

Washington DC, 29 de agosto de 2022

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)

Consejo de Derechos Humanos y División de Mecanismos de Tratados
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Palais Wilson - 52, rue des Pâquis
CH-1201 Ginebra (Suiza)

Desde la Iniciativa Salud y Derechos Humanos del Instituto O'Neill en Derecho y Salud Global de la Universidad de Georgetown ("Instituto O'Neill")¹, nos permitimos presentar la siguiente comunicación dentro del proceso implementado por el Comité DESC para adoptar y aprobar observaciones finales para el Estado de El Salvador en relación con su sexto reporte periódico, presentado de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ("PIDESC").

El Comité DESC en su lista de cuestiones relativas al mencionado reporte periódico incluyó el tema de la salud sexual y reproductiva de El Salvador y la necesidad de asegurar que el actual régimen legal sea conforme con estándares internacionales de derechos humanos². En ese tenor, y con el propósito de contribuir a la adopción de estándares en la materia, el Instituto O'Neill presenta este escrito, el cual está dividido en tres apartados. En el primero se aborda la criminalización absoluta del aborto en El Salvador, con motivo de la reforma al Código Penal, como medida deliberadamente regresiva que no encuentra justificación aceptable. En el segundo se plantean consideraciones sobre la violación al secreto profesional en el contexto de la salud reproductiva. En esta sección se analiza el secreto profesional como parte esencial del derecho a la salud, con atención especial a su aplicación en el contexto de la salud sexual y reproductiva, y los problemas regulatorios asociados con el marco jurídico salvadoreño actual en esta materia. En el tercer apartado se incluyen algunas solicitudes con base en los dos temas que abordamos en el documento.

1. La criminalización absoluta del aborto en El Salvador como violación al principio de no regresividad

Mediante Decreto Legislativo No. 1030, publicado el 26 de abril de 1997 y vigente desde el 20 de abril de 1998, se reformó el artículo 133 del Código Penal salvadoreño para eliminar las causales bajo las cuales el aborto no era punible. Como se desarrollará en este apartado, el retorno al sistema de penalización absoluta del aborto constituye una medida regresiva y violatoria del derecho a la salud, entre otros derechos humanos a la luz de los estándares internacionales aplicables.

a. El principio de no regresividad

El PIDESC contempla en varios preceptos la obligación estatal de cumplir de manera progresiva con los DESC, en particular en su segundo artículo. El principio de cumplimiento progresivo exige que los Estados adopten las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad estos derechos³. De manera correlativa, el principio de no regresividad prohíbe adoptar políticas y medidas que demeriten la situación de los DESC, como lo es el derecho a la salud.

Tal y como lo ha reconocido el Comité DESC desde su Observación General 3⁴, "en caso de que un Estado Parte aduzca 'limitaciones de recursos' para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo, y f) si el Estado

Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”⁵.

En la Observación General No. 14, sobre el derecho a la salud, el Comité DESC señaló que: “Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”⁶. Algunas de las acciones que han sido expresamente reconocidas por el Comité DESC como medidas regresivas, y constituyen violaciones al derecho a la salud, son: la derogación de normas necesarias para el continuo disfrute del derecho a la salud⁷ y “la promulgación de leyes que penalicen determinadas conductas y decisiones en materia de salud sexual y reproductiva”⁸.

Tal y como el Comité DESC lo ha establecido anteriormente, las medidas regresivas deben ser evitadas y existe una fuerte presunción de que no están generalmente permitidas. Sin embargo, en caso de ser adoptadas, el Estado Parte del PIDESC tiene la carga de la prueba de que las mismas sean adoptadas. “Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”⁹.

Tratándose del derecho a la salud sexual y reproductiva, si el Estado decide adoptar medidas regresivas, debe cumplir con su carga de la prueba y “probar su necesidad”¹⁰. En circunstancias extremas en que sea “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”¹¹. Paralelamente, los parámetros desarrollados por el Comité DESC deben ser tomados en cuenta por el Estado al evaluar la permisibilidad excepcional de una medida regresiva en materia de salud.

Los criterios desarrollados por el Comité DESC han tenido un impacto en la protección judicial de los derechos sociales y en particular del derecho a la salud en otros sistemas de protección como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (“SIDH”). En este sentido, la Corte IDH ha establecido que el deber de no regresividad es correlativo a la obligación de cumplimiento progresivo¹², y ambos acarrear el compromiso de avanzar en la cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales (“DESC”) de manera incremental. Al efecto, la Corte IDH especificó: “existen dos tipos de obligaciones que derivan del reconocimiento de los DESC, conforme al artículo 26 de la Convención: aquellas de exigibilidad inmediata, y aquellas de carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y en general avanzar hacia la plena efectividad de los DESC. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), 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. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad”¹³.

