarlas a la cárcel;

(...)

36. En relación con sus observaciones generales núm. 4 (2003), sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención, y núm. 20 (2016), sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, el Comité insta al Estado parte a:

(...)

d) Despenalizar el aborto y garantizar el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de la interesada siempre sea escuchada y se tenga debidamente en cuenta en el proceso de decisión[17].

Como puede verse, El Comité de los Derechos del Niño manifestó su preocupación por las tasas de mortalidad de mujeres, niñas y adolescentes vinculadas con el aborto clandestino, exige medidas tendentes a asegurar el acceso a la práctica en los casos previstos legalmente y recomienda que, para evitar responsabilidad internacional, son necesarios los esfuerzos para reducir la mortalidad materna e informar a los médicos sobre la necesidad de garantizar el acceso a abortos no punibles.

C. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante Comité CEDAW) emitió en 1999 emitió su Observación General n° 24 sobre "La Mujer y la Salud" y afirmó que:

31. Los Estados Partes también deberían, en particular:

c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, **debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos**"

Más recientemente, en 2017, emitió una opinión más contundente en su Observación General n° 35 sobre violencia contra las mujeres. Allí sostuvo que:

18. Las Violaciones de los derechos sexuales y reproductivos, de las mujeres, tales como la esterilización forzada, aborto forzado, embarazo forzado, criminalización del aborto, denegación o demora del aborto Seguro y atención médica post-aborto, forzar la continuidad de un embarazo, abuso o maltrato de mujeres y niñas que requieren información, bienes o servicios vinculados a su salud sexual y reproductiva son formas de violencia de género que, dependiendo de las circunstancias pueden constituir tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes

Y destacó que:

Los Estados deben:

17 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de El Salvador, CRC/C/SLV/CO/5-6, 29/11/2018.

> 31. Derogar las normas jurídicas discriminatorias contra las mujeres, alentando, facilitando, justificando o tolerando cualquier forma de violencia basada en el género, inclusive normas consuetudinarias, religiosas e indígenas. En particular, deben derogar:
>
> a) Normas que permitan, toleren o condonen formas de violencia contra las mujeres, inclusive (...) la legislación que criminaliza el aborto, ser lesbiana, bisexual o transgénero, el ejercicio de la prostitución, el adulterio o cualquier otra norma penal que afecte desproporcionadamente a las mujeres, inclusive la aplicación discriminatoria de la pena de muerte en perjuicio de las mujeres

Respecto de El Salvador, en sus Observaciones finales de 2008, el Comité señaló que:

> El Comité está alarmado por la alta incidencia de alumbramientos entre las adolescentes, así como por el elevado número de abortos ilegales, incluso entre mujeres muy jóvenes, que tienen consecuencias negativas en la salud física y mental de las mujeres[18]

Así, cabe concluir que el Comité CEDAW indica la necesidad de derogar las normas que criminalizan el aborto, ya que estas constituyen obstáculos discriminatorios al acceso a la salud, como también implican una falta de respeto a la autonomía de las mujeres. A ello agrega que la criminalización del aborto es una forma de violencia contra las mujeres, por lo que la legislación penal referida al aborto debe ser derogada.

D. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC). emitió en 2016 la Observación General n° 22, dedicada a interpretar el derecho a la salud contemplado en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), en particular sobre los Derechos Sexuales y Reproductivos.

En este sentido, fue contundente al manifestar que:

> 10. El derecho a la salud sexual y reproductiva (...) es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad. Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
>
> (...) la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes
>
> La realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, requiere la derogación o la modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva [Es necesario que los Estados Parte] liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, (...) y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva.
>
> Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto. (...) Los Estados deben reformar las leyes que impidan el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva. Cabe mencionar como ejemplos

18 Comité CEDAW, Observaciones finales, El Salvador, CEDAW/C/SLV/7, 31/10/2008.

las leyes por las que se penaliza el aborto

Respecto de El Salvador señaló el Comité en sus Observaciones finales de 2022:

> 58. El Comité reitera su preocupación por la persistencia de la prohibición total del aborto, sin consideración alguna de situaciones excepcionales, lo que ha generado casos de sufrimiento e injusticia graves que afectan particularmente a mujeres pobres y con menor nivel educativo. Al Comité le preocupan sobremanera los casos de mujeres que han acudido al sistema de salud en condiciones de grave riesgo para su salud y han sido denunciadas por sospecha de haber cometido aborto. En ciertos casos les han sido impuestas sanciones penales desproporcionadas sin que se garantizara el debido proceso. Asimismo, le preocupa el elevado número de abortos inseguros, lo cual tiene graves consecuencias para la salud y sigue siendo una de las principales causas de la mortalidad materna (art. 12).
>
> 59. El Comité insta al Estado parte a que: a) Revise su legislación respecto a la total prohibición del aborto para hacerla compatible con otros derechos fundamentales, como el de la salud y la vida de la mujer, así como con su dignidad; b) Proporcione atención de calidad para el tratamiento de las complicaciones derivadas de los abortos practicados en condiciones de riesgo en lugar de priorizar su persecución penal.[19]

Así, el Comité DESC introduce la criminalización y las restricciones al aborto como un tema vinculado a los derechos sexuales y reproductivos, que involucran una multiplicidad de derechos humanos fundamentales e interdependientes. En este sentido, la OG n° 22 permite ver que el embarazo no deseado es el producto de una larga cadena de injusticias reproductivas vinculadas a deficiencias en la educación sexual y la información y distribución de métodos anticonceptivos, que configuran dificultades estructurales para que las mujeres puedan prevenir embarazos no deseados, de manera que el aborto puede funcionar como una reparación por tales incumplimientos. Del mismo modo, se reconoce que la falta de protección hacia las mujeres contra agresiones sexuales también contribuye a la generación de embarazos indeseados, por lo que el aborto debe estar disponible para estas situaciones. Finalmente, se destaca que el embarazo no deseado y la clandestinidad del aborto ponen en peligro la salud, la vida y la autonomía de las mujeres, de manera que la criminalización constituye una violación a los derechos sexuales y reproductivos.

La interpretación que efectúa el Comité DESC sobre las cláusulas del tratado de su competencia constituye una guía fundamental para interpretar el artículo 26 CADH. En ese sentido, **los estándares mínimos y los principios indicados en la Observación General 22 sobre el derecho a la salud debe conjugarse con la obligación de progresividad y no regresividad**. Por ello, la OG 22 pone en evidencia que **el cambio legal producido en El Salvador en 2005, al establecer una legislación más restrictiva sobre el aborto se encuentra en clara infracción al principio de no regresividad**, ya que las leyes que criminalizan el aborto afectan directamente el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres. La argumentación del Estado para fundamentar esa medida en nada se ocupa de plantear dificultades presupuestarias, sino que se enfoca en la protección de la vida prenatal. No obstante, como se verá a continuación, esa alegación no encuentra sustento alguno en la interpretación del derecho a la vida que ha efectuado la Corte Interamericana de DDHH.

E. El Comité contra la Tortura

En sus Observaciones Finales sobre el tercer Informe periódico de El Salvador del 23 de noviembre del año 2022, afirmó respecto del Aborto:

> 30. El Comité toma nota de la afirmación de la delegación del Estado parte en el sentido de que la legislación salvadoreña no prohíbe las urgencias terapéuticas y que existen protocolos y reglamentos que prevén la protección de la vida de la madre y del nasciturus en estado de necesidad. No obstante, el Comité mantiene su preocupación respecto de las disposiciones del Código Penal que tipifican

19 Comité DESC, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de El Salvador, E/C.12/SLV/CO/6, 9/11/2022.

como delito todos los actos relacionados con la prestación de servicios de aborto o interrupción voluntaria del embarazo y que no contemplan excepción alguna, ni siquiera por motivos terapéuticos, o en casos de violencia sexual. En este sentido, preocupan las informaciones recibidas que indican que dicha legislación no solo obliga a mujeres y niñas a recurrir a abortos clandestinos o emergencias obstétricas que ponen en riesgo su vida y su salud, sino que además las expone tanto a ellas como a los profesionales médicos que practican interrupciones voluntarias del embarazo a ser sancionados penalmente. La información de la que dispone el Comité documenta casos de mujeres procesadas por este motivo y detenciones de mujeres tras su tratamiento por las emergencias obstétricas (arts. 2 y 16).

31. El Estado parte debe velar por que todas las mujeres y niñas en el Estado parte tengan acceso efectivo a los medios para interrumpir un embarazo cuando es probable que, de no hacerlo, se produzcan dolor y sufrimientos graves, por ejemplo, cuando el embarazo es consecuencia de una violación o un incesto, la vida o la salud de la embarazada está en peligro y en casos de malformación fetal mortal. El Comité invita al Estado parte a adoptar las medidas necesarias, de conformidad con las Directrices sobre la atención para el aborto de la Organización Mundial de la Salud (2022), para velar por que ni las pacientes que recurren al aborto ni los profesionales médicos que practican interrupciones voluntarias del embarazo se enfrenten a sanciones penales, y que las mujeres y niñas tengan acceso efectivo a la atención sanitaria posterior al aborto, independientemente de que lo hayan hecho de forma legal o ilegal. También se insta al Estado parte a absolver y excarcelar a las mujeres condenadas penalmente como consecuencia de emergencias obstétricas.

2. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado los alcances del artículo 4 CADH en relación con los derechos sexuales y reproductivos en el caso "Artavia Murillo v. Costa Rica". Allí se afirmó que el art. 4 CADH protege la vida *en general* desde la concepción, puntualizando que "en general" significa que resulta lícito permitir el aborto.

En este sentido, el tribunal recordó las discusiones previas a la redacción del art. 4 CADH, en la que varias comitivas rechazaron una redacción que protegiera al "no nacido" desde la concepción, debido a que un artículo que no previera excepciones habría sido incompatible con sus legislaciones internas.

En la sentencia "Artavia Murillo", la Corte IDH reafirmó lo que hacía décadas había sostenido la CIDH en su informe 23/81 sobre el caso "Baby Boy", que se refería a una denuncia contra EEUU, debido a la realización de un aborto por parte de un médico, con consentimiento de la embarazada, que llevaba una gestación de aproximadamente cinco meses. El médico fue denunciado penalmente y absuelto por la Corte Suprema de Massachussets sobre la base de las decisiones de la Corte Suprema de EEUU que afirmaron el derecho de las mujeres a abortar legalmente durante los primeros seis meses de embarazo[20]. Es ésta la norma que la Comisión IDH y la Corte IDH declararon ajustada a las disposiciones de la Declaración Americana de Derechos Humanos y a la CADH.

Por otra parte, la Corte IDH en "Artavia Murillo" enfatizó que las restricciones a los derechos sexuales y reproductivos deben ser proporcionales, por lo que el derecho a la vida no es absoluto y debe realizarse una ponderación razonable de los derechos en juego.

Más recientemente, la Corte IDH se pronunció en el caso "Manuela v. El Salvador", estrechamente relacionado con los temas discutidos en el presente caso de Beatriz. El caso de Manuela evidencia consecuencias importantes vinculadas a la criminalización de emergencias obstétricas en El Salvador y da cuenta de la proyección de una sombra punitiva derivada de una legislación que no reconoce la permisibilidad del aborto en ningún caso[21]. En consecuencia, se produce una práctica según la cual todo embarazo que no culmina en un nacimiento con vida activa la sospecha sobre la mujer que padeció aquel

20 Roe v. Wade y Doe v. Bolton.
21 Carrera, María Lina, Saralegui Ferrante, Natalia y Orrego- Hoyos, Gloria, *Dicen que tuve un bebé. Siete historias en las que el sistema judicial encarcela mujeres y a casi nadie le importa*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020.

evento obstétrico: o abortó o mató a su hijo por acción u omisión, ninguna de las opciones está exenta de pena.

En particular, se debe destacar que en el caso Manuela se evidenciaron las violencias y discriminaciones en la relación médica con las pacientes embarazadas. La falta de regulación adecuada del secreto médico y la criminalización del aborto impiden que las mujeres puedan confiar en el sistema médico y que, al acudir a un hospital, deban temer ser denunciadas por una sospecha sobre la comisión de un delito[22].

Las consideraciones de la honorable Corte Interamericana al respecto también deben guiar la resolución del caso de Beatriz, ya que la necesidad de judicializar la solicitud de un aborto terapéutico, las demoras y la respuesta evasiva de la Sala Constitucional promueven el alejamiento de las pacientes que necesitan abortar para salvar sus vidas o preservar su salud de la misma manera que la violación del secreto médico analizada en el caso "Manuela" repele a las mujeres que sobrevivieron una emergencia obstétrica fuera del hospital por miedo a ser denunciadas por el personal que les debe brindar atención sanitaria.

Por otra parte, la Corte Interamericana se pronunció en el caso Manuela sobre la necesidad de eliminar los estereotipos de género al momento de tomar decisiones judiciales para evitar sentencias discriminatorias y la violación del derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial. En el caso Beatriz, la decisión de no habilitar el aborto necesario para impedir un peligro para la vida de la mujer, aún frente a la presencia de un feto sin posibilidades de vida extrauterina reproduce estereotipos sobre la maternidad que subordinan los derechos de las mujeres a su rol de madres. Así, tanto la regulación del aborto en El Salvador como la sentencia que rechazó el amparo de Beatriz reflejan y reproducen la expectativa de que una mujer esté dispuesta a realizar sacrificios heroicos para desempeñar el rol maternal[23] que le es naturalmente asignado.

IV. LA INFLUENCIA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LA DISCUSIÓN REGIONAL SOBRE LA REGULACIÓN DEL ABORTO

Los principios desarrollados en los apartados precedentes fueron motivos de peso en las discusiones sobre cambios de regulación del aborto en los distintos Estados de la región.

En este sentido, Uruguay legalizó el aborto durante las primeras 12 semanas de gestación en 2012. La ley sancionada enmarca la regulación del aborto como parte de los derechos sexuales y reproductivos. Asimismo, los reclamos de la movilización social que precedió y acompañó la reforma se sustentaban en la necesidad de adaptar la legislación a los desarrollos sobre derechos humanos de las mujeres[24].

Asimismo, en Argentina se sancionó en 2020 la ley n° 27.610 que legalizó el aborto durante las primeras 14 semanas del proceso gestacional. La norma, en su artículo 1 vincula explícitamente la regulación del aborto a la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. Su texto indica: "La presente ley tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible". Asimismo, el artículo 3 de la ley especifica: "Marco normativo constitucional. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles

22 Carrera, María Lina, Saralegui Ferrante, Natalia y Orrego- Hoyos, Gloria, *Entra una paciente, sale una denuncia*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2023.
23 Hopp, Cecilia, "Femicidio vinculado y criminalización de las ´malas madres´: las dos caras del abordaje penal de la violencia de género", en Álvarez Medina y Bergallo (comps.), *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto*, Didot- Red Alas, Buenos Aires, 2020.
24 Pecheny, Mario, Abracinskaas, Lilián, Correa, Sonia y Wood, Susan, "El proceso político del aborto legal en Uruguay", en Lehner, Capirati y Alonso (comp), *Salud, sexualidades y derechos*, Teseo, Buenos Aires, 2017.

y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ´Convención de Belém do Pará´, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias".

Asimismo, la Suprema Corte de México[25] declaró la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en 2021. La sentencia cita explícitamente los estándares sobre derechos sexuales y reproductivos y derechos económicos, sociales y culturales como razones determinantes para considerar la criminalización de la interrupción de embarazos como incompatible con la constitución mexicana.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia 2006 reconoció en 2006 el estatus constitucional de la prevalencia del derecho a la salud, la vida de las mujeres y su dignidad por encima de la protección de la vida en gestación. Por ello, entendió que no se debe forzar a las mujeres a continuar embarazos que ponen en peligro la vida, la salud, que son producto de una violación o inseminación artificial no consentida o cuando el producto de la gestación carece de viabilidad extrauterina. A partir de la sentencia C-355-2006 se implementó paulatina y trabajosamente el sistema de indicaciones establecido por la Corte Constitucional. El ejemplo colombiano es importante, ya que, en la sentencia de 2006 se declaró incompatible con la constitución una regulación del aborto similar a la que hoy rige en El Salvador.

Luego de una década y media de implementación del sistema de causales establecido en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-355-2006 fue necesario volver a evaluar la compatibilidad de esa regulación con la constitución. Esta vez, el Tribunal, en su sentencia C-055-2022 encontró que la criminalización del aborto durante las primeras 24 semanas de gestación resultaba en desproporcionales restricciones a los derechos humanos de las mujeres. Para fundamentar esa decisión destacó que, para evaluar la constitucionalidad de la norma, debe atenderse a los efectos reales de la criminalización. Por ello, valoró que la clandestinidad del aborto engrosa las cifras de muertes y lesiones por causas obstétricas, discrimina a las migrantes, las niñas y a quienes no acceden al sistema de salud por ser pobres, vivir en zonas rurales, entre otros obstáculos.

Finalmente, otros países de la región como Chile y Brasil han elegido gobiernos que, en sus campañas electorales consideraron explícitamente la necesidad de legalizar el aborto y vincularon el tema con la protección y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

Un aspecto relevante en la discusión en el caso Beatriz se vincula al argumento del Estado de El Salvador sobre su propia cláusula constitucional que protege la vida desde la concepción. En este sentido, la Suprema Corte de México decidió que, conforme a la Constitución federal, no puede penalizarse el aborto en ninguno de los estados mexicanos, aún cuando las constituciones de varios de ellos contuvieran una cláusula similar a la invocada por El Salvador. De igual manera, en Argentina, existen varias provincias que declaran ser protectoras de la vida prenatal y ello no se consideró óbice para la legalización[26]. Es que, tal como ya lo indicó la propia Corte Interamericana, la protección de la vida prenatal no es absoluta y debe darse en forma incremental, conforme progresa el desarrollo fetal[27]. Asimismo, tal como se argumentará con mayor profundidad *infra*, la protección de un bien jurídico puede realizarse a partir de distintas estrategias legales y regulatorias. En consecuencia, la renuncia a la criminalización no implica la desprotección de la vida prenatal, sino, en todo caso, una estrategia diferente. La evaluación de esa protección no debe permanecer en el ámbito de lo simbólico, sino que debe centrarse en la eficacia y la proporcionalidad en cuanto a las restricciones de los derechos de las mujeres que genera una u otra opción de política pública[28].

25 *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, Sentencia del 7 de septiembre de 2021.
26 Herrera, Marisa, Gil Domínguez, Andrés y Hopp, Cecilia, *Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo -Ley 27.610-. Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia -Ley 27.611-*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2021.
27 Corte IDH, "Artavia Murillo v. Costa Rica", ya citado.
28 Rebouché, Rachel, "Un enfoque funcionalista al derecho comparado del aborto", *en El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, de Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens (eds.), Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2016.

Este relevamiento sobre la regulación del aborto y la interpretación de las obligaciones derivadas de los tratados de DDHH en la región da cuenta de un consenso sólido sobre las afectaciones de los derechos humanos de las mujeres que generan las regulaciones restrictivas respecto del aborto. Por ese motivo, si la Corte Interamericana considerara aplicable la doctrina del "margen de apreciación" elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) respecto de las regulaciones de los distintos estados partes en relación al aborto[29], debería considerarse que la enorme distancia entre la legislación salvadoreña y la de otros Estados que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte impone sostener que el margen de apreciación no puede cubrir la decisión de no legislar excepción alguna a la criminalización del aborto. Por otra parte, así como el TEDH aceptó en múltiples oportunidades el "margen de apreciación" para establecer la regulación del aborto, consideró que los Estados deben garantizar el acceso al aborto en los casos en que la ley los permite[30]. En consecuencia, la permisión del aborto terapéutico en El Salvador, derivada de la sentencia de la Sala Constitucional de su Corte Suprema dictada en 2007, debería haber suscitado un mecanismo que impida las demoras y la invasión a la privacidad ocasionadas por la falta de certeza sobre los alcances del permiso y la judicialización que padeció Beatriz.

V. *ULTIMA RATIO*, PROPORCIONALIDAD Y PROTECCIÓN DE LA VIDA EN GESTACIÓN

El principio de *ultima ratio* constituye un límite a las potestades punitivas de los Estados. Se trata de un principio ampliamente aceptado en los ordenamientos jurídicos basados en la tradición europeo-continental, aunque tiene su origen en el liberalismo político, ya que promueve una política criminal limitada, que solamente penalice conductas sobre las que exista un consenso prácticamente unánime acerca de que son merecedoras de reproche penal[31]. Según la doctrina de mayor influencia en Latinoamérica, el principio de *ultima ratio* tiene sustento constitucional[32]. En concordancia con este lineamiento, sostenemos que *como mínimo* la conducta amenazada con pena debe dañar o poner en peligro un bien jurídico. Sin embargo, no todos los bienes jurídicos reconocidos deben ser protegidos a través del Derecho penal[33]. La falta de consenso acerca de la necesidad de criminalizar una conducta es un motivo para no hacerlo, la inefectividad de la ley penal para prevenir el daño al bien jurídico es otra razón válida para no utilizar esta herramienta, especialmente si se dispone de otras que permitan una mayor protección con menor uso de violencia[34].

Estos principios también se enlazan con la finalidad de la pena que, según muchos autores, consiste en reafirmar la vigencia de los valores sociales reflejados en la norma infringida, es decir que la pena tendría la función de estabilizar un sistema normativo/ valorativo básico para la convivencia social pacífica[35].

El principio de *ultima ratio* fue reconocido en el contexto de las discusiones constitucionales sobre la regulación del aborto y su interpretación por los tribunales de diversos países. Por ejemplo, la Corte Suprema argentina, en su fallo "F.,A.L." mencionó este principio para fundamentar la necesidad de interpretar en forma amplia el sistema de causales vigente hasta la sanción de la ley 27.610 que legalizó el aborto[36]. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-055-2022 y la Suprema Corte de México en la sentencia de 2021 *Acción de inconstitucionalidad 48/2017* también acudieron a este principio

29 Erdman, Joanna N., "El giro procesal. El aborto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *en El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, de Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens (eds.), Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2016.

