

DÉBORA RANIERI DE CECHINI Y SOFÍA CALDERONE –DIRS.–
LUCÍA MARÍA TRAVERSO –COORD.–

El aborto ante la Corte IDH: A propósito del caso “Beatriz vs. El Salvador”

Autores:

Paolo G. Carozza - Juan Cianciardo - Pilar Zambrano
Max Silva Abbott - Gabriela García Escobar y
José Gilberto Solís Jiménez - Ligia De Jesús Castaldi
Graciela Moya e Ivanna Dehollainz - Jorge Nicolás Lafferriere
María Carmelina Londoño Lázaro



EL DERECHO

**EL ABORTO ANTE LA CORTE IDH:
A PROPÓSITO DEL CASO
"BEATRIZ VS. EL SALVADOR"**

DÉBORA RANIERI DE CECHINI Y SOFÍA CALDERONE –DIRS.–
LUCÍA MARÍA TRAVERSO –COORD.–

EL ABORTO ANTE LA CORTE IDH: A PROPÓSITO DEL CASO "BEATRIZ VS. EL SALVADOR"



EL DERECHO

El aborto ante la corte IDH : a propósito del caso Beatriz Vs. El Salvador / Paolo G. Carozza ... [et al.] ; coordinación general de Lucía María Traverso ; dirigido por Débora Ranieri de Cechini ; Sofia Calderone. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : El Derecho, 2024.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8368-79-5

1. Aborto. 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. Derechos Humanos. I. Carozza, Paolo G. II. Traverso, Lucía María, coord. III. Ranieri de Cechini, Débora, dir. IV. Calderone, Sofía, dir.

CDD 342.084



Todos los derechos reservados

Av. Alicia Moreau de Justo 1300 - C1107AAZ - CABA
Buenos Aires, República Argentina, enero de 2024

ISBN: 978-987-8368-79-5

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723
Printed in Argentine - Impreso en la Argentina

ÍNDICE GENERAL

Agradecimientos	9
Introducción. Una hoja de ruta del caso “Beatriz vs. El Salvador”	11
Por Débora Ranieri de Cechini y Sofía Calderone	

Parte I

Derechos humanos, dignidad y razonabilidad en la encrucijada de la interpretación

La dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el caso “Beatriz y otros vs. El Salvador”	37
Por Paolo G. Carozza	
Interpretación convencional y populismo. Una aproximación desde el caso “Beatriz”	53
Por Juan Cianciardo	
“Artavia Murillo”, “Beatriz”, y la disolución del <i>Rule of Law</i>	81
Por Pilar Zambrano	
Lo que realmente importa no son los tratados, sino el modo en que funciona, en la práctica, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	107
Por Max Silva Abbott	

Parte II

**Protección de la vida humana no nacida y aborto
en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Claves para la resolución del caso “Beatriz”: el estatus jurídico del aborto y la protección del no nacido	141
Por Gabriela García Escobar y José Gilberto Solís Jiménez	
El caso “Beatriz vs. El Salvador” y la creación de un derecho internacional al aborto “terapéutico” y eugenésico en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	163
Por Ligia De Jesús Castaldi	

Parte III

**Embarazo de riesgo, diagnóstico de anencefalia y regulación
del aborto: perspectivas**

Cuidados paliativos y psicología perinatal en familias con diagnóstico de anencefalia: un aporte desde las ciencias de la salud	183
Por Graciela Moya e Ivanna Dehollainz	
El caso “Beatriz” y el aborto de personas con discapacidad	199
Por Jorge Nicolás Lafferriere	
La noción de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en el derecho internacional de los derechos humanos: consideraciones a propósito del caso “Beatriz y otros vs. El Salvador”	211
Por María Carmelina Londoño Lázaro	

AGRADECIMIENTOS

Un libro es el fruto visible de una tarea compartida. Y en estas líneas queremos agradecer a aquellos que, de algún modo, participaron del proceso de escritura, creación y publicación.

El aborto ante la Corte IDH: A propósito del caso “Beatriz vs. El Salvador” es una obra mancomunada, que reúne el esfuerzo de autores de distintas universidades y países. A todos ellos –Paolo G. Carozza, Juan Cianciardo, Pilar Zambrano, Max Silva Abbott, Gabriela García Escobar, José Gilberto Solís Jiménez, Ligia De Jesús Castaldi, Graciela Moya, Ivanna Dehollainz, Jorge Nicolás Lafferriere y María Carmelina Londoño Lázaro– les damos las gracias por su compromiso y paciencia. También por la dedicación, ingenio y cuidado que se vislumbra en cada página.

El libro, además, refleja la labor investigativa producida en el marco del Proyecto-IUS: “El concepto de ser humano en el Sistema Interamericano” (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, 2022-2024). De allí que debemos dar las gracias a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (Santa María de los Buenos Aires) y en especial a sus autoridades –a su decano, Pablo M. Garat; a Daniel Herrera, director de la carrera de Abogacía, y nuevamente a Jorge Nicolás Lafferriere, director de investigación jurídica aplicada–.

Desde luego, también debemos expresar nuestra gratitud hacia El Derecho, que ha prestado su sello para la aparición de este libro. Unas palabras merece el director editorial, Alejandro Borda, quien apoyó nuestro trabajo desde el inicio y en cada etapa. No podemos tampoco olvidarnos de los integrantes del equipo de la editorial, cuya tarea silenciosa pero constante fue un soporte fundamental para la publicación. Entre ellos, debemos mencionar a Francisco del Carril, a Juan Manuel Sorrentino, a Mariana Saralegui –quien nos regaló el diseño de las tapas que envuelven la obra–, a los correctores y diagramadores.

Por último, agradecemos a nuestras familias, por su acompañamiento incondicional. A nuestros colegas, amigos y alumnos de esta Facultad y de otros sitios, con quienes hemos comentado y reflexionado sobre el caso “Beatriz”. Esos intercambios enriquecieron nuestras miradas y fueron un soplo de aliento para el proyecto que finalmente se ha transformado en un libro.

Débora Ranieri de Cechini y Sofía Calderone
Directoras

Lucía María Traverso
Coordinadora

INTRODUCCIÓN

UNA HOJA DE RUTA DEL CASO “BEATRIZ VS. EL SALVADOR”

POR DÉBORA RANIERI DE CECHINI¹ Y SOFÍA CALDERONE²

I. El aborto ante la Corte IDH: un debate global que asoma en el ámbito regional

Por primera vez en su historia, el tribunal regional tiene entre manos la resolución de un caso específico sobre aborto. Se trata del caso “Beatriz vs. El Salvador”, en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha requerido a la Corte Interamericana (Corte IDH) que declare que el Estado salvadoreño es responsable por no proveer el “acceso a una interrupción legal, temprana y oportuna”³ del embarazo a una mujer, con una enfermedad de base, que gestaba en su vientre a una niña con anencefalia.

El caso “Beatriz vs. El Salvador” proyecta al ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) una de las discusiones más álgidas de nuestro tiempo. Ciertamente, la regulación del aborto –y su contracara,

1. Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina). Docente (Universidad Católica Argentina; Universidad de Buenos Aires). Miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y del Centro de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina). Miembro de número de la Academia del Plata. Correo electrónico: dranieri@uca.edu.ar.

2. Abogada (Universidad Católica Argentina). Diplomada en Derechos Humanos (Universidad Austral). Docente (Universidad Católica Argentina; Universidad de Buenos Aires). Prosecretaria del Centro de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina). Correo electrónico: sofialcalderone@uca.edu.ar.

Agradecemos a Alfredo Vítolo por la revisión del borrador de este trabajo introductorio.

3. CIDH, Informe No. 9/20, Caso 13.378, Informe de fondo, Beatriz, El Salvador, OEA/Ser.L/V/II.175, 3 de marzo de 2020 (en adelante, CIDH, Informe de fondo).

los alcances de la protección de la vida humana prenatal— es objeto de incesantes debates en todo el globo. En ese contexto de desencuentros, algunos países fueron erosionando la clásica prohibición del aborto, mediante cambios normativos y jurisprudenciales⁴. La tendencia tuvo impulso últimamente en América Latina, en países como Argentina, Uruguay, México, Colombia, Brasil, Chile, con distintos grados y de diverso modo.

Con todo, los procesos no han sido lineales, el aborto sigue siendo causa de fuertes desacuerdos y no parece haber consenso a su favor. Entre las naciones de América, a pesar de las recientes modificaciones, se mantienen en general las restricciones legales al aborto y la tutela de la vida humana prenatal; tal es el caso de la Constitución de El Salvador, que “reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción” (artículo 1). Incluso, en aquellas sociedades que fueron pioneras en la legalización, el aborto siguió siendo resistido⁵ y hubo idas y venidas⁶.

El debate sobre el aborto es complejo, transfronterizo y tiene impacto en el derecho internacional, donde la controversia se dirime intensamente y con el *lenguaje de derechos*⁷. En verdad, ni en el Sistema Universal, ni en el Sistema Europeo, ni en el SIDH existe un tratado que contemple expresamente el derecho a abortar⁸, pero este ha aparecido en otra clase de documentos, in-

4. Un mapeo sobre las leyes de aborto en el mundo puede verse en CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, “The World’s Abortion Laws”, última actualización: 9 de junio de 2023, disponible en: [https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/?indications\[1367\]=1367](https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/?indications[1367]=1367) (fecha de consulta: 22/8/2023).

5. Un ejemplo de los vaivenes jurídicos del aborto se ve en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* (597 U. S. ____ (2022)). En efecto, a casi cincuenta años de *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)), el tribunal volvió sobre sus pasos, reconoció que no había un “derecho constitucional al aborto” y abrió un nuevo capítulo en la controversia, que ahora discutirán los representantes electos de los Estados. Para un análisis de *Dobbs* en español, véase: RATTI MENDAÑA, FLORENCIA y CALDERONE, SOFÍA, “Anatomía de *Dobbs*. Una sentencia que renueva el debate”, en BORDA, ALEJANDRO (dir.) y PALAZZO, EUGENIO L., *El caso Dobbs: reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, El Derecho, suplemento especial, 24/8/2022, N° 15.366, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15658> (fecha de consulta: 20/12/2023), pp. 38-46.

6. Hace unos años, se señalaba un giro cultural tendiente a limitar el aborto en las naciones europeas. PUPPINCK, GRÉGOR, “El aborto en la ley europea: derechos humanos, derechos sociales y la nueva tendencia cultural”, *Prudentia Iuris*, N. 80, 2015, p. 173, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/aborto-ley-europea-puppinck.pdf> (fecha de consulta: 27/12/2023).

7. La expresión es de GLENDON, MARY ANN, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Nueva York, The Free Press, 1991.

8. Solo en la Unión Africana el *Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa*, adoptado por la 2.ª sesión ordinaria de la Asamblea

formes u observaciones⁹. En contraste, las normas internacionales vinculantes protegen la dignidad de todo ser humano, el derecho a la vida, a la integridad, a la igualdad, a la maternidad y a la vida familiar, y prohíben la discriminación de las personas con discapacidad. También se ha resguardado a la infancia y su interés primordial, “tanto antes como después del nacimiento”, según nos recuerda el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰.

En el ámbito del SIDH, además, los instrumentos internacionales vigentes muestran que el resguardo de la vida humana prenatal ha sido especial¹¹. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 4.1, dice: “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, *en general, a partir del momento de la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”¹². En palabras de Sagüés, es una disposición “importante, y original en el derecho [internacional] comparado, ya que supera la tutela del *nasciturus* con relación a documentos similares”¹³. Esa tutela adquiere mayor fuerza a la luz del

de la Unión (Maputo, Mozambique, 11 de julio de 2003), al referirse a la salud y los derechos reproductivos (artículo XIV, punto 2), dispone que los Estados firmantes “adoptarán todas las medidas apropiadas para: [...] c) Proteger los derechos reproductivos de las mujeres autorizando el aborto terapéutico en casos de agresión sexual, violación, incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y psíquica de la madre o la vida de la madre o del feto” [“*States Parties shall take all appropriate measures to: [...] c) Protect the reproductive rights of women by authorising medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the foetus*”].

9. Por ejemplo, una *Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2022, sobre la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de revocar el derecho al aborto en los Estados Unidos y la necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión (2022/2742(RSP))* propuso incorporar el derecho al aborto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

10. “[C]omo se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’” (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño).

11. Ya en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se reconoció el derecho a la vida de “todo ser humano” (artículo I). También se resguardó el “[d]erecho de protección a la maternidad y a la infancia”: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales” (artículo VII).

12. La itálica es añadida.

13. SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones”, en BASSET, URSULA y SANTIAGO, ALFONSO (COORDS.), *Tratado de derecho convencional y constitucional de derecho de la familia y de las personas*, Buenos Aires, La Ley, 2022, p. 19.

artículo 1.1 de la CADH, en el que se asegura que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Sin embargo, muy a pesar de su letra y del “lenguaje fuerte”¹⁴ empleado por el legislador interamericano, el texto del artículo 4.1 de la CADH ha provocado dudas y una interpretación restrictiva de la Corte IDH en “Artavia Murillo”¹⁵.

En cualquier caso, en el sistema regional la cuestión del aborto se encuentra latente hace tiempo y paulatinamente fue adquiriendo notoriedad¹⁶. Desde principios de este siglo¹⁷, la CIDH ha abordado el tema de forma más o menos explícita, en informes¹⁸ y medidas cautelares¹⁹; y con un lenguaje más concreto en un número nutrido de comunicados de prensa²⁰. En la Corte IDH,

14. Por usar la expresión empleada en CAROZZA, PAOLO, “The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 5, iss. 1, 2015, article 6, pp. 163-164.

15. CORTE IDH, caso “Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, No. 257. En adelante, “Artavia Murillo”. Para un análisis crítico de la interpretación efectuada por la Corte IDH, véase: HERRERA, DANIEL A. y LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS, “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”, *Sup. Const.* 2013 (abril), 9/4/2013, 16 - LA LEY2013-B, 415, Cita Online: AR/DOC/1121/2013.

16. El estatus de la vida humana no nacida fue examinado por primera vez por la CIDH en el informe “Baby Boy”. Véase CIDH, “Baby Boy vs. Estados Unidos”, Caso 2141, Informe No. 23/81, 6 de marzo de 1981.

17. El primer caso de aborto examinado por la CIDH habría sido el de “Paulina”, una niña de Baja California que resultó embarazada luego de haber sufrido una violación. Ante la CIDH, se reclamó porque México había impedido a Paulina “interrumpir el embarazo”. El caso concluyó con un informe de solución amistosa. Véase CIDH, Informe de solución amistosa No 21/07, México, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto (Petición 161-02), 9 de marzo de 2007. En el Informe Anual de 2012, la CIDH tuvo por cumplido el acuerdo.

18. Además del Informe de fondo en “Beatriz”, en el año 2020, la CIDH emitió el Informe de admisibilidad en un caso sobre “interrupción voluntaria del embarazo” y anomalía fetal severa (CIDH, Informe No. 122/20. Petición 1159-08, Admisibilidad, “A.N. y Aurora”, Costa Rica, 21 de abril de 2020). Y otro, en un caso sobre una adolescente embarazada que tenía leucemia y falleció (CIDH, Informe No. 67/20, Petición 1223-17, Admisibilidad, “Rosaura Almonte Hernández y familiares”, República Dominicana, 24 de febrero de 2020).

19. Por ejemplo, cfr. CIDH, MC 43-10, “Amelia”, Nicaragua, 26 de febrero de 2010; y también CIDH, Medida cautelar, “Maynumbi”, Paraguay, 8 de junio de 2015.

20. Cfr., por ejemplo, el comunicado publicado en: CIDH, “La CIDH expresa su preocupación por la adopción de medidas regresivas en materia de derechos sexuales y reproductivos en la región”, Comunicado de prensa N°. 208/21, del 11 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/208.asp> (fecha de consulta 9/4/2023).

el aborto ha tenido presencia de manera tangencial²¹ y por eso la decisión en el caso “Beatriz” provoca expectativas en América y en el resto del mundo.

Así las cosas, nos parecía importante agudizar las reflexiones y decidimos poner el caso bajo la lupa. Con ese objetivo, convocamos a investigadores y académicos de distintos países, quienes se abocaron a la búsqueda de respuestas desde perspectivas diversas. El resultado de sus hallazgos (y otros nuevos interrogantes) está plasmado en los capítulos que son el corazón de este libro colectivo.

Pero antes, en estas páginas introductorias, proponemos una hoja de ruta para conocer el caso “Beatriz”. Para eso, revisamos primero los hechos y antecedentes del caso en El Salvador y seguimos su recorrido en el SIDH. Nos detendremos especialmente en las conclusiones y los fundamentos del Informe de fondo de la CIDH, que constituye la cabeza del proceso ante el tribunal regional (acápito II). Luego, nos enfocamos en el trámite del caso ante la Corte IDH y exploramos algunas de las cuestiones que el tribunal deberá considerar al dictar sentencia (acápito III). En el último apartado (acápito IV), presentamos una guía de lectura de este libro, titulado: *El aborto ante la Corte IDH: A propósito del caso “Beatriz vs. El Salvador”*.

II. El caso de “Beatriz”

A. Hechos y antecedentes en el ámbito doméstico

El caso que la Corte IDH debe resolver involucra a una mujer salvadoreña, Beatriz, quien padecía de “lupus eritematoso sistémico, nefropatía lúpica y artritis reumatoidea” y vivía en situación de pobreza. Y también a su hija, Leilani Beatriz, quien padecía de anencefalia fetal y falleció poco después de su nacimiento.