Así, el cumplimiento progresivo de las obligaciones en materia de salud significa “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”¹⁴.

b. Análisis de la reforma del artículo 133 conforme al principio de no regresividad

Antes de la reforma del Código Penal en 1998, el Código Penal de 1973 establecía que el aborto “no era punible” cuando¹⁵: (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”. De esta manera, entre 1973 y 1998, El Salvador incorporó a la legislación penal una serie de causales bajo las cuales se justificaba y era permitido el aborto. Este régimen de causales, que permitía el acceso a la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias, era tendiente a proteger y garantizar el derecho a la salud de las mujeres, por medio de cada una de las tres causales.

El Salvador es Estado Parte del PIDESC¹⁶ desde 1979 y como tal debe cumplir con sus obligaciones, tanto las de exigibilidad inmediata como las de cumplimiento progresivo en materia de salud sexual y reproductiva. Para asegurar el cumplimiento de estos derechos, existe la obligación de crear condiciones que garanticen a todos asistencia médica y servicios médicos¹⁷, las cuales incluyen “toda una serie de servicios de atención de la salud sexual y reproductiva de buena calidad”¹⁸.

La vigencia de las causales de no punibilidad en el Código Penal anterior habilitaba que las mujeres y niñas en situaciones muy extremas pudieran acceder a la interrupción legal del embarazo que constituye un bien y servicio de salud reproductiva. Además, al evitar que las mujeres y niñas tuvieran que buscar abortos inseguros en circunstancias en las cuales continuar forzosamente con un embarazo es una carga inaceptable para el marco jurídico internacional de los derechos humanos, la vigencia del referido Código Penal también prevenía posibles afectaciones a la salud de las mujeres y niñas e incluso a su vida. Igualmente, el Código Penal anterior, mediante estas causales de no punibilidad, no constituía una anulación absoluta de los derechos de la mujer o niña embarazada, incluyendo el derecho a la salud física y mental. Con el marco jurídico actual, se prioriza de manera absoluta la protección de la vida en gestación y se elimina toda consideración o posibilidad de ponderación con la salud física y mental de las mujeres y niñas, independientemente de la gravedad de su afectación en las referidas causales.

En efecto, este Comité DESC ya ha manifestado en ocasiones anteriores su preocupación por la persistencia de la total prohibición del aborto, expresando que afecta particularmente a mujeres pobres y con un nivel menor de educación. Asimismo, el Comité DESC ha exhortado al Estado de El Salvador a que revise su legislación para hacerla compatible con otros derechos fundamentales como el de la salud y la vida de la mujer, así como con su dignidad; y le ha instado a proporcionar atención de calidad para el tratamiento de las complicaciones derivadas de los abortos practicados en condiciones de riesgo, en lugar de priorizar su persecución penal¹⁹.

Consideramos que en el presente examen periódico, es importante que el Comité DESC reitere su posición sobre la criminalización absoluta del aborto en El Salvador bajo el derecho a la salud y agregue que se trató de una medida deliberadamente regresiva e injustificada y, por lo tanto, contraria al PIDESC.

La reforma inviabilizó el acceso a la interrupción legal del embarazo en situaciones extremas que estaban protegidas previamente por las causales de no punibilidad. Esto es incompatible con el ejercicio y el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva de las niñas y mujeres en El Salvador. El Comité CEDAW ha señalado con frecuencia que las leyes restrictivas de aborto constituyen una violación del derecho a la salud²⁰. A su vez, el Relator sobre el derecho a la salud ha dicho que “la promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud”²¹.

Al emplearse los parámetros sentados por el Comité DESC es evidente que el sistema de penalización absoluta del aborto en El Salvador es una medida deliberadamente regresiva. Por ello, es necesario que el Estado haya hecho “el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que las medidas estén debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles”²². En el caso de la reforma del Código Penal en 1998, consta expresamente en la exposición de motivos que la legislación se modificó de modo sustancial para proteger la vida del *nasciturus*²³ mediante la

eliminación del acceso al aborto legal en las situaciones que antes constituían excepciones a la prohibición general. Además de la clara y patente intención de las autoridades legislativas salvadoreñas, no hay evidencia de un análisis de diferentes opciones disponibles que pudieran haber sido menos restrictivas, o que pudieran haber garantizado la protección de los derechos en juego.

