

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 *amicus 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.....	3
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
a. Decisiones de los órganos de tratados de las Naciones Unidas	4
b. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	7
II. El conflicto de derechos derivado de la prohibición absoluta del aborto y su solución mediante el análisis de proporcionalidad	9
a. La protección de la vida en gestación bajo la Convención Americana	10
b. Los derechos o intereses que entran en conflicto a partir de la penalización absoluta del aborto en situaciones extremas.....	12
i. La dignidad de la persona humana (artículo 11.1 de la CADH).....	12
ii. El derecho a la vida de la mujer embarazada (artículo 4.1 de la CADH).....	12
iii. El derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 5.2 de la CADH)	14
iv. El derecho a la salud (artículo 26 de la CADH).....	15
v. El derecho a la igualdad y no discriminación (artículos 1.1 y 24 de la CADH)	15
c. El análisis de proporcionalidad aplicado al conflicto de derechos derivado de la penalización absoluta del aborto en El Salvador.....	17
i. Interés legítimo	18
ii. Idoneidad.....	18
iii. Necesidad.....	21
iv. Proporcionalidad en sentido estricto	22
III. La estructura del delito de aborto en El Salvador es contraria al principio de legalidad en materia penal.....	26
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	27
b. El principio de legalidad aplicado al modelo de criminalización del aborto en El Salvador	29
c. Las exigencias específicas de la conducta de aborto en casos extremos.....	32
IV. La criminalización absoluta del aborto en El Salvador como violación al deber de no regresividad.	34
a. Análisis de la reforma del Código Penal a partir del principio de no regresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana	36
i. Sobre la supuesta inaplicabilidad del deber de no regresividad a la reforma del Código Penal salvadoreño.....	36
ii. La modificación del Código Penal significó un retroceso en el contenido y nivel de protección del derecho a la salud	39
iii. Análisis de la justificación de la medida	41
Conclusión y Petitorio	43

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 extrauterina¹. 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 madre².

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 extremas³

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 Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) como distintos órganos de tratados de las Naciones Unidas se han pronunciado sobre la responsabilidad

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.

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 días⁴.

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

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”).

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 privada⁵.

Pocos años después, en el caso *L.M.R. c. Argentina* (2011), el CDH volvió a evaluar un caso de falta de 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 clandestino⁶.

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 de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Además, volvió a considerar que la injerencia de las autoridades estatales en una cuestión debía resolverse entre la paciente y su médico constituyó una violación a su derecho a la vida privada⁷.

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 extrauterina¹⁰. 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 vida¹¹. 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 privada¹³.

⁵ *Id.*, párrs. 6.2, 6.3, 6.4 y 6.5.

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.*).

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 Irlanda¹⁴.

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 PIDCyP¹⁵.

En *Whelan*, el CDH llegó a conclusiones similares, especificando que la legislación vigente en Irlanda implicaba la responsabilidad del Estado en lo que respecta al trato recibido por la víctima¹⁶, que debía considerarse contrario a la prohibición de infligir tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁷. 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 autora¹⁸.

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 penales¹⁹.

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

¹⁴ *Id.*, párrs. 7.7 y 7.8.

¹⁵ *Id.*, párr. 7.11.

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.”).

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 feto²¹. 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 salud²².

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 antes²³. 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 terapéutico²⁴. 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 médica²⁵. 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 género²⁶.

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 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 *Tysięc vs. Polonia* (2007), el TEDH abordó la situación de Alicja Tysięc, una mujer polaca que sufría de miopía severa. Durante su tercer embarazo, Tysięc 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. Tysięc no tuvo otra opción que llevar su embarazo a término. Después

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.

²⁷ *Id.*, párr. 8.18.

del parto, la Sra. Tysic desarrolló una discapacidad significativa, en tanto su vista se deterioró gravemente²⁸.

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 est 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 individuales³⁰.

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 record que el derecho a la vida privada entraña los derechos a la autonomía personal y a la protección de la integridad física y psquica³². Si bien consideró que ese derecho no puede ser interpretado en el sentido de conferir un derecho al aborto, el TEDH s concluyó que “la prohibición en Irlanda del aborto cuando se solicita por razones de salud y/o bienestar (...) est 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, s aclar 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 not 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 en cuanto a las condiciones de acceso al aborto³⁵. 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 CEDH³⁶.