Después de atravesar un embarazo de riesgo, en 2012, Beatriz fue madre de su primer hijo. En esa oportunidad, debido a los riesgos que podía ocasionarle un nuevo embarazo, los médicos le aconsejaron la esterilización, pero la

21. Aunque no involucraba un aborto, el tema apareció en la sentencia del caso “Manuela y otros vs. El Salvador”. La cuestión fue puesta de resalto en el voto del juez Vio Grossi, quien alzó su voz y dijo: “la Sentencia introduce el tema del aborto, de manera reiterada y sin tener necesidad de ello, en el caso de autos referido a un homicidio agravado”. Véase CORTE IDH, caso “Manuela y otros vs. El Salvador”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de noviembre de 2021, voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 11.

joven se negó porque esperaba volver a ser madre. En 2013, Beatriz ingresó al hospital con síntomas vinculados a su enfermedad de base y se descubrió que estaba nuevamente embarazada. Poco más tarde, le confirmaron que la niña en gestación padecía de anencefalia.

Con este cuadro, un Comité Médico consideró que “interrumpir el embarazo” representaba un “menor riesgo para complicaciones maternas” y que si la gestación continuaba había “probabilidad de muerte materna entre otros riesgos”²². Los profesionales tratantes, sin embargo, atendieron, estabilizaron y resguardaron a la madre y a la niña, siguiendo su juicio médico y dentro del marco del derecho vigente en El Salvador. Es que, como vimos, la constitución de ese país reconoce como persona a “todo ser humano desde el instante de la concepción” (artículo 1º) y la legislación penal tipifica al aborto como delito²³.

Mientras el embarazo avanzaba, Beatriz tomó contacto con asociaciones civiles que formularon peticiones ante distintas autoridades domésticas e internacionales. Pronto, el caso pasó a integrar la lista de acciones y estrategias jurídicas para empujar el debate sobre la penalización del aborto en El Salvador²⁴.

El 11 de abril de 2013, con el patrocinio de abogados activistas por el aborto, se inició un amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador contra los médicos que atendían a Beatriz, quien a esas alturas ya tenía un embarazo de 18 semanas. Puntualmente, sostuvieron que los médicos habían omitido realizar la “interrupción voluntaria del embarazo” de la paciente y que con dicha omisión habían causado la “vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud”²⁵. Una semana después, sin negar los derechos del *nasciturus*, el tribunal adoptó una

22. Cfr. CIDH, Informe de fondo, párr. 40.

23. Véanse los artículos 133 a 137 del Código Penal de El Salvador (aprobado en 1998), que deben leerse junto con las causas de justificación allí contempladas. Para un análisis del ordenamiento jurídico de ese país, véase: SOLÍS-JIMÉNEZ, JOSÉ GILBERTO, *Derecho fundamental a la vida y aborto en El Salvador. Un análisis a partir del sistema constitucional, internacional y regional de derechos humanos*, DADUN, España, 2022, *passim*, disponible en: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/65233> (fecha de consulta: 20/12/2023).

24. Para un *racconto* de las estrategias empleadas por los partidarios del aborto en ese país, véase: PEÑAS DEFAGO, MARÍA ANGÉLICA y CÁNAVES, VIOLETA, “Movilización legal de mujeres y aborto. El caso de El Salvador”, en BERGALLO, PAOLA; JARAMILLO SIERRA, ISABEL CRISTINA y VAGGIONE, JUAN MARCO (comp.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2018, pp. 433-457.

25. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, sentencia de amparo con referencia 310-2013, 28 de mayo de 2013, p. 1.

medida cautelar para que se asegurara “la vida y la salud –física y mental–” de Beatriz²⁶. El trámite procesal del amparo continuó y el 28 de mayo de 2013, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador resolvió que no correspondía hacer lugar al proceso promovido, puesto que los profesionales de la salud habían brindado “*los medicamentos necesarios para estabilizar su situación crítica, evitando que se suscitaran complicaciones en su salud y [que] se pusiera en peligro inminente su derecho a la vida o el del nasciturus*”²⁷. Sobre este punto, en el peritaje efectuado en el marco del caso, el tribunal explicó que el Instituto de Medicina Legal había arribado a las mismas conclusiones que los médicos tratantes. Por último, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ordenó a los médicos²⁸ seguir de cerca la situación de la paciente y ofrecerle el tratamiento “*que en cada momento resulte idóneo*”²⁹.

En simultáneo, los abogados de Beatriz llevaron la causa ante organismos internacionales. En respuesta a la solicitud formulada, rápidamente, la CIDH dispuso medidas cautelares³⁰. Más tarde, la Corte IDH adoptó medidas provisionales (artículo 63.2 de la CADH)³¹, aunque, como lo destacó Lafferriere,

26. Cfr. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, resolución de amparo con referencia 310-2013, 17 de abril de 2013.

27. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, sentencia de amparo con referencia 310-2013, 28 de mayo de 2013, p. 25 (la itálica pertenece al original).

28. “Y es que, en definitiva, son los especialistas en el campo de la medicina los únicos con el conocimiento y la experiencia necesarios para determinar, según las circunstancias que acontecen en cada caso concreto, la medida idónea para aliviar los padecimientos y las complicaciones experimentados por sus pacientes”. *Idem*, p. 27.

29. Se dijo que debían “*brindarle el tratamiento que en cada momento resulte idóneo para su condición médica, así como [...] implementar los procedimientos que, según la ciencia médica, se estimen indispensables para atender las futuras complicaciones que se presenten*”, y se recordó que el derecho salvadoreño también protegía a la hija no nacida. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, sentencia de amparo con referencia 310-2013, 28 de mayo de 2013, p. 28 (la itálica pertenece al original).

30. Véase, CIDH, MC 114/13 - B, El Salvador, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/proteccion/cautelares.asp> (fecha de consulta: 12/12/2023).

31. Puntualmente, requirió “al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B. [...]”. CORTE IDH, Medidas provisionales respecto de El Salvador, Asunto B, resolución del 29 de mayo de 2013, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/b_se_01.pdf (fecha de consulta: 11/12/2023).

no ordenó concretamente la realización del aborto³². En el ámbito de las Naciones Unidas, expertos independientes urgieron al Estado salvadoreño para que salvara a Beatriz y llamaron a debatir la regulación del aborto³³.

El desenlace del caso se produjo al aproximarse la semana 26 de la gestación, cuando a Beatriz se le practicó una cesárea. Como resultado, el 3 de junio de 2013, dio a luz a su hija y la llamó Leilani Beatriz. El nacimiento fue registrado y la niña recibió cuidados en neonatología durante algunas horas hasta su fallecimiento. El cuerpo de la pequeña fue sepultado. Beatriz, quien se recuperó satisfactoriamente, solía visitar la tumba de su hija³⁴.

El Salvador comunicó a la Corte IDH las novedades del caso, de qué modo se había procedido antes y después del parto respecto de la madre y de la niña. El 19 de agosto de 2013, el tribunal regional dispuso el levantamiento de las medidas provisionales³⁵. Como es sabido, Beatriz falleció en octubre de 2017, luego de haber protagonizado un accidente de tránsito; poco antes, su caso había sido admitido por la CIDH.

B. El Informe de fondo de la CIDH: conclusiones y recomendaciones

En el sistema regional, el itinerario del caso inició en noviembre del año 2013 con la petición impulsada ante la CIDH por organizaciones de la sociedad civil –la Colectiva Feminista para el Desarrollo Local de El Salvador, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico de El Salvador, Ipas Centro América y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional–.

32. LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS, “Anencefalia, aborto y parto inducido en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Ley* 19/12/2013, 19/12/2013, 6, LA LEY2013-F, 541, LLP 2014 (febrero), 03/02/2014, Cita Online: AR/DOC/3555/2013.

33. ONU, “Comunicado de Prensa – El Salvador: expertos de la ONU piden al gobierno que facilite tratamiento para salvar la vida de una mujer en riesgo”, 26/4/2013, disponible en: <https://www.oacnudh.org/comunicado-de-prensa-el-salvador-expertos-de-la-onu-piden-al-gobierno-que-facilite-tratamiento-para-salvar-la-vida-de-una-mujer-en-riesgo/> (fecha de consulta 12/12/2023).

34. Véase ANDRÉU, TOMÁS, “Beatriz: ‘Quisiera ser como antes’”, *elfaro.net*, 8 de diciembre de 2014, disponible en: <https://elfaro.net/es/201412/noticias/16312/Beatriz-Quisiera-ser-como-antes.htm> (fecha de consulta: 5/8/2023).

35. Véase CORTE IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales respecto de *El Salvador*, asunto B, 19 de agosto de 2013.

Pasarían varios años para que se admitiera el caso, el 7 de septiembre de 2017³⁶; y otro tanto hasta que la CIDH emitió el Informe de fondo, el 3 de marzo de 2020. En dicho informe, se consideró que El Salvador era responsable por la violación de la CADH (artículos 4.1, 5, puntos 1 y 2, 8.1, 9, 11, puntos 2 y 3, 24, 25.1 y 26, “en relación con las obligaciones establecidas” en los artículos 1.1. y 2), de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 1 y 6) y de la Convención de Belém do Pará (artículo 7)³⁷. Como consecuencia de esta valoración, se hicieron cinco recomendaciones: algunas refieren específicamente a Beatriz y su familia, las presuntas víctimas de la causa; otras apuntan a una transformación radical de la legislación y de las políticas públicas salvadoreñas que trascienden por mucho el caso debatido.

Primero, se recomendó al Estado “[r]eparar integralmente las violaciones de derechos humanos” con la implementación de “medidas de compensación económica y satisfacción” a la familia de Beatriz (punto 1); y a brindarle “atención de salud integral, física y psicológica” por el sufrimiento que “la falta de acceso a la justicia para Beatriz” les hubiera causado (punto 2). También, se recomendó al Estado avanzar en la legalización del aborto por las causales “de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, así como de riesgo a la vida y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre” (punto 3); y la adopción de “políticas públicas, programas de capacitación, protocolos y marcos guía” que garanticen el acceso al procedimiento (punto 4). Por último, la CIDH recomendó la aplicación de “una moratoria en la persecución penal de delitos relacionados con el aborto [...] y revisar aquellos procesos adelantados en base a dicha normativa al contravenir el principio y derecho de legalidad”. Finalmente, sostuvo que a “todas las autoridades judiciales” domésticas les correspondía “efectuar un control de convencionalidad conforme a los estándares establecidos en el [...] informe de fondo” (punto 5)³⁸.

El Informe de la CIDH no es unánime: el comisionado guatemalteco, Edgar Stuardo Ralón Orellana, escribió una disidencia, que deja entrever las desavenencias que el caso “Beatriz” y el aborto provocan en el seno del SIDH. Según el voto disidente, “no resulta[ba] posible declarar la responsabilidad internacional del Estado salvadoreño” y, en los términos del artículo

36. CIDH, Informe No. 120/17, Petición 2003-13, admisibilidad, Beatriz, El Salvador, 7 de septiembre de 2017.

37. CIDH, Informe de fondo, párr. 215.

38. *Idem*, párr. 216, puntos 1-5.

47, inc. b de la CADH, “la petición debió haberse declarado inadmisibles”, porque “la Convención no reconoce un derecho al aborto”³⁹. Más todavía, en la conclusión, se dejó sobrevolando una pregunta: los comisionados, ¿tienen las “competencias y legitimidad en Derecho para crear un ‘derecho’ al aborto que la Convención no reconoce y que los Estados rehusaron incorporar al momento de elaborar y aprobar el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴⁰.

C. Los argumentos del Informe de fondo de la CIDH: determinaciones de hecho y de derecho

El Informe de fondo es, hasta ahora, la fuente principal del caso y hace las veces de “demanda” ante el tribunal regional. Conviene por eso repasar los argumentos vertidos en este documento y también contrastar algunos puntos con los desarrollos del voto del comisionado Ralón Orellana.

i. Las determinaciones de hecho

En lo que refiere a los hechos, no se discute que Beatriz tenía lupus, que vivía en condición de pobreza, ni que llevó adelante un embarazo del que nació una niña con anencefalia. En cambio, la comprobación del riesgo que ocasionó el avance de la gestación para la vida de Beatriz es un aspecto que provoca debates.

La CIDH tuvo por probado que el embarazo de Beatriz, por su enfermedad de base y por el diagnóstico de anencefalia fetal, le causó un riesgo permanente de perder su vida y de sufrir consecuencias. De otra parte, el riesgo de vida de Beatriz fue examinado por los médicos tratantes y por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en el marco del proceso judicial de amparo. En este sentido, Ralón Orellana recordó las comprobaciones realizadas por las autoridades locales e indicó: “El juicio médico realizado por el Instituto de Medicina Legal fue claro y rotundo: el embarazo de Beatriz –complejo, debido al lupus que sufría– no

39. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 49.

40. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 72.

la colocaba en un riesgo real, actual e inminente de muerte”⁴¹. Esa conclusión surgía de la “evidencia científica recopilada y de los hechos mismos del caso”⁴². Para apoyar su razonamiento, recordó el curso de acción seguido por El Salvador luego de que la Corte IDH dispusiera las medidas provisionales y que eventualmente el tribunal regional levantó las medidas ordenadas⁴³.

ii. El análisis del derecho aplicable al caso

Sobre el derecho aplicable al caso, son varios los aspectos analizados por la CIDH. Para facilitar la exposición, los desglosamos en un punteo:

- a. La CIDH articuló una interpretación –con referencias al derecho comparado– que relacionó el acceso al aborto con derechos expresamente contemplados en la CADH o desarrollados en su discurso jurisprudencial. De tal modo, señaló que en el caso “Beatriz” estaban en juego el derecho a la vida, a la integridad personal, a la vida privada y a la salud (deducido del artículo 26 de la CADH), y los “deberes progresivos” de los Estados parte en esa materia⁴⁴.
- b. Según la CIDH, en el caso, El Salvador violó esos derechos. Para justificar sus afirmaciones empleó un “juicio de proporcionalidad”⁴⁵ respecto de la prohibición del aborto en el derecho del Estado parte. Así, reconoció que “la protección de la vida desde la concepción constituye un fin legítimo”⁴⁶. Pero, en seguida, recurrió a la interpretación del artículo 4.1 de la CADH que había hecho la Corte IDH en “Artavia Murillo”, para decir que “si bien la protección de la vida

41. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 49.

42. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 50.

43. Ralón Orellana remarcó que, al disponer el levantamiento de las medidas provisionales, “la Corte manifestó que, de los antecedentes aportados tanto por la Comisión, como por los representantes de Beatriz, no resultaba posible concluir que la continuación del embarazo de Beatriz hubiese significado, en los hechos, un peligro para su vida [...] Esto es una evidencia clara de que incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponiendo de los antecedentes de la situación, terminó por concluir que los mismos no eran suficientes para evidenciar la existencia de un supuesto riesgo vital al que se encontraría expuesta Beatriz por su embarazo”. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 51.

44. CIDH, Informe de fondo, párrs. 85-162.

45. CIDH, Informe de fondo, párr. 145.

46. CIDH, Informe de fondo, párr. 146.

desde la concepción, de manera gradual e incremental, es un fin legítimo, tal protección podrá ser inconvencional si no es idónea para lograr el fin, o si no es necesaria si, por ser absoluta, afecta desproporcionadamente otros derechos en juego”⁴⁷. Estimó, asimismo, que la prohibición del aborto no era una medida idónea porque, debido a la “inviabilidad de la vida del feto”, se había fracturado “la relación de medio a fin entre la criminalización [del aborto] y la finalidad”⁴⁸. Seguidamente, avanzó con el test de “proporcionalidad en sentido estricto”. Por un lado, consideró los riesgos y las afectaciones a la vida y a la salud, física y psíquica que el embarazo (y la falta de un aborto) le habrían provocado a Beatriz y afirmó que habían tenido “el grado más elevado de severidad”⁴⁹. Por el otro, añadió que “el grado de logro de la finalidad perseguida, esto es la protección de la vida del feto, era nulo debido a su condición de anencefalia que lo hacía incompatible con la vida extrauterina” y que el pronto fallecimiento de la niña confirmaba esa afirmación⁵⁰. Resulta sugerente que la CIDH solo examinara el derecho a la vida de la mujer embarazada, sin mencionar los derechos de la niña, quien, por cierto, había nacido con vida. Por su parte, Ralón Orellana se apartó de la interpretación de la Corte IDH y de la CIDH e indicó: “Cuando el artículo 4.1 manifiesta que el derecho a la vida ‘estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción’, asume que desde el momento mismo de la concepción existe una *persona*, que es el único sujeto titular del derecho en cuestión. Asumir lo contrario implicaría afirmar una contradicción interna dentro del propio artículo 4.1. Ello porque, bajo el régimen de la Convención, sólo las *personas* tienen derecho a que se respete su vida. Si el no nacido no fuera considerado *persona* desde la concepción, entonces carecería de cualquier sentido hermenéutico que la Convención protegiera la vida desde la concepción. Ello porque estaría asegurando la protección del derecho de un su-

47. CIDH, Informe de fondo, párr. 147.

48. CIDH, Informe de fondo, párr. 148.

49. CIDH, Informe de fondo, párrs. 149-152.

50. Y adicionó: “En todo caso, tomando en cuenta que en este asunto también está presente la causal de riesgo a la salud, vida e integridad personal como consecuencia de la enfermedad de Beatriz, la CIDH considera que aún si el feto no hubiera sido anencefálico, la protección de la vida desde la concepción, debido a su carácter gradual e incremental, no puede tener el mismo peso en la ponderación cuando existe riesgo de vida o riesgo elevado a la salud o a la integridad personal”, CIDH, Informe de fondo, párr. 153.

jeto que carecería de titularidad para exigirlo”⁵¹. Sobre esa premisa estructuró su razonamiento subsiguiente.