Al contrario, se optó por la medida más severa para lograr la finalidad de proteger la vida en gestación, anulando los derechos de las mujeres y niñas embarazadas en situaciones extremas. De hecho, se trata de una justificación que no sólo no exploró alternativas y que no se relaciona con “la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto” ni con la plena utilización de los recursos disponibles, sino que además, es abiertamente incompatible con las obligaciones internacionales de El Salvador, como lo demuestran los múltiples casos conocidos por los Comités de tratados en los que se ha establecido la responsabilidad internacional de los Estados por la falta de acceso al aborto en las mismas condiciones extremas en las que se criminalizó, de manera regresiva, mediante la reforma del 1998. Además, es una medida discriminatoria puesto que está documentado que la criminalización absoluta del aborto en el El Salvador tiene un impacto adverso desproporcionado en las mujeres y niñas más pobres y vulnerables²⁴. El carácter discriminatorio de la medida, en adición a todo lo anterior, la hace una medida deliberadamente regresiva e injustificada.

La reforma del artículo 133 del Código Penal para eliminar las causales que hacían no punible el aborto empeoró la accesibilidad y calidad de los servicios de salud sexual y reproductiva en los casos en que las mujeres embarazadas tienen un riesgo para su vida, fueron víctimas de una violación que derivó en un embarazo, o el feto fuera inviable. En atención a que el Estado no cumplió con la carga de la prueba de realizar un examen de las alternativas menos lesivas disponibles, de justificar la necesidad de la medida, y a que la misma no cumple con los parámetros abordados por el Comité DESC para determinar como posible la adopción de una medida regresiva, la reforma penal en comento constituye una medida regresiva no permitida a la luz de las obligaciones internacionales de El Salvador, derivadas del PIDESC y de otros instrumentos internacionales.

2. La violación al secreto profesional en el contexto de la criminalización de emergencias obstétricas

a. El secreto médico como parte del derecho a la salud bajo el PIDESC

El derecho a la salud abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad²⁵. Dos elementos del derecho a la salud son particularmente relevantes cuando se analiza la confidencialidad en la relación médico-paciente: el de *aceptabilidad* y el de *accesibilidad*. El elemento de aceptabilidad requiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean respetuosos de la ética médica, de las minorías, y “sensibles a los requisitos del género”²⁶. Además, para que los servicios sanitarios sean aceptables, “deben ser concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”²⁷.

Asimismo, de acuerdo con el elemento de *aceptabilidad*, el secreto profesional debe ser respetado como parte de los principios que rigen el actuar del personal médico y que aseguran la confidencialidad de la información médica. Así, la aplicabilidad de los criterios contenidos en las normas éticas rectoras del comportamiento médico se vuelve relevante desde la óptica de la aceptabilidad. En ese sentido, el Comité DESC ha afirmado que el cumplimiento de los principios de ética médica es necesario, entre otras cosas, para asegurar la provisión de bienes y servicios médicos aceptables²⁸.

Por otro lado, el elemento de *accesibilidad* contiene cuatro dimensiones superpuestas: no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica y acceso a la información²⁹. En particular, el derecho de acceder a la información relacionada con la salud “comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”³⁰. La prerrogativa de acceder a la información “no debe menoscabar el derecho a que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad”³¹. El

principio de accesibilidad exige que las personas que reciben servicios médicos tengan la certeza de que su información será tratada de manera confidencial³². En el mismo sentido, en la Observación General número 22, el Comité DESC señaló que los datos y la información personal relativa a la salud debe ser tratada con carácter privado y confidencial³³.

Excepciones al secreto profesional y a la obligación de confidencialidad del personal médico

El derecho a la confidencialidad no es absoluto y existen ciertas situaciones en las que el personal médico debe romper con el mismo, como cuando se encuentra en una posición privilegiada para prevenir la comisión de un acto delictivo a futuro. Así, en estos contextos excepcionales, surge un deber de denuncia que podría prevalecer sobre la confidencialidad, en atención a que el personal médico actúa teniendo en cuenta el mejor interés de su paciente y siempre dentro de un marco legal específico.