30 *Ibidem*.

31 Stratenwerth sostiene que: "En una sociedad abierta y pluralista la profunda diversidad de opiniones sobre las normas sociales puede aceptarse no sólo como una cuestión inevitable, sino también, como la legítima expresión principista de la discusión libre de los problemas sociales. Por estas razones resulta incompatible con estos principios, declarar como criminal a un determinado comportamiento sólo porque contraviene la concepción de la mayoría (...)" y agrega que: "...la estigmatización de un comportamiento como criminal debe limitarse a la lesión de aquellas normas sobre las que existe un consenso prácticamente ilimitado con las que, por lo menos, en general es posible conformarse", Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, trad. De la 2da. ed. Alemana de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, pp. 6-7.

32 Roxin, Claus, *Derecho Penal: parte general*, *tomo 1,* trad. Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997; Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro W., *Derecho penal: parte general,* 2a. ed., Ediar, Buenos Aires, 2002; También el precedente "F.,A.L. s/ medida autosatisfactiva de la Corte Suprema argentina (Fallos: 335:197), 13/3/2012; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-055-2022 del 21/2/2022, entre otras; Corte IDH, "Kimel v. Argentina", ya citado.

33 Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2022, p. 238.

34 Hilgendorf, Eric y Valerius, Brian, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 2a ed. alemana por Leandro A. Días y Marcelo A. Sancinetti, Ad Hoc, Buenos Aires, 2017, pp. 12-13.

35 Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 12-13; Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, 11a ed./4a ed. en español, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pp. 18-24.

36 CSJN Argentina, Fallos 335:197.

para fulminar las normas locales que criminalizan el aborto por ser ineficaces para proteger la vida prenatal, por imponer fuertes restricciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y por producir efectos discriminatorios sobre las mujeres más vulnerables.

Por tal motivo, es necesario reconocer que en comunidades democráticas y plurales existen profundos desacuerdos y fuertes divisiones en la población sobre la valoración moral de la interrupción del embarazo. En ese contexto, la norma penal pierde legitimidad desde el punto de vista del principio de *ultima ratio*.

Por ello, aun cuando se reconozca que la interrupción del embarazo compromete la vida en gestación y que la vida en gestación es un bien jurídico merecedor de protección, ello no implica que esa protección deba realizarse a través de la amenaza penal. Más aún: tanto el principio de *ultima ratio* como el de proporcionalidad exigen que, en caso de existir varias formas eficaces para la protección de un bien jurídico, debe utilizarse la menos violenta[37] y la que menor sacrificio suponga para otros derechos involucrados[38]. En este sentido, aún sosteniendo que la protección de la vida en gestación constituye una finalidad constitucional/convencional imperiosa, también lo son los derechos sexuales y reproductivos, la salud, la autonomía, la libertad de conciencia y la dignidad de las mujeres. De tal forma, es deber de los estados buscar el equilibrio entre los valores en juego. El caso de Beatriz evidencia que la restricción a los derechos de las mujeres, niñas y personas con capacidad de gestar resultan gravemente afectadas por la penalización, especialmente por la aplicación arbitraria y selectiva de la ley sobre las más vulnerables[39], como sucedió en este caso.

Por otra parte, las cifras que dan cuenta de que las mujeres acuden masivamente a los abortos clandestinos en los países en que la práctica está prohibida evidencian que la norma no resulta eficaz en términos preventivos y de protección de la vida en gestación, por lo que se revela al menos parcialmente inidónea para alcanzar el objetivo de política criminal[40].

En tal contexto, existen diversas formas de protección de la vida prenatal y debe considerarse la progresividad del desarrollo de la gestación, lo que impone asignar un valor incremental al bien jurídico.

En efecto, se plantea como alternativa a la criminalización, la protección de la vida en gestación a través de políticas de educación sexual integral y prevención de embarazos no deseados. A ello debe sumarse la protección del embarazo, a partir de la ayuda estatal a las mujeres, a fin de que cuenten con las condiciones necesarias para poder llevar adelante la gestación.

Desde esta perspectiva, la Corte IDH reconoció en "Artavia Murillo" que la protección de la vida prenatal no puede ser absoluta y que la continuidad forzada de un embarazo compromete seriamente los derechos de las mujeres. Pues bien, a partir de datos empíricos sobre el acceso desigual a la práctica legal en casos en que se prevé un sistema de prohibición general del aborto, con excepciones, corresponde concluir que la estrategia de la protección incremental es la que mejor se adecua al respecto de los DDHH.

La protección incremental es consistente con un sistema de plazos, en el que se permite el aborto temprano a demanda y se restringe en etapas más avanzadas, en atención a que la vida en gestación adquiere mayor peso conforme avanza su desarrollo.

Los países de la región que legalizaron el aborto entendieron que, en las etapas previas el Estado no debe desatender la protección de la vida en germen, y tiene la obligación de hacerlo mediante políticas públicas que permitan a las mujeres y personas con capacidad de gestar controlar su fertilidad y acceder a recursos

37 Roxin, Claus, Derecho penal, Parte general, ob. cit., p. 65.
38 Undurraga, Verónica, "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto", en *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, de Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens (eds.), Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2016.
39 Undurraga sostiene que el análisis de proporcionalidad de una norma que restringe derechos constitucionales debe hacerse sobre la base de datos empíricos, Undurraga, Verónica, "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto", en en Rebeca Cook, Joanna Erdman y Bernard Dickens (comps.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2016, pp. 107 y ss.
40 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Badrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 474.

que las acompañen cuando decidan llevar a término un embarazo y asumir la crianza de un/a hijo/a[41].

Una gran cantidad de países cuentan con un sistema de plazos. Entre ellos se encuentran casi la totalidad de los estados europeos, Estados Unidos y Canadá. Más recientemente, se sumaron a esta lista Uruguay, Argentina[42], México[43] y Colombia. Esto demuestra que países que han servido de ejemplo a seguir en sus desarrollos jurídicos o cuya cultura constitucional se asemeja a la de El Salvador han adoptado el sistema de plazos para honrar el compromiso de ponderar la vida en gestación en conjunto con la autonomía, salud, vida y dignidad de las mujeres.

En definitiva, el principio de *ultima ratio* que rige los ordenamientos penales no tolera la amenaza penal de todo aborto y exige regulaciones que tomen en cuenta la eficacia y la proporcionalidad de la norma penal.

VI. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si bien la legislación de El Salvador no contempla expresamente causal alguna que exima de responsabilidad penal por la realización de un aborto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema estableció en 2007 que, en casos de peligro para la vida de la mujer, son aplicables las eximentes de responsabilidad previstas en el Código Penal, en particular el estado de necesidad disculpante, que habilita la exculpación de una persona que, para salvarse a sí misma, sacrifica un bien jurídico de igual o mayor jerarquía que aquel derecho que se pretende salvar. Esta regla establecería una disculpa en casos en que la interrupción de un embarazo se realice para salvar la vida de la mujer que lo gesta, si el peligro para la vida de la embarazada es inminente y no se puede salvaguardar de otra manera.

Esta regla es incompatible con los estándares de DDHH discutidos *supra* por ser demasiado restrictiva y por el desprecio que supone respecto de los derechos de las mujeres. Esto se observa de manera especialmente notoria en el caso de Beatriz, ya que la anencefalia fetal genera un pronóstico inexorable de muerte poco después del nacimiento. Sin embargo, la formulación de este principio mediante una sentencia del más alto tribunal nacional también presenta una grave deficiencia desde el punto de vista del principio de legalidad (art. 9 CADH).

El principio de legalidad exige que las leyes penales sean lo suficientemente claras en su formulación, para que las personas puedan saber, al momento de realizar una conducta, si ella será punible o no. La sentencia de la Sala Constitucional que rechazó la autorización para que los médicos realizaran el aborto terapéutico establece que son los médicos quienes tienen que evaluar el riesgo para la salud o la vida de la mujer y que tienen el deber de preservar la vida en gestación y la de la paciente. Sostuvo el tribunal explícitamente que los profesionales de la salud deben asumir la responsabilidad por su evaluación del peligro y que no es posible establecer reglas *ex ante* que aseguren la aplicabilidad de la eximente de responsabilidad a la que la misma Suprema Corte aludió en su sentencia de 2007.

Esa incertidumbre en la enunciación de la regla de conducta impedía a Beatriz y a los profesionales que la atendían prever si, luego de la realización de un aborto, un juez podía considerar que no se evaluó correctamente el peligro para la vida invocado.

La inseguridad jurídica que genera la regla jurisprudencial es violatoria del principio de legalidad y establece una incertidumbre que determina la omisión de los profesionales médicos de cumplir con el deber de preservar la salud y la vida de las mujeres en situación de riesgo derivado de la gestación. Ello porque la omisión de realizar un aborto no se persigue penalmente, en tanto que el Estado de El Salvador

41 Esta misma lógica fue la que guio el debate sobre la legalización del aborto en Argentina. El proyecto de ley fue presentado, debatido y sancionado al mismo tiempo que la ley conocida como "Plan de los Mil Días" que establece y refuerza las políticas sociales de apoyo a las mujeres y personas gestantes que deseen llevar a término el embarazo. Se prevén medidas económicas, asistenciales, educativas y de acompañamiento para embarazadas y para madres, niños y niñas durante los primeros tres años de vida, sobre esta ley y el debate legislativo *vid* Herrera, Marisa, Gil Domínguez, Andrés y Hopp, Cecilia, *Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo -Ley 27.610-. Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia -Ley 27.611-*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021.

42 La ley nº 27.610 sancionada en diciembre de 2020 establece el derecho a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación y durante todo el proceso gestacional cuando medie peligro para la vida, la salud o cuando el embarazo sea producto de violencia sexual.

43 La Corte Suprema de México declaró la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en la *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, Sentencia del 7 de septiembre de 2021.

ha demostrado un ensañamiento en el ejercicio del poder punitivo para penalizar el aborto. Ese efecto disuasorio de la inseguridad jurídica supone un total desprecio y abandono de los derechos de las mujeres embarazadas en El Salvador.

Asimismo, las regulaciones del aborto que instituyen a los médicos en el doble rol de garantizar los derechos de las pacientes embarazadas y en vigilar la vigencia de las leyes penales pervierte la relación médico-paciente y genera arbitrariedades en la apreciación de la concurrencia de un peligro suficientemente grave o suficientemente inminente para la realización de la interrupción del embarazo[44].

En consecuencia, El Salvador debe regular con precisión las causales de permisión del aborto, en forma tal que brinde seguridad jurídica al momento de evaluar la legalidad de la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos y permita saber *ex ante* si la conducta será considerada delictiva.

VII. LA INACCESIBILIDAD DEL ABORTO COMO DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Como se sugirió a lo largo de este escrito, la regulación del aborto en El Salvador maternaliza a las mujeres y estigmatiza toda preferencia que no coincida con priorizar el rol maternal. La ley y la práctica en El Salvador no solamente criminalizan la autonomía de las mujeres que no desean ser madres, sino que estigmatiza toda sexualidad no reproductiva. Peor aún, no se permite a las mujeres elegir preservar la propia vida por encima de la continuidad de un embarazo. La criminalización total del aborto en El Salvador trata a las mujeres como seres sin derechos, las instrumentaliza en función del rol reproductivo, fuerza la maternidad e impone el rol maternal.

La regulación del aborto en El Salvador constituye un mecanismo de estigmatización de identidades femeninas que se desvían del destino de la maternidad, de sexualidades femeninas no reproductivas y encaminadas al goce. Ninguna ley destina los cuerpos y las sexualidades masculinas a estos u otros fines hetero-impuestos. La penalización del aborto se dirige especialmente a las mujeres, lo que constituye una categoría sospechosa que hace presumir el carácter discriminatorio de la norma.

Asimismo, esta estigmatización se materializa en la violencia obstétrica que afecta a todas las mujeres que acuden a instituciones médicas para ser atendidas luego de un aborto, sea inducido o espontáneo[45] y aquellas que, como fue el caso de Beatriz, no pueden continuar un embarazo sin padecer grandes riesgos para su salud y su vida.

Finalmente, la persistencia de desigualdades en las cargas del trabajo de cuidado de las y los hijos privan a las mujeres de oportunidades de educación y trabajo, poniendo en peligro su subsistencia e independencia económica.

Frente a esa inaceptable situación, la Corte Interamericana debería valorar y reconocer el adecuado balance de los derechos involucrados. El aborto es un derecho humano de las mujeres, tal como se argumentó en este escrito. El caso de Beatriz resulta oportuno para un pronunciamiento de la Corte IDH que establezca la necesidad de una regulación que establezca, cuanto menos, permisos amplios para que sean legales los abortos terapéuticos, cuando la vida extrauterina no es viable y cuando el embarazo es producto de violación. Estas formas de regulación por causales requieren especiales esfuerzos de implementación[46], ya que en los casos permitidos el aborto es un derecho que exige la garantía estatal de accesibilidad.

Finalmente, cabe señalar que en la argumentación presentada surge ya la crítica al sistema de causales por las dificultades verificadas en la implementación, estudiadas en la literatura referida a diversos países[47]. Ello

44 Ramón Michel, Agustina y Cavallo, Mercedes, "El principio de legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos", en *El aborto en América Latina*, Bergallo, Jaramillo, Vaggione (comp.), Siglo XXI, Buenos Aires, 2018.
45 Cartabia, Sabrina, "El derecho a la salud y el aborto: El punto ciego", en *Revista Derechos Humanos*, Año III, n° 8, Infojus, Buenos Aires, 2014; Carrera, María Lina, Saralegui Ferrante, Natalia y Orrego- Hoyos, Gloria, *Entra una paciente, sale una denuncia*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2023.
46 Bergallo, Paola, "La lucha contra las normas informales que regulaban el aborto en Argentina", en en *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, de Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens (eds.), Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2016.
47 *Ibidem*.

sugiere que la regulación adecuada a los estándares de derechos humanos exigiría, cuanto menos, un plazo razonable durante el cual la interrupción voluntaria de embarazos sea libre y accesible. No obstante, las enormes disputas políticas evidenciadas en la región frente a discusiones legislativas o judiciales sobre la regulación del aborto pueden aconsejar un abordaje gradual de los cambios legales necesarios, teniendo en cuenta la enorme distancia entre la regulación y las prácticas relativas a la prohibición total del aborto en El Salvador y los estándares de DDHH.

VIII. CONCLUSIONES SOBRE EL CASO BEATRIZ

Desde que se descubrió el embarazo de Beatriz los médicos tratantes recomendaron la interrupción de la gestación por considerar que su vida se encontraba en peligro. Sin embargo, a partir de la ley salvadoreña que prohíbe totalmente el aborto, se sucedieron múltiples consultas burocráticas para buscar la certeza sobre la legalidad de la interrupción del embarazo. Era imposible para Beatriz y quienes atendían su salud saber de antemano si el aborto terapéutico iba a ser valorado como un delito y los llevaría presos como a tantas mujeres encarceladas en El Salvador o si se interpretaría que actuaron en estado de necesidad y se los eximiría de pena.

Durante el tiempo que duró la gestación, Beatriz estuvo internada en el hospital más tiempo que el que estuvo con su familia. Los efectos de su enfermedad de base generaron la necesidad de mantenerla internada casi constantemente, su voluntad era interrumpir el embarazo para poder preservar su salud y regresar a su hogar. Beatriz, angustiada por el peligro para su vida, por la separación de su familia y por la noticia sobre la inviabilidad del feto que gestaba, quería abortar. La denegación del aborto en este contexto no solamente supuso un desprecio por su salud y su vida, por su intimidad familiar y su integridad emocional, sino que implicó de hecho su privación de libertad. **La ley que criminaliza todo aborto en El Salvador no solamente lleva a la cárcel a mujeres que se realizan abortos voluntarios, sino que mantiene privadas de libertad a mujeres cuyos embarazos ponen en peligro su salud o su vida a la vez que interfiere en la adecuada atención a la salud de las mujeres embarazadas o que sobreviven una emergencia obstétrica**.

Frente a esta situación, Beatriz fue forzada a judicializar su solicitud, presentando cuantiosas evaluaciones médicas que explicaban el peligro para su salud y su vida. Sin embargo, la Sala Constitucional de la Suprema Corte dilató innecesariamente el proceso y luego rechazó la petición.

Es de destacar que la Sala Constitucional eludió flagrantemente su responsabilidad de ejercer el control de convencionalidad sobre la norma vigente y las prácticas a las que da lugar. Peor aún, reafirmó la incertidumbre sobre los alcances del único permiso legal que ese mismo tribunal delineó jurisprudencialmente. El tribunal salvadoreño sostuvo que no correspondía la judicialización, sino que los profesionales de la salud son quienes deben decidir en estos casos cuándo es necesaria la interrupción del embarazo para evitar la muerte inminente de la embarazada.

Más allá de la ley inaceptablemente restrictiva que criminaliza todos los abortos, la Corte Suprema de El Salvador introdujo estándares que no consideran los derechos de las mujeres, como tampoco los principios de *ultima ratio*, legalidad y proporcionalidad al explicitar que la decisión se debe tomar en el hospital y los médicos deben atenerse a las consecuencias de esa apreciación, las que serán determinadas *ex post*.

El resultado de esa incertidumbre fue expresado con total claridad en la audiencia ante la Honorable Corte Interamericana por el médico que recomendó la interrupción del embarazo de Beatriz: él nunca vio que se practicara un aborto en estado de necesidad para salvar la vida de la mujer, pero si vio a muchas morir porque no se les hizo un aborto terapéutico. Este médico debió abandonar El Salvador por el hostigamiento resultante de su expresión a favor de salvar la vida de Beatriz. Beatriz sufrió problemas de salud derivados de la interrupción tardía del embarazo y nunca recuperó el bienestar emocional luego de haber tenido que luchar contra la ley que le impedía abortar. Luego de la exposición del caso de Beatriz quedó claro para la comunidad médica y para las mujeres que nadie puede interrumpir un embarazo legalmente y sin temor a sufrir encarcelamiento.

La ley de El Salvador desprecia las vidas de las mujeres, subordina flagrantemente todos sus derechos frente

a un abstracto valor de la vida. En el caso de Beatriz no solamente se infligió tratos crueles, inhumanos y degradantes hacia su persona y se la privó *de facto* de su libertad, sino que se disciplinó a todas las mujeres bajo los estereotipos vinculados a la maternidad. En el caso de Beatriz nunca se discutió salvar una vida concreta porque el feto era anencefálico, pero las leyes y las instituciones de El Salvador prefirieron someterla a un elevado peligro para salvaguardar un compromiso valorativo con la vida prenatal, una vida que, evidentemente, vale más que la libertad, la salud y la propia vida de las mujeres.

IX. PETITORIO

Por las razones expuestas, solicito a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos que tenga por presentado el presente memorial, declare la responsabilidad internacional de El Salvador, disponga que el Estado debe adoptar medidas legislativas y sanitarias para prevenir la repetición de las violaciones de Derechos Humanos verificadas, como también la reparación a la familia de Beatriz por los daños sufridos.

ES JUSTO

Dra. Cecilia M. Hopp
Codirectora del grupo de investigación
Doctrina Penal Feminista
Profesora del Departamento de Derecho Penal y Criminología
Integrante de la Red de Profesoras de Derecho
Universidad de Buenos Aires

XI. INSTITUTO O'NEILL PARA EL DERECHO Y LA SALUD NACIONAL Y GLOBAL, UNIVERSIDAD DE GEORGETOWN

Identificación de los derechos en juego

Test de proporcionalidad

Modelo general de eximentes de responsabilidad penal

Regresividad normativa

Temas adicionales:

Criminalización del aborto

Principio de legalidad

Washington, D.C., 5 de abril de 2023
Asunto: *Amicus Curiae* en el caso Beatriz y otros vs. El Salvador (Caso 13.378)

Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica
Excelentísimas/os Juezas y Jueces:

Desde la Iniciativa Salud y Derechos Humanos del Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown (en adelante, "Instituto O'Neill), nos permitimos presentar el siguiente documento en calidad de *amicus curiae* en el caso *Beatriz y otros vs. El Salvador*, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Instituto O'Neill es una institución sin fines de lucro situada en la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington, D.C. La misión del Instituto O'Neill consiste en proveer soluciones innovadoras a los problemas más críticos de salud a nivel nacional y global.

La Iniciativa Salud y Derechos Humanos (en adelante, la "Iniciativa") es una de las unidades de trabajo del Instituto O'Neill, enfocada en el estudio de la relación entre la salud y los marcos jurídicos nacionales e internacionales que protegen los derechos humanos. A partir del trabajo académico, de la asistencia técnica y del uso estratégico del derecho, el equipo de la Iniciativa busca contribuir a un entendimiento más profundo de las distintas formas en las que dichos marcos pueden ser utilizados para mejorar la salud.

Una de las áreas de trabajo de la Iniciativa se centra en la participación en procesos legales y en litigios nacionales e internacionales con el fin de proteger y promover el derecho a la salud y otros derechos humanos relacionados. Las modalidades de trabajo en el área incluyen la representación directa de víctimas individuales y colectivas, la presentación de *amici curiae* en procesos nacionales e internacionales y la prestación de asistencia técnica a socios involucrados en litigios.

En ese contexto, y considerando que el análisis de las obligaciones internacionales de los Estados en relación al acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva –en particular el aborto– es una cuestión central del presente caso, consideramos relevante presentar argumentos desde el derecho internacional de los derechos humanos y, en la medida de lo pertinente, de derecho comparado que, esperamos, puedan contribuir a la discusión al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la "Corte IDH", la "Corte Interamericana" o la "Honorable Corte").