- c. En definitiva, la CIDH sostuvo que El Salvador, “pretendiendo brindarle una protección absoluta al *nasciturus* mediante la criminalización del aborto sin excepciones y sin ponderar las afectaciones severas a los derechos involucrados de Beatriz, incurrió en actuación desproporcionada y contraria a las garantías convencionales”⁵². Adicionalmente, indicó “que el dolor y sufrimiento que atravesó Beatriz desde que solicitó la interrupción del embarazo y aún con posterioridad al nacimiento y muerte, constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes”, violatorios de la CADH (artículo 5.2, en relación con el artículo 1.1.) y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 1 y 6)⁵³. En el voto disidente, en contraste, Ralón Orellana señaló: “Permitir el nacimiento de una niña anencefálica, y no proveer los medios para practicar un aborto que termine con su vida, no es en absoluto equiparable a la aplicación de terribles y grotescos apremios ilegítimos por parte de un funcionario público para obtener la declaración de una víctima, o bien para, simplemente, hacerla sufrir. Equiparar ambas situaciones es totalmente inapropiado. No sólo la naturaleza de ambas acciones es distinta, sino que también los fines”⁵⁴.
- d. Al mismo tiempo, la CIDH estimó que, dado que El Salvador había robustecido la penalización del aborto, “incumplió su obligación de abstenerse de adoptar medidas regresivas”, pues había instituido “un obstáculo legal frente a un servicio de salud que estuvo disponible [...] en ciertas circunstancias” (artículos 26, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la CADH)⁵⁵.
- e. Junto con ello, la CIDH sostuvo que la tipificación del aborto violentaba el principio de legalidad y de no retroactividad (artículo 9 de la CADH). Se consideró “desproporcionado” que no se establecieran excepciones a la prohibición de la práctica; se apuntó que la tipifi-

51. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 53.

52. CIDH, Informe de fondo, párr. 156.

53. *Idem*.

54. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 65.

55. CIDH, Informe de fondo, párrs. 157-162.

cación de la conducta no era “clara ni precisa”⁵⁶ y que producía “incertidumbre” entre los profesionales de la salud que no sabían cómo proceder ante las “emergencias obstétricas”⁵⁷.

- f. Respecto de la violación de las garantías judiciales y de la protección judicial (artículos 8.1. y 25.1 CADH), el análisis se centró en dos aspectos. Por un lado, la CIDH estimó que sobre las autoridades domésticas recaía una “obligación de diligencia excepcional” respecto de Beatriz, debido a que estaba embarazada, a la “situación de salud y riesgo para su vida” y a “la afectación psicológica extrema que estaba enfrentado al tomar conocimiento de la condición de anencefalia y consecuente inviabilidad del feto”⁵⁸. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, indicó la CIDH, no había cumplido con ese deber⁵⁹ y además había violado la garantía del “plazo razonable”⁶⁰. Por el otro, en el Informe de fondo se analizó el “contenido de la sentencia” dictada en el marco del proceso de amparo⁶¹. Para la CIDH, el amparo fue “inefectivo”, pues hubiera correspondido a los jueces “efectuar un control de convencionalidad y adoptar una decisión para proteger los derechos de Beatriz frente a la vigencia de un marco normativo inconventional”⁶². La CIDH consideró que el tribunal “adoptó una posición confusa y evasiva”, en tanto se limitó a decir que el ordenamiento jurídico protegía “al feto” y que en definitiva la decisión correspondía a los médicos, quienes debían en su caso “asumir los riesgos”⁶³. De ese modo, descartó la posibilidad de hallar una solución verdaderamente armonizadora y sostuvo que la solución de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador era solo aparente, porque “al no establecer expresamente que Beatriz tenía derecho a acceder a la interrupción de su embarazo, lo que hizo fue priorizar la protección del feto sobre la suya”⁶⁴. La CIDH reprochó que al sentenciar no se había obrado

56. No es un argumento novedoso: quienes impulsaron *Roe v. Wade* plantearon la inconstitucionalidad de la ley que penalizaba el aborto en Texas por su “vaguedad”. Cfr. 410 U.S. 113, 120 - 121 (1973).

57. CIDH, Informe de fondo, párrs. 167-168.

58. CIDH, Informe de fondo, párr. 181.

59. *Idem*.

60. CIDH, Informe de fondo, párrs. 186-193.

61. CIDH, Informe de fondo, párr. 182.

62. CIDH, Informe de fondo, párr. 181.

63. CIDH, Informe de fondo, párr. 183.

64. *Idem*.

con un “enfoque de género”⁶⁵ y que el tribunal se había valido de un informe –emitido por el Instituto de Medicina Legal– que contenía “afirmaciones estereotipadas y revictimizantes”⁶⁶ y que no valoraba el estado de afectación de la salud psicológica de Beatriz.

- g. También la CIDH sostuvo que El Salvador era responsable por violar los “derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación” (artículos 24 y 1.1, en relación al artículo 2 de la CADH y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará). Sobre eso, luego de un extenso análisis, concluyó que “las leyes penales, políticas y prácticas vigentes en El Salvador así como las omisiones de las autoridades” habían provocado que Beatriz padeciera “discriminación y violencia derivadas de su condición de mujer y [de su] situación de pobreza”⁶⁷. Otra vez, nada dijo de la situación de la niña, Leilani Beatriz, quien también era mujer y vulnerable.
- h. Finalmente, la CIDH se refirió a los derechos de la familia directa de Beatriz y señaló que la situación había afectado negativamente el derecho a la integridad personal de su núcleo familiar (artículo 5.1 de la CADH)⁶⁸.

III. El caso ante la Corte IDH

A principios de 2022, la CIDH envió el caso de “Beatriz” a la Corte IDH⁶⁹. La presidencia del tribunal dispuso la celebración de una audiencia pública⁷⁰, que se realizó los días 22 y 23 de marzo de 2023, con la concurrencia de las partes (la CIDH y la representación del Estado de El Salvador), una de las presuntas víctimas (la madre de Beatriz), los testigos y peritos.

Cumplido el plazo para la presentación de las observaciones y los alegatos finales, se aguarda que la Corte IDH emita su decisión. Serán seis jueces –los magistrados Nancy Hernández López (Costa Rica), Rodrigo Mudro-

65. CIDH, Informe de fondo, párr. 185.

66. CIDH, Informe de fondo, párrs. 184-185.

67. CIDH, Informe de fondo, párrs. 194-210.

68. CIDH, Informe de fondo, párrs. 211-214.

69. CIDH, “CIDH presenta caso de El Salvador ante la Corte IDH sobre prohibición absoluta del aborto”, 11 de enero de 2022, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/011.asp> (fecha de consulta 20/11/2023).

70. CORTE IDH, caso “Beatriz y otros vs. El Salvador”, resolución del presidente de la Corte IDH, 21 de febrero de 2023, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/beatriz_y_otros_21_02_2023.pdf (fecha de consulta 20/11/2023).

vitsch (Brasil), Ricardo C. Pérez Manrique (Uruguay), Eduardo Ferrer MacGregor (México), Humberto A. Sierra Porto (Colombia) y Verónica Gómez (Argentina)– quienes escriban una sentencia que será histórica⁷¹.

Como vimos, el caso provoca inquietudes y muchas expectativas. Veamos entonces algunas cuestiones que el tribunal deberá considerar al decidir:

i. Una cuestión de vida. El estatus del ser humano no nacido: Primero, la Corte IDH deberá determinar si la omisión de proveer un aborto, en caso de anencefalia fetal y de riesgo para la vida de la madre, es inconveniente. Desde luego, la respuesta exige que el tribunal sopesa el valor de la vida humana prenatal: El ser humano no nacido, ¿es persona? El no nacido, ¿tiene dignidad? ¿Qué significa ser digno? ¿Cuál es el fundamento último de la dignidad reconocida por el SIDH?⁷², son algunas de las preguntas que los jueces tendrán que considerar y que dejan entrever que, en materia de protección de los derechos humanos, quedan definiciones pendientes⁷³.

Según vimos, el artículo 4.1 de la CADH contiene una fórmula de avanzada para el amparo de la vida no nacida. No obstante, la redacción de la norma ha provocado algunas dificultades de interpretación –¿qué significa “en general”?, ¿qué significa el término “concepción”?, ¿desde cuándo se protege la vida humana?–. También recordamos que, en “Artavia Murillo”, al examinar la prohibición absoluta de la fertilización *in vitro* (FIV) en Costa Rica, la Corte IDH ofreció una interpretación peculiar y limitativa del artículo 4.1 de la CADH⁷⁴. Una década después, la cuestión de la vida humana no nacida regresa al centro de la escena. Y, aunque el Informe de fondo tan solo

71. La jueza Patricia Pérez Goldberg, de nacionalidad chilena, quien padece de lupus, se excusó de intervenir en el caso.

72. Las modalidades del uso del término dignidad en la jurisprudencia de la Corte IDH fueron objeto de una exhaustiva investigación. Véase, LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS y LELL, HELGA M. (eds.), *La dignidad a debate: usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Marcial Pons, 2021.

73. Como se ha señalado en GLENDON, MARY ANN, “Foundations of Human Rights: The Unfinished Business”, 44 *Am. J. Juris.* 1, 1999, pp. 1-14.

74. La Corte IDH sostuvo entonces que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”. Agregó, además, “que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención” y que “es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”. Cfr. CORTE IDH, “Artavia Murillo”, párr. 264.

se ocupó superficialmente del tema, el tópicó fue un punto relevante en las audiencias⁷⁵. El criterio de “Artavia Murillo”, ¿puede *ampliarse* para justificar un derecho al aborto?⁷⁶. La interpretación de “Artavia Murillo”, ¿es coherente y consistente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con las reglas de interpretación de la CADH (artículo 29)? ¿Qué quiere decir que la vida humana se protege de manera “gradual e incremental”? La Corte IDH, ¿mantendrá esa hermenéutica restrictiva del artículo 4.1 de la CADH? En cualquier caso, lo que diga el tribunal será decisivo para el futuro del SIDH y podría ocurrir que el caso de “Beatriz” provoque un nuevo punto de “inflexión jurisprudencial”⁷⁷.

ii. Una cuestión de prueba. La evaluación del riesgo de vida de Beatriz: Una de las preguntas que el tribunal debe hacerse es si, efectivamente, la vida de Beatriz corría peligro debido a que no se le practicó un aborto. En efecto, la Corte IDH debe resolver un caso y esa determinación es clave para evaluar si El Salvador ha obrado contra las normas convencionales. Ya vimos que la CIDH cuestionó la valoración de las constancias médicas que hicieron las autoridades salvadoreñas y tuvo por probado el riesgo de vida de la joven⁷⁸.

No obstante, la cuestión es vidriosa si se recuerda que Beatriz se recuperó del embarazo y de la cesárea y falleció varios años después de los hechos. Conviene, en este sentido, preguntarnos si –dado que el SIDH no es una “cuarta instancia”⁷⁹– los órganos deberían mostrar cierta deferencia hacia las

75. Por ejemplo, en un intercambio entre la perito de la CIDH, Isabel Cristina Jaramillo, y la abogada de El Salvador, Juana Acosta, esta última le consultó: “—¿Cuál es exactamente la protección que la Convención le debe dar al [...] feto? [...] Si le entiendo bien, únicamente aquella que su madre decida”. La perito Jaramillo contestó: “—Sí [...] Yo no creo que puedan los Estados alegar que tienen un interés independiente en la vida en gestación. Independiente y opuesto al de la mujer que lleva a cabo en su cuerpo ese proceso de gestación”. Véase el video de la “Audiencia Pública del *Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador*. Parte 2”, en el canal de YouTube de la CORTE IDH (min. 1: 43 aprox.), disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WmyQarBpEbg> (fecha de consulta 4/4/2023).

76. Un análisis del impacto de “Artavia Murillo” y de su vínculo con el aborto puede verse en: CASTALDI, LIGIA DE JESÚS, “El fallo Artavia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su décimo aniversario: algunas reflexiones sobre el ‘*Roe v. Wade* latinoamericano’”, *Prudentia Iuris*, N. 94, 2022, pp. 347-361, DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022>. pp.347-361.

77. CORTE IDH, caso “Artavia Murillo”, voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, p. 12.

78. CIDH, Informe de fondo, párr. 184.

79. Se ha explicado que la “doctrina de la cuarta instancia” deriva del principio de subsidiariedad y supone que los tribunales internacionales no tienen la función de “corregir

comprobaciones efectuadas por las autoridades domésticas, en especial ante un caso que ha sido bien documentado y que refiere a cuestiones propias de las ciencias de la salud⁸⁰.

De otra parte, tal y como lo hizo notar el comisionado Ralón Orellana, la Corte IDH ya tuvo en cuenta el posible riesgo que enfrentó Beatriz, cuando levantó las medidas provisionales, en 2013⁸¹. Ahora, los jueces interamericanos volverán sobre esta cuestión en el marco de un caso contencioso. También, tendrán que considerar las nuevas constancias –peritajes, declaraciones testimoniales y otros documentos– obtenidas en el transcurso del trámite ante el tribunal y eventualmente podrán apartarse de las conclusiones de la CIDH. El tema es bien importante, pues la adecuada integración y la rigurosidad en la apreciación de la prueba refieren al respeto del debido proceso y en última instancia hacen a la confianza y solvencia del sistema⁸².

iii. Una cuestión de legitimidad. ¿Puede la Corte IDH decir que hay un derecho humano al aborto? La Corte IDH se referirá específicamente al aborto al ejercer la competencia contenciosa que le confiere la CADH. Por esa razón, debe pensarse si un caso –mucho más un caso tan particular como el de “Beatriz”– puede emplearse como vehículo para que el tribunal regional formule

meros errores en la determinación de los hechos o en la interpretación o aplicación del derecho nacional”, sino que únicamente “actúa[n] con el propósito específico de resolver el reclamo de derechos humanos” y que “reexamina[rán] cuestiones de hecho o de derecho nacional” si lo “considera[n] necesario para garantizar el respeto de las normas de derechos humanos”. NEUMAN, GERALD L., “Subsidiarity”, en SHELTON, DINAH (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 370-371, DOI: 10.1093/law/9780199640133.003.0016 2013.

80. En sentido más amplio, se señaló que la CIDH comúnmente solicita la revisión de “una decisión nacional fundada, no por razones de violación del debido proceso, o de su manifiesta arbitrariedad, sino solo por discrepancias con lo resuelto por la instancia nacional”. Así, se cuestionó si todavía podía decirse que el “proceso internacional no es una ‘cuarta instancia’”, o bien, si estábamos ante “una fórmula vacía”. VÍTOLO, ALFREDO M., “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el principio de subsidiariedad”, en LARA, JOSÉ LUIS LARA y DE LA RIVA, IGNACIO M. (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 485-488.

81. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 51.

82. El modo en que la Corte IDH ha valorado la prueba y la relevancia de que se resguarde el debido proceso fue estudiado en: PAÚL DÍAZ, ÁLVARO, “Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1, 2015, pp. 297-327. Y, también, puede verse: URIBE LÓPEZ, MARÍA ISABEL, ET AL., “La flexibilidad probatoria en el procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios de Derecho*, vol. LXIX, 2012, p. 270.

reglas generales y abstractas sobre un tema tan delicado, que no se encuentra contemplado en los tratados que conforman el andamiaje jurídico del SIDH.

La cuestión remite al problema de la legitimidad de los llamados estándares de derechos humanos que la Corte IDH y la CIDH diseñan. En un artículo, el actual comisionado Bernal Pulido decía que los órganos del SIDH “socavan la legitimidad de los estándares que crean, cuando los crean *ex post facto* –en el momento de solucionar el caso–, y los hacen exigibles y los aplican de forma retroactiva para imputar responsabilidad internacional a los estados”⁸³. Precisamente, agrega Bernal Pulido, esa carencia de legitimidad representa un “desafío” para el SIDH.

Sin duda, el reto de legitimidad se halla en juego en el caso de “Beatriz”. Para decirlo de otro modo, si la protección que ofrece la CADH es, como dice el Preámbulo, “convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, ¿puede la Corte IDH condenar a un Estado parte por no ofrecer una práctica que, como el aborto, ninguna norma le obliga a asegurar?⁸⁴

iv. Una cuestión subyacente. Tensiones y límites del SIDH: El caso “Beatriz” revela tensiones funcionales a la práctica del SIDH, que tiñen la discusión sobre el aborto. Son tensiones subyacentes sobre los límites y la coordinación de los órganos del sistema regional y los Estados parte, que ya se habían evidenciado en episodios anteriores⁸⁵.

Puertas adentro de la CIDH, el caso “Beatriz” provocó contrapuntos fuertes, como se comprueba en las reflexiones de cierre del voto del comisionado Ralón Orellana en el Informe de fondo⁸⁶. En 2023, las discrepancias vol-

83. BERNAL, CARLOS, “Tres desafíos de legitimidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *J•CON*, Vol. 19, No. 4, 2021, pp. 1213-1217, DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/zoab110>, p. 1216.

84. En sentido similar, véase CORTE IDH, caso “Manuela y otros vs. El Salvador”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de noviembre de 2021, voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 12 y ss.

85. La problemática se materializó en un documento sobre “la operatividad, funcionalidad y eficacia” del SIDH, suscripto por cinco Estados parte de la CADH. REPÚBLICA DEL PARAGUAY, “Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ministerio de Relaciones Exteriores”, 24 de abril de 2019, disponible en: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos> (fecha de consulta 5/12/2023).

86. CIDH, Informe de fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 72.

vieron a hacerse sentir, con el voto razonado de Bernal Pulido (al que también adhirió Ralón Orellana), en el que expresa su disenso al comunicado emitido por la CIDH⁸⁷ sobre el aborto en el continente americano⁸⁸.