En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado que los Estados prevean “reglamentos específicos que introduzcan la obligatoriedad de denunciar [los] incidentes”³⁴ considerados como “prácticas nocivas”, como lo es el matrimonio infantil o forzoso, la mutilación genital femenina, y aquellos que cumplan con lo previsto por la Recomendación General No. 31³⁵. La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer ha recomendado a los estados reformar las leyes existentes a efecto de permitir al personal médico, excepcionalmente, incumplir con el deber de confidencialidad, y poder así reportar a las instituciones correspondientes casos de violencia contra la mujer³⁶. En casos de niños víctimas de violencia, la Relatoría sobre la venta y explotación sexual de niños ha recomendado definir la obligación de reportar en función de los derechos de los niños, incluyendo los requisitos la confidencialidad y privacidad. Para ello, se sugiere incorporar estándares que establezcan la obligación de denunciar la violencia en regulaciones de todas las instituciones que estén involucradas con niños en riesgo³⁷.

b. El enfoque de la Corte IDH sobre el secreto médico en El Salvador

El 2 de noviembre de 2021 la Corte IDH emitió la sentencia del caso *Manuela y otros v. El Salvador*. Como parte del contexto fáctico, la Corte IDH advirtió que, a raíz de la penalización absoluta del aborto en El Salvador, se ha criminalizado a mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas en dicho país³⁸. En el mismo sentido se pronunció la Comisión IDH en su informe de fondo emitido en el mismo caso, así como el propio Comité DESC, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador. En dichas observaciones el Comité DESC advirtió que este problema de criminalización de mujeres que se encuentran en una “situación grave de riesgo para la salud”³⁹, “afecta particularmente a mujeres pobres y con un nivel menor de educación”⁴⁰.

Los hechos del caso de Manuela se enmarcan dentro de este contexto. Manuela era una mujer con escasos recursos, analfabeta y con problemas de salud, y que sufrió una emergencia obstétrica. Manuela recibió una negligente atención sanitaria y fue criminalizada por la presunta comisión de un homicidio como consecuencia de la denuncia e información divulgada a autoridades policiales y fiscales por parte del personal médico que la atendió.

En relación con el secreto profesional, la Corte IDH resolvió en la sentencia *Manuela* que “las personas tienen derecho a que la atención médica sea confidencial y a la protección de los datos de salud”⁴¹. Esta protección trae como consecuencia que la información obtenida por el personal médico no debe ser difundida y está protegida por el secreto profesional⁴², tal y como también lo establecen diversos instrumentos relativos a la ética de la atención médica⁴³. Sin embargo, la Corte IDH recalcó que la confidencialidad en la atención médica, y la consecuente protección de los datos de salud, “no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática”⁴⁴.

i. Regulación ambigua y contradictoria del marco jurídico salvadoreño por lo que hace al secreto médico y el deber de denuncia, y la confidencialidad de la información médica y la excepcionalidad de su divulgación

La Corte IDH analizó la manera en que la denuncia presentada por la médica de Manuela, realizada al amparo de una regulación ambigua y contradictoria, cumplía con los principios que deben regir en caso de existir una injerencia a la confidencialidad de la información médica. La Corte evaluó la legalidad, finalidad e idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la denuncia como una restricción al derecho a la confidencialidad.

Por lo que hace al requisito de legalidad y como consideración previa, la Corte destacó que una ley debe ser “precisa e indicar reglas claras y detalladas”⁴⁵, “carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción, y no permita que actúen de manera arbitraria y discrecional, realizando interpretaciones extensivas de la misma”⁴⁶. Adicionalmente, la regulación de una restricción debe ser previsible y accesible⁴⁷. La Corte consideró que la legislación salvadoreña no es “lo suficientemente clara sobre si existe o no un deber de denuncia por parte del personal médico que conoce de un posible hecho punible por medio de la información amparada por el secreto profesional, ni tampoco establece regulaciones específicas al secreto profesional relacionada con emergencias obstétricas”⁴⁸. En ese sentido, tal y como lo retomó la Corte IDH, el perito Oscar A. Cabrera señaló que “la carencia de marcos regulatorios que establezcan con claridad la excepcionalidad de las restricciones al secreto médico, así como los casos muy acotados en los cuales dichas restricciones son aceptables, deriva a en otorgar absoluta discrecionalidad al personal médico para determinar el cumplimiento de sus deberes y obligaciones”⁴⁹.

Dada la falta de claridad y contradicción entre las distintas normas salvadoreñas⁵⁰, la Corte determinó que la divulgación de la información sobre la salud sexual y reproductiva de Manuela no cumplió con el requisito de legalidad, y que “en relación con emergencias obstétricas, la legislación debe señalar de forma clara que, el deber de preservar el secreto profesional médico es una excepción a la obligación general de denuncia”⁵¹ en cabeza de cualquier persona, de un funcionario público o de una persona encargada de un centro hospitalario u otro establecimiento semejante.