INTRODUCCIÓN **154**

I. La aproximación de los sistemas de protección de derechos humanos a la cuestión de la falta de acceso al aborto en situaciones extremas **154**

a. Decisiones de los órganos de tratados de las Naciones Unidas *155*

b. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *158*

II. El conflicto de derechos derivado de la prohibición absoluta del aborto y su solución mediante el análisis de proporcionalidad **159**

a. La protección de la vida en gestación bajo la Convención Americana *160*

b. Los derechos o intereses que entran en conflicto a partir de la penalización absoluta del aborto en situaciones extremas *161*

c. El análisis de proporcionalidad aplicado al conflicto de derechos derivado de la penalización absoluta del aborto en El Salvador *165*

III. La estructura del delito de aborto en El Salvador es contraria al principio de legalidad en materia penal **172**

a. Sobre el contenido y alcance del principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El mandato de taxatividad de la ley penal *173*

b. El principio de legalidad aplicado al modelo de criminalización del aborto en El Salvador *174*

c. Las exigencias específicas de la conducta de aborto en casos extremos *177*

IV. La criminalización absoluta del aborto en El Salvador como violación al deber de no regresividad. **178**

a. Análisis de la reforma del Código Penal a partir del principio de no regresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana *179*

AMICUS CURIAE EN EL CASO BEATRIZ Y OTROS VS. EL SALVADOR (CASO 13.378)

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH"), Beatriz había solicitado la interrupción de un embarazo que no sólo ponía en riesgo su salud y vida sino que también presentaba un diagnóstico de anencefalia, una malformación fetal grave e incompatible con la vida extrauterina[1]. El derecho interno del Estado al momento de los hechos no autorizaba esa interrupción, al tipificar el aborto como delito en todos los casos, sin establecer eximentes de responsabilidad penal para casos de inviabilidad fetal o riesgo para la vida y salud de la madre[2].

En ese contexto, el caso de Beatriz plantea a la Honorable Corte la siguiente cuestión jurídica: si la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH") permite la penalización absoluta del aborto o si, por el contrario, exige que los Estados garanticen un mínimo de acceso al servicio en casos de (i) malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina, y (ii) riesgo para la salud o vida de la mujer. Consideramos que, siguiendo la práctica de la Corte IDH, esa cuestión jurídica puede ser resuelta por medio de un juicio de proporcionalidad que permita la ponderación de los derechos e intereses que entran en conflicto a partir de la falta de acceso al aborto en estas circunstancias.

Con el fin de contribuir a la discusión al interior de la Corte Interamericana, la primera sección de este *amicus* presenta algunas decisiones de los mecanismos de protección de derechos humanos que brindan criterios orientadores para la resolución del caso de Beatriz. Por su parte, la segunda sección del *amicus* aborda el conflicto de derechos derivado de la prohibición absoluta del aborto y propone su solución a través del desarrollo de cada uno de los pasos del juicio de proporcionalidad. Las secciones tercera y cuarta de este documento abordan otros problemas jurídicos del modelo de criminalización del aborto en El Salvador. Por un lado, se explica de qué forma el diseño legal del delito de aborto en El Salvador resulta contrario a las exigencias del principio de legalidad (artículo 9 de la CADH). Al mismo tiempo, se detalla por qué el principio de no regresividad puede y debe ser aplicado a la reforma del Código Penal salvadoreño de 1997 que reintrodujo la penalización absoluta del aborto (artículo 26 de la CADH).

I. La aproximación de los sistemas de protección de derechos humanos a la cuestión de la falta de acceso al aborto en situaciones extremas[3]

El presente caso ofrece a la Corte IDH la primera oportunidad de pronunciarse sobre si la falta de acceso al aborto en situaciones como las de Beatriz puede comprometer la responsabilidad internacional de los Estados bajo la CADH. En este caso, esa falta de acceso derivó de una prohibición absoluta del servicio a través de la amenaza del castigo penal.

El derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, "DIDH") ya cuenta con un número considerable de decisiones o sentencias que han analizado esta cuestión. En efecto, tanto el Tribunal

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe No. 9/20. Caso 13.378. Fondo. Beatriz. El Salvador. 3 de marzo de 2020 (en adelante, "Informe de fondo"), párrs. 37-39.
2 *Id.*, párr. 16.
3 A los fines de este *amicus,* las nociones de "situaciones extremas" o "casos extremos" se refieren a los casos de (i) riesgo para la vida o la salud de la madre; (ii) inviabilidad fetal; y (iii) violación o incesto.

Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH") como distintos órganos de tratados de las Naciones Unidas se han pronunciado sobre la responsabilidad internacional de los Estados por la falta de acceso oportuno al aborto en casos extremos. En algunos casos, esta falta de acceso era resultado de marcos jurídicos restrictivos mientras que, en otros, se relacionaba con obstáculos prácticos o sociales. Al igual que el presente caso ante la Corte IDH, se trata de decisiones adoptadas durante el examen de denuncias o peticiones individuales, en los que cada uno de estos órganos debió evaluar si los hechos relacionados con la falta de acceso al servicio ponían de manifiesto una violación de los respectivos tratados.

Consideramos que estos ejercicios de adjudicación directa de tratados de derechos humanos en casos de aborto pueden resultar de especial utilidad para la Corte IDH en el presente caso. Ello en tanto, en su conjunto, estos precedentes coinciden en que aquellos obstáculos al acceso de las mujeres al aborto en situaciones extremas –ya sea *de jure* o *de facto*– que sean atribuibles a los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional por violación al DIDH. Ente los derechos considerados vulnerados por estos mecanismos de protección, cabe mencionar los derechos a la vida privada, a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y a la igualdad y no discriminación.

a. Decisiones de los órganos de tratados de las Naciones Unidas

En el sistema de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos (en adelante, "CDH") y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, "Comité CEDAW") han abordado denuncias vinculadas a la criminalización o falta de acceso al aborto, encontrando violaciones al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, "PIDCyP") y a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, "CEDAW"). Esta sección presenta una síntesis de cada una de esas decisiones, poniendo énfasis en el encuadre jurídico utilizado por los comités para ponderar los intereses en juego y determinar el incumplimiento de obligaciones en virtud de cada tratado.

A la fecha, el CDH ha resuelto cuatro denuncias vinculadas con la falta de acceso oportuno al aborto en situaciones extremas, incluyendo supuestos de riesgo para la vida de la madre, inviabilidad fetal y violencia sexual. En todas estas decisiones, el CDH determinó que los Estados involucrados habían incumplido sus obligaciones internacionales en virtud del PIDCyP.

En el caso *Llantoy Huamán c. Perú* (2005), el CDH debió abordar el caso de una adolescente de 17 años de edad que se encontraba transitando un embarazo con diagnóstico de feto anencefálico. El derecho interno del Estado contemplaba el aborto terapéutico. En virtud de la anomalía fetal y considerando que la continuación del embarazo presentaba un riesgo vital para la víctima, su médico tratante recomendó la interrupción del embarazo. Sin embargo, la intervención no fue realizada debido a la negativa de los funcionarios médicos adscritos al Ministerio de Salud, quienes se basaron en una interpretación restrictiva de la normativa vigente. Como consecuencia, la víctima fue forzada a continuar con su embarazo y a dar a luz una niña anencefálica que vivió cuatro días[4].

En su decisión, el CDH consideró que existía una relación de causalidad entre la falta de acceso al aborto y los impactos adversos a los derechos de la víctima, incluyendo el riesgo para su vida y el dolor físico y sufrimiento moral que debió soportar tanto (i) por verse obligada a continuar con su embarazo, como (ii) por la experiencia de tener que ver a su hija con deformidades evidentes al momento del parto. A criterio del Comité, estos impactos adversos revelaban una violación a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, y al derecho a las medidas especiales de protección de la niñez. El CDH también observó que la negativa de actuar conforme a la decisión de la víctima de interrumpir su embarazo había sido una interferencia injustificada en su vida privada[5].

Pocos años después, en el caso *L.M.R. c. Argentina* (2011), el CDH volvió a evaluar un caso de falta de

4 Comité de Derechos Humanos (CDH). "Llantoy Huamán c. Perú". Doc. de la ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005), párrs. 2.1 a 2.6 (en adelante, "Llantoy Huamán").
5 *Id.*, párrs. 6.2, 6.3, 6.4 y 6.5.

acceso al aborto en casos de violencia sexual. En este caso, la víctima era una joven con discapacidad mental permanente que transitaba un embarazo producto de una violación. Aunque el derecho interno no criminalizaba el aborto en estos casos, L.M.R. se enfrentó a una serie de obstáculos atribuibles al Estado argentino para acceder a la interrupción del embarazo. Eventualmente, estos obstáculos llevaron a L.M.R. a procurar un aborto clandestino[6].

El CDH concluyó que, en ese contexto, tanto la negativa inicial a practicar el aborto como la serie de obstáculos encontrados por L.M.R. le causaron un sufrimiento físico y moral que revelaba una violación a la prohibición tratos crueles, inhumanos y degradantes. Además, volvió a considerar que la injerencia de las autoridades estatales en una cuestión debía resolverse entra la paciente y su médico constituyó una violación a su derecho a la vida privada[7].

En *Mellet c. Irlanda*[8] (2016) y *Whelan c. Irlanda*[9] (2017), el CDH se pronunció sobre la criminalización del aborto en casos de embarazos que presentaban malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina[10]. Aunque el derecho interno irlandés permitía el aborto en casos de riesgo vital, no contemplaba la no punibilidad del aborto en casos de inviabilidad fetal. Ambas decisiones contienen encuadres jurídicos que no habían sido explorados por el CDH hasta el momento, incluyendo un juicio de ponderación de los derechos en conflicto.

En su análisis de fondo del caso *Mellet*, el Comité tomó especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad de la autora luego de saber que su embarazo no era viable. El CDH describió todas las situaciones que sumaron angustia física y mental a la autora, incluyendo la disyuntiva entre continuar un embarazo no viable o procurar el servicio en el extranjero, y la vergüenza y el estigma asociados a la penalización del aborto de un feto afectado por una dolencia incompatible con la vida[11]. En esta oportunidad, el CDH explícitamente consideró que, en su conjunto, estos hechos constituyeron "un trato cruel y degradante en violación del artículo 7 del Pacto"[12], y que la decisión de una mujer de solicitar la interrupción del embarazo es una cuestión que queda comprendida en el derecho a la vida privada[13].

En esta decisión, el CDH también utilizó un análisis de proporcionalidad para resolver el caso. En efecto, la decisión notó que, a través de su derecho interno, Irlanda había optado por un equilibrio entre la protección de la vida en gestación y los derechos de la mujer. Para el Comité, ese equilibrio había sido irrazonable y arbitrario en las circunstancias particulares del caso debido al sufrimiento intenso de la autora y a las importantes consecuencias negativas para ella, que podrían haberse evitado si se le hubiera permitido abortar en Irlanda[14].

Por último, el CDH evaluó si la penalización del aborto en caso de malformación fetal incompatible con la vida era contraria a los derechos a la igualdad y a la no discriminación. La decisión observó que, en virtud del derecho interno del Estado, las mujeres embarazadas con diagnóstico de malformación incompatible con la vida que deciden llevar la gestación a término siguen recibiendo la protección plena del sistema público de atención de salud. En cambio, las mujeres que, como la víctima, deciden interrumpir un embarazo no viable deben sufragarlo con sus propios recursos económicos viajando al extranjero, al margen de la protección del sistema público. Para el Comité, en las circunstancias del caso, esa diferenciación de trato no había considerado debidamente las necesidades médicas o las circunstancias socioeconómicas de Mellet, ni cumplido con los requisitos de razonabilidad, objetividad y legitimidad, por lo que constituyó una discriminación contraria al artículo 26 del PIDCyP[15].

En *Whelan*, el CDH llegó a conclusiones similares, especificando que la legislación vigente en Irlanda

6 CDH. "L.M.R. c. Argentina". Doc. de la ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011), párrs. 2.1 a 2.9 y 10 (en adelante, "L.M.R.").
7 *Id.*, párrs. 9.1 a 9.4.
8 CDH. "Mellet c. Irlanda". Doc. de la ONU CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016) (en adelante, "Mellet").
9 CDH. "Whelan c. Irlanda". Doc. de la ONU CCPR/C/119/D/2425/2014 (2017) (en adelante, "Whelan").
10 En *Mellet*, la autora de la denuncia se encontraba transitando un embarazo con diagnóstico de una cardiopatía congénita fetal. En *Whelan*, el feto presentaba una malformación congénita del cerebro y problemas en la formación de otros órganos fetales.
11 *Mellet*, párrs. 7.4 y 7.5.
12 *Id.*, párr. 7.6.
13 *Id.*, párr. 7.7 (citando casos *Llantoy Huamán* y *L.M.R.*).
14 *Id.*, párrs. 7.7 y 7.8.
15 *Id.*, párr. 7.11.

implicaba la responsabilidad del Estado en lo que respecta al trato recibido por la víctima[16], que debía considerarse contrario a la prohibición de infligir tratos crueles, inhumanos o degradantes[17]. El Comité también concluyó que el juicio de ponderación de los intereses del feto frente a los derechos de la mujer presentado por el Estado irlandés no podía aceptarse como justificación ni como circunstancia atenuante de ese trato recibido por la autora[18].

En ambas decisiones, el CDH indicó que Irlanda debía modificar su legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo a fin de garantizar el cumplimiento del PIDCyP. Ello entrañaba, entre otras cuestiones, adoptar medidas para que el personal sanitario esté en condiciones de proporcionar información completa sobre los servicios de aborto sin temor a ser objeto de sanciones penales[19].

Por su parte, en el caso *L.C. c. Perú*[20] (2011), el Comité CEDAW debió analizar un marco fáctico que presentaba un embarazo producto de una violación y de riesgo para la vida de la víctima. En su análisis, el Comité CEDAW realizó ciertas valoraciones sobre los errores del Estado peruano a la hora de valorar de los riesgos para la vida y para la salud mental en un caso de aborto terapéutico que, consideramos, pueden contribuir al análisis del caso de Beatriz.

L.C. era una niña que quedó embarazada como consecuencia de repetidos abusos sexuales sufridos entre los 11 y 13 años de edad. En razón de los abusos y de su miedo al embarazo, L.C. había intentado suicidarse, situación que le causó un severo daño a la columna vertebral con riesgo de discapacidad permanente. En ese contexto, el procedimiento médicamente indicado era una intervención quirúrgica urgente para evitar que se agravara el daño sufrido y la aparición de una discapacidad permanente. Sin embargo, el personal del hospital público suspendió la cirugía debido al embarazo, argumentando la necesidad de prevenir un posible daño al feto[21]. En ese contexto, L.C. solicitó el aborto terapéutico, alegando que la continuación del embarazo ponía en peligro de manera grave y permanente su vida, su salud física y psicológica, y su integridad personal. Sin embargo, la solicitud fue desestimada en tanto las autoridades hospitalarias consideraron que la vida de L.C. no estaba realmente en peligro. Eventualmente, la víctima sufrió un aborto espontáneo y fue operada de sus lesiones, aunque hubo demoras en el inicio de la rehabilitación y terapia física, que resultaron en daños permanentes a su salud[22].

En su examen de fondo, el Comité CEDAW partió de la premisa de que el embarazo fue la causa del retraso de la cirugía de L.C., intervención que era incuestionablemente necesaria y que debía realizarse cuanto antes[23]. El Comité notó especialmente que las autoridades hospitalarias habían omitido tener en cuenta la opinión del Colegio Médico sobre el daño para la salud de L.C., incluida su salud mental, que justificaba un aborto terapéutico[24]. Como resultado, L.C. no tuvo acceso a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería, incluyendo la operación de columna y el aborto terapéutico, lo que resultó tanto más grave en virtud de que se trataba de una niña víctima de abusos sexuales. De acuerdo con la decisión, estos hechos configuraban una violación a la prohibición de discriminación en la esfera de la atención médica[25]. El Comité también concluyó que la decisión de postergar la cirugía de columna debido a su embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre, lo que revelaba una violación de la obligación de tomar medidas para eliminar las prácticas basadas en estereotipos de género[26].

El Comité CEDAW concluyó que el Estado peruano era responsable por no haber reconocido el grave riesgo que representaba el embarazo para la salud física y mental de L.C., y por no haberle proporcionado los servicios médicos adecuados a tiempo. La decisión también notó que la falta de un marco normativo que expresamente habilitara el aborto por causa de abuso sexual había contribuido a la situación en la que se

16 *Whelan*, párr. 7.4.
17 *Id.*, párr. 7.7.
18 *Id.*, párrs. 7,4, 7.7 y 7.12.
19 *Mellet*, párr. 9; *Whelan*, párr. 9.
20 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). "L.C. c. Perú". Doc. de la ONU CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011) (en adelante, "L.C.").
21 *Id.*, párrs. 2.1 a 2.15, y 8.12.
22 *Id.*, párrs. 2.1 a 2.15.
23 *Id.*, párrs. 8.8. y 8.12.
24 *Id.*, párrs. 8.14 y 8.15.
25 *Id.*, párr. 8.15.
26 *Id.*, párr. 8.15.

encontró L.C[27].

b. *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha conocido casos relacionados con obstáculos en el acceso al aborto en situaciones de riesgos para la salud y violencia sexual.

En el caso *Tysiąc vs. Polonia* (2007), el TEDH abordó la situación de Alicja Tysiąc, una mujer polaca que sufría de miopía severa. Durante su tercer embarazo, Tysiąc consultó a tres oftalmólogos, quienes concluyeron que llevar el embarazo a término constituía un grave riesgo para su salud. No obstante, todos los médicos se negaron a emitir una remisión para el aborto, y el jefe del departamento de ginecología y obstetricia de una clínica en Varsovia se negó a interrumpir el embarazo afirmando que no había motivos médicos para un aborto terapéutico. La Sra. Tysiąc no tuvo otra opción que llevar su embarazo a término. Después del parto, la Sra. Tysiąc desarrolló una discapacidad significativa, en tanto su vista se deterioró gravemente[28].

En su sentencia, el TEDH realizó algunas consideraciones sobre el diseño de los marcos normativos relativos al aborto. El Tribunal partió de la premisa de que las normas que regulan la interrupción del embarazo necesariamente inciden en la esfera de la vida privada, en tanto "cuando una mujer está embarazada, su vida privada está estrechamente relacionada con el feto en desarrollo"[29]. La decisión consideró, además, que la vida privada incluye la integridad física y psíquica de la persona, y que los Estados tienen la obligación positiva de adoptar marcos regulatorios diseñados para asegurar el respeto de esa integridad, incluso en las relaciones individuales[30].

Llevado al contexto de aborto, esta obligación positiva implica que los Estados deben establecer mecanismos eficaces y oportunos para salvaguardar la integridad personal cuando se susciten controversias sobre los requisitos de acceso al aborto terapéutico en condiciones de legalidad. El TEDH consideró que, en el caso, el Estado no había cumplido con esa obligación porque no se había demostrado que el derecho polaco tuviera mecanismos eficaces para determinar si se habían cumplido las condiciones para obtener un aborto no punible. Así, declaró la responsabilidad del Estado por violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "CEDH")[31].

En 2010, el TEDH conoció el caso *A, B y C vs. Irlanda*, relacionado con tres mujeres que se vieron obligadas a viajar al Reino Unido para abortar, dada las leyes restrictivas sobre el aborto vigentes en Irlanda. Siguiendo su jurisprudencia anterior, el TEDH recordó que el derecho a la vida privada entraña los derechos a la autonomía personal y a la protección de la integridad física y psíquica[32]. Si bien consideró que ese derecho no puede ser interpretado en el sentido de conferir un derecho al aborto, el TEDH sí concluyó que "la prohibición en Irlanda del aborto cuando se solicita por razones de salud y/o bienestar (…) está comprendida en el ámbito [del] derecho al respeto de [la] vida privada"[33]. Aunque el TEDH decidió otorgar un amplio margen de apreciación al Estado en este contexto, sí aclaró que "una prohibición del aborto para proteger la vida del no nacido no se justifica automáticamente en virtud del [CEDH] sobre la base de una deferencia incondicional a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura madre al respeto de su vida privada es de menor importancia"[34]. En su análisis, el TEDH no encontró violaciones respecto de *A* y *B*, pero sí consideró que el Estado había violado el derecho a la vida privada de *C*. Para llegar a ese resultado, el Tribunal notó que ni la legislación ni la jurisprudencia irlandesa preveían criterios o procedimientos para medir o determinar los riesgos para la vida de la madre, lo que generaba incertidumbre

27 *Id.*, párr. 8.18.
28 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Tysiąc v. Polonia*. App. No 5410/03 (20 de marzo de 2007), párrs. 7-18.
29 *Id.*, párr. 106.
30 *Id.*, párrs.107 y 110.
31 *Id.*, párrs. 116, 118, 124, 128, 130.
32 TEDH. *ABC v. Irlanda*. App. No 25579/05 (16 de diciembre de 2010), párr. 212.
33 *Id.*, párr. 214.
34 *Id.*, párr. 238.

en cuanto a las condiciones de acceso al aborto[35]. Esa incertidumbre, sumada a la falta de recursos efectivos para establecer la existencia de esos riesgos en un caso en concreto, revelaban una violación de la obligación positiva de adoptar marcos regulatorios diseñados para el respeto de la integridad física y psíquica de *C* y, por lo tanto, una violación al artículo 8 del CEDH[36].

En *R.R vs. Polonia* (2011), el TEDH abordó obstáculos en el acceso a pruebas genéticas necesarias para determinar la existencia de una malformación fetal grave. En su sentencia, el Tribunal consideró especialmente que R.R. se encontraba en una situación de gran vulnerabilidad, y que se sintió profundamente angustiada por la información de que el feto podría estar afectado por alguna malformación. Como consecuencia de los obstáculos en el acceso a las pruebas, R.R. tuvo que soportar semanas de dolorosa incertidumbre sobre la salud del feto, su futuro y en cómo ella y su familia podrían garantizar el bienestar de un niño o niña aquejado con una enfermedad incurable. El TEDH observó que ese sufrimiento se vio agravado por el hecho de que los servicios de diagnóstico que había solicitado en un primer momento estuvieron disponibles en todo momento y que tenía derecho, como cuestión de derecho interno, a hacer uso de ellos. De acuerdo con el Tribunal, ese sufrimiento había alcanzado el umbral mínimo de gravedad o severidad exigido por la prohibición de tratos inhumanos o degradantes bajo el artículo 3 del CEDH[37].