En cuanto a la Corte IDH, una vez, se sugirió que el tribunal debía considerar si aquellas decisiones, que se inmiscuían en “terrenos controvertidos”, exigían “demasiado de los Estados miembros y sus ciudadanos”⁸⁹. Ese llamado a la mesura judicial cobra singular relevancia ahora que el tribunal regional se pronunciará en un tema tan intrincado. De hecho, en vísperas de la sentencia, se han difundido declaraciones que permiten vislumbrar la crisis que causaría un antecedente jurisprudencial que favorezca la liberalización del aborto en la región⁹⁰.

Con todo, a fines de 2022, el tribunal se sujetó a un Código de Ética, en el que se recuerda que los jueces interamericanos “[d]eben ejercer con *moderación y prudencia* la responsabilidad que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional”⁹¹. Tal vez allí pueda hallarse la clave para las respuestas que el caso “Beatriz” reclama; tal vez este caso pueda ser un puntapié para iniciar

87. El voto de Bernal Pulido quedó disponible en la Secretaría Ejecutiva de la CIDH y luego circuló por redes sociales. Véase CIDH, “CIDH llama a avanzar en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos en la región”, 31/1/2023, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/011.asp> (fecha de consulta: 17/12/2023).

88. Bernal Pulido explicitó que su disidencia obedecía a que el comunicado de la CIDH sobre aborto: “(i) desconoce el mandato de protección de los derechos humanos; (ii) incluye una visión reduccionista de los problemas estructurales que enfrentan las mujeres de la región; (iii) carece de normas internacionales obligatorias que lo sustenten; (iv) desconoce el margen de configuración legislativa con el que cuentan los Estados con base en el principio de subsidiariedad y los valores democráticos; y, (v) rechaza decisiones judiciales internas sin explicar por qué estas habrían sido –si es que lo fueron– contrarias a la Convención Americana” (pp. 1-2).

89. FUCHS, MARIE-CHRISTINE, “¿Está la Corte Interamericana de Derechos Humanos a punto de convertirse en un actor político? Desde el matrimonio entre personas del mismo sexo hasta el indulto a Fujimori”, Informe regional, Programa Estado de Derecho para Latino-América, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018, p. 1, disponible en: https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_documento_dok_pdf_51720_4.pdf/14167511-974e-b77d-5bd9-65a2f347c1b9?version=1.0&t=1539655014615 (fecha de consulta 12/12/2023).

90. En respuesta a la pregunta de un periodista, el actual presidente de Costa Rica contestó que, si la Corte IDH avanzaba con el aborto por la vía jurisprudencial, su país “no tiene ninguna opción más” que retirarse de la CADH. Véase “Entrevista exclusiva con el Presidente Rodrigo Chaves”, *Impact Channel*, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_PRDVoPVHvI (min. 27: 30 aprox.) (fecha de consulta 15/12/2023).

91. CORTE IDH, *Código de ética de juezas y jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Montevideo, 10 de octubre de 2022, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/Codigo-etica.pdf> (fecha de consulta 21/12/2023), la itálica es añadida.

un proceso que solidifique el rol del tribunal. Al decir de Alfonso Santiago, la Corte IDH tiene que arribar a la “madurez institucional”, para ello debe tomar conciencia de que “tiene algunos problemas estructurales importantes y unas bases endebles para lo que ella aspira a ser. Debe consolidarlas sobre la base de la decisión consensuada de quienes le dieron origen”⁹². Eso exige el estricto respeto por lo convenido y un reconocimiento del espacio de acción de los Estados parte que integran el SIDH.

v. Una cuestión de alternativas. Embarazo, anencefalia fetal y duelo perinatal: Finalmente, las excepcionales circunstancias del caso visibilizan a quienes atraviesan un embarazo de riesgo y el duelo perinatal. También visibiliza los derechos de los niños con discapacidad, quienes merecen una protección especial⁹³. De ese modo, el debate suscitado en todo el continente americano representa una oportunidad: para pensar cómo acompañar estas situaciones dramáticas, para reflexionar sobre los derechos de los vulnerables y sobre los deberes de una comunidad que quiere a ser respetuosa de la dignidad de todos los seres humanos sin discriminación.

Beatriz dio a luz a una niña con anencefalia que nació viva y la llamó Leilani Beatriz⁹⁴. La pequeña recibió trato digno antes y después de su muerte. Si el embarazo se interrumpía con un aborto, probablemente, nada de ello hubiera sucedido. Así, cabe preguntarse si el aborto es una solución adecuada para el abordaje de estos cuadros médicos. No se trata de mandar un “mensaje” de desconfianza a las mujeres, como se ha sugerido⁹⁵, sino de pensar soluciones que integren y acojan en el dolor a todas y, en este caso, a una madre

92. SANTIAGO, ALFONSO, *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 53.

93. Artículo 19 de la CADH (derechos del niño) y, en general, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

94. Como se ha señalado, “[e]stá claro que para la familia y madre de la niña esta tenía la personalidad jurídica, mínima y necesaria, como para asignarle un nombre propio, lo cual es significativo para la concepción de persona del *nasciturus*”, APARICIO ALDANA, REBECA K. y BALMACEDA QUIRÓS, JUSTO F., “Disfrazando la verdad: sobre el alegado derecho al aborto a propósito del caso Beatriz y otros vs. El Salvador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Prudentia Iuris*, N. 96, 2023, p. 5, DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.96.2023.6>

95. PEDRAZA BENAVIDES, VALERIA, “Tres mensajes que la defensa del Estado nos dejó a las mujeres en la audiencia del caso Beatriz vs. El Salvador”, *Agenda Estado de Derecho*, 4/9/2023, disponible en: <https://agendaestadoodederecho.com/audiencia-del-caso-beatriz-vs-el-salvador> (fecha de consulta 12/12/2023).

y una hija⁹⁶, mujer y niña⁹⁷. ¿Cómo acompañar de un modo más empático a quienes transitan una experiencia semejante? ¿Es posible hallar soluciones integrales que resguarden a la vez los derechos de la madre y de la niña con discapacidad? Al contrario, la negativa a facilitar el aborto cuando se diagnostica anencefalia fetal, ¿puede ser considerado un acto de tortura o trato cruel, inhumano o degradante hacia la mujer embarazada, como parece insinuar el Informe de fondo de la CIDH? ¿Acaso se configuran los elementos de esas conductas que el derecho internacional ha condenado como una grave afrenta a la dignidad humana?

IV. Una guía para la lectura y una invitación

Con tantas dudas e interrogantes, mientras aguardamos la decisión de la Corte IDH, de la mano de los autores exploramos el caso de “Beatriz” y nos aventuramos a la búsqueda de soluciones. El resultado de esos esfuerzos se condensa en esta obra, que está estructurada en tres pasos:

En la primera parte, se aborda la problemática de los “Derechos humanos, dignidad y razonabilidad en la encrucijada de la interpretación”. Para comenzar, Paolo G. Carozza (Universidad de Notre Dame) se detiene en los alcances de la noción de dignidad humana como piedra angular de la protección de los derechos humanos y sus caracteres. En seguida, Juan Cianciardo (Universidad de Navarra) se centra en la tarea de los jueces interamericanos, retoma el análisis del caso “Beatriz” a la luz del principio de razonabilidad y alerta sobre los riesgos del populismo hermenéutico. En sintonía, Pilar Zambrano (Universidad de Navarra) tiende un lazo entre “Artavia Murillo”

96. Este lenguaje no es ajeno a la CORTE IDH, que en el pasado ha hablado de los “hijos” de las mujeres embarazadas. Cfr. CORTE IDH, caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 292. El punto es resaltado por CASTALDI, LIGIA DE JESÚS, “El fallo Artavia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su décimo aniversario: algunas reflexiones sobre el ‘Roe v. Wade latinoamericano’”, p. 351 y ss.

97. Se ha reconocido que “las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación” y que la “familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, apartados q) y x).

y “Beatriz”, disecciona las líneas de interpretación que se han desplegado en ambos casos y advierte sobre la posible “disolución del *Rule of Law*” interamericano. La sección se completa con un trabajo de Max Silva Abbott (Universidad San Sebastián), en el que revisa algunas particularidades acerca del funcionamiento práctico del SIDH.

Desde luego, una reflexión sería sobre el caso de Beatriz y de Leilani no puede omitir la consideración del estatus de la vida humana en la etapa prenatal. A esa cuestión destinamos la segunda parte de este libro sobre “Protección de la vida humana no nacida y aborto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Primero, Gabriela García Escobar (Universidad Panamericana) y José Gilberto Solís Jiménez (Universidad de Navarra) examinan si los Estados parte de la CADH pueden determinar cómo regular el aborto y exponen qué dice el derecho vigente en El Salvador. Luego, con gran detalle, Ligia de Jesús Castaldi (Ave Maria School of Law) indaga sobre la cuestión del aborto terapéutico y eugenésico en el ámbito regional.

La tercera parte, titulada “Embarazo de riesgo, diagnóstico de anencefalia y regulación del aborto: perspectivas”, reúne una serie de contribuciones que, a partir del caso que sacude al SIDH, desarrollan algunos aspectos específicos. Desde las ciencias de la salud, Graciela Moya (Universidad Católica Argentina) e Ivanna Dehollainz (Universidad de Buenos Aires) estudian cuáles son los mejores abordajes para la atención de las mujeres y familias que afrontan el diagnóstico de anencefalia. El análisis se complementa con la mirada jurídica, en un trabajo de la pluma de Jorge Nicolás Lafferriere (Universidad Católica Argentina; Universidad de Buenos Aires), sobre el aborto de personas con discapacidad. Como cierre, María Carmelina Londoño Lázaro (Universidad de La Sabana) se hace cargo de un discurso que califica la prohibición de abortar como un caso de tortura, trato cruel, inhumano y degradante hacia la mujer y estudia si la restricción legislativa del aborto cumple con los elementos que configuran esas conductas en el derecho internacional.

Los invitamos a recorrer las páginas del libro y a repensar las aristas del caso “Beatriz”. Ojalá que las reflexiones aquí contenidas potencien el descubrimiento de nuevas miradas.

Parte I

Derechos humanos, dignidad y razonabilidad en la encrucijada de la interpretación

LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CASO “BEATRIZ Y OTROS VS. EL SALVADOR”

POR PAOLO G. CAROZZA¹

I. Introducción

La dignidad humana es una de las ideas más omnipresentes y fundamentales de todo el corpus del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Desde 1948 hasta la actualidad, los instrumentos internacionales formales de derechos humanos hacen referencia constante a la dignidad como fundamento de los derechos reconocidos en esos documentos. Los órganos interpretativos y jurisdiccionales emplean el concepto con regularidad, así como los comentarios doctrinales y la literatura académica invocan y promueven su uso. Por estas razones, no se puede negar que la dignidad humana es el principio fundacional más ampliamente reconocido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos².

1. Profesor de Derecho, Universidad de Notre Dame. Ex comisionado de la CIDH (1 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2009). Fue presidente de la CIDH (2008) y primer vicepresidente (2007). Correo electrónico: pcarozza@nd.edu.

Este artículo es un extracto del informe pericial remitido por el autor a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Beatriz y Otros vs. El Salvador”, el 15 de marzo de 2023. Asimismo, puede verse el video de su declaración como perito en el canal de YouTube.com del tribunal regional, “Audiencia Pública del Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador. Parte 2”, 22 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WmyQarBpEbg> (min. 1.46 aprox.) (fecha de consulta 28/6/2023).

2. CAROZZA, PAOLO G., “Human Dignity”, en SHELTON, DINAH (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 345-359. Para una visión general del estatus y del principio de dignidad humana en el derecho comparado, véase CAROZZA, PAOLO G., “Human Dignity in Constitutional Adjudication”, en GINSBURG,

La importancia central del estatus y principio de la dignidad humana para el DIDH ha sido evidente desde la redacción y adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en adelante, la “Declaración”). Las cinco referencias a la dignidad humana contenidas en el breve texto de la Declaración proporcionan una clave unificadora de la visión de los derechos humanos de ese documento. El Preámbulo afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y también (haciéndose eco de la Carta de las Naciones Unidas) reafirma la “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres [...]”. El artículo 1, introducción a la posterior especificación de derechos en la primera parte del documento, afirma que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Del mismo modo, el artículo 22, introducción a la segunda sección, establece que “[t]oda persona [...] tiene derecho a [...] la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad”³. Por último, en relación con el derecho al trabajo del artículo 23, la Declaración afirma que “[t]oda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana”. En resumen, la dignidad sirve para indicar tanto el fundamento de los derechos en la Declaración Universal (el estatus de valor humano igual e inherente) como también algunas de las implicaciones normativas de ese estatus (por ejemplo, la protección de la vida y la libertad, las garantías de igualdad de derechos de hombres y mujeres, la realización de ciertas necesidades sociales y materiales, el derecho a trabajar y a recibir una remuneración adecuada para mantener una familia). Esta construcción deliberada de la Declaración en torno al estatus y al principio de la dignidad humana sitúa claramente el documento en la “gran familia de instrumentos de derechos basados en la dignidad que se adoptaron después de la Segunda Guerra Mundial”⁴.

Los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos posteriores han seguido de forma sistemática el marco dignitario de los de-

TOM & DIXON, ROSALIND (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Northampton, 2011, pp. 459-472.

3. Véase DILLER, JANELLE M., *Securing Dignity and Freedom Through Human Rights: Article 22 of The Universal Declaration of Human Rights*, Brill Academic Publishers, 2012.

4. GLENDON, MARY ANN, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2002, p. 175.

rechos humanos de la Declaración. Unos pocos ejemplos bastan para ilustrar lo que es una inclusión canónica, casi sin excepciones, de referencias a la dignidad. Entre los principales tratados universales de derechos humanos, los dos Pactos Internacionales reconocen en sus preámbulos que “estos derechos dimanar de la dignidad inherente a la persona humana”, y cada uno de ellos hace referencia a la dignidad en relación con determinados derechos específicos⁵. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 invoca la dignidad (en relación con la igualdad, en particular) tres veces en su Preámbulo⁶, al igual que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979⁷. La Convención contra la Tortura de 1984 afirma que “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...] emanan de la dignidad inherente de la persona humana”⁸, mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 contiene no menos de ocho referencias distintas a la dignidad humana⁹. Incluso, más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 utiliza el término dignidad humana nueve veces en su preámbulo y en sus artículos sustantivos¹⁰.

Asimismo, los tratados regionales de derechos humanos siguen una pauta similar. Tanto los instrumentos interamericanos como los africanos utilizan repetidamente la idea de dignidad a lo largo de sus textos¹¹. La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a ella en su artículo 5, al hablar de “la dignidad inherente al ser humano”, en el artículo 6 al afirmar que “[e]l trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso” y en el artículo 11 al declarar que “[t]oda persona

5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Preámbulo, artículo 13. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Preámbulo, artículo 10.

6. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Preámbulo.

7. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), Preámbulo.

8. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), Preámbulo.

9. Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Preámbulo, artículos 23, 28, 37, 39, 40.

10. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Preámbulo, artículos 1, 3, 8, 16, 24, 25. En este sentido, resulta revelador que el título original de este tratado fuera Convención Internacional sobre la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad.

11. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículos 5, 6 y 11. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Preámbulo, artículo 3.

tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Por su parte, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consagra el reconocimiento de la dignidad humana en su Preámbulo, y luego codifica una versión contundente de la protección de la dignidad humana en su artículo 5: “[t]odo individuo tiene derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su estatuto jurídico”. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es el único tratado relevante, y uno de los pocos instrumentos internacionales de derechos humanos de cualquier tipo, que no menciona la dignidad humana. Sin embargo, el Convenio Europeo se basa expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual es invocada repetidamente en el Preámbulo como fuente de los derechos incluidos en el Convenio¹². Otros instrumentos de derechos humanos adoptados por el Consejo de Europa hacen amplio uso de la dignidad humana, entre los que destaca el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (cuyo título completo es, de hecho, “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina”)¹³. Además, la idea de dignidad humana se ha convertido en una parte importante de la jurisprudencia europea sobre derechos humanos a pesar de su ausencia en el texto del tratado, tanto es así, que el Tribunal Europeo ha llegado a declarar que “la esencia misma del Convenio es el respeto de la dignidad humana”¹⁴.

Desde su primer caso contencioso, “Velásquez-Rodríguez vs. Honduras”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido consistentemente que “[n]inguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”¹⁵. En su reconocimiento de otros principios básicos y generales de los derechos humanos, como el principio *ius cogens* de igualdad y no discriminación, la Corte ha partido del principio previo y fundacional de la dignidad humana: “[l]a noción de igualdad se desprende

12. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Preámbulo.

13. Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (1997). Preámbulo, artículo 1.

14. TEDH, “Fernandes de Oliveira v. Portugal [GC]”, no. 78103/14, sentencia de 31 de enero de 2019, párr. 112; TEDH, “V.C. v. Slovakia”, no. 18968/07, sentencia del 8 de noviembre de 2011, párr. 105. Y también véase: “Rooman v. Belgium [GC]”, no. 18052/11, párr. 143, 31 January 2019

15. CORTE IDH, caso “Velásquez-Rodríguez vs. Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C n° 4, párr. 154. Véase también: CORTE IDH, “Neira Alegría y otros vs. Perú”, sentencia del 19 de enero de 1995, fondo, Serie C No. 20, § 75; CORTE IDH, “Durand y Ugarte vs. Perú”, 16 de agosto de 2000, fondo, Serie C No. 68, párr. 69.

directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”¹⁶. A continuación, el Tribunal aplica la idea de dignidad como núcleo interpretativo de diversos derechos de la Convención Americana, desde la vida hasta la integridad física y mental, pasando por la salud y la intimidad¹⁷. La opinión consultiva del Tribunal sobre identidad de género e igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo contiene no menos de 31 referencias a la dignidad en relación con una amplia gama de derechos protegidos¹⁸.