Respecto de la finalidad e idoneidad de la restricción, la Corte determinó que “la finalidad de la restricción no era la protección de la vida de un niño o niña, sino cumplir con la obligación internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar los delitos cometidos en contra de niñas y niños”, y esta finalidad está permitida por la CADH. Por lo que hace al requisito de necesidad se estimó que era incierto si se hubiera podido investigar el presunto delito si el personal médico no hubiera divulgado la información, por lo que “podría ser una medida necesaria”⁵².

Sin embargo, al analizar la proporcionalidad de la restricción, la Corte IDH consideró que “la divulgación de información médica puede restringir el acceso a una atención médica adecuada de mujeres que necesiten asistencia médica, pero eviten ir a un hospital por miedo a ser criminalizadas, lo que pone en riesgo sus derechos a la salud, a la integridad personal y a la vida”⁵³. Así, existe, según la Corte, un conflicto aparente entre la obligación de guardar el secreto profesional y el deber de denunciar. Frente a ello, “tratándose de casos de urgencias obstétricas, en que está en juego la vida de la mujer, debe privilegiarse el deber de guardar el secreto profesional”⁵⁴. En el caso concreto, la Corte consideró que las afectaciones causadas por la denuncia presentada por la médica de Manuela fueron desproporcionadas frente a las ventajas que se obtuvieron mediante la misma⁵⁵. Por ello, la denuncia de la médica violó los derechos a la vida privada y a la salud de Manuela.

ii. Reparaciones ordenadas por la Corte IDH

Como parte de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, la Corte dictó garantías de no repetición consistentes principalmente en reformas normativas que deben ser ejecutadas por el Estado y que consideramos de especial relevancia para el presente examen del informe periódico de El Salvador. A continuación, se abordan las reformas estructurales que el Comité DESC podría incluir en sus recomendaciones a fin de favorecer que el Estado adecúe

su ordenamiento jurídico interno a los contenidos del derecho a la salud relacionados con el deber de confidencialidad.

➤ **Regular el secreto profesional y sus excepciones y adopción de protocolos y guías médicas de atención a las emergencias obstétricas**

En primer lugar, la Corte ordenó a El Salvador regular el secreto profesional médico y sus excepciones, y adaptar los protocolos y guías médicas de atención de las emergencias obstétricas. De acuerdo con la sentencia, El Salvador debe emitir una “regulación clara sobre los alcances del secreto profesional médico, la protección de la historia clínica y sus excepciones, de conformidad con los estándares desarrollados”⁵⁶ en la propia sentencia. En particular, la regulación debe establecer expresamente que⁵⁷: (i) el personal médico no debe denunciar a mujeres que hayan recibido atención médica con motivo de una emergencia obstétrica; (ii) la falta de denuncia por parte del personal de salud en estos casos no conlleva represalias administrativas, penales o de otra índole; (iii) el personal de salud debe mantener el secreto profesional médico, frente a cuestionamientos de las autoridades; y (iv) los supuestos en los cuales se puede difundir la historia clínica, las salvaguardas claras sobre el resguardo de dicha información y la forma en que esta puede ser difundida, exigiendo que la misma se realice solo mediante orden fundamentada por una autoridad competente y, tras la cual, se divulgue solo lo necesario para el caso concreto. En tanto dicha regulación no se encuentre vigente, la Corte ordenó al Estado “que se abstenga de aplicar la legislación actual respecto de la obligación del personal de salud de denunciar posibles casos de aborto”⁵⁸.

Además, la Corte ordenó al Estado adoptar un protocolo para la atención de mujeres que requieren atención médica de urgencia por emergencias obstétricas⁵⁹. Este protocolo debe estar dirigido al personal de salud de instituciones públicas y privadas de El Salvador, y debe contener criterios claros para asegurar que en la atención de estas mujeres. Como mínimo, el protocolo debe: (i) asegurar la confidencialidad de la información a la que el personal médico tiene acceso en razón de su profesión; (ii) establecer que el acceso a servicios de salud no está condicionado por la presunta comisión de un delito o por la cooperación de las pacientes en un proceso penal; y (iii) prever la obligación del personal de salud de abstenerse de interrogar a las pacientes con la finalidad de obtener confesiones o denunciarlas⁶⁰.