Finalmente, en *P y S vs. Polonia* (2012), el TEDH conoció un caso sobre una serie de obstáculos al acceso de una niña al aborto en caso de violación. Las autoridades se habían negado a practicarle la interrupción del embarazo por distintas razones, hasta que finalmente, tras demoras y dilaciones que ocasionaron fuertes dolores y sangrado, el aborto se realizó[38].

En su decisión, el TEDH realizó ciertas caracterizaciones que resultan útiles para la consideración del presente caso. Primero, el Tribunal consideró que, para determinar si una situación alcanza el grado de severidad exigido por el artículo 3 del CEDH, es necesario tener en cuenta los efectos acumulativos del trato recibido por la mujer en estas situaciones[39]. La decisión resaltó la situación de gran vulnerabilidad de una persona que se encuentra atravesando un embarazo producto de una violación[40], y que las autoridades médicas pueden complicar aún más la situación cuando no tienen debidamente en cuenta tanto esa vulnerabilidad como las opiniones y sentimientos de la paciente[41]. En línea con su jurisprudencia anterior, el TEDH volvió a resaltar la obligación positiva de los Estados de proteger la integridad física y psíquica de quien solicita un aborto, y el deber de establecer marcos legales claros que garanticen el acceso efectivo al servicio en los casos permitidos por el ordenamiento jurídico[42]. El TEDH destacó, además, que la posibilidad de conocer cuáles son las condiciones para acceder a un aborto en condiciones de legalidad se encuentra directamente relacionada con el ejercicio de la autonomía personal, y que la naturaleza de las cuestiones implicadas en la decisión de interrumpir o no un embarazo son tales que el factor tiempo reviste una importancia crucial[43].

II. El conflicto de derechos derivado de la prohibición absoluta del aborto y su solución mediante el análisis de proporcionalidad

La criminalización absoluta del aborto, incluso en situaciones extremas, plantea un conflicto entre derechos o intereses que no pueden ser completamente realizados al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias[44]. A los fines de este *amicus*, definimos el conflicto como uno entre el interés del Estado en la protección de la vida prenatal por un lado y, por el otro, los derechos de mujeres como Beatriz, que

35 *Id.*, párr. 253.
36 *Id.*, párrs. 254, 264, 267 y 268.
37 TEDH. *R.R. v. Polonia*. App. No 27617/04 (28 de mayo de 2011), párrs. 153 y 162.
38 TEDH. *P. y S. v. Polonia*. App. No 57375/08 (30 de enero de 2013), párrs. 11-28, 40, 41.
39 *Id.*, párr. 167.
40 *Id.*, párrs. 161 y 162.
41 *Id.*, párrs. 164 y 166.
42 *Id.*, párrs. 96-99.
43 *Id.*, párr. 111.
44 Véase Laura Clérico. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (Querétaro, México, 2018), pág. 32 (citando a Robert Alexy).

atraviesan un embarazo de riesgo para su vida o salud y/o que presenta un diagnóstico de malformación fetal incompatible con la vida extrauterina.

En ese sentido, consideramos que la respuesta a la pregunta sobre la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso plantea la necesidad de que esta Honorable Corte resuelva ese conflicto a través de un juicio de proporcionalidad, tanto en abstracto como en el caso concreto de Beatriz. La jurisprudencia de la Corte IDH ya se ha referido al juicio de proporcionalidad como herramienta aplicable para resolver este tipo de tensiones entre derechos protegidos por la CADH[45]. Como fuera explicado en la sección anterior, tanto el CDH como el TEDH han ocasionalmente utilizado un ejercicio de ponderación similar para resolver la colisión entre derechos provocada por las leyes restrictivas sobre el aborto.

Esta sección del *amicus* propone un desarrollo de los distintos pasos del examen de proporcionalidad, tal y como ha sido entendido por esta Corte en su jurisprudencia, que permite concluir que la penalización del aborto en situaciones extremas limita desproporcionadamente los derechos de la mujer embarazada y es, por lo tanto, contraria a la CADH.

Con ese fin, se dividirá la argumentación en tres partes. Primero, se abordará la pregunta sobre el grado de protección de la vida en gestación bajo la CADH. Luego, se describirán los derechos de la mujer embarazada que entran en tensión con la protección de la vida prenatal cuando se penaliza el aborto de forma absoluta. Por último, una vez precisado el conflicto que debe ser resuelto, se desarrollará cada paso del juicio de proporcionalidad.

a. La protección de la vida en gestación bajo la Convención Americana

A través de la criminalización absoluta del aborto, El Salvador busca proteger la vida en gestación[46]. Sin embargo, los argumentos del Estado presentados ante la CIDH y durante la Audiencia Pública revelan que esta postura se basa se basa, fundamentalmente, en una discrepancia con lo resuelto en el caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica* (2012)[47] (en adelante, "Artavia"). En efecto, el Estado considera que se debe aplicar "el mismo estándar de protección" a la vida en gestación que a la vida de la mujer embarazada[48].

Consideramos que ese punto de partida utilizado por El Salvador para justificar la punición del aborto no resulta consistente con la jurisprudencia interamericana. Ello en tanto los niveles o grados de protección que la CADH otorga a la vida prenatal y a la vida de la mujer embarazada no son idénticos. En efecto, este punto ha sido claramente dilucidado en la sentencia de *Artavia*, en la que esta Honorable Corte debió evaluar si el artículo 4.1 de la CADH obligaba a los Estados a efectuar una protección absoluta de la vida embrionaria[49].

En el marco de esa discusión, la Corte realizó cuatro precisiones teóricas que ponen de manifiesto el error conceptual de la posición del Estado y que, además, tienen una implicancia directa a la hora de analizar la proporcionalidad de la penalización del aborto. Estas precisiones son:

- Primero, que la protección del artículo 4.1 de la CADH comienza desde el momento de la concepción, entendiendo "concepción" como implantación del óvulo fecundado en el útero[50]. Ello resulta de una interpretación conforme al sentido corriente del término.

- Segundo, que el propio texto del artículo 4.1 de la CADH admite excepciones a esa protección. De acuerdo con la sentencia, la interpretación literal del término "en general" indica que dicha expresión

45 Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 (en adelante, "Kimel") (abordando un conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra); Caso Fontevecchia y D'Amico. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (abordando un conflicto entre libertad de expresión y derecho a la vida privada).
46 Asamblea Legislativa de El Salvador y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. "Documentos básicos de la Nueva Normativa Penal, Exposición de Motivos del Código Penal", 3.4.d).
47 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (en adelante, "Artavia").
48 *Informe de fondo*, párr. 13.
49 *Artavia*, párr. 172.
50 *Id.*, párrs. 187 y 189.

se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular[51].

- Tercero, que una interpretación sistemática, histórica, evolutiva y teleológica del artículo 4.1 de la CADH permite determinar el alcance de dichas excepciones a la regla[52]. En particular, una interpretación histórica de la norma revela que la Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948 decidió introducir las palabras "en general" a raíz de las legislaciones de los Estados americanos que permitían el aborto[53]. Esta formulación fue adoptada por voto de la mayoría en 1969 y continua, hasta el presente, como el texto del artículo 4.1 de la CADH[54].

- Cuarto, que los distintos métodos de interpretación de las palabras "en general" llevan a concluir que "la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición **no es absoluta, sino [que] 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"[55]. Este "principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal"[56] fue reiterado por la Corte en distintos párrafos de su decisión en Artavia[57].

En ese sentido, queda de manifiesto que –de acuerdo con la interpretación ya realizada en *Artavia*– el artículo 4.1 de la CADH simplemente no otorga "el mismo estándar de protección"[58] a la vida prenatal que a la vida de la mujer embarazada. La misma interpretación también habilita el juicio de proporcionalidad que, consideramos, esta Corte debe utilizar para la resolución del caso de Beatriz: si la protección de la vida en gestación es gradual e incremental y no absoluta, entonces puede y debe ser ponderada con otros derechos que entran en tensión con este bien jurídico cuando se castiga al aborto en todos los casos.

b. Los derechos o intereses que entran en conflicto a partir de la penalización absoluta del aborto en situaciones extremas

Con la criminalización absoluta del aborto, incluso en circunstancias extremas, el interés estatal en proteger la vida en gestación entra en tensión con una serie de derechos de la mujer embarazada, protegidos por la CADH. Esta sección se limita a enunciar y describir brevemente esos derechos, y la forma en la que se ven afectados por las leyes restrictivas del aborto.

i. La dignidad de la persona humana (artículo 11.1 de la CADH)

En su jurisprudencia, esta Honorable Corte se ha referido a la dignidad explícitamente como un derecho y ha declarado su violación[59]. Específicamente en el caso *I.V. vs. Bolivia* (2016), esta Corte consideró que el reconocimiento de la dignidad exige que toda persona tenga la posibilidad de autodeterminarse y prohíbe "toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida"[60].

El derecho comparado de la región ofrece ejemplos de cómo la penalización del aborto en casos extremos es una forma de instrumentalización contraria a la dignidad humana. Por ejemplo, en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que imponer un embarazo forzado a las víctimas de violencia sexual equivale a dejar de considerarlas como un fin en sí mismo y tratarlas meramente como un medio para otros fines, en tanto implica "exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien

51 *Id.*, párr. 188.
52 *Id.*, párrs. 189, 190
53 *Id.*, párr. 204.
54 *Id.*, párr. 211.
55 *Id.*, párr. 264.
56 *Id.*, párr. 315
57 *Id.*, párrs. 256, 264, 315.
58 *Informe de fondo*, párr. 13.
59 Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 149.
60 *Id.*, párr. 150.

colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar"[61]. En Colombia, la Corte Constitucional también utilizó el argumento de la dignidad para plantear que el legislador debe sancionar normas que no priven de sentido a los derechos de las niñas y mujeres. Así, sostuvo que la ley penal "no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especia humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear"[62].

ii. El derecho a la vida de la mujer embarazada (artículo 4.1 de la CADH)

La Corte IDH ha considerado que el derecho a la vida comprende el derecho a que no se generen condiciones que impidan o dificulten el acceso a una existencia digna. También ha dicho que los Estados tienen el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la protección del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad o de riesgo especial, real e inmediato para la vida[63]. Resulta necesario que las autoridades adopten las medidas necesarias para prevenir o evitar esos riesgos para la vida[64].

La criminalización del aborto en situaciones extremas resulta, a todas luces, entra en tensión con ese deber de prevenir riesgos para la vida y proteger una existencia digna. Ello en tanto negar el acceso al aborto legal y seguro a quienes se encuentran en estas situaciones extremas puede poner en riesgo su vida, tal y como ha quedado de resalto en el caso de Beatriz. En ese sentido, una legislación que obliga a las personas a continuar con un embarazo de riesgo vital no previene potenciales afectaciones al derecho a la vida, sino que es la propia causa de esos peligros. Al mismo tiempo, una legislación de este tipo crea y perpetúa las circunstancias que llevan a que se practiquen aborto en condiciones peligrosas para la vida[65].

Este último tipo de riesgos para la vida ha sido documentado por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, "OMS"), que consideró que el porcentaje de abortos que se practican en condiciones peligrosas está directamente relacionado con el grado de punición de las leyes que regulan este servicio[66]. Dicho de otra forma, las restricciones legales llevan a muchas mujeres a procurar servicios en otros países, o de profesionales no capacitados o en condiciones no higiénicas, lo que las expone a un riesgo significativo de muerte o discapacidad[67]. La OMS estima que, cada año, entre el 4,7% y el 13,2% de las muertes maternas a nivel global pueden atribuirse a abortos inseguros[68].

Algunos mecanismos de protección de derechos humanos también se han referido a este tipo de riesgos para la vida, tanto en abstracto como en el contexto específico de El Salvador[69]. Por ejemplo, el Comité CEDAW ha expresado que "el aborto inseguro es una causa principal de mortalidad y morbilidad materna"[70]; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "Comité DESC") ha sostenido que la negativa a practicar abortos es muchas veces causa de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, es una violación del derecho a la vida o la seguridad[71]; y el Comité de los Derechos del también ha expresado que "el riesgo de muerte y enfermedad durante la adolescencia es real, entre otras razones por causas

61 Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", F. 259. XLVI (13 de marzo de 2012), considerando 16.
62 Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-355-2006 (10 de mayo de 2006), pág. 235.
63 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 162-163 y 217; Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 161-162.
64 Corte IDH. Caso Hermanos Landeata Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014, párr. 184.
65 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 26.
66 *Id.*, párr. 25 (citando a la Organización Mundial de la Salud).
67 Organización Mundial de la Salud (OMS). *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud* (Ginebra, 2012), pág. 23. Véase también OMS. *Directrices sobre la atención para el aborto* (Ginebra, 2022), págs. 1-3.
68 OMS. "Aborto" (25 de noviembre de 2021). Disponible en https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion; *Directrices sobre la atención para el aborto* (Ginebra, 2022), págs. 1-3.
69 Véase, por ejemplo, Comité CEDAW. *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador*. Doc. de la ONU CEDAW/C/SLV/CO/8-9 (9 de marzo de 2017), párrs. 38 y 39.
70 Comité CEDAW, "Declaración del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: CIPD después de 2014" (Statement of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on sexual and reproductive health and rights: Beyond 2014 ICPD review) (2014), pág. 2.
71 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C.12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 10.

evitables, como (...) abortos peligrosos"[72].

Especialmente, su *Observación General Nº 36* (2018) sobre el derecho a la vida, el CDH claramente estableció que "[a]unque los Estados partes pueden adoptar medidas para regular la interrupción voluntaria del embarazo, estas no se deben traducir en la violación del derecho a la vida de la mujer o la niña embarazada, ni de los demás derechos que se les reconocen en el Pacto" y que, por lo tanto, "las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida"[73].

Para la realización de la existencia digna, también resulta necesario que existan condiciones mínimas para que las personas desarrollen un proyecto de vida. Al respecto, esta Honorable Corte ha señalado que "el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino"[74]. Nuevamente, la criminalización absoluta del aborto, incluso en circunstancias extremas, atenta contra esta dimensión del derecho a la vida, en la medida en que prioriza de forma absoluta la protección de la vida prenatal, y anula completamente la libertad de la mujer de elegir si continuar con un embarazo de acuerdo con su proyecto de vida.

iii. El derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 5.2 de la CADH)

Esta Honorable Corte ha repetidamente señalado que la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado. Tal y como lo han considerado el TEDH, el CDH y el Comité CEDAW en las decisiones previamente citadas en este *amicus*, las restricciones al aborto en situaciones extremas pueden someter a las mujeres a sufrimientos físicos y/o mentales que alcanzan el umbral de severidad necesario para la existencia de un trato cruel, inhumano o degradante[75].

Otras fuentes permiten arribar a la misma conclusión. Por ejemplo, el Comité DESC ha indicado que la negativa a practicar abortos puede, en determinadas circunstancias, constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes[76]. El Comité contra la Tortura ha entendido que la ausencia de una excepción por violencia sexual implica para las mujeres "una constante exposición a las violaciones cometidas contra ellas, lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos, tales como ansiedad y depresión".[77] La OMS también ha indicado que "la protección de las mujeres contra los tratos crueles, inhumanos y degradantes requiere que quienes quedan embarazadas como resultado de actos sexuales forzados o no consentidos puedan acceder legalmente a servicios de aborto seguro"[78].

A nivel interamericano, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) ha considerado que "el obligar a una mujer a continuar con su embarazo, especialmente cuando éste es producto de una violación, o cuando la vida o salud de la mujer está en riesgo, constituye una forma de violencia institucional, y puede constituir una forma de tortura, en violación al artículo 4 de la Convención"[79].

iv. El derecho a la salud (artículo 26 de la CADH)

De acuerdo con esta Honorable Corte, el derecho a la salud encuentra protección en el artículo 26 de la CADH como un derecho autónomo y justiciable[80]. La criminalización absoluta del aborto colisiona con este derecho en, por lo menos, dos sentidos.

72 Comité de los Derechos del Niño. *Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*. Doc. de la ONU CRC/C/GC/20 (6 de diciembre de 2016), párr. 13.
73 CDH. *Observación general núm. 36 (2019) sobre el derecho a la vida*. Doc. de la ONU CCPR/C/GC/36 (3 de septiembre de 2019), párr. 8.
74 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 15; Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997, párr 8.
75 Véase sección I de este *amicus*.
76 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C.12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 10.
77 Comité contra la Tortura (CCT). *Observaciones finales sobre el informe inicial de Nicaragua*. Doc. de la ONU CAT/C/NIC/CO/1 (10 de junio de 2009), párr. 16.
78 OMS. *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems* (Ginebra, 2012), pág. 92.
79 Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, Doc. de la OEA OEA/Ser.L/II (2015), párr. 111.
80 Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párrs. 105-110.

Primero, la criminalización atenta contra las libertades que hacen parte del derecho a la salud, al limitar el acceso a los medios necesarios para ejercer estas libertades. En *I.V. vs. Bolivia* (2016), esta Corte consideró que la salud sexual y reproductiva es una expresión de la salud que se relaciona (i) con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva; y (ii) con el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva que permitan a las mujeres ejercer el derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos[81]. Al interpretar el contenido de este derecho, el Comité DESC ha conceptualizado al aborto como parte de esa serie de servicios de atención de la salud sexual y reproductiva[82].

En ese sentido, la criminalización absoluta del aborto atenta contra la disponibilidad de un servicio necesario para el pleno ejercicio de la autonomía y libertad reproductiva, y crea las condiciones que llevan a las mujeres a procurar el mismo servicio en condiciones inadecuadas o de mala calidad[83].

Segundo, la protección absoluta de la vida en gestación en situaciones extremas puede resultar en impactos adversos para la salud física y mental de las mujeres embarazadas con distintos niveles de severidad. Por ejemplo, para el caso específico de embarazos anencefálicos, la prohibición del aborto puede resultar en una serie de riesgos para la salud física que incluyen polihidramnios, hipotensión postural, hipertensión, ruptura prematura de membranas, parto podálico u otras formas de distocia y embolismos amnióticos[84]. Los potenciales riesgos para la salud mental son una consecuencia de la presión acumulada y de la intensa estigmatización, e incluyen angustia, depresión grave, estrés postraumático[85] y otros tipos de sufrimientos mentales[86]. Algunos de estos impactos adversos han sido resaltados por el TEDH, el CDH, y el Comité CEDAW en la jurisprudencia anteriormente citada, pero también han quedado de resalto en el marco fáctico del caso de Beatriz.

v. El derecho a la igualdad y no discriminación (artículos 1.1 y 24 de la CADH)

De acuerdo con el criterio de la Corte IDH, el principio de igualdad exige que los Estados se abstengan de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos[87]. La criminalización absoluta del aborto entra en conflicto el principio de igualdad, en tanto crea una situación de discriminación *de jure* y *de facto*.

Desde la dimensión más formal de la igualdad, y siguiendo los pronunciamientos del Comité CEDAW y del Comité DESC, es posible argumentar que las leyes que penalizan el aborto no son neutrales, sino que realizan una diferencia de trato entre hombres y mujeres. Ciertamente, constituyen un obstáculo legal al acceso a un procedimiento necesario para responder a necesidades de salud que son específicas de las mujeres y distintas de las de los hombres[88]. En los ya citados casos *Whelan* y *Mellet*, el CDH también sugirió que, cuando se criminaliza el aborto por inviabilidad fetal, la ley crea otro tipo de diferencia de trato entre (i) las mujeres que deciden llevar la gestación a término y que, por lo tanto, siguen recibiendo la protección plena del Estado y del sistema público de atención de salud; y (ii) las mujeres que deciden interrumpir el embarazo debiendo, para ello, procurar el servicio al margen de la ley y de la protección del sistema público de salud o viajar a otra jurisdicción donde la conducta sea legal[89].

Existen razones para considerar que esta diferenciación no es objetiva ni razonable. Como mínimo, se basa en la idea de protección absoluta de la vida prenatal que, como fuera explicado, es inconsistente con el

81 Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 157.
82 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C.12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párrs. 13, 21, 28, 45 y 57.
83 *Id.*, párr. 21.
84 Human Rights Watch. *Tengo derechos, y tengo derecho a saber. La falta de acceso al aborto terapéutico en el Perú* (2008), nota al pie 15.
85 *Id*; Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 27.
86 Véase sección I de este *amicus* (detallando decisiones de órganos de tratados que valoraron distintos tipos de sufrimientos mentales en este contexto).
87 *Artavia*, párr. 286.
88 Véase Comité CEDAW. *Recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud*. Doc. de la ONU A/54/38/Rev.1, cap. I (2 de febrero de 1999), párr. 11; Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C.12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 25.
89 *Mellet*, párr. 7.11.

estándar de *Artavia*. Al mismo tiempo, la penalización a menudo responde a estereotipos que son, en sí mismos, discriminatorios, incluyendo la idea de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre[90] o la noción de que las mujeres son simples instrumentos de reproducción de la especie humana[91].

Pero el análisis sobre discriminación exige tener en cuenta que la penalización del aborto en todos los casos puede crear situaciones de discriminación *de facto* a partir de su impacto diferenciado en ciertos grupos. Ello requiere, a su vez, examinar la confluencia de múltiples factores de discriminación, o interseccionalidad, como el género, el estado de salud y la posición socioeconómica. Esta Honorable Corte ya ha realizado un análisis similar en *Artavia* y en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015) [92].

Específicamente en *Artavia*, la Corte analizó la discriminación en relación con el género y la situación económica. Por un lado, señaló que la prohibición de algunos tratamientos de reproducción asistida tenía un impacto desproporcionado sobre las mujeres. Esto porque, a pesar de que la prohibición de la fertilización *in vitro* pareciera neutral, la técnica se relacionaba especialmente con el cuerpo de las mujeres[93]. Por otro lado, sostuvo que había un impacto desproporcionado en las personas que no contaban con recursos económicos para practicar el procedimiento en el extranjero[94].