II. El rango de la dignidad humana

Tal y como se emplea en el derecho internacional de los derechos humanos, la dignidad humana es, en primer lugar, una afirmación ontológica sobre el estatus de las personas humanas: una afirmación de que *todo* ser humano tiene un valor moral igual, inherente, incondicional e inalienable¹⁹. Interrelacionada con esta reivindicación de estatus, la idea de dignidad humana en el DIDH es un *principio* normativo y metajurídico que afirma que todos los seres humanos tienen derecho a que otros respeten su estatus de igual valor (incluido, en particular, el Estado, en su legislación y su política), lo que exige directamente la protección de los derechos humanos.

Esta doble dimensión de la idea de dignidad humana en el DIDH tiene implicaciones directas en la cuestiones de quién es el titular de la dignidad y,

16. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 19; CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de Enmiendas a las Disposiciones sobre Naturalización de la Constitución de Costa Rica”, 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 55; CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17 de septiembre de 2003, párr. 87.

17. Véase LEGALE, SIDDHARTA y VAL, EDUARDO M., “The Human Dignity and the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, *Direitos Fundamentais & Justica*, 36, 2017, pp. 175-202.

18. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación de parejas del mismo sexo”, 24 de noviembre de 2019.

19. CAROZZA, PAOLO G., “Human Dignity”, en SHELTON, DINAH (eds.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, pp. 345-359; Cf. SNEAD, O. CARTER, *What it means to be human: The case for the body in public bioethics*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2022, p. 100 (el autor describe a la dignidad humana como “el igual valor intrínseco de todos los seres humanos que son iguales en vulnerabilidad, necesidad y están sujetos a los límites naturales [*intrinsic equal worth of all human beings who are alike in vulnerability, neediness and subject of natural limits*]”).

por tanto, el sujeto de los derechos humanos que se derivan de ella. Veamos cada uno de estos aspectos:

a. Universal

La expresión “miembros de la familia humana” de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y las disposiciones posteriores de los tratados que hacen referencia a “seres humanos” o a “toda persona” demuestran que el único requisito necesario para reivindicar la dignidad humana es la cualidad biológica de ser un ser humano. En efecto, es posible evaluar que un individuo es más fuerte, más grande o más inteligente que otro, pero sería un grave error afirmar que uno es más “humano” que otro, ya que ser un ser humano es un asunto de todo o nada. Este fundamento excluye cualquier prueba o estándar basado en la cognición o en las capacidades diseñado por quienes son más poderosos para convertirse en autoridad en el reconocimiento de la dignidad. De hecho, sería completamente repugnante para la idea misma de los derechos humanos universales pretender de cualquier manera que la dignidad de la que derivan los derechos pertenece sólo a algunos seres humanos y no a otros, o a diferentes seres humanos en medidas desiguales.

Por lo tanto, se deduce necesariamente que cualquier categorización filosófica o religiosa de los seres humanos, entre aquellos que tienen más valor o menos valor (o que son “humanos” y “no humanos” o “más humanos” y “menos humanos”) según sus capacidades, habilidades, talentos, condición social, inteligencia o cualquier otra categoría contingente, es directamente contraria a la premisa fundamental de los derechos humanos universales. El único criterio para que la condición de dignidad humana sea pertinente es el de ser, biológica y genéticamente, miembro de la especie humana. Cualquier otro criterio requeriría interponer una construcción teórica que contradice fundamentalmente la idea de los derechos humanos. La aplicabilidad universal de la dignidad humana a toda vida humana es, en definitiva, el único fundamento de la universalidad de los derechos humanos, y así se refleja en el lugar central que la dignidad ocupa en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia, tanto del sistema interamericano como universal.

b. Inherente

Lógicamente, el estatuto universal de la dignidad humana que se aplica a todos los seres humanos lleva directamente a la conclusión de que no se puede separar a los seres humanos según su etapa de desarrollo, de modo que se atribuya menor dignidad a unos en comparación con otros: los niños y niñas tienen la misma dignidad que los adultos; los adultos mayores tienen la misma dignidad que los jóvenes. Los niños y niñas no nacidos –es decir, seres humanos, aún en fase gestacional de desarrollo, pero inequívocamente seres humanos vivos desde una perspectiva biológica– pertenecen a la categoría de “todos los seres humanos”, y dentro de esa categoría, la dignidad humana debe reconocerse como igual. El hecho de que una vida humana (la vida de un ser humano distinto) comienza biológica y genéticamente en el momento de la fecundación ha sido afirmado por la inmensa mayoría de los biólogos, independientemente de su postura sobre la cuestión del aborto²⁰. A partir de ese momento, un nuevo ser humano crece y se desarrolla. En resumen, la aplicación de la misma dignidad humana para los no nacidos se deriva de los simples hechos de que: a) su vida ya ha comenzado; b) están continuamente vivos; c) pertenecen biológica y genéticamente a la raza humana.

No hay duda de que los niños no nacidos están vivos; de lo contrario, todo el debate sobre el aborto relativo a la interrupción del embarazo, que pone fin a su vida, carecería de sentido. Esto parece estar claro para todos cuando se trata de un aborto espontáneo, definido por la Cochrane Library como “la muerte espontánea y/o expulsión de un embrión o feto del útero antes de que sea capaz de sobrevivir por sí mismo”²¹. Del mismo modo, el Real Colegio Británico de Obstetras y Ginecólogos señala que “la muerte fetal intrauterina se refiere a los bebés sin signos de vida en el útero”, en contraste con los que muestran signos de vida en el útero²². En caso de aborto fallido, lo que “falla” es precisamente que no se acaba con la vida del niño. O bien sigue viviendo en el útero o bien nace vivo, en contra de la finalidad del aborto. En este úl-

20. JACOBS, STEVEN A., “Biologists’ consensus on ‘when life begins’”, *SSRN Electronic Journal*, 25 de julio de 2018, DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3211703>.

21. LEMMERS, MARIKE; VERSCHOOR, MARIANNE AC; KIM, BOBAE V.; HICKEY, MARTHA; VAZQUEZ, JUAN C.; MOL BEN WILLEM J. y NEILSON, JAMES P., “Medical treatment for early fetal death (less than 24 weeks)”, *Cochrane Database of Systematic Reviews 2019*, Issue 6. Art. No.: CD002253. DOI: 10.1002/14651858.CD002253.pub4, 2019, disponible en: https://www.cochrane.org/CD002253/PREG_medical-treatment-early-fetal-death-less-24-weeks/ (fecha de consulta 23/6/2023).

22. ROYAL COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, “Late intrauterine fetal death and still birth”, 2010, disponible en: https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/gtg_55.pdf (fecha de consulta: 23/6/2023).

timo supuesto, aunque técnicamente se ponga fin al embarazo, el aborto sigue considerándose “fallido”²³.

Además, los niños y niñas no nacidos no sólo están “vivos” en el mismo sentido que, por ejemplo, las células de la piel, sino que son organismos vivos distintos “precisamente porque poseen la única característica definitoria de la vida humana que se pierde en el momento de la muerte: la capacidad de funcionar como un organismo coordinado y no meramente como un grupo de células humanas vivas”²⁴. Esta línea de razonamiento fue reconocida y aplicada también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia “Bristle v. Greenpeace”, que confirmó la prohibición de patentar células precursoras neurales derivadas de células madre embrionarias. En opinión del TJUE, tales patentes violan el principio de respeto a la dignidad humana cuando se aplican al embrión²⁵.

El consenso general también puede encontrarse en la cuestión de que los niños y niñas no nacidos pertenecen a la especie humana, ya que tienen un genoma humano. Lógicamente, un descendiente de dos individuos de la misma especie debe ser de la especie de sus progenitores. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso “Vo v. Francia” admitió que “puede considerarse un terreno común entre los Estados que el embrión/feto pertenece a la especie humana”²⁶. El artículo 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, refrendada por la resolución de la Asamblea General, afirma que: “El genoma humano es la base

23. Véase, por ejemplo, ELEY, ADAM y ADNITT, JO, “The failed abortion survivor whose mum thought she was dead”, *BBC News*, 5 de junio de 2018, disponible en: <https://www.bbc.com/news/health-44357373> (fecha de consulta 23/6/2023); SCALLY, DEREK, “German man who survived abortion dies aged 21”, *The Irish Times*, 9 de enero de 2019, disponible en: <https://www.irishtimes.com/news/world/europe/german-man-who-survived-abortion-dies-aged-21-1.3752247> (fecha de consulta: 23/6/2023); House Hearing, 114 Congress, US, Testimonio de Gianna Jessen que “sobrevivió un aborto fallido cuando era una bebé [*survived a failed abortion when she was a baby*]” ante el Committee on the Judiciary House of Representatives, disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-114hhrg96052/html/CHRG-114hhrg96052.htm> (fecha de consulta: 23/6/2023).

24. CONDIC, MAUREEN L., “Life. Defending the beginning by the end”, *First Things*, 2003, disponible en: <https://www.firstthings.com/article/2003/05/life-defining-the-beginning-by-the-end> (fecha de consulta: 23/6/2023).

25. TJUE, “Oliver Brüstle v Greenpeace eV.”, sentencia del 18 de octubre de 2011, *Grand Chamber*, Case C-34/10, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0034> (fecha de consulta: 23/6/2023).

26. TEDH, “Vo v. France [GC]”, sentencia del 7 julio de 2004, no. 53924/00, párr. 84,

de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad”²⁷.

Se podría argumentar que, aunque un no nacido cumpla los tres criterios mencionados, eso no significa que su dignidad sea igual, en atención a los diferentes grados de conciencia entre los fetos y los seres humanos más plenamente desarrollados. Sin embargo, según sus circunstancias particulares, la conciencia de los seres humanos varía debido a su edad, estado de salud o intervenciones externas. Por ejemplo, un recién nacido no es “tan consciente” como un niño pequeño; la conciencia de una persona que padece una enfermedad mental grave no es la misma que la de un individuo sano, y puede incluso señalarse que un paciente anestesiado carece temporalmente de conciencia. Es posible imaginar a una persona de 15 años que, debido a complicaciones en el parto, siempre ha estado en coma y nunca ha adquirido conciencia en el sentido típico de esta palabra. Sin embargo, si esa persona fuera expuesta desnuda a la vista del público, probablemente la mayoría de nosotros estaríamos de acuerdo en que su dignidad ha sido gravemente violada²⁸. Esto se debe precisamente a que la dignidad humana es igual y, como radica únicamente en la cualidad de pertenecer a la especie humana, se aplica a todos los seres humanos independientemente de su nivel de conciencia.

El mismo principio se aplica incluso en casos extremos, como una afección fetal tan grave como la anencefalia. Un niño o niña con anencefalia no tiene muerte cerebral, sino daños cerebrales; de lo contrario, si tuviera muerte cerebral, los médicos no podrían haber declarado que ha muerto cinco horas después de nacer –como pasó con la hija de Beatriz–. Estar vivo, al igual que ser humano, no puede medirse en grados, y por tanto no podemos decir que una niña con anencefalia esté menos viva que una niña sana. De nuevo, cualquier distinción que afirme que una vida humana tiene menos valor, o es menos humana, sobre la base de un supuesto filosófico de que la calidad de la conciencia de ese ser humano es determinante de su estatus y dignidad como ser humano, es sencillamente incompatible con la idea de los derechos humanos universales.

27. UNESCO, Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 29ª sesión, el 11 de noviembre de 1997, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights> (fecha de consulta: 23/6/2023).

28. Véase un ejemplo similar sobre la autonomía en MEILAENDER, GILBERT, *Body, soul and bioethics*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1998, p. 17.

Por todas estas razones, la dignidad humana de los niños no nacidos ha sido, de hecho, reconocida muchas veces en circunstancias no relacionadas con el debate sobre el aborto. En Estados Unidos, por ejemplo, varias leyes sobre la dignidad del feto obligan a las clínicas a enterrar o cremar a los niños no nacidos después de un aborto, exigen el consentimiento informado de la madre para elegir entre el entierro o la cremación del bebé, prohíben la transferencia de restos fetales, prohíben lucrar con partes del cuerpo del bebé y ofrecen a los padres la posibilidad de obtener certificados de defunción de sus bebés abortados²⁹. En muchos estados, matar a una mujer embarazada también se considera un doble homicidio³⁰. También existen ciertas limitaciones a la investigación con tejidos fetales humanos³¹. Disposiciones similares se aplican a los seres humanos ya nacidos cuya dignidad no se cuestiona. En otros países también existen normativas establecidas con el mismo espíritu. Por ejemplo, en Alemania los padres de un feto muerto *in utero* tienen derecho a darle un nombre legal y enterrarlo, independientemente de la fase del embarazo en que se haya producido el aborto³². Del mismo modo, en Chile los padres tienen derecho a dar un nombre legal al niño y a enterrarlo, así como a una serie de protecciones relacionadas con la posibilidad de atravesar un duelo³³. En Polonia, los padres tienen el mismo derecho y, además, tienen derecho a un subsidio especial para ayudar a sufragar los gastos del funeral, el mismo subsidio que recibirían en caso de fallecimiento de cualquier otro familiar directo³⁴.

29. JOHNSON, KATHERINE B. & SZOCH, MARY, “Fetal dignity laws: Respecting the human dignity of the unborn”, *Family Research Council*, July 2021, No. IS19J01, disponible en: <https://www.frc.org/issueanalysis/respecting-the-unborn-through-fetal-dignity-laws> (fecha de consulta: 23/6/2023).

30. Véase: *Unborn Victims of Violence Act* 18 U.S.C. § 1841, 10 U.S.C. § 919a.

31. NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH, “NIH Grants Policy Statement - 4.1.14 Human Fetal Tissue Research”, revisión diciembre de 2022, disponible en: https://grants.nih.gov/grants/policy/nihgps/html5/section_4/4.1.14_human_fetal_tissue_research.htm (fecha de consulta: 23/6/2023).

32. “Germany gives rights to tiny babies who die”, *The Local*, disponible en: <https://www.thelocal.de/20120509/42449> (fecha de consulta 27/6/2023).

33. Véase: República de Chile, Ley 21171, “Modifica Ley N° 4.808 sobre Registro Civil y crea un Catastro Nacional de Mortinatos, facilitando su individualización y sepultación” (esta ley vino acompañada de una serie de cambios normativos para implementar, entre otras cosas, el derecho a sepultar al niño por nacer) y Ley 21372, “Establece medidas especiales en caso de muerte gestacional o perinatal”.

34. *Rozporządzenie Ministra Zdrowia* (Executive Act of the Minister of Health), 21 de diciembre de 2006. Dz. U. Nr 153, poz. 1783.

c. Igual

El principio de igualdad impide que una categoría de seres humanos quede subordinada a otra. La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta la igualdad y la no discriminación como esenciales al concepto mismo de derechos humanos y afirma que “en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”³⁵. Como se ha señalado anteriormente, y reflejando el lenguaje de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Tribunal ha subrayado repetidamente el hecho de que la igualdad se deriva de la universalidad de la dignidad humana: “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”³⁶. En consecuencia, no se puede sostener coherentemente, implícita o explícitamente, que un ser humano tenga menor o mayor dignidad sobre la base de cualquier categoría, ya sea la edad, la salud o la discapacidad, la etapa de desarrollo u otra condición.

Aunque la prohibición de discriminación por motivos de edad se discute más a menudo en el contexto de las personas mayores, en principio es igualmente aplicable a los miembros más jóvenes de la familia humana. En general, se refiere a una situación en la que alguien recibe un trato menos favorable debido a su edad y a las vulnerabilidades relacionadas con esta. Estas vulnerabilidades suelen exacerbarse especialmente al principio y al final de la vida, ya que son los momentos naturales en los que aumenta la dependencia en los demás. Esta condición da lugar a responsabilidades especiales por parte de quienes son más fuertes, en lugar de su libertad para desatender o eliminar a quienes necesitan un cuidado y una atención especiales. Por ejemplo, los Estados tienen la obligación de establecer salvaguardias, en particular en el ámbito del derecho de familia y del derecho penal, para garantizar que los intereses fundamentales de los niños y las niñas sean protegidos de manera particular.

35. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17 de septiembre de 2012, párr 101; CORTE IDH, caso “Atala Riffo e Hijas v. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239, párr.79.

36. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuestas de Enmienda a las Disposiciones sobre Naturalización de la Constitución de Costa Rica”, 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 55.

De conformidad con el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, un niño o niña “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*”³⁷. El artículo 1 de la Convención establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años”. Por tanto, designa específicamente un momento en el que un ser humano deja de ser clasificado como niño o niña, pero no señala el nacimiento como el inicio de esta condición. Por lo tanto, la Convención no excluye de su protección a los niños y niñas no nacidos (como seres humanos menores de dieciocho años, especialmente a la luz de la referencia del Preámbulo a la necesidad de protección jurídica de los niños antes del nacimiento) de la misma forma que excluye a las personas que han cumplido 18 años. Aplicando las reglas de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), según el cual los tratados se interpretarán de buena fe y conforme al sentido corriente de sus términos, existen motivos fundados para concluir que la protección concedida a “todo ser humano menor de dieciocho años” incluye la protección de los niños y niñas por nacer.

Del mismo modo, sería contrario a la dignidad humana discriminar entre los seres humanos en función de la edad o del grado de desarrollo, es contrario a la igual dignidad de todo ser humano discriminar entre ellos en función de la salud. Como se ha afirmado anteriormente, la dignidad humana no es el resultado de capacidades particulares –hacer ciertas cosas o tener ciertas características–, sino de ser humano. Por lo tanto, el estado de salud de un ser humano, por deteriorado que sea, nunca puede convertirse en una excusa para considerarlo de menor dignidad que otros³⁸. Muy al contrario, la mayor vulnerabilidad de una persona gravemente enferma es una razón para que un Estado preste “especial consideración” a la protección de esta persona³⁹. Si esta persona es un niño o niña, entonces esta persona es vulnerable tanto por su nivel de desarrollo como por su situación de enfermedad. La Corte ha dicho que, “de conformidad con la Convención Americana, el Estado está obligado a adoptar medidas especiales de protección que salvaguarden el interés su-

37. Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Preámbulo. El resaltado es añadido.