➤ **Capacitar y sensibilizar a funcionarios judiciales y al personal de salud**

Como otra medida de reparación relevante para los objetos del presente escrito se encuentra la obligación estatal de adoptar, “un plan de capacitación y sensibilización dirigido tanto a funcionarios judiciales, como al personal de salud del Hospital Nacional Rosales”⁶¹.

La capacitación a funcionarios judiciales que intervienen en los procesos penales instaurados en contra de mujeres criminalizadas por delitos relacionados con emergencias obstétricas, como aborto o infanticidio, debe incluir, además de lo señalado expresamente en la sentencia⁶², la obligación de respetar la confidencialidad de la relación médico-paciente y la obligación de no solicitar al personal médico que incumpla con el secreto profesional.

Por su parte, la capacitación al personal de salud debe, como lo indicó la Corte IDH, incluir “un curso de capacitación sobre el secreto profesional médico, dirigido al personal sanitario y médico del Hospital Nacional Rosales”⁶³, de conformidad con los estándares desarrollados en la sentencia relativos, entre otros, a los alcances del secreto profesional médico y sus excepciones, así como con el protocolo para la atención de mujeres que requieran atención médica de urgencia por emergencias obstétricas.

➤ **Diseñar e implementar un programa de educación sexual y reproductiva**

La Corte IDH ordenó al Estado que diseñe e implemente contenido específico sobre la sexualidad y la reproducción en los programas escolares. Este contenido debe ser integral, no discriminatorio, estar basado en pruebas, ser científicamente riguroso, y adecuado en función de la edad y capacidad evolutivas de las niñas, niños y adolescentes⁶⁴.

➤ **Brindar atención médica integral a las mujeres que sufren emergencias obstétricas**

La Corte ordenó al estado tomar de forma inmediata “las medidas necesarias para asegurar la atención médica integral de las mujeres que sufran emergencias obstétricas”⁶⁵.

3. Solicitudes

En atención a lo previamente expuesto en el presente escrito, solicitamos atentamente a este Honorable Comité que: (i) manifieste que la reforma al Código Penal salvadoreño, vigente desde 1998 y por la que se eliminaron las causales bajo las cuales el aborto no era punible, es una medida deliberadamente regresiva que no cumple con los parámetros del Comité DESC que justificarían su adopción, y por tanto, constituye una medida violatoria de las obligaciones internacionales de El Salvador, a la luz del PIDESC; (ii) reitere la recomendación de despenalizar el aborto al menos en las causales de riesgo para la vida y la salud, cuando el embarazo es producto de una violación y cuando hay inviabilidad fetal; (iii) exprese que el marco normativo actual en materia de secreto médico, por su falta de claridad y sus implicaciones en la criminalización del aborto y de emergencias obstétricas es violatorio del derecho a la salud; y (iv) recomiende a El Salvador de emitir una legislación y protocolos clara y comprensible sobre la obligación del personal médico de guardar el secreto médico en casos de emergencias obstétricas. Lo anterior a la luz del PIDESC y tomando en cuenta, en la medida de lo relevante, las medidas de no repetición ordenadas por la Corte IDH en la sentencia de *Manuela*.

Oscar A. Cabrera
Abogado y Director
Profesor Visitante, Facultad de Derecho

Silvia Serrano Guzmán
Abogada y Directora Asociada
Profesora Adjunta, Facultad de Derecho

Ivonne Garza Garza
Abogada y Asociada

Aura Guerrero
Abogada y Asociada

¹ El Instituto O’Neill es una institución sin fines de lucro situada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington, D.C., que opera como un proyecto conjunto de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Enfermería y Estudios sobre la Salud y cuenta con importantes recursos intelectuales de otras áreas de la Universidad, incluyendo la Facultad de Medicina, la Facultad de Política Pública y el Instituto Kennedy de Ética. La misión del Instituto O’Neill consiste en proveer soluciones innovadoras a los problemas más críticos de salud a nivel doméstico y global. En este sentido, el Instituto O’Neill busca contribuir a un entendimiento más vigoroso y profundo de las múltiples maneras en las que el derecho, incluyendo los derechos humanos, puede ser utilizado para mejorar la salud.

² Véase Comité DESC, ‘Lista de Cuestiones Relativas al Sexto Informe Periódico de El Salvador’ (2020) E/C.12/SLV/Q/6 para ²²
<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fSLV%2fQ%2f6&Lang=en> accessed 24 August 2022.