Lo mismo ocurre con la prohibición del aborto en todas las circunstancias. Como fuera recientemente explicado por la Corte Constitucional de Colombia, la evidencia y los datos disponibles demuestran que "las mujeres denunciadas por el delito de aborto consentido y quienes más graves consecuencias sufren en su salud por la práctica irregular de ese procedimiento están expuestas a factores interseccionales de discriminación que incrementan su condición de vulnerabilidad"[95]. Con base en esa información, la Corte colombiana concluyó que el tipo penal de aborto "impacta de manera diferente –evidentemente más desproporcionada– a las mujeres más vulnerables por su condición socioeconómica, su origen rural, su edad o su situación migratoria, entre otros factores" ya que[96]. Este impacto desproporcionado en las mujeres y, sobre todo, en aquellas en situación de pobreza o desventaja socioeconómica[97] también ha quedado de resalto en el marco fáctico del caso Beatriz.

Por último, cabe aclarar que estas consideraciones tienen un impacto directo en el juicio de proporcionalidad que el caso de Beatriz exige, especialmente en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto que realizaremos más adelante. Ciertamente, el sexo, el género y la posición socioeconómica son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH que exigen un escrutinio estricto o un análisis especialmente exigente[98].

c. *El análisis de proporcionalidad aplicado al conflicto de derechos derivado de la penalización absoluta del aborto en El Salvador*

Siguiendo las consideraciones anteriores, la penalización del aborto en casos extremos genera un conflicto entre, por un lado, el interés estatal en proteger la vida prenatal y, por el otro, los derechos de la mujer embarazada a la dignidad, a la vida, a estar libre de tratos crueles, a la salud y a la no discriminación. El juicio de proporcionalidad es la herramienta más adecuada para solucionar dicho conflicto. Tal y como fuera indicado por esta Honorable Corte en el caso *Kimel vs. Argentina* (2008), en la medida en que ninguno de estos derechos o intereses son absolutos,

90 *L.C.*, párr. 8.15.
91 Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-355-2006 (10 de mayo de 2006), pág. 235.
92 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 290 (notando que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH).
93 *Artavia*, párr. 299.
94 *Id.*, párr. 303.
95 Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-055 (21 de febrero de 2022), párr. 349.
96 *Id.* Véase también párrs. 350, 535 y 536.
97 CIDH. Comunicado de Prensa No. 335/2019: CIDH presenta observaciones preliminares de su visita in loco a El Salvador, San Salvador, 27 de diciembre de 2019.
98 Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 240

> "(...) la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio"[99].

En ese contexto, la Corte IDH estructuró el juicio de proporcionalidad en cuatro pasos: (i) el *interés legítimo*, o el estudio de si la medida sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención Americana; (ii) la *idoneidad* de la medida para lograr la finalidad perseguida; (iii) la *necesidad* de tal medida; y (iv) la *estricta proporcionalidad* de la medida, esto es, si la misma garantiza de forma amplia el interés legítimo sin hacer nugatorios otros derechos[100].

Buscando contribuir a las discusiones al interior de la Corte Interamericana, esta sección del *amicus* aplica el juicio de proporcionalidad a la criminalización absoluta del aborto en El Salvador. Se presenta el desarrollo de cada uno de los pasos, tanto en abstracto como aplicados al caso de Beatriz, que permiten concluir que la criminalización absoluta del aborto no satisface a cabalidad ninguno de los elementos que integran el juicio de proporcionalidad.

i. Interés legítimo

Este paso de análisis exige estudiar si la medida en cuestión persigue un interés legítimo, imperioso y compatible con la Convención Americana[101]. Como quedó de resalto en el proceso ante la CIDH y durante la Audiencia Pública, con la criminalización absoluta del aborto, El Salvador busca proteger la vida del feto.

A primera vista, ese objetivo resultaría compatible con el artículo 4.1 de la CADH que protege la vida, en general, a partir del momento de la concepción. Sin embargo, cabe recordar que –de acuerdo con los distintos métodos interpretativos utilizados en *Artavia*– lo que ese artículo de la Convención reconoce como legítimo es la protección gradual e incremental de la vida prenatal[102], y no absoluta.

Un tipo penal que no prevé excepciones y que, por lo tanto, da lugar a la aplicación del poder punitivo del Estado en todos los casos y circunstancias constituye una medida que, en esencia, persigue la protección absoluta del bien jurídico tutelado – en este caso, la vida prenatal. Dicho de otro modo, **una norma penal que castiga la interrupción del embarazo en cualquier momento de la gestación, y sin considerar las posibles situaciones extremas a las que pueda verse enfrentada una mujer embarazada, es difícilmente compatible con la idea de que la protección de la vida prenatal debe hacerse de forma incremental y gradual según su desarrollo**.

Por esos motivos, no consideramos que el sistema común de penalización del aborto en El Salvador persiga un fin legítimo compatible con la CADH. La Corte IDH podría concluir su examen en esta sección, siguiendo su aproximación a este paso del test en el caso *Artavia.* Sin embargo, en caso de que la Corte IDH determine que, en términos generales, la protección de la vida en gestación en los términos en que se protege en el ordenamiento salvadoreño sí es una finalidad legítima, procedemos a proponer una aproximación a los siguientes pasos del análisis de proporcionalidad.

ii. Idoneidad

Si la Corte considerara que la medida persigue un fin compatible con la CADH, lo segundo que se debe indagar es si la misma constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de ese objetivo[103]. Se trata de evaluar la adecuación técnica o la relación de fomento entre el fin legítimo y el medio

99 *Kimel*, párr. 51.
100 *Id.*, párr. 58.
101 *Id.*, párr. 70; Caso Pavez Pavez vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022, párr. 69.
102 *Artavia*, párr. 264.
103 *Kimel*, párr. 70.

elegido para alcanzarlo[104].

La criminalización absoluta del aborto no resulta un medio idóneo para la protección de la vida en gestación. Existe evidencia suficiente que revela que la criminalización no es un medio idóneo para fomentar, de forma cuantitativa o cualitativa[105], la protección de la vida en gestación a través de la reducción de las tasas de aborto. Efectivamente, la evidencia empírica sugiere fuertemente (i) que la penalización del aborto no reduce la tasa de abortos; y (ii) que la penalización genera tasas más altas de abortos inseguros; y (iii) que la despenalización del aborto no genera un aumento en las tasas generales de aborto, sino que, de hecho, podría conducir a una reducción de las tasas de aborto a largo plazo.

En cuanto al primer punto, un estudio publicado en *The Lancet* en 2020 encontró que, en los países en los que el aborto se encuentra legalmente restringido, la tasa promedio anual de embarazos no deseados fue de 73 por cada 1000 mujeres en 2015-2019[106]. Esta tasa fue similar entre estos países, independientemente del grado de restricción legal sobre el aborto[107]. Por el contrario, donde el aborto es ampliamente legal, la tasa de embarazo no deseado fue menor, de 58 por cada 1000 mujeres. Al mismo tiempo, el estudio encontró que la tasa de aborto es más alta en países que restringen legalmente el aborto (36 por cada 1000 mujeres) que en países donde el aborto es ampliamente legal (excluyendo China e India[108]) (26 por cada 1000 mujeres)[109]. En esencia, el estudio sugiere que donde el aborto es legal en general, tanto la tasa de embarazos no deseados como la tasa de abortos es menor por cada 1.000 mujeres en edad reproductiva cuando se la compara con los países en los que el aborto está legalmente restringido[110]. Por último, el estudio notó que "[d]e 1990-95 a 2015-19, la tasa de aborto disminuyó en un 43% en entornos donde el aborto es legal en términos generales, excluyendo China e India. La tasa de aborto aumentó un 12% en países que restringen mucho el acceso al aborto"[111].

Estudios anteriores han observado tendencias similares. Por ejemplo, un estudio de 2008 observó que las tasas de aborto más bajas se encontraron en países donde las leyes de aborto son más permisivas, incluyendo países de Europa occidental como Holanda, Bélgica, Alemania y Suiza. En estos países, la tasa de aborto osciló entre 7 y 9 por cada 1.000 mujeres de 15 a 44 años. Por el contrario, en países donde el aborto está legalmente restringido, la tasa de aborto fue de tres a cinco veces mayor (p. ej., 29/1000 mujeres en Pakistán, 27/1000 mujeres en Filipinas y 46/1000 mujeres en Kenia)[112].

Respecto al segundo punto, la investigación empírica muestra que las mujeres y las niñas que se enfrentan a un embarazo no deseado muy probablemente recurrirán a un aborto inducido, independientemente de la ley[113]. Debido a que estos abortos se realizan en gran parte en secreto o de forma clandestina, suelen ser realizados con métodos peligrosos, condiciones antihigiénicas y con poca o ninguna supervisión médica[114]. Ciertamente, un artículo publicado en *The Lancet* en 2017 observó que "la proporción de abortos inseguros [es] significativamente mayor en países con leyes de aborto altamente restrictivas que en aquellos con leyes menos restrictivas"[115]. Estos investigadores encontraron que en los 57 países donde el aborto estaba disponible a demanda, el 87,4% de todos los abortos fueron seguros. En cambio, en los 62 países donde el aborto estaba completamente prohibido o en circunstancias limitadas, solo el 25,2% de todos los abortos

104 Laura Clérico. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (Querétaro, México, 2018), pág. 37.
105 Un aspecto cualitativo refiere a que la criminalización fomente *más* protección de la vida prenatal, comparado con otras medidas alternativas. El aspecto cualitativo refiere a que la criminalización fomente *mejor* protección de la vida que otras alternativas. Véase Laura Clérico. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (Querétaro, México, 2018), pág. 37, nota al pie 13.
106 Jonathan Bearak, Anna Popinchalk, Bela Ganatra, et al. "Unintended Pregnancy and Abortion by Income, Region, and the Legal Status of Abortion: Estimates from a Comprehensive Model for 1990-2019", *The Lancet* (22 de julio de 2020), pág. e1158. Disponible en: https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(20)30315-6/fulltext.
107 *Id.*
108 *Id.* (los datos fueron excluidos de la comparación debido a sus grandes poblaciones, que hacían que las cifras no fueran comparables con otros países).
109 *Id.*, págs. e1157-e1158.
110 *Id.*
111 *Id.*, pág. e1155.
112 Anibal Faúndes y Iqbal H. Shah. "Evidence Supporting Broader Access to Safe Legal Abortion", *Int'l J. of Gynecology and Obstetrics*, vol. 131 S56-S59 (2015) (citando Gilda Sedgh et al. "Legal Abortion Worldwide in 2008: Levels and Recent Trends", *Int'l Perspectives on Sexual and Reproductive Health,* vol. 37 (2011)).
113 *Id.* (citando Rubina Hussain. "Abortion and Unintended Pregnancy in Kenya", *In Brief*, Series 2012, No. 2, Guttmacher Institute (2012)).
114 *Id.* (citando OMS. *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008*, 6.ª ed. (Ginebra, 2011)).
115 Dr. Bela Ganatra, MD et al. "Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010–14: estimates from a Bayesian hierarchical model", *The Lancet,* vol. 390 no. 10110 (2017), pág. 2379. Los autores también indicaron que el nivel de desarrollo de un Estado (incluido el desarrollo de los sistemas de salud y la infraestructura) también incide en las tasas de aborto inseguro.

fueron seguros. En los países legalmente restrictivos, casi uno de cada tres abortos fue clasificado como "menos seguro"[116].

Un informe publicado por la OMS en 2008 sobre el aborto inseguro y la mortalidad materna también estimó que, con la excepción de Europa del Este, las regiones con leyes de aborto menos restrictivas tienen bajas tasas de abortos inseguros (o ninguno). Las regiones con leyes de aborto restrictivas generalmente tienen tasas más altas de aborto inducido en general, y también tasas significativamente más altas de abortos inseguros[117].

Por último, en lo relativo al tercer punto, un estudio publicado en 2015 también explica que la despenalización del aborto no aumenta la tasa de aborto, como podría suponerse; de hecho, generalmente conduce a una disminución en la tasa de abortos a largo plazo[118]. En algunos países, como Francia e Italia, hubo un leve aumento temporal en las cifras de aborto después de la despenalización[119]. Sin embargo, después de dos o tres años, la tasa de aborto disminuyó continuamente desde 1980 hasta 1996[120]. El estudio propone que la razón del aumento inicial puede deberse a que los abortos no eran debidamente registrados cuando la conducta se encontraba criminalizada[121]. Este también puede haber sido el caso en Turquía, que legalizó el aborto en 1983[122]. La cantidad de abortos aumentó de 12,1 a 23,6 por cada 100 embarazos de 1983 a 1988[123]. Sin embargo, la tasa de abortos comenzó a disminuir constantemente, hasta 10 abortos por cada 100 embarazos en 2008[124].

La despenalización del aborto también resulta en tasas más bajas de mortalidad materna por aborto inseguro. En un estudio publicado en 2008, la OMS descubrió que las bases legales más amplias para el aborto resultaron en menos muertes por aborto inseguro. El mismo estudio señaló que el número de muertes maternas disminuye con cada paso hacia leyes de aborto más liberales. De hecho, los países que casi no registran muertes por aborto inseguro son aquellos que permiten el aborto a demanda sin restricciones[125].

Un estudio más reciente publicado en *BMC Women's Health* llegó a la misma conclusión. Con base en un gran estudio de las leyes de aborto de 162 países de 1985 a 2013, los investigadores encontraron que la tasa de mortalidad materna disminuyó a medida que un país liberalizaba sus leyes de aborto[126]. De acuerdo con el estudio, ello explica porque cuando el aborto es legal y accesible dentro del sistema de salud, la calidad de los servicios de aborto mejora y, por lo tanto, se reduce la incidencia de abortos inseguros[127].

Por ejemplo, después de que Rumania modificara su ley para permitir el aborto, la tasa de mortalidad materna se redujo a la mitad en solo dos años: de 170 muertes por cada 100.000 nacidos vivos en 1989 a 75 muertes por cada 100.000 nacidos vivos en 1991[128]. De manera similar, después de que Sudáfrica aprobara la Ley de Elección de la Interrupción del Embarazo que permitía el aborto a pedido, el número de muertes se redujo en un 91% en poco tiempo: de 425 muertes en 1994 a un promedio de 40 muertes por año después de la aprobación de la ley[129]. Portugal también experimentó una disminución en sus tasas de mortalidad y morbilidad maternas después de 200, en tanto se registraron 14 muertes por aborto entre 2001 y 2007 (antes de la reforma de la ley) y solo dos muertes después de la reforma de la ley[130].

116 *Id.*
117 OMS. *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008*, 6.ª ed. (Ginebra, 2011), pág. 6.
118 Anibal Faúndes y Iqbal H. Shah. "Evidence Supporting Broader Access to Safe Legal Abortion", *Int'l J. of Gynecology and Obstetrics*, vol. 131 S56-S59 (2015), pág. S57.
119 *Id.*, págs. S57-S58.
120 *Id.*
121 *Id.*
122 *Id.* El estudio también nota que, en las encuestas, existe una tendencia al subregistro de abortos cuando a las mujeres se les pregunta directamente sobre sus experiencias de aborto.
123 *Id.*, pág. S58.
124 *Id.*
125 OMS. *The World Health Report 2008: Primary Health Care: Now More Than Ever* (Ginebra, 2008), págs. 3 y 65, gráfico 4.1.
126 Su Mon Latt, Allison Milner y Anne Kavanagh. "Abortion Laws Reform May Reduce Maternal Mortality: An Ecological Study in 162 Countries", *BMC Women's Health* (2019), pág. 5.
127 *Id.*
128 Anibal Faúndes y Iqbal H. Shah. "Evidence Supporting Broader Access to Safe Legal Abortion", *Int'l J. of Gynecology and Obstetrics*, vol. 131 (2015), págs. S56 y S57.
129 *Id.*
130 Lisa Ferreira Vicente. "The woman's choice for abortion: the experience in Portugal with implementation of the National Network", *Cadernos de Saúde Pública* (2020), pág. 3.

Las posibilidades de que se reduzcan los abortos en este contexto también pueden estar asociadas a que, junto con la despenalización progresiva del aborto, se adopten políticas públicas integrales capaces de reducir el embarazo no deseado y, por ende, el aborto. Este punto será desarrollado en más detalle a continuación, en el paso de necesidad.

iii. Necesidad

En el punto anterior hemos explicado por qué la criminalización no resulta *per se* idónea para reducir la tasa de abortos. Sin perjuicio de ello, el análisis de necesidad de la medida requeriría examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas[131]. La criminalización del aborto tampoco es necesaria en este sentido, en tanto existen otras alternativas distintas y menos lesivas para prevenir los embarazos no deseados y, por consiguiente, los abortos.

Como punto de partida, cabe considerar que el uso del derecho penal es, en sí mismo, el medio más restrictivo y severo posible para alcanzar un interés estatal legítimo[132]. Por el contrario, existe una amplia gama de medidas no punitivas que han demostrado ser efectivas en la prevención de embarazos no deseados. Estas medidas incluyen el acceso a información sobre salud sexual y reproductiva, la educación sexual integral, el acceso a métodos de anticoncepción modernos y efectivos, y las políticas destinadas a la prevención de la violencia sexual.

En este sentido, cabe mencionar un estudio de 2015 que concluyó que la mejora en el acceso a la información, a servicios de planificación familiar y a servicios efectivos de anticoncepción conducen a una disminución en la tasa de embarazos no deseados. El acceso a estos servicios por parte de las mujeres que se han sometido a un aborto también reduce significativamente el riesgo de un embarazo no planificado posterior y, por lo tanto, la probabilidad de repetir el aborto[133]. Otro estudio controlado realizado por Ipas e investigadores de la Universidad de Zimbabue entre 1996 y 1997 encontró que las mujeres de ese país que recibieron servicios de consejería y anticoncepción después de haberse sometido a un aborto tenían un 50% menos de probabilidades de repetir el aborto al año siguiente en comparación con mujeres en situaciones similares que no recibió consejería post-aborto y anticoncepción[134]. De las 276 mujeres que recibieron consejería post-aborto y servicios anticonceptivos (el grupo de intervención), solo el 2,5% experimentó un aborto repetido dentro de un año[135]. Al contrario, de las 281 mujeres que no recibieron consejería post-aborto o servicios de anticoncepción (el grupo de control), el 5,3% experimentó un nuevo aborto dentro de un año[136].

Otro estudio del Instituto Guttmacher publicado en *The Lancet* en 2012 mostró que, entre 1995 y 2008, hubo una disminución repentina y dramática en las tasas de aborto en Europa del Este que coincidió con un mejor acceso a anticonceptivos modernos seguros y efectivos[137]. Una vez que la anticoncepción moderna dejó de ser limitada y se volvió accesible, la tasa de aborto se redujo en un 50%: de 90 por 1000 mujeres en 1995 a 43 por 1000 mujeres en 2008. El número absoluto de abortos en Europa del Este también se redujo de 6,2 millones en 1995 a 2,8 millones en 2008[138].

Por último, una publicación de 2019 de High Impact Practices in Family Planning (HIP) explicó que, cuando se ofrece una variedad de métodos anticonceptivos gratuitos, la aceptación de la planificación familiar posterior al aborto aumenta rápidamente, lo que lleva a reducciones en los embarazos no deseados y los abortos repetidos[139]. Esta conclusión se basó en una revisión de evidencia de los últimos 20 años y también

131 *Kimel*, párr. 74.
132 *Id.*, párr. 76.
133 Anibal Faúndes y Iqbal H. Shah. "Evidence Supporting Broader Access to Safe Legal Abortion", *Int'l J. of Gynecology and Obstetrics*, vol. 131 (2015), págs. S56 y S58.
134 Brooke R. Johnson et al. "Reducing Unplanned Pregnancy and Abortion in Zimbabwe through Postabortion Contraception", *Studies in Family Planning*, vol. 33 (Junio de 2002).
135 *Id.*, pág. 200, gráfico 2.
136 *Id.*
137 Gilda Sedgh, et al. "Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008", *The Lancet* (18 de febrero de 2012), pág. 628.
138 *Id.*, pág. 627.
139 High Impact Practices in Family Planning (HIP). *Postabortion family planning: a critical component of postabortion care* (Washington, D.C., 2019), pág. 3. Disponible en: https://www.fphighimpactpractices.org/wp-content/uploads/2020/03/Postabortion-Family-Planning-EN.pdf.

es consistente con revisiones sistemáticas anteriores[140].

iv. Proporcionalidad en sentido estricto

En este último paso del análisis, en caso de que la Corte IDH estime pertinente realizar un análisis completo de proporcionalidad, se considera si la medida resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen. En otros términos, la medida debe ser proporcional al interés que la justifica y no limitar otros derechos más de lo estrictamente necesario[141]. Este análisis exige, a su vez, analizar (i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario perseguido por el Estado; y (iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción de los otros derechos[142].

La criminalización absoluta del aborto en El Salvador no satisface este examen de proporcionalidad estricta ya que, en situaciones extremas, resulta en una **grave** afectación de los derechos de la mujer embarazada y en una imposición de cargas excesivas y razonablemente inexigibles. Todo ello a costas de la protección absoluta de la vida prenatal que, como fuera explicado, no resulta justificado bajo el artículo 4.1 de la CADH de acuerdo con la línea jurisprudencial de *Artavia*.

1. Ponderación en abstracto

Distintos tribunales europeos y de la región han coincidido en afirmar que la criminalización del aborto en situaciones extremas no es estrictamente proporcional al interés de proteger la vida prenatal ya que, en esas circunstancias, resulta en una carga inexigible para la mujer embarazada que anula o limita severamente sus derechos fundamentales[143]. Una medida como la salvadoreña supone una prevalencia absoluta de la vida prenatal por sobre los derechos de la mujer embarazada, independientemente del grado de desarrollo de esa vida prenatal, lo que no sólo resulta injustificado a partir del estándar de Artavia sino que es, a todas luces, exagerado o desmedido en relación a las ventajas de la criminalización – especialmente si se considera que, en abstracto, la criminalización no es una medida idónea para proteger la vida prenatal[144].