38. Véase CORTE IDH, caso “Ximenes-Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 149, párrs. 107, 109, 113, 120, 127, 130, 131, 135.

39. Véase, por ejemplo, CORTE IDH, caso “Vera Rojas vs. Chile”, sentencia del 1º de octubre de 2021, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 100, 126, 147. Lo mismo se dice en relación con los niños, véase párr. 104.

perior del niño, tomando en consideración su especial vulnerabilidad”⁴⁰. La vulnerabilidad nunca es una razón para disminuir la protección de los derechos humanos, sino que es una razón para una protección especial.

Por esta razón, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) enumera la discapacidad, el nacimiento u otra condición entre los motivos prohibidos de discriminación. En el mismo sentido, según el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”.

Todo ser humano debe recibir una atención sanitaria adecuada independientemente de su estado de salud, incluidos los cuidados paliativos. Si a los seres humanos que, por razón de su excepcional vulnerabilidad sanitaria, necesitan atención, se les niegan precisamente por encontrarse en un estado de salud comprometido y, por tanto, de vulnerabilidad, sería una contradicción incompatible con la igual e inalienable dignidad de todo ser humano, reconocidas por el DIDH de la igual e inalienable dignidad de todo ser humano.

Ciertamente, esta lógica está claramente reconocida en el DIDH, en la medida en que alguien que probablemente vaya a morir pronto o que incluso esté en proceso de morir no está desprovisto de las protecciones de derechos humanos a las que tiene derecho. Así lo demuestra el reciente caso “Vera vs. Chile”, en el cual la Corte:

“recuerda que Martina Vera Rojas es una niña que padece el síndrome de Leigh, la cual es una patología mitocondrial y neurodegenerativa que produce una pérdida aguda de habilidades psicomotoras. Debido a su enfermedad, Martina tiene una afectación multisistémica, que altera gravemente sus capacidades cognitivas, sus funciones motoras, le ha generado atrofia en las extremidades, rigidez auditiva, y escasa capacidad auditiva y de contacto social, entre otras afectaciones a sus capacidades físicas y mentales, incluidos episodios de epilepsia. En virtud de ello, Martina requiere de una constante atención médica multidisciplinaria y una terapia de rehabilitación. Estos tratamientos, aunque no sean cura-

40. CORTE IDH, caso “Vera Rojas vs. Chile”, párr. 171; el Tribunal también señaló con respecto a la víctima en este caso, la niña Martina Vera, que “[l]a situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra Martina requiere de un entorno adecuado para el goce de sus derechos”, párr. 147.

tivos, permiten prolongar la vida de Martina, retrasando el proceso degenerativo de la enfermedad”⁴¹.

Los peticionarios en este caso indicaron que “[l]a expectativa de vida en niños de su edad diagnosticados con esta condición sería de aproximadamente dos años”⁴².

En un sentido similar, desde la perspectiva de los derechos humanos, se entiende universalmente que someter a las personas a experimentos médicos no consensuados, que pueden ser perjudiciales para ellas, incluso cuando se hacen por el posible beneficio de la sociedad en general, nunca puede justificarse con el argumento de que morirían muy pronto en cualquier caso por causas naturales. En resumen, los seres humanos conservan la plenitud de su dignidad igual e inherente en cada etapa de desarrollo y condición de su vida.

d. Inalienable

La última característica del estatuto de la dignidad humana, además de ser universal, igual e inherente, es que es inalienable. Es decir, que no se puede perder, ceder o arrebatar⁴³. Esta cualidad se deriva directamente del hecho de que es inherente y está estrechamente relacionada con esta característica. Dado que la dignidad humana no la otorga ningún poder o condición que no sea la de ser humano –ni el Estado, ni la ley, ni las costumbres o convenciones sociales, etc.–, tampoco puede ser arrebatada, quitada, destruida o negada por ninguno de esos poderes o condiciones.

Si la ley o las convenciones sociales no reconocen la dignidad de un ser humano, o de todo un grupo de seres humanos, esto de ninguna manera puede significar que esos seres humanos no tengan dignidad, o que su dignidad haya sido eliminada de algún modo. Más bien significa que se está violando su dignidad inherente. Esto es, por supuesto, exactamente lo que ocurre en situaciones de violaciones de derechos humanos a gran escala, como el genocidio o la discriminación racial sistemática: el poder y las actitudes sociales de una mayoría, incluso cuando se expresan a través de la ley, tratan a clases enteras

41. CORTE IDH, caso “Vera Rojas vs. Chile”, párr. 119.

42. CIDH, Informe No 44/16, Petición 1558-11, “Martina Rojas v. Chile”, Informe de Admisibilidad, 4 de noviembre de 2016, párr. 9.

43. Véase CAROZZA, PAOLO G. & SEDMAK, CLEMENS (eds.), *The Practice of Human Development and Dignity*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2020. También: MCCRUDDEN, C. (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

de personas y grupos como si carecieran de dignidad. Pero sería un grave error concluir que tales violaciones les han arrebatado su dignidad. De hecho, hay que afirmar exactamente lo contrario, si queremos seguir defendiendo sus derechos humanos: es precisamente porque la dignidad persiste inalienablemente —a pesar de todos los fallos de reconocimiento por parte de los poderes del Estado o de la ley o de la sociedad— por lo que podemos decir que siguen teniendo derechos que deben ser reivindicados. Si la dignidad humana pudiera perderse o eliminarse por el hecho de que otros no reconocieran y honraran adecuadamente esa dignidad, entonces ya no habría ninguna base para afirmar que tienen derechos humanos en absoluto.

Es por esta razón que, en la jurisprudencia de derechos humanos de todo el mundo, la dignidad humana es a menudo invocada por los tribunales exactamente en situaciones en las que ha habido una exclusión categórica de grupos enteros de seres humanos del reconocimiento y la protección de la ley. Lo mismo debe concluirse con respecto a la dignidad de la vida humana naciente en su fase más temprana de desarrollo. Cualquier falta de reconocimiento de que dicha vida, en cuanto vida humana, tiene una dignidad inalienable no constituye una privación de la dignidad (y, en consecuencia, de los derechos), sino más bien una violación de la dignidad (y de los correspondientes derechos).

III. Conclusión

La condición y el principio de la dignidad humana que constituye el fundamento de todo el derecho internacional de los derechos humanos solo puede entenderse coherentemente como el reconocimiento y la protección de la dignidad universal, inherente, igual e inalienable de todo individuo que sea biológica y genéticamente miembro de la especie humana, en todas las etapas de la vida humana, independientemente de su edad, etapa de desarrollo, capacidades particulares, estado de salud u otra condición. La dignidad humana no puede reconocerse por grados, ya que ser humano es un “asunto de todo o nada”, y no puede perderse o eliminarse. Una comprensión sólida de la dignidad humana, y la única lectura coherente y razonable del significado y el papel de la dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos, afirma claramente que debe entenderse que un ser humano no nacido tiene la misma dignidad humana universal, inherente, igual e inalienable que su madre.

INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL Y POPULISMO UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CASO “BEATRIZ”

POR JUAN CIANCIARDO¹

1. Introducción

Pocos temas dividen tanto a la sociedad occidental contemporánea como el del aborto. El punto clave, el que divide las aguas, es reconocer o no que existe persona desde la concepción. Para quienes así lo hacen, la consecuencia obvia es el correlativo reconocimiento del derecho a la vida. Quienes lo niegan dan lugar, a partir de allí, a un abanico amplio de posiciones, que van desde la afirmación de que existe un derecho a abortar, cuya satisfacción debe ser asegurada por el Estado, un derecho prestacional, hasta la posición de quienes ven en el embrión un “bien jurídico especialmente tutelado”² –no una persona– que no debe ser manipulado, capaz de justificar la sanción penal del aborto en al menos algunos casos, y que en ningún caso da lugar a un derecho a abortar.

Dentro de este último abanico, los problemas, lejos de simplificarse, tienden a multiplicarse. Incluso en los países en los que no pocos alegan la existencia de un derecho a abortar se generan polémicas que exponen la difícil compatibilidad práctica entre esa pretensión y la teoría general de los derechos humanos. En España, por dar un ejemplo, se ha desarrollado una discusión en torno a lo siguiente: algunos padres que han perdido un embarazo o incluso provocado un aborto reclaman al Estado incluir el nacimiento del hijo

1. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra. Correo electrónico: jcianciaro@unav.es. El autor agradece a Pilar Zambrano, Gabriela García Escobar y Gilberto Solís su *amicus curiae* sobre el caso “Beatriz”, cuyas ideas han inspirado este trabajo.

2. Como se sostuviera en la sentencia (*STC 53/1985*, 1985).

en el Registro Civil y en el Libro de Familia con el nombre que le asignen, enterrarlo, o incluso acceder a la licencia paternal y maternal³. Para acoger parcialmente estos pedidos, una norma reciente pasó de denominar a los fetos nacidos sin vida o abortados de más de seis meses “criaturas abortivas” a “nacidos sin vida”, permitiendo a los padres la asignación de un nombre y su inscripción en el Registro Civil, aunque se aclaró que esa inscripción “no tendrá efectos jurídicos”⁴.

Se oponen a la nueva normativa algunas asociaciones abortistas, que ven en ella “un tema muy peligroso” pues, según dicen:

“no entendemos su utilidad [...]. Ya existía una disposición que permitía que se dejara constancia de que ha habido un aborto. Ahora lo que se pretende es que esos abortos se traten como personas nacidas sin vida, abriendo una puerta para nosotros peligrosa, una ventana de oportunidad para las organizaciones pro-vida que defienden la consideración de persona desde la concepción”⁵.

Dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos existen dos normas cuya lectura más obvia no puede llevar más que a la conclusión de que dentro del Sistema Interamericano existe una protección máxima para el no nacido. Son las siguientes:

“Artículo 4. Derecho a la Vida

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

“Artículo 3. Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Una lectura rápida de las normas transcritas permite afirmar que dentro del Sistema Interamericano: a) se es persona desde la concepción, b) se la debe proteger “en general” desde ese momento, y c) el reconocimiento de ese ca-

3. La situación dio lugar a una sentencia interesante del Tribunal Constitucional (*STC 11/2016*, 2016).

4. Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA, Instrucción de 31 de julio de 2023, de la, sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/08/08/pdfs/BOE-A-2023-18146.pdf> (fecha de consulta: 1/9/2023).

5. Cfr. ORTIZ, ANA MARÍA, “De ‘criaturas abortivas’ a ‘nacidos sin vida’...y sin libro de familia: la reforma sobre las muertes prenatales no satisface del todo a los padres”, *Diario El Mundo*, 10 de agosto de 2023, disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2023/08/10/64d5400021efa0002e8b45ab.html> (fecha de consulta 1/9/2023).

rácter de persona conlleva el del derecho a la personalidad jurídica. La claridad o nitidez de las conclusiones a las que conduce esta primera lectura se opaca, como ocurre tantas veces, cuando el artículo es sometido a la tensión que genera su aplicación a situaciones concretas o incluso al mero paso del tiempo cuando el contexto cultural (la moral social, más específicamente) les es adversa. Una consideración detenida de ese contexto explica, hasta cierto punto (sólo hasta cierto punto), que los órganos encargados de proteger el Sistema hayan debilitado progresivamente la fuerza de esas conclusiones. Lo han hecho a través de decisiones producidas en tres casos. La primera se plasmó en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Baby Boy”⁶; la segunda es una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso “Artavia Murillo”⁷. La tercera decisión es un informe de la CIDH que da lugar a este trabajo⁸. Concretamente, mediante este Informe la CIDH ha recomendado a la Corte IDH que se inste a El Salvador:

“Adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer la posibilidad de la interrupción del embarazo en situaciones de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, así como de riesgo a la vida y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre [...] incluyendo el diseño de políticas públicas, programas de capacitación, protocolos y marcos guía para asegurar que el acceso a la interrupción del embarazo como consecuencia de la anterior adecuación legislativa, sea efectivo en la práctica, y que no se generen obstáculos de hecho o de derecho que afecten su implementación” (recomendaciones 3 y 4 de la CIDH).

Se exige que El Salvador modifique su actual legislación de forma tal que se reconozca y garantice no solamente un derecho de libertad al aborto, sino también un derecho prestacional. Dicha exigencia no solamente impacta de forma directa y principal sobre su actual legislación penal, sino también

6. CIDH, Informe de Fondo, Estados Unidos de América, N° 23/81, Caso 2141, 1981, 1981. Una crítica puede verse en PAÚL DÍAZ, ÁLVARO, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, *Ius et Praxis*, 18(1), 2012, pp. 61-112, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122012000100004>.

7. CORTE IDH, caso “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, sentencia del 26 de febrero de 2016, supervisión de cumplimiento de sentencia. Una crítica puede verse en CIANCIARDO, JUAN, “La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso ‘Artavia Murillo’”, *Dikaion*, 25(2), 2016, pp. 160-189.

8. Véase, CIDH, Informe de fondo, Beatriz, El Salvador, Informe No. 9/20, Caso 13.378, 3 de marzo de 2020.

sobre el conjunto de normas que integran sus políticas de salud sexual y reproductiva. Tomadas integralmente, ambos tipos de normas protegen la vida por nacer desde la concepción, en sintonía con el texto de la Constitución.

En concreto, la normativa penal salvadoreña regula en su art. 133 el aborto cometido por la misma madre o por un tercero –con el consentimiento de la madre– con una pena de 2 a 8 años de prisión⁹. El art. 134 establece el delito de aborto cometido por un tercero –sin el consentimiento de la madre– con una pena de 4 a 10 años de prisión. Por último, el art. 135 establece el tipo penal del aborto cometido por un médico a una mujer –con o sin el consentimiento de ella– con una pena de 6 a 12 años de prisión e inhabilitación de la profesión por igual tiempo. Ni el aborto culposo ni la tentativa cometidos por la propia madre son punibles; de acuerdo con el art. 137, inc. 2, del Código Penal: “[e]l aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles”.

Como han señalado Zambrano, García Escobar y Solís¹⁰ “para que el delito de *aborto consentido y propio* se configure es necesario que la conducta se realice con conocimiento y voluntad de cometer este delito, es decir, que se cometa con *dolo*”¹¹. El bien jurídico protegido por esta norma es “‘la vida no independizada en todos sus estados de desarrollo, desde el momento de la concepción’. El sujeto pasivo de este delito es la persona por nacer. Este plexo normativo fue validado por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, con base en el reconocimiento constitucional de la persona humana antes de su nacimiento en el artículo 1 inciso 2 de la Constitución, y en los artículos 6.1 y 2.1. de la Convención de los derechos del niño”¹². Esos mismos autores han resaltado que, según la Corte,

“Para determinar lo que significa el reconocimiento de la calidad de persona a todo ser humano desde el instante de la concepción es útil

9. Art. 133 del Código Penal: “[e]l que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años”.

10. ZAMBRANO, PILAR; GARCÍA ESCOBAR, GABRIELA y SOLÍS, GILBERTO, *Amicus Curiae presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Beatriz v. El Salvador»*, 2023, disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1vZwWwxIMsjFxFxOU2NxbCtdGJolkVtHFge/view> (fecha de consulta 4/9/2023).

11. *Ibidem*, con remisión a MORENO CARRASCO, FRANCISCO y RUEDA GARCÍA, LUIS, *Código penal de El Salvador comentado*, El Salvador, 1999, p. 526.

12. ZAMBRANO, PILAR; GARCÍA ESCOBAR, GABRIELA y SOLÍS, GILBERTO, *Amicus Curiae presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos...*, con cita de MORENO CARRASCO, FRANCISCO y RUEDA GARCÍA, LUIS, *Código Penal de El Salvador comentado*, p. 529.

observar que la propia argumentación de la reforma constitucional hizo referencia a instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–, la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–. El art. 6 del PIDCP dispone que: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana», sin pronunciarse sobre cuándo comienza esta última condición. La CDN en su preámbulo expresa que ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’. Luego, el art. 1 CDN expresa que: ‘se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad’; y en su art. 2 establece que los derechos que ella reconoce deben ser respetados y asegurados «sin distinción alguna, independientemente de [...] nacimiento o cualquier otra condición”’.

A partir de este reconocimiento, para la Corte la sanción penal del aborto es obligatoria:

“[e]n términos claros, la vida prenatal es un bien jurídico con relevancia constitucional indiscutible y merecedor por ello de la protección penal. Por ende, estamos en presencia de un sector de regulación normativa en el cual se plasman conductas nocivas merecedoras de pena y en las que existe una necesidad de criminalización por tratarse de un interés con relevancia constitucional, como acontece de igual forma con la protección que se dispensa a la vida humana independiente”¹³.

Sin embargo, según el mismo tribunal la tutela penal debe respetar determinados parámetros. Entre ellos, cabe destacar el siguiente: “la ponderación o principio de proporcionalidad es el mecanismo adecuado para resolver los casos (excepcionales) en los cuales el ejercicio del derecho a la vida del *nasciturus* es incompatible con el ejercicio del derecho a la vida de su madre: “La ponderación es el método interpretativo que determina el derecho que deberá [...] ceder necesariamente frente al otro si no es posible salvaguardar ambos”¹⁴.

13. Véase la página 5 de la resolución de improcedencia de proceso de inconstitucionalidad con referencia 170-2013 de la Sala de lo Constitucional, del 23 de abril 2014, disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2014/04/A6A34.PDF>(fecha de consultado: 23/2/2023), –en lo sucesivo Inc. 170-2013–.