²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Tysic 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.

³⁵ *Id.*, párr. 253.

³⁶ *Id.*, párrs. 254, 264, 267 y 268.

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 CEDH³⁷.

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 realizó³⁸.

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 situaciones³⁹. La decisión resaltó la situación de gran vulnerabilidad de una persona que se encuentra atravesando un embarazo producto de una violación⁴⁰, 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 paciente⁴¹. 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 jurídico⁴². 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 crucial⁴³.

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 circunstancias⁴⁴. A los fines de este *amicus*, definimos el conflicto como

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).

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 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 CADH⁴⁵. 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 gestación⁴⁶. 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 embarazada⁴⁸.

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

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 *Fontvecchia 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.

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 embrionaria⁴⁹.

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 útero⁵⁰. 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 se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular⁵¹.
- 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 regla⁵². 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 aborto⁵³. 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 CADH⁵⁴.
- 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.

⁴⁹ *Artavia*, párr. 172.

⁵⁰ *Id.*, párrs. 187 y 189.

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.

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 violación⁵⁹. 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 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 especie 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 vida⁶³. Resulta necesario que las autoridades adopten las medidas necesarias para prevenir o evitar esos riesgos para la vida⁶⁴.

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.

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.

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 abortos en condiciones peligrosas para la vida⁶⁵.

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 servicio⁶⁶. 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 discapacidad⁶⁷. 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 inseguros⁶⁸.

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 Salvador⁶⁹. 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 seguridad⁷¹; y el Comité de los Derechos del Niño también ha expresado que “el riesgo de muerte y enfermedad durante la adolescencia es real, entre otras razones por causas evitables, como (...) abortos peligrosos”⁷².

Especialmente, su *Observación General N° 36* (2018) sobre el derecho a la vida, el CDH claramente estableció que “[a]unque los Estados partes pueden adoptar medidas para regular

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.

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.

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 degradante⁷⁵.

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 degradantes⁷⁶. 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.

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.

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 justiciable⁸⁰. La criminalización absoluta del aborto colisiona con este derecho en, por lo menos, dos sentidos.

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 nacimientos⁸¹. 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 reproductiva⁸².

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 calidad⁸³.

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 amnióticos⁸⁴. 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 postraumático⁸⁵ y otros tipos de sufrimientos mentales⁸⁶. 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

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.

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).

derechos⁸⁷. 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 hombres⁸⁸. 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 legal⁸⁹.

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 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 madre⁹⁰ o la noción de que las mujeres son simples instrumentos de reproducción de la especie humana⁹¹.

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 mujeres⁹³. Por otro lado, sostuvo que había un impacto desproporcionado en las personas que no contaban con recursos económicos para practicar el procedimiento en el extranjero⁹⁴.

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.

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.

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 que⁹⁶. Este impacto desproporcionado en las mujeres y, sobre todo, en aquellas en situación de pobreza o desventaja socioeconómica⁹⁷ 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 exigente⁹⁸.

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,

“(…) 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 derechos¹⁰⁰.

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

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

⁹⁹ *Kimel*, párr. 51.

¹⁰⁰ *Id.*, párr. 58.

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 Americana¹⁰¹. 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 prenatal¹⁰², 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 objetivo¹⁰³. Se trata de evaluar la adecuación técnica o la relación de fomento entre el fin legítimo y el medio elegido para alcanzarlo¹⁰⁴.

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 cualitativa¹⁰⁵, la protección de la vida

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.

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.

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 2015-2019¹⁰⁶. Esta tasa fue similar entre estos países, independientemente del grado de restricción legal sobre el aborto¹⁰⁷. 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 India¹⁰⁸) (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 restringido¹¹⁰. 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 ley¹¹³. 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 médica¹¹⁴. Ciertamente, un

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](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)).

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 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 inseguros¹¹⁷.

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 plazo¹¹⁸. En algunos países, como Francia e Italia, hubo un leve aumento temporal en las cifras de aborto después de la despenalización¹¹⁹. Sin embargo, después de dos o tres años, la tasa de aborto disminuyó continuamente desde 1980 hasta 1996¹²⁰. El estudio propone que la razón del aumento inicial puede deberse a que los abortos no eran debidamente registrados cuando la conducta se encontraba criminalizada¹²¹. Este también puede haber sido el caso en Turquía, que legalizó el aborto en 1983¹²². La cantidad de abortos aumentó de 12,1 a 23,6 por cada 100 embarazos de 1983 a 1988¹²³. Sin embargo, la tasa de abortos comenzó a disminuir constantemente, hasta 10 abortos por cada 100 embarazos en 2008¹²⁴.