Especialmente en los casos de riesgo para la vida o salud de la mujer, la protección de la vida prenatal entra en conflicto con, al menos, sus derechos a la dignidad y a la salud, ambos en relación con la autonomía reproductiva, que resultan esencialmente anulados, y a la igualdad. En algunos casos, los peligros asociados a la continuación del embarazo pueden llevar a afectaciones más intensas al derecho a la salud y al derecho a la vida de la mujer, o resultar en situaciones que alcanzan el grado de severidad de, al menos, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Siguiendo el argumento utilizado por esta Corte en el caso *Kimel*, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador del derecho penal también pueden constituir una grave afectación del derecho a la salud mental[145]. En su conjunto, el peso de este grupo de derechos afectados por la prohibición absoluta del aborto en este caso extremo sobrepasa el peso del fin de proteger la vida en gestación que, en todo caso, siempre debe ser gradual e incremental.

Por otro lado, en los casos de inviabilidad fetal, la criminalización del aborto tensiona con los derechos a

140 *Id.*
141 *Kimel*, párr. 83.
142 *Id.*, párr. 84.
143 Estas decisiones se enmarcan en distintos contextos. En Alemania, el Tribunal Constitucional precisó que no puede penalizarse la interrupción del embarazo en casos en los que el mismo se torne una carga tan extraordinaria y opresiva que resulte razonablemente inexigible, en la "Sentencia Nos. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92 y 2 BvF 5/93" (1993). En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó el alcance del aborto no punible en el caso "F.,A.L. s/ medida autosatisfactiva" (2012), también aplicando el criterio de inexigibilidad. En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional decidió que es constitucional el aborto bajo circunstancias excepcionales en la "Sentencia 0206/2014" (2014). En Brasil, el Supremo Tribunal Federal declaró inconstitucional la tipificación de la interrupción del embarazo en el caso de fetos anencefálicos en "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54" (2012). En Chile, el Tribunal Constitucional decidió que es constitucional la ley que descriminaliza el aborto en situaciones extremas en la "Sentencia Rol 3729/17" (2017). En Colombia, la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que la prohibición total del aborto impone una carga inexigible a la mujer en la "Sentencia C-355-06" (2006). En España, el Tribunal Constitucional se apoyó en la inexigibilidad de ciertas conductas al analizar la cuestión de interrupción del embarazo en la "Sentencia 53/1985" (1985). En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió que el legislador estadual tiene discrecionalidad para permitir el aborto, dado que no existe normativa nacional o internacional que determine su criminalización, en la "Acción de Inconstitucionalidad 146 y 147" (2007). Más recientemente, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró fundados los agravios sostenidos por la recurrente en sede de amparo, decidiendo que las autoridades incumplieron con sus obligaciones jurídicas al negarse a practicarle una interrupción del embarazo por causas de salud, en el "Amparo en Revisión 1388/2015" (2019).
144 Véase análisis de idoneidad realizado anteriormente.
145 *Kimel*, párr. 85.

la dignidad y a la salud, también en su dimensión de autonomía reproductiva, y a la igualdad. Exigirle a una mujer que lleve a término un embarazo que se sabe que va a culminar con la muerte del feto, antes o muy poco tiempo después del parto, también es una conducta que puede alcanzar, al menos, el umbral de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Pero este tipo de imposición también puede resultar en afectaciones severas de la salud mental, en la medida en que se exige que la mujer soporte la carga adicional de enfrentar una pérdida inevitable en una etapa más avanzada del proceso de gestación, o incluso tras el nacimiento, después de haber tenido que transitar por aquél, con el evidente sufrimiento que produce la nula expectativa de vida.

A diferencia del supuesto anterior, el diagnóstico de inviabilidad extrauterina debe ser tenido en cuenta a la hora de evaluar el peso asignado a la protección de la vida en gestación. Tanto la CIDH como algunas experiencias en el derecho comparado han considerado que la situación de estar ante una vida inviable hace que el deber estatal de proteger la vida prenatal pierda peso[146]. En esa línea, y tomados en conjunto, el peso de los derechos de la mujer que se ven afectados por la criminalización absoluta en casos de inviabilidad fetal también sobrepasa el peso del fin de proteger la vida en gestación.

En ambas situaciones, y siguiendo el criterio del TEDH y de esta Corte en el caso *I.V. vs. Bolivia* (2016), la criminalización absoluta también resulta en una interferencia grave en el derecho a la vida privada, que protege las decisiones y elecciones en relación con la maternidad[147]. Este derecho se suma a un lado de la balanza a los otros derechos ya mencionados, cuando se tiene en cuenta que la criminalización del aborto indefectiblemente incide en este tipo de decisiones[148].

2. Ponderación en concreto en el caso de Beatriz

Como punto de partida, es necesario valorar que en el caso de Beatriz concurrían dos situaciones extremas: el embarazo no sólo ponía en riesgo su salud y vida, sino que también presentaba un diagnóstico de anencefalia incompatible con la vida[149]. Ambas situaciones deben incidir en dos elementos de la ponderación en sentido estricto en este caso: (i) la determinación del grado de afectación de los derechos de Beatriz, y (ii) el análisis de la importancia de interés perseguido por el Estado en este caso.

Distintos elementos del marco fáctico indican que la afectación a los derechos de Beatriz alcanzó un grado elevado de severidad. Por un lado, su embarazo siempre fue considerado de alto riesgo debido a su enfermedad de base y a las complicaciones en su salud durante su primer embarazo. De acuerdo con la CIDH, la falta de disponibilidad del aborto en ese contexto afectó severamente su derecho a la salud física, al exponerla a graves sufrimientos físicos, y su derecho a la vida, al exponerla a un riesgo de muerte materna[150].

Al mismo tiempo, la exigencia de llevar a término un embarazo inviable implicó una afectación cierta y severa para la salud mental de Beatriz y para su dignidad. De acuerdo con la CIDH, Beatriz tenía "ideas y pensamientos suicidas" y su estado emocional se vio afectado por el pronóstico de su salud, la condición de feto anencefálico e inviabilidad de su vida, la negativa del Estado para interrumpir su embarazo, y el distanciamiento con su primer hijo mientras estuvo internada. La decisión también afectó gravemente su derecho a la vida privada, en su dimensión de toma de decisiones sobre la maternidad, al impedirle materializar su voluntad de interrumpir el embarazo frente a las circunstancias extremas que enfrentaba[151].

En su conjunto, es posible considerar que estos dolores y sufrimientos que Beatriz debió atravesar como resultado de la falta de disponibilidad del aborto alcanzaron el grado de severidad necesario para ser considerados, al menos, tratos crueles, inhumanos y degradantes[152].

146 *Informe de fondo*, párrs. 148.
147 Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 152.
148 TEDH. *Tysiąc v. Polonia*. App. No 5410/03 (20 de marzo de 2007), párr. 106.
149 *Informe de fondo*, párrs. 37-39.
150 *Id.*, párr. 150. Consideramos que esa probabilidad de muerte materna ya constituye, en sí misma, un argumento de peso que inclina la balanza hacia el lado de los derechos de Beatriz en este caso. Sin embargo, durante la Audiencia Pública, el Estado sugirió que ese peligro vital no era suficiente para desvirtuar los fines de la medida, sino que se debía estar ante un riesgo seguro e inminente de muerte para que se pudiera practicar un aborto. De ser avalado, este criterio no sólo permitiría afectaciones más severas a la vida y salud, sino que terminaría por anular los derechos a la igualdad y dignidad de las mujeres, al efectivamente convertirlas en un instrumento de reproducción hasta el último momento posible.
151 *Id.*, párr. 151.
152 *Id.*, párr. 156.

Del otro lado de la balanza, y como fuera indicado por la Sala Constitucional en 2013, la no autorización del aborto en las circunstancias en las que encontraba Beatriz pretendía proteger la vida del *nasciturus*. De acuerdo con la Sala, en este conflicto, los derechos de Beatriz no podrían prevalecer sobre los derechos del nasciturus ni viceversa[153]. Dicho de otro modo, el Estado expresamente consideró que ambos lados de la balanza merecían el mismo peso – aunque, en la práctica, la actuación del Estado le dio un mayor peso a la vida prenatal que a los derechos fundamentales de Beatriz, al exigirle llevar el embarazo a término y soportar riesgos significativos para su vida y salud, convirtiéndola en un simple instrumento de reproducción[154]. Esta valoración no sólo es inconsistente con la línea jurisprudencial de *Artavia*, sino que también revela que el Estado realizó un juicio de ponderación equivocado al omitir considerar por completo el peso de los derechos de Beatriz y la situación particular de estar ante una vida prenatal inviable. En el caso en concreto, los beneficios alcanzados por esta medida fueron casi nulos debido al pronóstico de muerte temprana luego del nacimiento, que efectivamente se materializó poco después del parto.

Por todas estas razones, consideramos que, **al ser la causa de la falta de acceso al aborto en este caso, la legislación penal de El Salvador afectó severamente los derechos a la vida, a la dignidad, a la salud física y mental, a estar libre de tratos crueles y a la vida privada de Beatriz**. Esos sacrificios resultaron desproporcionados frente a los beneficios alcanzados por la negativa del Estado a autorizar el aborto en este caso. Así, la afectación a los derechos de Beatriz no pasa el examen de estricta proporcionalidad, al haber sido manifiestamente excesiva en relación con los objetivos perseguidos por El Salvador.

III. La estructura del delito de aborto en El Salvador es contraria al principio de legalidad en materia penal

En Audiencia Pública, el Estado sugirió que la discusión sobre el principio de legalidad debe limitarse al análisis de la literalidad del delito de aborto consagrado en los artículos 133 a 137 del Código Penal. Si bien el Estado reconoció que existió "un ambiente de confusión respecto de lo que estaba o no permitido en El Salvador"[155], se señaló que esa confusión no surgía del delito de aborto, sino de las circunstancias excepcionales del caso en concreto y de la falta de protocolos médicos para su abordaje. De acuerdo con la representación del Estado, "el delito de aborto, en su configuración legal, no es un delito que tenga un problema de legalidad como norma"[156].

Esta sección del *amicus* plantea que el principio contenido en el artículo 9 de la CADH no sólo opera respecto del tipo penal, sino de todos los elementos de la estructura del delito de aborto. Ello incluye las causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad, contenidas en el artículo 27 del Código Penal salvadoreño. En su conjunto, todos estos elementos –y no sólo el tipo de aborto– son los que determinan cuándo la interrupción del embarazo se considera delictiva según el derecho aplicable.

En esa línea, esta sección sostiene que **la configuración legal del delito de aborto en El Salvador** –concepto que incluye tanto el tipo penal de aborto como la descripción de los supuestos en los que el hecho no será antijurídico y/o culpable– **genera un ambiente de confusión e incertidumbre que es contrario a las exigencias del principio de legalidad**. Ello en tanto el modelo normativo elegido por el Estado no brinda la seguridad jurídica necesaria para que las mujeres o los médicos puedan discernir el aborto punible de aquellos casos en los que esta conducta no será penalmente reprochable, fin esencial del principio de estricta legalidad penal.

153 *Id.*, párr. 72.
154 Lenguaje utilizado en Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-355-2006 (10 de mayo de 2006), pág. 235.
155 En los términos de la representación del Estado, "Ahora bien, el Estado tampoco desconoce que existió un ambiente de confusión respecto de lo que estaba o no permitido en El Salvador. Sin embargo, esta confusión no se dio porque el delito de aborto no sea claro en el Código Penal, ni por la ausencia de causales al delito de aborto (…) la causa, sus señorías, estuvo asociada a que los médicos se estaban enfrentando a una situación excepcionalísima a la que (…) nunca habían tenido que enfrentarse antes"; "La incertidumbre no derivó del diseño legal del delito, sino de lo excepcional de este caso, que hacía que no existieran protocolos que abordaran esta cuestión en particular"; "El Estado reconoce… reconoce que podría haber una situación de confusión (…) en relación con una decisión que recomendó el Comité Médico para esta situación en particular (…)"{ "El problema es la incertidumbre (…) la pregunta es, ¿dónde está la incertidumbre? La incertidumbre en cuanto a diseño de ley no está en la ley. El delito de aborto, en su configuración legal, no es un delito que tenga un problema de legalidad como norma". Corte IDH. "Audiencia Pública del Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador. (Jueves)" *YouTube*, https://www.youtube.com/watch?v=K-6PIAov2fc, minutos 30:50; 32:30, 1:35:30 y 2:16:20.
156 *Id.*, minuto 2:16:20.

Con ese fin, (i) se esbozará el contenido de este principio tal y como ha sido interpretado por esta Honorable Corte, y (ii) se explicará por qué el modelo de criminalización del aborto en El Salvador genera un grado de incertidumbre en lo que respecta a la reprochabilidad de la conducta que es contrario a las exigencias del artículo 9 de la CADH. Por último, se explicarán otras razones no penales que hacen necesaria una mayor seguridad jurídica sobre la no punibilidad del aborto en ciertos casos.

a. Sobre el contenido y alcance del principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El mandato de taxatividad de la ley penal

El principio de legalidad en materia penal se encuentra previsto en el artículo 9 de la CADH y en los instrumentos del sistema universal[157], y ha sido interpretado por esta Honorable Corte como una garantía de seguridad y certeza jurídica para las personas frente al poder punitivo del Estado[158]. Si bien la legalidad debe presidir la actuación de todos los órganos del Estado, el principio adquiere especial relevancia cuando se ejerce el poder punitivo[159].

El artículo 9 de la CADH establece tres principios que regulan el ámbito de protección del principio de legalidad[160]: (i) la exigencia de máxima taxatividad legal (o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), (ii) el concepto de irretroactividad (o *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), y (iii) el principio de aplicación de la ley penal más favorable. Este *amicus* se enfoca en la primera dimensión de la legalidad para argumentar que el modelo de criminalización del aborto en El Salvador no cumple con la exigencia de máxima taxatividad legal.

Según esta Honorable Corte, el principio de máxima taxatividad exige que las acciones u omisiones delictivas sean definidas con términos estrictos e inequívocos que acoten las conductas punibles[161]. La ley penal debe contener una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos, y que permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales[162]. En otros términos, se exige que tanto los ciudadanos como los operadores judiciales cuenten con suficientes elementos jurídicos para discernir las conductas que están sujetas al castigo penal.

De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, el fundamento del mandato de taxatividad se relaciona con dos exigencias específicas de toda sociedad democrática: (i) la **previsibilidad**, o la importancia de que las personas puedan orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto en el que se exprese el reproche social y sus consecuencias[163]; y (ii) la **prohibición de arbitrariedad**, o la necesidad de evitar el arbitrio de la autoridad al momento de establecer las responsabilidades penales individuales[164]. Una norma cuyo diseño afecte la previsibilidad de la sanción, y/o habilite un alto grado de discrecionalidad judicial en el establecimiento de la responsabilidad penal[165] será contraria a las exigencias del principio de legalidad.

En el caso *López Lone y otros vs. Honduras* (2015), esta Corte Interamericana estableció parámetros claros para evaluar el cumplimiento del mandato de taxatividad en un caso en concreto[166]. Aunque estas pautas

157 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.2, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.1.
158 *Kimel*, párr. 63; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55.
159 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 106; Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 187.
160 Thomas Antkowiak y G. Patricia Uribe Granados. "Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Steiner, Fuchs y Uribe Granados, Eds., 2019), pág. 331.
161 Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55; Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 121.
162 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 121; Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 163.
163 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 106; Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 206.
164 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 121; *Kimel*, párr. 63;
165 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 264 ("Este Tribunal estima que cierto grado de indeterminación no genera, per se, una violación de la Convención, es decir, el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad exigible, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que no se produzca una interferencia arbitraria").
166 La Corte IDH ya había desarrollado este criterio en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, pero bajo el enfoque del artículo 8.1 de la CADH. Para la determinación de estos parámetros de previsibilidad y seguridad jurídica, la Corte se basó en el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 202, nota al pie 275.

fueron desarrolladas para el régimen administrativo sancionatorio, también deben ser aplicadas al régimen penal, que debe seguir criterios de taxatividad aún más estrictos y rigurosos[167].

En esa oportunidad, la Corte reconoció que cierto grado de indeterminación en las normas no produce, en sí mismo, una violación al principio de legalidad. Sin embargo, destacó que una norma que contenga conceptos indeterminados o cláusulas relativamente abiertas sólo cumplirá con el mandato de taxatividad cuando se delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que puede ejercer la autoridad judicial, con el fin de evitar el uso arbitrario de estas normas en base a prejuicios, creencias morales, o concepciones personales del juzgador[168].

Para ello, resulta necesario que la norma venga acompañada de criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido que debe darse a los conceptos indeterminados[169]. Estos criterios pueden estar incluidos en la misma norma, o ser establecidos por vía de interpretación jurisprudencial que enmarque esas nociones dentro de un contexto claro[170]. Se trata de asegurar que el resultado de la actividad judicial que interpreta esas normas no sólo pueda preverse razonablemente, sino que también sea coherente con la naturaleza de la conducta que se busca criminalizar[171].

Como se explicará a continuación, el modelo de criminalización del aborto elegido por El Salvador es contrario estas exigencias, al tratarse de modelo en el que la determinación de la punibilidad del aborto depende, en última instancia, de cláusulas relativamente abiertas e indeterminadas, sin que existan criterios objetivos y claros que limiten la arbitrariedad o discrecionalidad judicial.

b. El principio de legalidad aplicado al modelo de criminalización del aborto en El Salvador

En El Salvador, el derecho aplicable que determina la punibilidad del aborto no se reduce a los artículos 133 a 137 del Código Penal, que contienen la descripción de las acciones u omisiones criminalizadas. Más bien, el modelo elegido por El Salvador requiere que el juzgador acredite que la punibilidad de esa acción u omisión no está excluida por alguna de las causas de que excluyen la responsabilidad penal, contenidas en el artículo 27 del Código Penal.

A través de su jurisprudencia, la Corte ha utilizado principalmente el principio de máxima taxatividad legal durante el análisis de tipos penales, especialmente en lo que respecta a la redacción y definición de delitos de terrorismo[172] y delitos contra el honor[173]. Sin embargo, en el caso de El Salvador y otros Estados Parte que siguen la tradición del derecho penal continental, el examen de taxatividad no puede limitarse al análisis del tipo penal de aborto, sino que debe extenderse a todos los elementos que, según los conceptos básicos del derecho penal, definen la reprochabilidad o punibilidad de esa conducta[174].

Siguiendo la estructura clásica del delito creada por Franz von Liszt y Ernst Beling, y prevaleciente en la tradición del derecho penal continental[175], el delito de aborto incluye tres elementos:

- *La tipicidad*, reflejada en los artículos 133 a 137 del Código Penal, que solamente identifican los elementos de una conducta contraria a una prohibición o mandato, a la que se refiere la conminación

167 Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55 (estableciendo que "la tipificación de un delito debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa, más aún cuando el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita (...)").
168 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párrs. 264, 272 y 273; Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 205
169 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 272; Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 202.
170 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 272.
171 TEDH. *Liivik v. Estonia*. App. No. 123157/05 (25 de septiembre de 2009), párr. 94.
172 Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.
173 Véase, por ejemplo, *Kimel*; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009.
174 Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª Ed. (Buenos Aires, 2017), págs. 124 y 125.
175 *Id.*, pág. 125 (citando Das Deutsche Reichsstrafrecht y Das Lehre von Verbrechen); Enrique Ramos Mejía. "La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy" (2015). Disponible en: https://core.ac.uk/display/268220158?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1.

penal[176]. Así, el primer presupuesto de la punibilidad del aborto es que la conducta exhiba las características descritas en estos artículos.

- *La antijuridicidad*. Los artículos 133 a 137 del Código Penal sólo indican que la conducta contradice la prohibición o el mandato asegurado penalmente, pero no que la misma contradiga el ordenamiento jurídico[177]. El nivel valorativo de la antijuridicidad comprende los presupuestos de exclusión del ilícito, o las llamadas causas de justificación, que liberan de la pena por la falta de reproche. Estas causas no configuran un sistema cerrado, sino que dependerán del contenido de las normas penales de cada Estado Parte. En el caso de El Salvador, las causas de justificación están receptadas en el artículo 27 del Código Penal. Al excluir la reprochabilidad de una conducta, estas causas también contribuyen a la determinación de los "actos u omisiones (...) delictivas" del artículo 9 de la CADH, por lo que también deben ser analizadas bajo el mandato de taxatividad. Aunque esta Honorable Corte no ha tenido la oportunidad de aplicar el mandato a las causas de justificación, sí ha sugerido que las mismas quedan regidas por el principio de legalidad[178].
- *La culpabilidad*. En la dogmática penal actual, el sólo hecho de que una persona haya actuado de modo típico y antijurídico sólo señala que esa conducta es contraria al ordenamiento jurídico, pero no basta para justificar su punibilidad[179]. Este último nivel valorativo implica un juicio de reprochabilidad personal, donde se analiza la reprochabilidad del hecho y la responsabilidad del autor. Las causas de exclusión de la culpabilidad también están receptadas en el artículo 27 del Código Penal y, en esencia, requieren inquirir por la capacidad de obrar de la persona de acuerdo a los mandatos normativos, reconociendo la existencia de un deber jurídico y actuando conforme a ella[180].

Del juego entre estos tres niveles, se desprende que la definición del delito de aborto en El Salvador no puede reducirse a la descripción contenida en los artículos 133 a 137 del Código Penal. Para cumplir con las exigencias de la legalidad, los ciudadanos deben poder discernir la conducta de aborto que se considera típica, antijurídica y culpable[181] y orientar su comportamiento a partir del juego entre los artículos 133 a 137 y 27 del Código Penal. Sin embargo, para el caso del aborto en situaciones extremas, ello no resulta posible.