14. Véase la p. 14 del Amp. 310-2013. ZAMBRANO, PILAR; GARCÍA ESCOBAR; GABRIELA y SOLÍS, GILBERTO, *Amicus Curiae presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos*

2. El principio de razonabilidad y la CIDH

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una decisión razonable. La razonabilidad se presenta, desde esta perspectiva, como la contracara de la arbitrariedad. Cuando no hay razonabilidad, hay arbitrariedad, y la decisión que se cuestiona, con independencia de la materia sobre la que verse, afecta derechos fundamentales, concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este tipo de situaciones, un caso que *prima facie* no debería haber llegado nunca a conocimiento de un tribunal con jurisdicción constitucional o a un tribunal internacional, puede hacerlo. Es lo que ha ocurrido de modo incluso alarmante en la práctica constitucional e internacional de los últimos años¹⁵. La reacción a esos excesos ha sido la adopción de herramientas que permiten a los tribunales afectados el rechazo discrecional de aquellos recursos que carecen de “trascendencia constitucional”¹⁶. Ese requisito nuevo tiene incluso en algunas jurisdicciones una función “positiva”, tendiente a que el tribunal con jurisdicción constitucional que valore que el caso es “trascendente” lo trate incluso si no cumple con algunas de las condiciones procesales que se exigen normalmente para acceder a él¹⁷.

Humanos...

15. DURÁN, MANUEL C., “La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Derecho Politico*, número 107, 2020, pp. 13-40, DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.107.2020.27182>; MILONE, CIRO, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, Colección: Monografías 2015, pp. 675-678.

16. ESQUIVEL ALONSO, YESSICA, “El requisito de la especial trascendencia constitucional: «decidir no decidir»”, *Estudios de Deusto*, 61(2), 2014, pp. 173-200, DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-61\(2\)-2013](https://doi.org/10.18543/ed-61(2)-2013); GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, “La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, mayo-agosto (2016), pp. 333–367, DOI: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.10>; LEGARRE, SANTIAGO, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994; LÓPEZ Navío, ANA, “Comentario de jurisprudencia de los casos de especial trascendencia constitucional” *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 22, 2022, DOI: <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7514>; ORTEGA GUTIÉRREZ, DANIEL, “La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC155/2009, de 25 de junio”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 2010, pp. 497–513. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.25.2010.6904>.

17. LEGARRE, SANTIAGO, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

La exigencia de razonabilidad se concreta en lo siguiente: cuando en el curso de un proceso destinado a especificar los derechos de una persona el intérprete encargado del trabajo debe optar entre varias alternativas, la opción por la que se decante tiene que estar respaldada en razones, en primer lugar, y esas razones deben ser más fuertes que otras razones que podrían oponerse a su elección, en segundo lugar. Los momentos en los que el intérprete se ve obligado a elegir entre alternativas diversas son al menos seis, tres referidos a los hechos del caso, y tres referidos a las normas.

Con respecto a la “premisa fáctica”, en primer lugar, el intérprete debe seleccionar los hechos jurídicamente relevantes extrayéndolos de un conjunto de hechos que se presentan frente a sus ojos: no todos los hechos del problema humano que está tratando son importantes para el progreso de la pretensión que defiende, sólo algunos. En segundo lugar, seleccionados los hechos hay que elegir los medios de prueba con los que se procurará demostrar su existencia. Por último, producida la prueba, será necesario elegir la prueba más convincente, y descartar aquellos menos convincentes. Esto último requiere el empleo de lo que la tradición procesalista denomina “sana crítica”¹⁸.

En cuanto a las normas, los momentos de elección son también tres: (i) la selección de normas relevantes; (ii) el método de interpretación; y, (iii) la aplicación lógica de la norma.

El primero de los momentos reseñados deriva de la necesidad de seleccionar las normas relevantes. Esto es mucho menos sencillo y “claro” de lo que se suele presumir. La dificultad se origina en la existencia de un número muy alto de normas potencialmente relacionadas con el caso, número que no hace otra cosa que crecer en el seno del “Estado convencional de Derecho”¹⁹ o era del “espacio jurídico”²⁰.

Seleccionadas las normas, habrá que elegir un método de interpretación o una combinación de ellos. No hay jurista que se haya decidido por un mé-

18. BENFELD ESCOBAR y JOHANN S., “La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales”, *Revista de derecho (Valparaíso)*, 55, 2020, pp. 65-97, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-68512020000200065>; BENFELD ESCOBAR, JOHANN, “La sana crítica y el olvido de las reglas de sana crítica”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(1), 2018, pp. 303-325, DOI: <https://doi.org/10.4067/s0718-09502018000100303>; GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista chilena de derecho*, 33(1), 2018, pp. 93 – 107, DOI: <https://doi.org/10.4067/s0718-34372006000100006>.

19. CIANCIARDO, JUAN y ZAMBRANO, PILAR, “Los a priori de la cultura de derechos”, *Cuestiones Constitucionales*, 34, 2016, pp. 103-142, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.rmcd.2016.07.004>.

20. VIOLA, FRANCESCO, “Il futuro del diritto”, *Persona y Derecho*, 79, 2018, pp. 9-36.

todo o combinación de métodos de una vez y para siempre: no encontraremos frente al despacho de ningún juez o abogado un cartel que indique “aquí sólo se interpretan las normas aplicables mediante el método subjetivo-evolutivo”, por ejemplo. Los métodos, en cambio, son seleccionados por el intérprete con atención a los hechos del caso y a los principios que se relacionan con él.

El único método que es en cierto modo inevitable es el teleológico: todos los métodos se ordenan en última instancia a la indagación de la intención o fin que persiguió el autor de la norma. Si esa incógnita no se despejara, la norma sería ininteligible, como ha explicado de modo contundente Pilar Zambrano²¹.

En tercer lugar, la norma ya interpretada, transformada en proposición jurídica, puede ser aplicada al caso por analogía o *a contrario*²². Cada vez que una cosa resulta posible, también es lógicamente posible la otra. El intérprete debe escoger, y no puede hacerlo, por lo dicho, con base únicamente en la lógica formal. Su elección estará basada en una valoración de las semejanzas y las diferencias entre el caso y el supuesto de hecho de la norma: cuando las semejanzas son consideradas sustanciales (y las diferencias accidentales), habrá interpretación analógica, cuando las diferencias sean consideradas sustanciales (y las semejanzas accidentales), habrá interpretación a contrario.

Estos seis momentos de elección se encuentran regidos por el principio de razonabilidad: el intérprete no puede resolverlos acudiendo al capricho o al azar porque incurriría en arbitrariedad, sino que debe *dar razones* de por qué elige como lo hace. Si no diera razones o las razones fuesen *derrotables* por razones opuestas más sólidas o consistentes, la decisión adoptada en el caso violaría la tutela judicial efectiva²³.

El contexto precedente sirve de punto de partida para la justificación de la afirmación siguiente: la CIDH violó el principio de razonabilidad en su Informe sobre el caso “Beatriz”. Lo hizo porque valoró caprichosamente la prueba producida. Segmentó la prueba, dejó de lado prueba producida y pertinente, sin dar ninguna razón que justificase ese proceder. Esto la condujo a

21. ZAMBRANO, PILAR, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 58-74.

22. LOMBARDI VALLAURI, LUIGI, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, CEDAM, 1981; SERNA BERMÚDEZ, PEDRO, “Presupuestos programáticos para la elaboración de un concepto hermenéutico-ontológico de Derecho”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, 70, 2014, pp. 205-230, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/43151541> (fecha de consulta 4/9/2023).

23. ETCHEVERRY, JUAN BAUTISTA, “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”, *Dikaion* 29, 2, 2020, 336-351. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>.

deformar los hechos que dieron lugar al caso tal como fueron según la prueba obrante en el expediente.

Para la dilucidación de lo que estaba ocurriendo resultaba de máximo interés la prueba médica, que fue manipulada por la mayoría de la CIDH. Ella se desprende de la siguiente secuencia de hechos:

a) Beatriz sufría de lupus, una enfermedad que torna “de riesgo” cualquier embarazo. Su primer embarazo tuvo lugar en 2011, y fue calificado “de alto riesgo”, siendo ingresada en el Hospital Nacional de la Maternidad, centro médico estatal salvadoreño especializado en la materia. Dio a luz mediante cesárea y rechazó esterilizarse por su deseo de tener más niños. Dos años después, en 2013, quedó nuevamente embarazada. Por el lupus y otras complicaciones, su embarazo fue nuevamente calificado como de riesgo, y se la trató nuevamente en el Hospital Nacional de la Maternidad. Poco después se supo que el bebé era anencefálico, con una sobrevida tras el nacimiento que en la generalidad de los casos no pasa de unas pocas horas. Beatriz, fuertemente impactada por la noticia, solicitó a sus médicos que le practicasen un aborto. Los médicos pusieron el pedido en conocimiento del comité médico del hospital. Mientras tanto, la gestante fue dada de alta temporal.

b) El 11 de abril de 2013 Beatriz presentó una acción constitucional de amparo ante la sala constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, requiriendo que se ordenara al Hospital Nacional de la Maternidad que se le practicara un aborto. Se invocó como razón que el embarazo colocaba en riesgo de vida a Beatriz, por las patologías que sufría. El comité médico del hospital recomendó intervenir. La sala constitucional resolvió consultar al Instituto de Medicina Legal de El Salvador acerca del real estado de salud y los riesgos del embarazo para Beatriz.

c) El 7 de mayo de 2013 el Instituto de Medicina Legal del Salvador informó a la sala constitucional de la Corte Suprema salvadoreña acerca del estado de salud y los riesgos del embarazo de Beatriz. Dijo concretamente lo siguiente:

“La señora Beatriz está clínicamente estable, lo que significa que por hoy no existe un riesgo inminente de muerte [...]. No hay, por el momento, justificación médica para suspender el embarazo [...] No hay evidencia clínica [...] de ninguna circunstancia inminente, real o actual que coloque en situación de peligro la vida de Beatriz [...] inducir el parto sería una medida desproporcionada”.

De acuerdo con el voto disidente del comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, “el juicio médico realizado por el Instituto de Medicina Legal fue

claro y rotundo: el embarazo de Beatriz –complejo, debido al lupus que sufría–, no la colocaba en un riesgo real, actual e inminente de muerte. Evidentemente, su embarazo tenía el mismo nivel de riesgo que tuvo su embarazo anterior en 2011. Sin embargo, en esa oportunidad, el riesgo en cuestión no le impidió dar a luz”²⁴.

d) El 28 de mayo de 2013 la sala constitucional de la Corte Suprema, luego de examinar el informe del Instituto de Medicina Legal, resolvió rechazar la acción de amparo, y ordenó al Hospital Nacional de la Maternidad adoptar todas las medidas necesarias para proteger de forma eficaz tanto la vida de Beatriz como la de su hija.

e) El 29 de mayo de 2013 interviene en el caso la Corte IDH. Lo hace a través del dictado de una medida cautelar. Requirió al Estado adoptar:

“Todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B”.

La Corte entendió que la prueba aportada por la CIDH y por los representantes de Beatriz no permitía concluir que hubiera en el caso peligro para la vida de Beatriz. Sostuvo el tribunal, concretamente, que “las representantes no presentaron documentación médica alguna que sustentara dicha afirmación”²⁵;

f) Los facultativos tratantes, médicos del Hospital Nacional de la Maternidad, decidieron no provocar un aborto por “la evolución propia de la paciente”, y se limitaron, luego de transcurrir unos días, a practicar una cesárea. Producida la intervención, se atendió a la bebé, quien sobrevivió algunas horas, y a su madre, quien una semana después recibió el alta en un estado de salud estable y sin ninguna complicación médica. Como concluye el comisionado Ralón Orellana en su disidencia, “el nacimiento de su hija, a través de un procedimiento de cesárea, tampoco causó a Beatriz ningún perjuicio a su salud, ni ningún riesgo mayor del que le hubiera enfrentado en un

24. Voto disidente, Comisionado Edgard Stuardo Ralón Orellana, Informe de Fondo N° 9/20, Caso N° 13.378, “Beatriz con El Salvador”, párr. 2, p. 49.

25. CORTE IDH, Asunto B. respecto de El Salvador, Medidas provisionales, 29 de mayo de 2013.

aborto provocado, procedimiento quirúrgico que, al momento avanzado de la gestación en el que se encontraba, hubiera causado serias amenazas a su salud reproductiva y a su salud mental, tal como indicaron los médicos a cargo de Beatriz”.

Con base en la secuencia anterior, el mencionado comisionado afirmó:

“el voto de la mayoría cometió serios errores al momento de apreciar los hechos y las evidencias en torno al presente caso. Efectivamente, el razonamiento del voto de la mayoría asumió, sin cuestionamientos, que Beatriz se encontraba, en los hechos, en una situación de riesgo vital cierto debido a su embarazo. Sin embargo, los hechos y la evidencia que el mismo voto de mayoría refieren permiten concluir, precisamente, lo contrario: el embarazo de Beatriz, si bien era correctamente considerado de alto riesgo, nunca representó una amenaza real a su vida”.

Se trata de una afirmación de una dureza inusual en escritos de estas características, pero muy justificada si se analiza el punto de partida adoptado por la mayoría de la CIDH desde la perspectiva que proporciona el principio de razonabilidad. En efecto, en el dictamen se reconstruyeron los hechos del caso descartando sin dar ninguna razón dictámenes médicos que no fueron cuestionados en ningún momento. La mayoría llevó a cabo una operación de auténtica creación de lo que había ocurrido en el caso sin más respaldo que su imaginación. Todo esto constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. La Corte IDH ha señalado, en una argumentación que puede sostenerse extensible a los informes de la CIDH, lo siguiente:

“una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como ‘la justificación razonada que permite llegar a una conclusión’. En este sentido, el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por ello, el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar los derechos a un

debido proceso, de acceso a la justicia y a conocer la verdad, en relación con el artículo 25 de la Convención”²⁶.

Consideraciones similares se encuentran también en otros casos resueltos por el tribunal (por ejemplo, en la sentencia de la Corte IDH, del 25 de noviembre de 2019, en el caso “López y otros vs. Argentina”)²⁷.

3. El principio de proporcionalidad y la legislación penal de El Salvador en materia de aborto

En este epígrafe se evaluará la proporcionalidad de las normas salvadoreñas. Como es sabido, el principio de proporcionalidad es una herramienta destinada a determinar la constitucionalidad de las reglamentaciones, limitaciones de los derechos, y consta de tres subprincipios: (i) adecuación o idoneidad, (ii) necesidad o indispensabilidad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto²⁸.

Con el primero, se evalúa si la norma cuestionada tiene un fin, si ese fin es constitucional, si tiene relevancia social, y si los medios que se establecen para alcanzarlo son adecuados o idóneos.

A través del subprincipio de necesidad se busca establecer si el fin que se busca con la medida podría haberse alcanzado a través de un medio igualmente eficaz pero menos restrictivo de los derechos constitucionales en juego.

Por último, con la proporcionalidad en sentido estricto, se procura determinar si el autor de la norma ha hecho un buen balance entre los costos y los beneficios que genera la norma. Según se ha sostenido²⁹, la ponderación debe complementarse con un juicio acerca de si los derechos regulados por la norma cuestionada son o no afectados en su “contenido esencial”³⁰ o “in-

26. CORTE IDH, caso “San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”, sentencia del 8 de febrero de 2018, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 3485, 2018.

27. CORTE IDH, caso “López y otros Vs. Argentina”, sentencia del 25 de noviembre de 2019, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 396, 2019.

28. BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, *passim*.

29. CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (segunda ed.), Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.

30. Cfr. el art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 53 de la Constitución española, entre otros textos constitucionales.

alterable”³¹. Si esto fuese así, resultaría necesario un análisis de los fines de los derechos en juego³², y el establecimiento de su realizabilidad luego de la restricción que se pretende con la norma. Si no se aceptase que esto sea así, la ponderación de derechos podría en algunos casos violar su carácter absoluto –uno de sus rasgos más característicos y atractivos–; dicho con otras palabras, el control de constitucionalidad de las regulaciones, reglamentaciones o limitaciones de los derechos se reduciría a un juicio entre costos y beneficios, sin que pudiera evitarse que, al menos en algunos casos, un beneficio especialmente importante justifique una afectación tan intensa de un derecho que equivalga a su anulación práctica.

3.1. *La normativa penal salvadoreña bajo el estándar de adecuación*

Comencemos con el primer subprincipio. Las normas salvadoreñas cuestionadas se proponen proteger la vida del *nasciturus*. Se trata de un fin amparado por las normas constitucionales y convencionales que rigen en el Estado. Tal como hemos visto precedentemente, el texto de la Constitución de El Salvador se refiere expresamente a esto, y también lo hace la CADH en el art. 4.1. El fin que se procura es constitucional y, estando el derecho a la vida en juego, socialmente relevante.

El paso siguiente es evaluar si el medio que se introduce (la penalización del aborto) es adecuado o idóneo para el logro de ese fin. La CIDH responde negativamente. Según su opinión, la penalización es inadecuada porque el feto que se pretendió proteger en el caso era un ser humano anencefálico, “de todas formas” moriría. El argumento es sorprendente: la CIDH cuestiona la eficacia de la protección del derecho a la vida que se lleva a cabo a través de la norma penal a la luz de un pronóstico de muerte próxima. Siguiendo esta línea de razonamiento, debería concluirse que la tutela penal del homicidio perdería eficacia progresiva a medida que se aproxima el momento de la muerte del ser humano, y se podría por este camino llegar al absurdo de que quien matase a alguien que tiene la salud muy debilitada podría pretender no ser castigado penalmente, con base en que la norma penal no sería adecuada en esas circunstancias.