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 restricciones¹²⁵.

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.

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.

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 aborto¹²⁶. 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 inseguros¹²⁷.

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 1991¹²⁸. 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 ley¹²⁹. Portugal también experimentó una disminución en sus tasas de mortalidad y morbilidad maternas después de 2000, 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 ley¹³⁰.

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 aquellas¹³¹. 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 legítimo¹³². 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

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.

¹³¹ *Kimel*, párr. 74.

¹³² *Id.*, párr. 76.

significativamente el riesgo de un embarazo no planificado posterior y, por lo tanto, la probabilidad de repetir el aborto¹³³. 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 anticoncepción¹³⁴. 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 año¹³⁵. 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 año¹³⁶.

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 efectivos¹³⁷. 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 2008¹³⁸.

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 repetidos¹³⁹. Esta conclusión se basó en una revisión de evidencia de los últimos 20 años y también es consistente con revisiones sistemáticas anteriores¹⁴⁰.

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 necesario¹⁴¹. 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

¹³³Anibal 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.

¹³⁴Brooke 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>.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Kimel*, párr. 83.

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 derechos¹⁴².

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 fundamentales¹⁴³. 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 prenatal¹⁴⁴.

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*,

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.

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 mental¹⁴⁵. 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 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 peso¹⁴⁶. 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 maternidad¹⁴⁷. 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 decisiones¹⁴⁸.

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 vida¹⁴⁹. 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

¹⁴⁵ *Kimel*, párr. 85.

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. *Tysiqc v. Polonia*. App. No 5410/03 (20 de marzo de 2007), párr. 106.

¹⁴⁹ *Informe de fondo*, párrs. 37-39.

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 materna¹⁵⁰.

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 enfrentaba¹⁵¹.

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 degradantes¹⁵².

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 viceversa¹⁵³. 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 reproducción¹⁵⁴. 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

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.

¹⁵³ *Id.*, párr. 72.

¹⁵⁴ Lenguaje utilizado en Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-355-2006 (10 de mayo de 2006), pág. 235.

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.

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.

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.

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 universal¹⁵⁷, y ha sido interpretado por esta Honorable Corte como una garantía de seguridad y certeza jurídica para las personas frente al poder punitivo del Estado¹⁵⁸. Si bien la legalidad debe presidir la actuación de todos los órganos del Estado, el principio adquiere especial relevancia cuando se ejerce el poder punitivo¹⁵⁹.

El artículo 9 de la CADH establece tres principios que regulan el ámbito de protección del principio de legalidad¹⁶⁰: (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 punibles¹⁶¹. 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 penales¹⁶². 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 consecuencias¹⁶³; y (ii) la **prohibición de arbitrariedad**, o la necesidad de evitar el arbitrio de la autoridad al momento de establecer las responsabilidades penales individuales¹⁶⁴. Una norma cuyo diseño afecte la previsibilidad de la sanción, y/o habilite un alto grado de

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;

discrecionalidad judicial en el establecimiento de la responsabilidad penal¹⁶⁵ 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 concreto¹⁶⁶. Aunque estas pautas fueron desarrolladas para el régimen administrativo sancionatorio, también deben ser aplicadas al régimen penal, que debe seguir criterios de taxatividad aún más estrictos y rigurosos¹⁶⁷.

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 juzgador¹⁶⁸.

Para ello, resulta necesario que la norma venga acompañada de criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido que debe darse a los conceptos indeterminados¹⁶⁹. 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 claro¹⁷⁰. 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 criminalizar¹⁷¹.

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

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.

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.

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 terrorismo¹⁷² y delitos contra el honor¹⁷³. 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 conducta¹⁷⁴.

Siguiendo la estructura clásica del delito creada por Franz von Liszt y Ernst Beling, y prevaleciente en la tradición del derecho penal continental¹⁷⁵, 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 penal¹⁷⁶. 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 jurídico¹⁷⁷. 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 (...) delictivos” 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

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.