Ciertamente, aunque siempre existirá cierto grado de indeterminación en la estructura del delito, la incertidumbre y falta de previsibilidad es indefectiblemente mayor en los niveles valorativos de la antijuridicidad y la culpabilidad. Ello en tanto las causales de justificación y exclusión de la culpabilidad del artículo 27 del Código Penal necesariamente requieren aplicar parámetros abstractos e indeterminados, con distintas intersecciones y lagunas[182]. Por ejemplo, el llamado estado de necesidad puede operar en ambos niveles valorativos[183], y constituye un precepto abstracto que exige un juicio de identificación, valoración y ponderación de bienes jurídicos que colisionan en un caso en concreto[184]. Estos niveles valorativos habilitan cierto grado de discrecionalidad judicial que, en la mayoría de los delitos, resulta contrarrestado por un cúmulo de parámetros objetivos[185] definidos en la jurisprudencia penal y en las interpretaciones doctrinarias.

A diferencia de lo que puede ocurrir con otros delitos, para el caso de la conducta de aborto en situaciones extremas, **no existen criterios objetivos consensuados que puedan guiar el contenido que debe darse a las causales del artículo 27 del Código Penal y que protejan contra la arbitrariedad judicial**. Ello es

176 Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª Ed. (Buenos Aires, 2017), pág. 127.
177 *Id.*, págs. 131-134, 207-208.
178 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 126 (indicando que "Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito"). En el mismo sentido, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 208.
179 Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª Ed. (Buenos Aires, 2017), pág. 135.
180 Julieta Di Corleto. *Género y justicia penal* (Buenos Aires, 2017), pág. 80; Stratenwerth. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª Ed. (Buenos Aires, 2017), pág. 274.
181 Julieta Di Corleto. *Género y justicia penal* (Buenos Aires, 2017), pág. 80.
182 Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª Ed. (Buenos Aires, 2017), pág. 208.
183 El llamado "estado de necesidad justificante" es una causa de justificación (antijuridicidad) que excluye el ilícito cuando existe una colisión de bienes jurídicos de distinto valor, y la conducta típica sirve a la salvaguarda de los bienes de rango superior. En cambio, el llamado "estado de necesidad exculpante o disculpante" es una causa de exclusión de la culpabilidad que opera cuando existe una colisión de bienes jurídicos de igual valor, y la conducta sirve para evitar un peligro actual para la vida, integridad corporal o libertad del autor o de otra persona cercana al autor.
184 Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª Ed. (Buenos Aires, 2017), págs. 133-139, 207-208, 272-277.
185 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 272; Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 202.

especialmente cierto en los casos de inviabilidad fetal o riesgo para la vida y/o salud de la madre, donde una o más causas de exclusión de la pena podrían ser *prima facie* aplicables.

Por un lado, al nivel de la dogmática penal, no hay consenso en que el aborto en estos casos satisfaga las exigencias de las causas de justificación y exclusión del reproche tradicionalmente reconocidas en el derecho penal continental, y contenidas en el artículo 27 del Código Penal. Por ejemplo, está profundamente discutido que el aborto terapéutico pueda ser encuadrado jurídicamente como un caso de legítima defensa o como un estado de necesidad, ya sea justificante o exculpante. Ello se refleja en que tanto la jurisprudencia como la doctrina legal de la tradición continental continúa discutiendo si las situaciones de aborto en casos extremos cumplen con los requisitos de estas figuras jurídicas (p. ej., Si es posible imputar una "agresión ilegítima" al feto, en los términos de la legítima defensa, o una "situación de peligro inminente", en los términos del estado de necesidad. También se discute si una amenaza para la vida prenatal puede ser utilizada como un presupuesto del estado de necesidad exculpante[186]). Estas cuestiones están controvertidas incluso al nivel de la filosofía del derecho.

Al mismo tiempo, El Salvador tampoco cuenta con una línea jurisprudencial clara y consistente que otorgue previsibilidad sobre la forma en la que el artículo 27 del Código Penal debe ser aplicado a los casos de aborto. En la Audiencia Pública, la representación del Estado tampoco pudo señalar casos concretos en los que este artículo hubiera sido aplicado a abortos en casos extremos[187], y que pudieran servir como ejemplo para la interpretación de los términos de este artículo.

Como consecuencia de (i) los parámetros abstractos e indeterminados del artículo 27 del Código Penal, y (ii) la falta de consenso dogmático y jurisprudencial sobre la aplicación de estos conceptos a la conducta de aborto en situaciones extremas, el modelo de regulación del aborto en El Salvador no puede otorgar claridad ni seguridad jurídica sobre la punibilidad de esta conducta en situaciones extremas. Por la propia naturaleza de los niveles de la antijuridicidad y culpabilidad, ni los ciudadanos ni los juzgadores están en posición de discernir la punibilidad del aborto *ex ante*. Esto ha quedado de resalto en los hechos del presente caso, en el que la propia Fiscalía General de la República explicó que no estaba habilitada para determinar la no punibilidad de un aborto "de forma preventiva o ante supuestos abstractos"[188].

Así, el "ambiente de confusión respecto de lo que está permitido"[189] en El Salvador sí se desprende del propio diseño legal, y no sólo de las circunstancias fácticas de un caso en concreto. En un modelo de criminalización como el salvadoreño, la determinación sobre la reprochabilidad siempre dependerá del resultado de un proceso penal en el que el juzgador deberá realizar una ponderación de los bienes en juego, una vez que el aborto haya sido consumado, y sin parámetros objetivos claros para esta tarea. Ello habilita un grado excesivo de discrecionalidad al juzgador, sin ninguna protección contra la arbitrariedad judicial. Más bien, frente a conductas que pueden suscitar dilemas éticos, como el aborto, el modelo en sí mismo permite que los tribunales interpreten las exigencias dogmáticas de estas causas en base a prejuicios, creencias morales, o concepciones personales del juzgador (p.ej. Evaluando si la vida prenatal puede ser considerado "un bien de menor o igual valor que el salvaguardado" en los términos del artículo 27.3 del Código Penal salvadoreño).

En ese sentido, consideramos que el diseño legal del delito de aborto en El Salvador no resulta compatible con las exigencias de máxima taxatividad penal, en tanto no contiene una "clara definición de la conducta incriminada, que (…) permita deslindara de comportamientos no punibles"[190]. Esta forma de regulación penal del aborto no sólo habilita la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo, sino que también impide que quienes se encuentren transitando un embarazo de riesgo para su vida, por ejemplo, tengan las herramientas adecuadas para orientar su comportamiento. Ambos resultados son contrarios a los fundamentos del principio de legalidad del artículo 9 CADH, tal como han sido interpretados por esta Honorable Corte.

186 Para una descripción de los distintos obstáculos teóricos que surgen a la hora de aplicar las causas justificación al aborto, véase María Magdalena Ossandón Widow. "Aborto y justificación", *Revista chilena de derecho*, vol. 39 (2012). Sobre los debates relativos al rol de la vida prenatal en el estado de necesidad exculpante, véase también Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª Ed. (Buenos Aires, 2017), pág. 315 (citando a Jakobs).
187 Corte IDH. "Audiencia Pública del Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador. (Jueves)" *YouTube*, https://www.youtube.com/watch?v=K-6PIAov2fc, minuto 1:54:00.
188 *Informe de fondo*, párr. 52.
189 Corte IDH. "Audiencia Pública del Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador. (Jueves)" *YouTube*, https://www.youtube.com/watch?v=K-6PIAov2fc, minuto 30:50.
190 Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 287; Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 162.

c. Las exigencias específicas de la conducta de aborto en casos extremos

Sin perjuicio del argumento anterior, existen otras razones de peso para requerir un mayor nivel de certeza y previsibilidad sobre la no punibilidad del aborto en los llamados casos extremos. Estas razones exceden la dogmática jurídico-penal, y se relacionan con los posibles impactos a los contenidos del derecho a la salud derivados de la falta de previsibilidad de la estructura del delito de aborto en El Salvador.

En primer lugar, el modelo de El Salvador necesariamente requiere atravesar un proceso penal para llegar a la determinación de no punibilidad de un aborto. Incluso concediendo en gracia de discusión que una persona embarazada pudiera orientarse por las causas del artículo 27 del Código Penal y deslindar la no reprochabilidad de un aborto en, por ejemplo, una urgencia terapéutica, el modelo normativo igualmente dejaría a esa persona en la disyuntiva entre continuar con un embarazo de riesgo para su vida y/o salud, o procurar un aborto y exponerse a un proceso penal, al estigma asociado al mismo, y al riesgo de ser condenada. En el caso *Tysiąc*, el TEDH expresamente advirtió este tipo de marcos normativos que deciden la legalidad del aborto *ex post factum* no son aptos para prevenir o limitar el daño a la salud de la mujer derivado de un aborto tardío[191]. Al analizar el reporte periódico más reciente de El Salvador, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas también resaltó, en respuesta al argumento estatal sobre la idoneidad del modelo de las eximentes de responsabilidad, que el modelo de criminalización del aborto salvadoreño "no solo obliga a mujeres y niñas a recurrir a abortos clandestinos o emergencias obstétricas que ponen en riesgo su vida y su salud, sino que además las expone tanto a ellas como a los profesionales médicos que practican interrupciones voluntarias del embarazo a ser sancionados penalmente"[192].

Segundo, la falta de seguridad jurídica generada por el modelo de revisión *ex post factum* también produce un efecto amedrentador ("chilling effect") en el personal de salud. Ello en tanto un modelo de punibilidad basado en los niveles de la antijuridicidad y culpabilidad tampoco puede otorgar certeza sobre la responsabilidad penal del profesional de la salud que interviene en un aborto. Como resultado, pocos médicos o ninguno, estarán dispuestos a ofrecer el servicio de aborto en casos extremos, a sabiendas de que deberán someterse a un proceso penal con el único fin de determinar si esa conducta será considerada reprochable por el Estado. En sí mismo, ello ya constituye una amenaza para la disponibilidad y accesibilidad de los servicios de aborto en casos extremos si es que realmente esta conducta se considera legal en El Salvador con el marco jurídico actual. En *A, B y C vs. Irlanda*, el TEDH alertó que las regulaciones del aborto que generan incertidumbre sobre las condiciones de acceso pueden constituir un importante factor amedrentador ("significant chilling factor") tanto para las mujeres como para los médicos, independientemente de si se han iniciado o no acciones judiciales o penales en virtud de esas regulaciones[193]. En *Tysiąc*, el TEDH también agregó que "las disposiciones que regulan la disponibilidad del aborto legal deben formularse de tal manera que se mitigue este efecto [amedrentador]" y que los marcos jurídicos relativos al aborto no punible no deben ser estructurados de forma que limite las posibilidades reales de obtenerlo[194].

En línea con lo anterior, consideramos que un modelo conforme al cual mujeres y personal de salud deban exponerse a enfrentar un proceso penal después de practicarse o practicar un aborto, respectivamente, es en realidad una forma de mantener los efectos de un sistema de criminalización absoluta. En este escenario, la carga de enfrentar un proceso penal para someterse a la discrecionalidad judicial sobre la aplicabilidad de las eximentes de responsabilidad es una carga insoportable tanto para las mujeres como para el personal de salud.

Por lo demás, el efecto de este modelo de criminalización del aborto sobre el personal de salud ha

191 TEDH. *Tysiąc v. Polonia*. App. No 5410/03 (20 de marzo de 2007), párr. 118 ("the Court observes that the very nature of the issues involved in decisions to terminate a pregnancy is such that the time factor is of critical importance. The procedures in place should therefore ensure that such decisions are timely so as to limit or prevent damage to a woman's health which might be occasioned by a late abortion. Procedures in which decisions concerning the availability of lawful abortion are reviewed post factum cannot fulfil such a function"). El TEDH consideró que un modelo que omite prevenir estos impactos adversos a la salud constituye una violación de las obligaciones positivas del Estado bajo el artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

192 CCT. *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de El Salvador.* Documento de la ONU CAT/C/SLV/CO/3 (19 de diciembre de 2022), párr. 30

193 TEDH. *ABC v. Irlanda*. App. No 25579/05 (16 de diciembre de 2010), párr. 254.

194 TEDH. *Tysiąc v. Polonia*. App. No 5410/03 (20 de marzo de 2007), párr. 116.

quedado de resalto en los hechos del presente caso en más de una oportunidad. Ante el marco normativo salvadoreño, el Comité Médico del Hospital Nacional de Maternidad se sintió en la necesidad de solicitar una opinión a dos organismos del Estado (la Unidad de Vida de la Procuradora General de la República y el Ministerio de Salud) respecto de la punibilidad de un eventual aborto practicado en las circunstancias en las que se encontraba Beatriz[195]. Ante la Sala Constitucional, el Director del Hospital manifestó que "no actuaron por temor a ser procesados penalmente" y que "el código no hace diferenciación clínica en cuanto al momento en que se efectúa la evacuación sino que tipifica todo como aborto"[196]. Además, la propia Sala Constitucional en su sentencia indicó que los médicos tratantes debían "asumir los riesgos que conlleva el ejercicio de la profesión"[197] –entre los que cabría incluir el riesgo de ser procesados penalmente bajo el tipo de aborto.

Por último, la falta de seguridad jurídica generada por el modelo salvadoreño también puede afectar la confianza en el sistema de salud, lo que constituye una amenaza para la aceptabilidad de la asistencia de salud en casos de aborto y después del aborto. Ello en tanto la posibilidad cierta de ser denunciadas y criminalizadas bajo un delito de aborto que no admite excepciones en su tipo penal puede impedir que quienes se encuentran transitando un embarazo de riesgo, o quienes se hayan sometido a un aborto inseguro, sientan la confianza necesaria para compartir información con el personal de salud. Este tipo de impacto ya ha sido resaltado por esta Honorable Corte en el caso *Manuela y otros vs. El Salvador* (2021) al analizar la legislación procesal penal salvadoreña. En esa oportunidad, la Corte resaltó que esta confianza en el sistema de salud resulta indispensable para que el personal de salud pueda brindar un tratamiento médico adecuado[198].

En resumen, consideramos que el modelo de regulación del aborto en El Salvador produce, en la práctica, tres consecuencias adversas para los distintos componentes del derecho a la salud. Primero, genera impactos adversos en la salud mental de la mujer al dejarla en la disyuntiva entre continuar con un embarazo en situaciones extremas o procurar un aborto y exponerse al efecto estigmatizador del derecho penal y a la posible pérdida de la libertad personal. Segundo, la incertidumbre y falta de previsibilidad del modelo también produce un importante efecto amedrentador en el personal de salud que, a su vez, se traduce en un obstáculo a la disponibilidad, accesibilidad y calidad del aborto en situaciones extremas. Por último, el modelo normativo también conduce a una menor confianza en el sistema de salud, lo que amenaza la aceptabilidad de la asistencia sanitaria en casos de aborto y después del aborto. Estas tres consecuencias prácticas guardan una estrecha relación con el principio de máxima taxatividad legal, en la medida en que son desencadenadas precisamente por la falta de previsibilidad y seguridad jurídica sobre la punibilidad del aborto en casos extremos.

IV. La criminalización absoluta del aborto en El Salvador como violación al deber de no regresividad.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el deber de no regresividad es un correlato del principio de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, "DESC"), entre los que se incluye el derecho a la salud[199].

La realización progresiva significa que los Estados deben adoptar las medidas necesarias, en la medida de sus recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos[200]. Como correlato, el deber de no regresividad exige que los Estados se abstengan de adoptar medidas

195 *Informe de fondo*, párrs. 41 a 46.
196 *Id.*, párr. 67.
197 *Id.*, párr. 72.
198 Corte IDH. Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párr. 203.
199 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 143.
200 Corte IDH. Caso Vera Rojas y Otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021, párr. 96 ("la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la obligación de ***no regresividad*** frente a la realización de los derechos alcanzados") (énfasis en original); Caso Muelle Flores vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019, párr. 190; Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021, párr. 66; Christian Courtis (coomp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires, 2006), pág. 17.

que deroguen, empeoren, retrasen o interrumpan el nivel de goce o ejercicio de los DESCA alcanzados[201], siempre que las mismas no estén justificadas por razones de suficiente peso[202]. Esta Honorable Corte ha considerado que la no regresividad resulta justiciable bajo el artículo 26 de la CADH[203].

Cuando los Estados se obligan a una mejora continua de la situación de los DESC (progresividad), al mismo tiempo asumen la obligación mínima de no reducir los niveles de protección vigentes ni derogar los DESC ya existentes (no regresividad)[204]. Así, el deber de no regresividad constituye una garantía de mantenimiento del **contenido** del derecho protegido, pero también de su **nivel de goce alcanzado**, protegiendo a los individuos frente a actos u omisiones del Estado que debiliten sus posiciones consolidadas en materia de DESC, o que hagan renacer obstáculos que impidan el pleno ejercicio de estos derechos[205].

A partir de ese concepto, y siguiendo los lineamientos sobre la materia adoptados por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA)[206], la doctrina ha sugerido dos ámbitos de aplicación de este deber que pueden ser de utilidad para la resolución del caso de Beatriz.

Por un lado, el principio puede aplicarse a los resultados de una medida o política pública. Así, una medida será regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con un punto de partida anterior elegido como parámetro ("regresividad de resultados"). Para la determinación de la regresividad en estos casos, será necesario contar con datos empíricos u otro tipo de evidencia sobre el goce de los DESC en cuestión.

Al mismo tiempo, la no regresividad puede predicarse respecto de la extensión de derechos concedidos por una norma jurídica ("regresividad normativa"). Para determinar que una norma es regresiva en este sentido, será necesario comparar una norma anterior con una norma posterior, y evaluar si la segunda suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la primera[207]. El estándar de juicio en este tipo de regresividad consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado[208].

Consideramos que la noción de regresividad normativa resulta la más adecuada para el análisis del marco normativo relevante para el caso de Beatriz. Es decir, para determinar si existió una violación al artículo 26 de la CADH, esta Honorable Corte puede comparar el contenido y nivel de protección del derecho a la salud que ofrecía la legislación penal antes y después de la reforma del Código Penal introducida en 1997, tanto en abstracto como en situaciones de hecho similares a las de Beatriz.

Esta sección del *amicus* presentará las razones que permiten concluir que **la reforma penal resultó regresiva respecto al derecho a la salud**, en tanto (i) suprimió un ámbito de libertad sexual y reproductiva concedido por una norma anterior, y (ii) restringió el grado de protección legal de los contenidos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud sexual y reproductiva. A ese fin, primero se abordará el argumento sobre la supuesta inaplicabilidad del deber de no regresividad a las normas penales, y luego se detallará por qué la reforma penal constituye una medida regresiva que no encuentra justificación bajo el artículo 26 de la Convención Americana.

a. Análisis de la reforma del Código Penal a partir del principio de no regresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana

201 En este sentido, véase Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador*, Anexo, párr. 11(definiendo a las medidas regresivas como "todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido"); Christian Courtis (coomp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires, 2006), págs. 4 y 9.
202 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 143.
203 *Id.*
204 Christian Courtis (coomp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires, 2006), pág. 10 (citando a Cécil Fabre).
205 *Id.*, págs. 4, 6, 7 y 17.
206 Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador*, Anexo.
207 Christian Courtis (coomp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires, 2006), págs. 6 y 7.
208 *Id.*, pág. 6.

i. Sobre la supuesta inaplicabilidad del deber de no regresividad a la reforma del Código Penal salvadoreño

En Audiencia Pública, se ha sugerido que el principio de progresividad y no regresividad no puede ser utilizado en este caso, en tanto el mismo sólo podría ser aplicado al contenido prestacional de derechos[209], entendido como aquellas dimensiones de los DESC que dependan de recursos. En esa línea, se ha planteado que el deber de no regresividad no debería aplicar a legislaciones penales en la medida en que estas normas no buscan regular derechos de contenido prestacional.

Consideramos que este argumento no refleja correctamente el concepto y fundamento del principio de progresividad y no regresividad, tal y como ha sido desarrollado por esta Honorable Corte y por la doctrina anteriormente citada. Ciertamente, los derechos sociales, y en particular el derecho a la salud, no sólo contienen dimensiones que dependen de los recursos de los que disponga el Estado o que requieran la provisión de prestaciones o servicios. Esa comprensión ignoraría que los DESC entrañan un conjunto de libertades y derechos[210] y de obligaciones de exigibilidad inmediata. En ese entendido, el deber de no reducir los niveles de protección vigentes no se reduce al contenido prestacional de los DESC y, por el contrario, puede y debe ser utilizado para evaluar modificaciones de la normativa penal que signifiquen un retroceso en el conjunto de libertades y derechos asociados a los DESC.

En lo que respecta al derecho a la salud, los estándares de los distintos sistemas de protección permiten identificar tres dimensiones de este derecho que podrían ser afectadas por medidas regresivas: de libertad, de prevención, y prestacional[211].

La *dimensión de libertad* comprende aquellos componentes del derecho a la salud que exceden lo prestacional y que, por el contrario, se vinculan con una dimensión de autonomía individual. Como fuera explicado por el Comité DESC, esas libertades incluyen el derecho de las personas a controlar su salud y su cuerpo –incluyendo la libertad sexual y genésica– y a no padecer injerencias[212]. En ese sentido, esta dimensión abarca los derechos al consentimiento informado; al ejercicio del derecho a la salud sin discriminación; a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos forzados o no consentidos; y a la confidencialidad de la atención médica[213]. El Comité DESC ha entendido, además, que la libertad de asociación, reunión y circulación también pueden relacionarse con esta dimensión del derecho a la salud[214]. **La legislación penal puede tener un impacto directo y severo sobre esta dimensión del derecho a la salud**, en la medida en que delimita el ejercicio del poder punitivo del Estado a través de la definición de las conductas penalmente reprochables.