³ Según el art. 2.1, los Estados parte: “se compromete[n] a adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga[n], para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966. *Ver también*: Comité DESC, ‘Observación General No. 3, La Índole de Las Obligaciones de Los Estados Partes’ (1990) E/1991/23 para 9 <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en>. (El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo [...]. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo [...] la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general [...] que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente con miras a lograr ese objetivo.”)

⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sesiones (1990), párr. 9.

⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sesiones (1990), párr. 9. Véase también: Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

⁶ Comité DESC, ‘Observación General No. 14, El Derecho al Disfrute Del Más Alto Nivel Posible de Salud’ (2000) E/C.12/2000/4 para 32 <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>> accessed 18 August 2022.

⁷ Comité DESC, ‘Observación General No. 14, El Derecho al Disfrute Del Más Alto Nivel Posible de Salud’ (2000) E/C.12/2000/4 para 48 <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>> accessed 18 August 2022.

⁸ Comité DESC, ‘Observación General No. 22, Relativa al Derecho a La Salud Sexual y Reproductiva’ (2016) E/C.12/GC/22 para 38 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/089/35/PDF/G1608935.pdf?OpenElement>> accessed 18 August 2022.

⁹ Comité DESC, ‘Observación General No. 14, El Derecho al Disfrute Del Más Alto Nivel Posible de Salud’ (2000) E/C.12/2000/4 para 32 <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>> accessed 18 August 2022.

¹⁰ Comité DESC, ‘Observación General No. 22, Relativa al Derecho a La Salud Sexual y Reproductiva’ (n 11) para 38.

¹¹ *ibid.*

¹² *Cuscul Pivaral y otros Vs Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas* (2018) Serie C No. 359 (Corte IDH) [143].

¹³ *Vera Rojas y Otros Vs Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (2021) Serie C No. 439 (Corte IDH)

¹⁴ *Vera Rojas y Otros Vs Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (2021) Serie C No. 439 (Corte IDH) [96].

¹⁵ Asamblea Legislativa de El Salvador, 1973, Código Penal, artículo 169.

¹⁶ El Salvador firmó el PIDESC el 21 de septiembre de 1967 y lo ratificó el 30 de noviembre de 1979. Desde 2011, aceptó la competencia del Comité DESC para los mecanismos de consultas y denuncias.

¹⁷ PIDESC no 12.2.d.

¹⁸ Comité DESC, ‘Observación General No. 22, Relativa al Derecho a La Salud Sexual y Reproductiva’ (n 11) para 45.

¹⁹ Comité DESC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados: El Salvador*, párr. 22, Doc. de la ONU E/C.12/SLV/CO/3-5 (2014).

²⁰ Véanse, por ejemplo, Comité CEDAW, ‘Informe Del Comité CEDAW, 20 y 21 Período de Sesiones, Belice’ (1999) A/54/38 paras 56–57 <<https://digitallibrary.un.org/record/286459?ln=es>> accessed 18 August 2022; Comité CEDAW, ‘Informe Del Comité CEDAW, 20 y 21 Período de Sesiones, Chile’ (1999) A/54/38 para 228 <<https://digitallibrary.un.org/record/286459?ln=es>> accessed 18 August 2022; Comité CEDAW, ‘Informe Del Comité CEDAW, 20 y 21 Período de Sesiones, Colombia’ (1999) A/54/38 para 393 <<https://digitallibrary.un.org/record/286459?ln=es>> accessed 18 August 2022; Comité CEDAW, ‘Informe Del Comité CEDAW, 18 y 19 Período de Sesiones, República Dominicana’ (1998) A/53/38 para 337 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/256/62/PDF/N9825662.pdf?OpenElement>> accessed 18 August 2022.

²¹ Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho a la salud, ‘Informe Provisional Del Relator Especial Sobre El Derecho de Toda Persona al Disfrute Del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental’ (2011) A/66/254 para 21 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/443/61/PDF/N1144361.pdf?OpenElement>> accessed 18 August 2022.

²² Comité DESC, ‘Observación General No. 14, El Derecho al Disfrute Del Más Alto Nivel Posible de Salud’ (n 9) para 32.9

²³ 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). Disponible en: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/7d642e135de21c7306256b41006f5d81?OpenDocument>

²⁴ Corte IDH, *Manuela y Otros vs. El Salvador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párrs. 253, 254 y Voto razonado concurrente del Juez Ricardo C. Pérez Manrique.

²⁵ *ibid* 12.

²⁶ *ibid* 12, c).