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.

la oportunidad de aplicar el mandato a las causas de justificación, sí ha sugerido que las mismas quedan regidas por el principio de legalidad¹⁷⁸.

- *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 punibilidad¹⁷⁹. 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 ella¹⁸⁰.

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 culpable¹⁸¹ 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 lagunas¹⁸². Por ejemplo, el llamado estado de necesidad puede operar en ambos niveles valorativos¹⁸³, y constituye un precepto abstracto que exige un juicio de identificación, valoración y ponderación de bienes jurídicos que colisionan en un caso en concreto¹⁸⁴. Estos niveles valorativos habilitan cierto grado de discrecionalidad judicial que, en la mayoría de los

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.

delitos, resulta contrarrestado por un cúmulo de parámetros objetivos¹⁸⁵ 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 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 exculpante¹⁸⁶). 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 extremos¹⁸⁷, 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.

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.

¹⁸⁶ Para una descripción de los distintos obstáculos teóricos que surgen a la hora de aplicar las causas de 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.

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 deslindar 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.

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 *Tysiqc*, 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 tardío¹⁹¹. Al analizar el reporte

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.

¹⁹¹ TEDH. *Tysiqc 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

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 regulaciones¹⁹³. En *Tysiqc*, 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 obtenerlo¹⁹⁴.

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 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 Beatriz¹⁹⁵. 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

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. *Tysiqc v. Polonia*. App. No 5410/03 (20 de marzo de 2007), párr. 116.

¹⁹⁵ *Informe de fondo*, párrs. 41 a 46.

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 adecuado¹⁹⁸.

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 salud¹⁹⁹.

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 derechos²⁰⁰. Como correlato, el deber de no regresividad exige que los Estados se

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.*

abstengan de adoptar medidas que deroguen, empeoren, retrasen o interrumpan el nivel de goce o ejercicio de los DESC alcanzados²⁰¹, siempre que las mismas no estén justificadas por razones de suficiente peso²⁰². Esta Honorable Corte ha considerado que la no regresividad resulta justiciable bajo el artículo 26 de la CADH²⁰³.

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 derechos²⁰⁵.

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 primera²⁰⁷. 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 empeorado²⁰⁸.

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.

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, Reparaciones 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.

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*

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 derechos²⁰⁹, 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 derechos²¹⁰ 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 prestacional²¹¹.

²⁰⁹ Corte IDH. “Audiencia Pública del Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador. (Jueves)” *YouTube*, <https://www.youtube.com/watch?v=K-6PIAov2fc>, 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.

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 injerencias²¹². 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 médica²¹³. El Comité DESC ha entendido, además, que la libertad de asociación, reunión y circulación también pueden relacionarse con esta dimensión del derecho a la salud²¹⁴. **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 saludable²¹⁶.

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 IDH²¹⁷. 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 salud²¹⁸.

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.

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.

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 involucrado²¹⁹. 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 anteriormente²²⁰.

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 crónicas²²¹.

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

²¹⁹ Corte IDH. Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones 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.

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 DESC²²³. Aunque la Corte IDH ya había conceptualizado en términos generales el deber de no de regresividad, el caso *Vera Rojas* fue la 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 existente²²⁴.

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 graves²²⁵. 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 salud²²⁶.

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

²²³ *Id.*

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 Curtis (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.

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 intencionales²²⁷. Así, el cambio legislativo suprimió ese ámbito de libertad que hace parte del derecho a la salud²²⁸. 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 médico y en una fase temprana del embarazo²²⁹. Esa autorización penal no sólo constituía una protección de la disponibilidad, accesibilidad y calidad de un servicio de salud sexual y reproductiva en ciertas circunstancias²³⁰, 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 mujeres²³¹.

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 extremas²³². 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

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.

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.

(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 materna²³³. 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 *imponer 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 embarazo²³⁵. Ese servicio, que hubiera estado 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 2013²³⁶– 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.

²³³ Mena Ugarte SC, Rodríguez 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.

²³⁶ *Id.*, párr. 75.

²³⁷ *Id.*, párrs. 4 y 80.

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 un 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 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

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).

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



Ivonne Garza Garza

Abogada y Asociada Senior
O'Neill Institute for National and Global Health Law, Universidad de Georgetown



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



Patricio López Turconi

Abogado y Fellow
O'Neill Institute for National and Global Health Law, Universidad de Georgetown