La *dimensión de prevención*, por su parte, precisamente asume que las obligaciones del Estado en materia de salud no se cumplen con la mera provisión de bienes y servicios (dimensión prestacional), sino que también requieren la adopción de medidas para la prevención de enfermedades y, en general, para la creación de las condiciones que permitan vivir una vida saludable. Esta dimensión se desprende del propio texto del artículo 12 del PIDESC, que obliga a los Estados a adoptar medidas para la "prevención (…) de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole"[215]. Las medidas podrán ser de distinta naturaleza (p. ej., campañas de vacunación, campañas de información, o la creación de incentivos que guíen las acciones individuales), pero siempre deberán propender a garantizar las condiciones para que las personas puedan vivir una vida saludable[216].

209 Corte IDH. "Audiencia Pública del Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador. (Jueves)" *YouTube*, https://www.youtube.com/watch?v=K-6PlAov2fc, minuto 1:51:59.
210 Véase Comité DESC. *Observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Doc. de la ONU E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000), párr. 8.
211 Conceptualización realizada por Oscar A. Cabrera en Sarmiento Ramírez, Umbach Montero y Cortés Carrasco (coomps.) ¿Cómo debe incorporar una nueva constitución el derecho a la salud? Oportunidades y desafíos del proceso constituyente (2020), pág. 78. Cada dimensión puede contener tanto obligaciones inmediatas como de realización progresiva, y los deberes de respeto, garantía y adopción de disposiciones de derecho interno también son transversales a cada una de ellas.
212 Comité DESC. *Observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Doc. de la ONU E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000), párr. 8.
213 Véase *Id.*; Corte IDH. Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párr. 206; Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 161.
214 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C.12/GC/22 (2 de mayo de 2016), párr. 3.
215 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, párrafo 2, inciso (c).
216 Véase ponencia de Oscar A. Cabrera en Sarmiento Ramírez, Umbach Montero y Cortés Carrasco (coomps.) ¿Cómo debe incorporar una nueva constitución el derecho a la salud? Oportunidades y desafíos del proceso constituyente (2020), págs. 78-80.

Por último, la *dimensión prestacional* se enfoca en la garantía de acceso a bienes y servicios de salud, siguiendo los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad desarrolladas por el Comité DESC y por la jurisprudencia de la Corte IDH[217]. Si bien esta dimensión tiene un fuerte componente individual, también se extiende a discusiones a nivel poblacional relacionadas con la cobertura universal de servicios de salud, o con los debates sobre mejor forma de estructurar el sistema de salud[218].

No hay nada en el concepto del principio de progresividad que limite su aplicación a la dimensión prestacional del derecho a la salud. Como fuera explicado por esta Corte Interamericana, el concepto de realización progresiva se traduce en una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios necesarios para responder a las exigencias de efectividad del derecho involucrado[219]. Así, la progresividad también implica una obligación de tomar medidas para responder, por ejemplo, a las exigencias de las libertades que entraña el derecho a la salud, máxime cuando la mayoría de ellas no dependen de la disponibilidad de recursos.

A modo de ejemplo, si un Estado Parte de la CADH sanciona una ley que hace obligatoria la obtención del consentimiento informado en todos los tratamientos de salud, ese Estado habrá adoptado una medida legislativa para lograr la plena efectividad de la dimensión de libertad del derecho a la salud. Esta medida no sólo daría respuesta a las exigencias de las libertades que hacen parte de este derecho, sino que también ampliaría el contenido del derecho a la salud en ese Estado, al exigir que todos los tratamientos de salud respeten la autonomía del paciente. Así, si el mismo Estado Parte posteriormente derogara esa legislación, estaría adoptando una medida deliberadamente regresiva respecto de la dimensión de libertad del derecho a la salud, empeorando el grado de protección de la autonomía individual alcanzado bajo la legislación anterior. Una medida de este tipo –que no regula la dimensión prestacional de un derecho, sino que reconoce una libertad en el ámbito de la salud– podría ser fácilmente encuadrada en el concepto de "regresividad normativa" explicado anteriormente[220].

Cabe aclarar que esta Honorable Corte ya ha aplicado el deber de no regresividad a medidas estatales que no involucraban la prestación directa de servicios por parte del Estado. En el caso *Vera Rojas y otros Vs. Chile* (2021), la Corte debió examinar si un cambio regulatorio que alteraba las condiciones de otorgamiento de un seguro adicional de salud para enfermedades catastróficas resultaba violatorio de la CADH. Este seguro había sido creado por el Estado a través de una circular emitida por la Superintendencia de Salud, que establecía las condiciones de cobertura que debían seguir las aseguradoras privadas. Años después, las condiciones de otorgamiento de ese seguro fueron posteriormente modificadas por nuevas circulares del Estado, que excluyeron la cobertura de ciertos componentes del seguro para el tratamiento de enfermedades crónicas[221].

En su sentencia, la Corte IDH observó que ese cambio normativo había sido una "medida deliberadamente regresiva"[222]. Para llegar a esa conclusión, la Corte realizó un ejercicio de comparación intertemporal del contenido de un derecho o beneficio, propio del análisis de regresividad normativa. Efectivamente, la Corte constató que, previo a la adopción de la nueva regulación, la norma original no excluía el tratamiento de enfermedades crónicas de la cobertura del seguro adicional. Sin embargo, con la adopción de la nueva norma, el Estado introdujo esa causal de exclusión de la cobertura, lo que "implicó una restricción a los derechos a la salud y seguridad social (…) sin justificación en el contexto de las obligaciones internacionales del Estado respecto de sus obligaciones de desarrollo progresivo" de los DESC[223]. Aunque la Corte IDH ya había conceptualizado en términos generales el deber de no de regresividad, el caso *Vera Rojas* fue la

217 Aunque el modelo de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad tiene un foco fuerte en cuestiones prestacionales, también integra componentes relacionados con las dimensiones de libertad y preventiva (e.g., la accesibilidad de la información también forma parte de la dimensión de libertad del derecho a la salud, mientras que la disponibilidad y asequibilidad de vacunación y otras bienes y servicios de profilaxis es instrumental a la prevención de enfermedades).

218 Véase ponencia de Oscar A. Cabrera en Sarmiento Ramírez, Umbach Montero y Cortés Carrasco (coomps.) ¿Cómo debe incorporar una nueva constitución el derecho a la salud? Oportunidades y desafíos del proceso constituyente (2020), pág. 78.

219 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 142.

220 La misma consideración podría ser replicada en el ámbito del derecho penal. A modo de ejemplo, el reconocimiento de la esterilización forzada como delito también es una medida legislativa que da respuesta a las exigencias de una de las libertades que integra el derecho a la salud – en este caso, el derecho a no ser sometido a tratamientos no consentidos – a pesar de que no se refiere a la dimensión prestacional de este derecho. Una posterior derogación de esa legislación penal constituiría una medida regresiva en tanto redundaría en una menor protección de esta libertad.

221 Corte IDH. Caso Vera Rojas y Otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021, párr. 120.

222 *Id.*, párr. 134.

223 *Id.*

primera oportunidad en que la Corte encontró una violación a este deber en un caso concreto a través de un análisis de regresividad normativa.

Consideramos que esta Honorable Corte puede utilizar el mismo enfoque intertemporal para el análisis de la reforma del Código Penal de El Salvador, incluso cuando la norma original no estuviera dirigida a regular el contenido prestacional de un derecho. Como se explica a continuación, la reforma introducida en 1997 tuvo el efecto de alterar el contenido de la dimensión de libertad sexual y reproductiva del derecho a la salud que, a su vez, tuvo una incidencia severa en el grado de protección del derecho a la salud de las mujeres En el Salvador.

ii. La modificación del Código Penal significó un retroceso en el contenido y nivel de protección del derecho a la salud

Las legislaciones penales – o de otra naturaleza – que tengan un impacto directo y severo en el contenido de uno de los DESC no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del deber de no regresividad. Como corolario del principio de realización progresiva, un Estado que mejora el contenido o grado de protección de un DESC a través del uso del derecho penal asume la obligación mínima de no reducir injustificadamente ese nivel de protección a través de una modificación de la legislación penal ya existente[224].

Antes de su reforma en 1997, el Código Penal de 1973 establecía causales de no punibilidad del aborto, incluyendo los supuestos de riesgo para la vida de la madre, violación y malformaciones fetales graves[225]. Llevado al lenguaje del principio de progresividad, ello significa que el Código Penal de 1973 tuvo el efecto de reconocer un ámbito de libertad sexual y reproductiva de las mujeres frente al poder punitivo del Estado. Como fuera explicado, esa libertad sexual y reproductiva es una de las libertades que, de acuerdo con el criterio del Comité DESC y de esta Corte IDH, hacen parte del derecho a la salud[226].

En 1997, El Salvador reformó el Código Penal para eliminar las causales bajo las cuales el aborto no era punible hasta ese entonces. A partir de la entrada en vigencia de la reforma en 1998, una conducta que no era constitutiva de un delito en ciertos casos volvió a ser considerada típica en todas las circunstancias. En ese contexto, es posible considerar que el retorno al sistema de penalización absoluta del aborto constituyó una medida deliberadamente regresiva en lo que respecta al derecho a la salud por, al menos, dos motivos.

Primero, porque la reforma penal tuvo un impacto directo y severo en el **contenido** del derecho a la salud, **al eliminar un ámbito de libertad sexual y genésica reconocido por una norma anterior**. El Código Penal de 1973, que despenalizaba el aborto en las tres causales citadas, consagraba un derecho a la no interferencia del Estado en la decisión de interrumpir un embarazo en esas situaciones. La eliminación de las causales en 1997 anuló ese derecho por completo, al autorizar la interferencia del Estado a través del castigo penal, que constituye la manifestación más clara de su poder punitivo y que se encuentra entre sus actos más intencionales[227]. Así, el cambio legislativo suprimió ese ámbito de libertad que hace parte del derecho a la salud[228]. Siguiendo el marco teórico presentado en este *amicus*, este tipo de retroceso puede considerarse un ejemplo de regresividad normativa en la dimensión de libertad del derecho a la salud.

Segundo, la reforma penal tuvo una incidencia en el **nivel de protección** del derecho a la salud en general. La no punibilidad del aborto en tres causales protegía la salud integral de las mujeres que se encontraran en estas circunstancias extremas, al permitir que reciban legalmente la información, los servicios y el tratamiento de profesionales de la salud en condiciones seguras y adecuadas desde el punto de vista

224 En el mismo sentido, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideran violatorias de los DESC "la derogación o suspensión de la legislación necesaria par el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza". Citado en Christian Courtis (coomp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires, 2006), pág. 11.

225 Asamblea Legislativa de El Salvador. Código Penal, artículo 169 (1973). El Código de 1973 establecía que el aborto "no era punible" cuando (i) se tratara de un "aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de esta para causar su aborto"; (ii) fuera realizado "con el propósito de salvar la vida de la madre"; (iii) fuera "consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer"; o (iv) fuera realizado "con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción".

226 Comité DESC. *Observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Doc. de la ONU E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000), párr. 8.

227 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 11.

228 *Id*., párr. 12.

médico y en una fase temprana del embarazo[229]. Esa autorización penal no sólo constituía una protección de la disponibilidad, accesibilidad y calidad de un servicio de salud sexual y reproductiva en ciertas circunstancias[230], sino que también creaba las condiciones jurídicas necesarias para prevenir la práctica de abortos inseguros. El regreso al modelo de criminalización absoluta del aborto **eliminó estas protecciones legales y reintrodujo el tipo de restricciones jurídicas que influyen considerablemente en la práctica de abortos en condiciones peligrosas**, con consecuencias perniciosas para la salud física y mental de las mujeres[231].

Al mismo tiempo, la norma penal de 1973 daba respuesta a las exigencias de la dimensión preventiva del derecho a la salud y a los deberes del Estado en ese contexto, al prevenir la aparición y el agravamiento de los daños para la salud física y mental asociados a la continuación de un embarazo en situaciones extremas[232]. La reforma penal significó un grave retroceso en este sentido, en tanto **no sólo se eliminó una autorización penal que tenía la finalidad y efecto práctico de evitar la materialización de estos peligros para la salud, sino que se volvió a introducir una medida punitiva que –como fuera explicado por el CDH y el Comité CEDAW– puede ser la causa de esos daños**. Es decir, con la reforma, el Estado (i) eliminó una medida de prevención de daños a la salud previamente vigente, y (ii) introdujo restricciones penales que conducen a la aparición de los daños que antes se buscaba prevenir. A todas luces, ello constituye un retroceso en el grado de protección del derecho a la salud (regresividad normativa en las dimensiones preventiva y prestacional del derecho a la salud).

Para el caso específico de malformaciones fetales graves, el cambio en la legislación penal también pudo significar un retroceso en el grado de protección de la salud física y mental de quien se encuentra transitando un embarazo en estas circunstancias. En efecto, un estudio retrospectivo que evaluó más de 200 expedientes clínicos de embarazos con diagnóstico de malformaciones congénitas atendidos en el Hospital Nacional de la Mujer en El Salvador entre 2013 y 2018 concluyó que las restricciones penales forzaban a los médicos a recurrir a cursos de tratamiento que creaban un mayor riesgo de morbilidad materna[233]. De acuerdo con el estudio,

> "(…) nuestro estudio sugiere que los procedimientos clínicos implementados en respuesta a la ley están poco estandarizados y causan desigualdades notables en la atención al paciente. En algunos casos, los médicos trataban a los fetos no viables como si lo fueran, aunque para ello tuvieran que i*mponer a la paciente embarazada procedimientos físicamente invasivos e innecesarios*. En la mayoría de los casos, los médicos parecían interpretar la ley de forma restrictiva, prohibiendo únicamente la interrupción precoz del embarazo y permitiendo otros tratamientos, como la descompresión de la cabeza del feto, para preservar la salud de la madre. Aun así, *sin la opción de la interrupción legal del embarazo, los médicos no pudieron evitar complicaciones de salud materna en la mayoría de los embarazos de nuestro estudio*. Además de generar contradicciones clínicas absurdas (…), descubrimos que la prohibición del aborto en El Salvador con frecuencia *obligaba a los médicos a someter a pacientes sanas a un tratamiento que generaba morbilidad materna*"[234]

Este impacto de la restricción penal sobre el grado de protección de la salud materna ha quedado de resalto en el caso específico de Beatriz. En efecto, de acuerdo con el Comité Médico, el tratamiento médicamente apropiado para el caso de Beatriz era la interrupción del embarazo[235]. Ese servicio, que hubiera estado

229 *Id.*, párr. 26.
230 Comité DESC. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva*. Doc. de la ONU E/C.12/GC/22 (2 de mayo de 2016).
231 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Doc. de la ONU A/66/254 (3 de agosto de 2011), párrs. 25 y 26 (citando OMS).
232 Véase sección II de este *amicus*. Para reiterar, los riesgos para la salud física en el caso específico de embarazos anencefálicos incluyen polihidramnios, hipotensión postural, hipertensión, ruptura prematura de membranas, parto podálico u otras formas de distocia y embolismos amnióticos. Los potenciales riesgos para la salud mental son una consecuencia de la presión acumulada y de la intensa estigmatización, e incluyen angustia, depresión grave, estrés postraumático y otros tipos de sufrimientos mentales.
233 Mena Ugarte SC, Rodriguez Funes MV, Viterna J. "Maternal morbidity under an absolute abortion ban: insights from a 6-year case series of fatal fetal malformations in El Salvador*". American Journal of Obstetrics and Gynecology Global Reports* (2023).
234 *Id.*, pág. 8 (énfasis agregado, traducción libre del original).
235 *Informe de fondo*, párrs. 40 y 42.

penalmente autorizado bajo el Código Penal de 1973, no se encontraba legalmente disponible al momento de los hechos. Como resultado, Beatriz debió continuar con su embarazo y eventualmente someterse a curso de tratamiento –incluyendo la intervención quirúrgica del 3 de junio de 2013[236]– que significó mayores riesgos para su vida y salud [237]. Algunos de estos riesgos fueron explicados en la Audiencia Pública por ambas partes (p.ej., los polihidramnios y la hipertensión).

iii. Análisis de la justificación de la medida

Las consideraciones anteriores permiten sustentar la regresividad de la medida, aunque no dicen nada sobre su justificación. Si bien el caso *Vera Rojas vs. Chile* (2021) constituye el primer caso de adjudicación del deber de no regresividad por parte de la Corte IDH, la sentencia no fijó parámetros o criterios específicos para el análisis de justificación de estas medidas.

Ante este vacío jurisprudencial, consideramos pertinente utilizar los criterios empleados por la CIDH y por el Comité DESC a la hora de evaluar la justificación de medidas *prima facie* regresivas. Mientras que la CIDH ha indicado que es necesario evaluar si las medidas regresivas se encuentran justificadas por "razones de suficiente peso"[238], sugiriendo un escrutinio elevado a tales medidas, el Comité DESC ha sugerido una serie de criterios más específicos para evaluar medidas regresivas en materia de seguridad social, incluyendo:

> "a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional"[239].

En el caso de la reforma del Código Penal introducida en 1997, consta expresamente en la exposición de motivos que la legislación se modificó de modo sustancial para proteger la vida del *nasciturus*[240]. Esto quiere decir que el objetivo práctico de la medida era, en esencia, reducir la tasa de abortos a partir de la restricción del acceso al servicio en las situaciones que antes no estaban penalizadas.

Dicho de otro modo, la reforma no fue un simple cambio en la forma de regular el aborto, o una nuevo modelo elegido por el Estado en el cual todavía sería posible acceder al aborto en situaciones extremas, sino que constituyó un intento deliberado de prevenir el recurso al aborto en todos los casos a través de la amenaza del castigo penal. Así, es posible considerar el interés estatal detrás de la medida era la protección *absoluta* de la vida prenatal. Como fuera explicado en *Artavia*, la protección de la vida prenatal bajo la CADH no es absoluta, sino que debe ser gradual e incremental según su grado de desarrollo, por lo que este tipo de objetivo estatal que no efectúa un balance adecuado entre los derechos e intereses en juego, no puede ser considerado una "razón de suficiente peso" o una "justificación razonable" de una medida que implica un retroceso en el contenido y protección del derecho a la salud.

La medida tampoco supera los criterios más específicos del Comité DESC. Ello en tanto no consta que El Salvador haya examinado diferentes alternativas para proteger la vida prenatal y, al mismo tiempo, maximizar el goce de otros derechos que colisionan con la prohibición del aborto. Un ejemplo de estas medidas es la adopción de una política pública integral para la reducción del embarazo no deseado, incluyendo acceso a información sobre salud reproductiva, acceso a anticonceptivos y educación sexual integral. Tampoco

236 *Id.*, párr. 75.
237 *Id.*, párrs. 4 y 80.
238 CIDH. Informe No. 38/09. Caso 12.670. Admisibilidad y Fondo. Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Perú. 27 de marzo de 2009, párr. 141.
239 Comité DESC. *Observación general núm. 19 (2008) sobre el derecho a la seguridad social*. Doc. de la ONU E/C.12/GC/19 (4 de febrero de 2008), párr. 42.
240 Asamblea Legislativa de El Salvador y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Documentos básicos de la Nueva Normativa Penal, Exposición de Motivos del Código Penal, 3.4.d).

existen registros ni evidencia (i) de que se hayan considerado exhaustivamente otras reformas penales menos restrictivas para las distintas dimensiones del derecho a la salud; (ii) de una verdadera participación de las mujeres que serían afectadas por la reforma; (ii) de un análisis de si la reforma resultaba discriminatoria *de jure* o *de facto* en un contexto en el que la experiencia comparada muestra que, en efecto, la criminalización del aborto afecta fundamentalmente a las mujeres pobres; (iii) de una evaluación de si la reforma impactaría el ejercicio o nivel de protección alcanzado del derecho a la salud; o (iv) de un examen independiente de las medidas a nivel nacional.

Por estos motivos, consideramos que la reforma del Código Penal introducida en 1997 constituye una medida deliberadamente regresiva que no encuentra justificación posible en el contexto de las obligaciones internacionales del El Salvador que se desprenden del artículo 26 de la CADH.

CONCLUSIÓN Y PETITORIO

A partir de los argumentos expuestos, consideramos que el Estado de El Salvador ha incumplido sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos con respecto a los derechos de Beatriz.

En particular, las distintas secciones de este documento se han enfocado en explicar (i) que la criminalización absoluta del aborto resulta en una afectación manifiestamente desproporcionada, por excesiva, de los derechos de la mujer embarazada, tanto en abstracto como en el caso de Beatriz; (ii) que el diseño legal del delito de aborto en El Salvador resulta contrario a las exigencias del principio de legalidad, por no ser previsible en situaciones extremas y habilitar un grado excesivo de discrecionalidad sin ninguna protección contra la arbitrariedad judicial; y (iii) que la reforma del Código Penal introducida en 1997 constituye una medida deliberadamente regresiva, por significar un retroceso en el contenido y grado de protección del derecho a la salud que no encuentra una justificación compatible con la Convención Americana.

En consecuencia, solicitamos respetuosamente el reconocimiento como *amici curiae* en este caso, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Corte IDH, y que esta Honorable Corte tome en consideración las observaciones presentadas en este documento durante su análisis del presente caso.

Silvia Serrano Guzmán
Abogada y Co-Directora de la Iniciativa Salud
y Derechos Humanos
O'Neill Institute for National and Global Health
Law, Universidad de Georgetown
Profesora Adjunta, Facultad de Derecho

Oscar A. Cabrera
Abogado y Co-Director de la Iniciativa Salud y
Derechos Humanos
O'Neill Institute for National and Global Health
Law, Universidad de Georgetown
Profesor Visitante, Facultad de Derecho

Ivonne Garza Garza
Abogada y Asociada Senior
O'Neill Institute for National and Global Health
Law, Universidad de Georgetown

Patricio López Turconi
Abogado y Fellow
O'Neill Institute for National and Global Health
Law, Universidad de Georgetown

O'NEILL INSTITUTE
GEORGETOWN LAW
CENTER FOR HEALTH & HUMAN RIGHTS

UNIVERSITY OF TORONTO
FACULTY OF LAW