²⁷ *ibid*. Véase Comité de los Derechos del Niño, ‘Observación General No. 4, La Salud y El Desarrollo de Los Adolescentes En El Contexto de La Convención Sobre Los Derechos Del Niño’ (2003) CRC/GC/2003/4 paras 41, b) <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/427/27/PDF/G0342727.pdf?OpenElement>> accessed 18 August 2022; Comité de los Derechos del Niño, ‘Observación General No. 3, El VIH/SIDA y Los Derechos Del Niño’ (2003) CRC/GC/2003/3 para 38 <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2003%2f3&Lang=en> accessed 18 August 2022.

²⁸ Comité DESC, ‘Observación General No. 14, El Derecho al Disfrute Del Más Alto Nivel Posible de Salud’ (n 9) paras 12, c).

²⁹ *ibid* 12.

³⁰ *ibid*.

³¹ *ibid* 12, b), iv).

³² *ibid*.

³³ Comité DESC, ‘Observación General No. 22, Relativa al Derecho a La Salud Sexual y Reproductiva’ (n 11) paras 19 and 40.

³⁴ Comité CEDAW and Comité de los Derechos del Niño, ‘Recomendación General Núm. 31 Del Comité Para La Eliminación de La Discriminación Contra La Mujer y Observación General Núm. 18 Del Comité de Los Derechos Del Niño Sobre Las Prácticas Nocivas, Adoptadas de Manera Conjunta’ (2014) CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18 para 49 y 55 j) <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f31%2fCRC%2fC%2fGC%2f18&Lang=en> accessed 18 August 2022.

³⁵ *ibid* 15 y 16.

³⁶ ONU, ‘Informe de La Relatora Especial Sobre La Violencia Contra La Mujer, Sus Causas y Consecuencias Relativo a Su Misión a Georgia’ (2016) A/HRC/32/42/Add.3 para 99 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/164/43/PDF/G1616443.pdf?OpenElement>> accessed 18 August 2022.

³⁷ ONU, ‘Informe Conjunto de La Relatora Especial Sobre La Venta de Niños, La Prostitución Infantil y La Utilización de Niños En La Pornografía y La Representante Especial Del Secretario General Sobre La Violencia Contra Los Niños’ (2011) A/HRC/16/56 para 112 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/115/71/PDF/G1111571.pdf?OpenElement>> accessed 18 August 2022.

³⁸ Corte IDH, *Manuela y Otros vs. El Salvador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párrs. 41 y 42.

³⁹ Comité DESC, ‘Observaciones Finales Sobre Los Informes Periódicos Tercero, Cuarto y Quinto Combinados de El Salvador’ (2014) E/C.12/SLV/CO/3-5 para 22 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/056/11/PDF/G1405611.pdf?OpenElement>> accessed 19 August 2022.

⁴⁰ *ibid*.

⁴¹ Corte IDH, *Manuela y Otros vs. El Salvador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párr. 206.

⁴² *ibid*.

⁴³ Véase, por ejemplo, el juramento hipocrático, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, la Declaración de Ginebra adoptada por la Asociación Mundial de Medicina en 1948, el Código Internacional de Ética Médica y la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente.

⁴⁴ Corte IDH, *Manuela y Otros vs. El Salvador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, párr. 207.

⁴⁵ *ibid* 212.

⁴⁶ *ibid*.

⁴⁷ *ibid*.

⁴⁸ *ibid* 213 y 286.

⁴⁹ *ibid* 214.

⁵⁰ “El Código de Salud de El Salvador establece como una de las excepciones a la inviolabilidad del secreto profesional que “mantenerlo, vulnerare las leyes vigentes”. Por otra parte, la legislación penal establecía el deber de los médicos de mantener el secreto profesional, y, por ende, abstenerse de declarar, y por otro parte, establecía una obligación de denunciar la ocurrencia de un hecho punible. Si bien uno de los artículos del Código Procesal Penal, establecía como excepción al deber de denuncia

que personal médico hubiese tenido conocimiento del mismo “bajo el amparo del secreto profesional”, el Código Penal tipificaba en el artículo 312 la falta de denuncia por parte de funcionarios públicos, sin que se estableciese excepción alguna”
ibid 213.

⁵¹ ibid 215.

⁵² ibid 219.

⁵³ ibid 224.

⁵⁴ ibid.

⁵⁵ ibid.

⁵⁶ ibid 286.

⁵⁷ ibid.

⁵⁸ ibid.

⁵⁹ ibid 287.

⁶⁰ ibid.

⁶¹ ibid 293.

⁶² *Véase* ibid.

⁶³ ibid 294.

⁶⁴ ibid 297.

⁶⁵ ibid 299.