31. Cfr. el art. 28 de la Constitución argentina.

32. MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO-LUIS, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

En un caso de la jurisprudencia constitucional de la Argentina se había resuelto una cuestión análoga de un modo diferente, que no implica la desprotección del *nasciturus* basado en la seguridad de que su vida, por razones de salud, es frágil o corta. Se había presentado ante la Corte Suprema de ese país un recurso extraordinario contra una sentencia que había autorizado a un hospital a “inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea” a la demandante, quien se hallaba “en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico, enfermedad clínica extrema que excluye –según informes médicos evaluados por la Corte local– su viabilidad extrauterina”³³.

La Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario, pero lo hizo no porque autorice la práctica de un aborto, sino porque la inducción que se hubiera practicado no sería la causa de la muerte del feto. Dice textualmente:

“la petición de amparo no implica la autorización para efectuar un aborto y [...] la sentencia en recurso no contempla siquiera tal posibilidad.

En efecto, resulta evidente que no se persigue acción que tenga por objeto la muerte del feto y que el pronunciamiento apelado ordena preservar especialmente su vida, en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla. No deja lugar a dudas la expresa indicación que en tal sentido consta en la sentencia (punto tercero de su parte resolutive), en cuanto exige ajustarse a las reglas del arte de la medicina ‘con el mayor respeto hacia la vida embrionaria’.

No es ajeno a esta conclusión el avanzado estado del embarazo de la amparista, que desde el punto de vista científico autoriza a calificar el eventual nacimiento como ‘premature’, pero no ya como ‘inmaduro’ (ver declaración del doctor Illia, especialista en la materia, en fs. 59 vta.) y, menos aún, como un medio con aptitud para causar la muerte de la persona por nacer, por la insuficiencia de su evolución. El mismo profesional médico califica como nula la viabilidad del feto fuera del vientre materno, a cuyos efectos declara que no existe diferencia en cuanto a su posibilidad de sobrevivir, entre inducir el parto en ese momento o esperar el íntegro transcurso de los nueve meses de gestación, pues ‘al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen, no podrá sub-

33. CSJN, “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, 11/1/2001, Fallos 324:5, cons. 3.

sistir con autonomía’, de modo que diagnostica ‘el fallecimiento indefec-
tible’” (considerando 6)³⁴.

3.2. La normativa penal salvadoreña bajo el estándar de necesidad

Pasemos al análisis de la necesidad o indispensabilidad de la norma. Según este criterio, una norma que, al perseguir un fin constitucional de un modo adecuado, restringe (reglamenta, regula o limita) un derecho constitucional será proporcionada si es necesaria, esto es, si no existe una medida alternativa al menos igualmente eficaz –es decir, idónea para alcanzar el fin propuesto– y menos restrictiva de ese derecho. Si esa alternativa existiese, la norma dejaría de ser “necesaria” o “indispensable” para alcanzar el fin que se procura³⁵, y sería por tanto desproporcionada.

En este orden de ideas, el caso debería llevarnos a plantearnos si existe alguna alternativa para tutelar la vida del ser humano no nacido que sea al menos igualmente eficaz a la penalización. Una respuesta negativa se impone con carácter general. Las normas penales se justifican en la inexistencia de alternativas más eficaces para la protección de bienes de especial relevancia, fundantes de la convivencia humana, sin cuya preservación y promoción el Derecho se torna indistinguible de la violencia. Dentro de esos bienes, el de la vida es quizá el más relevante³⁶. Desde una perspectiva paralela, podría decirse que si para algo están las normas penales es precisamente para proteger la vida, sobre la base de que la importancia de esa protección justifica el recurso a la *ultima ratio* de los sistemas jurídicos, sin que existan alternativas del mismo grado de eficacia.

34. Sobre este caso, véase MARRAMA, SILVIA, “¿La Corte permitió el aborto en caso de anencefalia?: Análisis del caso ‘Tanus, Silvia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo’”, *Duc in altum*, 2002, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/11085/1/corte-permitio-aborto-caso-anencefalia.pdf> (fecha de consulta: 4/2/2023).

35. CIANCIARDO, JUAN, “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, *El Derecho - Diario*, Tomo 185, 898, 23/01/2000, Cita Digital: ED-DC-CLXIV-176.

36. SERNA, PEDRO, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI, CARLOS I. y SERNA, PEDRO (eds.), *El Derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 23-79, disponible en: https://drive.google.com/file/d/1oUjyuKX9I-7G1BH-TbQoOdA3yB-DGr0PU/view?usp=share_link (fecha de consulta: 4/9/2023).

3.3. *La normativa penal salvadoreña bajo el estándar del sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto*

El subprincipio de necesidad exige, por su parte, que en los casos trágicos en los cuales la continuidad del embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la madre, se intente siempre salvaguardar ambas vidas. En estos casos se da de manera muy evidente una conexión entre el principio de proporcionalidad y la llamada “doctrina del doble efecto” o “del voluntario indirecto”. Esa conexión es particularmente relevante respecto del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

El contexto en el que esta última doctrina se crea es el siguiente: todos los actos humanos provocan varios efectos, y es inevitable que al menos uno de ellos sea malo. Alimentarse, por ejemplo, implica habitualmente la muerte de, al menos, un ser vivo. No hay actos humanos que no tengan efectos malos. No todos los efectos malos, sin embargo, tornan ilícita la acción moral que los produce. No es ilícito producir efectos malos que consistan en un daño a la propiedad o, como en el ejemplo anterior, a realidades subhumanas. Alcanza, en estos casos, con que el efecto bueno que persigue la acción sea proporcionado (que exista una razón de peso) para que se justifique el efecto malo y la acción sea, por eso, lícita. Hasta aquí las teorías morales principales coinciden. A partir de aquí se abren dos caminos fundamentales: a) para un conjunto de teorías morales la proporcionalidad (en el sentido mencionado, es decir, la existencia de una razón cuyo peso alcance para desplazar el peso contrario del efecto malo) es el único criterio para juzgar la moralidad de un acto, y por tanto no existen efectos malos que nunca puedan moralmente intentarse (es decir, quererse como medios o como fines). A este conjunto de teorías morales se las suele llamar, por su coincidencia en este punto, como “proporcionalistas”; b) para otras teorías morales, nacidas en la tradición del pensamiento clásico³⁷, en cambio, existen efectos malos que nunca pueden lícitamente intentarse, o, dicho con otras palabras, existen efectos malos cuya intención (como medio o como fin) determina la ilicitud de la acción, con independencia de qué tan importantes sean los efectos buenos. Esos efectos malos que nunca deben intentarse son los denominados “absolutos morales”³⁸.

37. BOYLE, JOHN P., “Toward Understanding the Principle of Double Effect”, *Ethics*, 90(4), 1980, pp. 527-538, DOI: <https://doi.org/10.1086/292183>.

38. Según el *Catecismo de la Iglesia Católica*, por ejemplo, “[h]ay actos que, por sí y en sí mismos, independientemente de las circunstancias y de las intenciones, son siempre

Para esta última posición, sin embargo, no se violan esos absolutos morales cuando su afectación no es “intentada” por el agente moral³⁹. Dicho con otras palabras, cuando ese tipo de efecto malo no es querido por el agente, el acto del que se deriva no necesariamente –es decir, si se dan ciertas condiciones– es ilícito. La doctrina del doble efecto busca, dentro de este contexto, establecer cuáles son, de modo preciso, las condiciones para que esto último ocurra.

Estos requisitos son, muy sintéticamente, dos: en primer lugar, el agente moral no debe intentar el efecto malo sino meramente tolerarlo (el efecto malo es un efecto colateral no directamente querido, es “indirectamente” voluntario). En segundo lugar, debe existir proporción entre el efecto bueno intentado y el efecto malo tolerado. Si una y otra condición se cumplen la producción del efecto malo (o efecto colateral) no violaría los absolutos morales y no sería, por tanto, ilícita.

El profesor Alejandro Miranda ha sugerido una posible vinculación entre los principios constitucionales y la doctrina del doble efecto. Según este autor,

“en las modernas constituciones y declaraciones de derechos, lo preceptos que establecen derechos humanos inviolables están formulados de un modo semejante al de las prohibiciones morales absolutas de la tradición clásica. Esto ha favorecido que, en tiempos más recientes, se haya hecho un uso importante del principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales. Se trata aquí de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de las leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales”⁴⁰.

¿Por qué se produce esta “aplicación extensiva”?

“Porque puede suceder que una ley, al propender a la consecución de bienes legítimos, afecte, no obstante, el ejercicio de prácticas que prima facie pudieran considerarse amparadas por un derecho protegido, con lo que surge una situación de doble efecto. En este contexto, los jueces han

gravemente ilícitos por razón de su objeto; por ejemplo, la blasfemia y el perjurio, el homicidio y el adulterio. No está permitido hacer el mal para obtener un bien” (nro. 1756).

39. MASEK, LAWRENCE, “Intentions, motives and the doctrine of double effect”, *Philosophical Quarterly*, 60 (240), 2010, pp. 567-585, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9213.2009.633.x>.

40. MIRANDA MONTECINOS, ALEJANDRO, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista chilena de derecho*, 35, 2008, pp. 485-519, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000300005>, 513.

razonado recurriendo a las mismas categorías recogidas en el principio tradicional: es jurídicamente relevante distinguir entre la intención de la ley y los efectos colaterales que ella pueda provocar. En otros términos, el principio ha servido aquí para distinguir entre leyes que directamente atentan contra el derecho protegido por la norma constitucional y leyes que pueden limitar o restringir ese derecho como efecto colateral de la prosecución de otros fines lícitos. Las leyes del primer tipo son siempre inconstitucionales, mientras que las del segundo no lo son cuando el legislador persigue con ellas un bien suficientemente importante”⁴¹.

Retornemos al caso “Beatriz”, en casos en los que la vida de la madre se encontrara en peligro y la intención del agente fuera preservar esa vida y no causar un aborto, es lícita moral (doctrina del doble efecto) y jurídicamente (aplicación del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad) su intervención con vistas a ese fin incluso cuando como efecto secundario no querido por él pudiera derivarse la muerte del feto. No hay allí, estrictamente, aborto, ni desde el punto de vista moral, ni desde el punto de vista jurídico. Esta última afirmación exige una comprensión del principio de proporcionalidad que no lo limite a un mero balance entre costos y beneficios, sino que lo conciba también como un análisis de si se ha preservado o no la esfera de funcionamiento razonable del derecho en juego⁴².

4. Populismo judicial y derechos humanos

Resta, finalmente, una reflexión acerca de las razones últimas que inspiran iniciativas como las que ha adoptado la CIDH en el caso que se analiza. Lo primero a señalar es que no estamos ante un caso aislado: en los últimos años se ha ido desarrollando en algunos tribunales un proceso de auto-ampliación progresiva de sus competencias⁴³. Se ha generado así un desequilibrio

41. MIRANDA MONTECINOS, ALEJANDRO, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista chilena de derecho*, 35, 2008, pp. 485-519, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000300005>, 513.

42. Véase CIANCIARDO, JUAN, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020, cap. 7.

43. Véase RIVAS-ROBLEDO, PABLO, “¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial”, *Dikaion*, 31(1), 2022, pp. 70-92, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>; RIVAS-ROBLEDO, PABLO, “¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones”, *Dikaion*, 31(2), pp. 1-28, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>.

entre los tres componentes del Estado convencional, puesto que en nombre de los derechos humanos se han ido dejado de lado algunas de las exigencias del Estado de Derecho y de la democracia, o se ha ido atenuando su respeto⁴⁴. Un ejemplo particularmente claro de esto es el caso 0084/2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Antes de adentrarnos en él, conviene hacer una referencia al menos breve a la alternativa en buena medida opuesta del positivismo, exponiendo algunas de sus insuficiencias. Lo haremos de la mano de un caso resuelto en Argentina. Como se verá, “la esclavitud de los jueces a la ley” es sólo la mascarada de una interpretación que esconde o no explicita suficientemente los valores que la inspiran, que permanecen así sólo implícitos en el razonamiento, sin que sea posible debatirlos, ni controlarlos democráticamente.

La Corte Suprema de la Argentina se enfrentó en 1980 a un caso difícil, conocido con el nombre de “Saguir y Dib”⁴⁵. Los hechos se dieron del siguiente modo: un joven de veinte años necesitaba un trasplante de riñón. La única persona histoidéntica –es decir, compatible– identificada era su hermana menor, de diecisiete años y diez meses de edad. La norma que regulaba por entonces este tipo de trasplantes establecía:

“[t]oda persona capaz, mayor de dieciocho años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo [...]”.

44. En trabajos relativamente recientes se da cuenta de este problema, aunque no exactamente desde la perspectiva que se propondrá aquí. Por ejemplo, puede verse: BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, “Interpretación constitucional y populismo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, número 33, 5, 2020, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/citar?info=link&codigo=7590877&orden=0> (fecha de consulta 5/9/2023); DESIREE SALGADO, ENEIDA, “Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos [Article]”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, pp. 193-217, 2018, DOI: <https://doi.org/10.9732/P.0034-7191.2018V117P193> (fecha de consulta 5/9/2023); SEIJAS VILLADANGOS, ESTHER, “El papel de la Constitución en la defensa de la democracia frente al populismo = The role of the Constitution in the defense of democracy against populism”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 8, 2021, DOI: <https://doi.org/10.18002/rjule.v0i8.7092>. Son también de gran interés trabajos recientes de Rivas Palá que adoptan una perspectiva política y, en menor medida, sociológica RIVAS PALÁ, PEDRO, “Populismo y sentido contemporáneo de lo político”, *UNED, Revista de Derecho Político*, 103, 2018, pp. 229-256 y RIVAS PALÁ, PEDRO, *En los márgenes del Derecho y el Poder. Crisis de la Representación, Clientelismo, Populismo*, Valencia, Tirant Humanidades, 2019.

45. CSJN, “Saguir y Dib”, 1980, *Fallos* 302:1284.

Como salta a la vista, a la dadora le faltaban dos meses para cumplir la edad referida en la ley. La joven y sus padres pidieron autorización judicial para suplir ese requisito y realizar la intervención. En el caso debía examinarse, por tanto, la interpretación correcta de la regla transcripta. Junto con la regla que directamente regía el caso, fueron alegadas por los demandantes y por el Ministerio Público, como herramientas a tener en cuenta para la decisión judicial, otras normas: las que reconocen el derecho a la salud (del joven), a la integridad física (de su hermana), y a la vida (de ambos).

Según el Procurador General, el caso sólo podía ser resuelto interpretando literalmente la norma transcripta:

“los argumentos del apelante aparecen, más como la desesperación –comprensible– ante lo que creen una irrazonable negativa de los jueces, que una crítica concreta y razonada al basamento del fallo, el cual, estructurado en el irrenunciable principio de la esclavitud de los jueces a la ley, no observo que se haya visto conmovido por los agravios contenidos en el remedio federal intentado[...]. No dejo de advertir, empero, que el argumento de los recurrentes, respecto a que dentro de apenas 2 meses y 10 días la menor podrá decidir por sí misma y efectuar la donación –pudiendo la demora resultar fatal– conmueve al ánimo de quien no tenga plena conciencia de los principios básicos sobre los que se asienta el orden jurídico vigente en nuestra sociedad, pero carece de fuerza de convicción si se tiene presente que no es tarea de los jueces juzgar la bondad de las leyes ni atribuirse el rol del legislador y crear excepciones no admitidas por aquél. Hoy son 17 años y 8 meses, ¿cuál será mañana la edad exceptuada? Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia”⁴⁶.

El caso puede ser analizado desde múltiples perspectivas iusfilosóficas. Una de ellas es la que concierne a la relación entre el Derecho y la moral. Otra, íntimamente conectada con esta, es la que apunta al rol que juega el jurista en la interpretación. Quienes critican la tesis de la conexión entre Derecho y moral lo hacen desde dos ejes: a) afirmando que los sistemas jurídicos contienen sólo reglas jurídicas y no principios; b) afirmando que los sistemas jurídicos contienen reglas y principios. Tanto para unos como para otros no

46. RADBRUCH, GUSTAV, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, Santiago, Ediciones Olejnik, 2019, p. 36.

hay conexión porque la existencia y el contenido de las reglas (primera perspectiva), o de las reglas y principios (segunda perspectiva), dependen exclusivamente del legislador. El caso “Saguir y Dib” es un ejemplo de que la tesis de la separación entre Derecho y moral es falsa en el nivel de las reglas y en el de los principios. Veamos:

Podría pensarse, a primera vista, que el operador jurídico –en particular el legislador– es omnímodo en lo que se refiere a las reglas, en el sentido de que no tiene ningún límite a la hora de crearlas ni de fijar su contenido. Lo cierto es que, consideradas todas las circunstancias, se advierte que cuando el legislador crea una regla lo hace decidiendo dentro de unos márgenes con los que él se encuentra, y frente a los que sólo le corresponde su reconocimiento y respeto. Tomando la regla transcrita (según la que para ser donante de un órgano hay que ser capaz y mayor de dieciocho años) como ejemplo, resulta posible afirmar que el legislador podría seguramente haber establecido como “piso” una edad diferente (veintiún años, por caso, o dieciséis), pero no podría haber dispuesto la inexistencia de una edad mínima, o la obligatoriedad de los trasplantes, o la incapacidad como exigencia para su procedencia, alternativas todas ellas irrazonables porque supondrían traspasar el límite que los principios que gobiernan la relación jurídica subyacente imponen a la actuación legislativa.

Las reglas son, pues, el resultado de una decisión del legislador o del operador jurídico entre varias alternativas razonables. Dicho con otras palabras, la razonabilidad, que proviene de la finalidad dentro de la que las reglas se inscriben (por ejemplo, en el caso de las reglas de tránsito, asegurar que el tránsito sea seguro y veloz, razón por la que sería irrazonable que una regla estableciese que todas las calles de una ciudad tienen una misma dirección), impone un límite a la voluntad del operador jurídico; se trata del núcleo de derecho natural.

La sentencia de la Corte Suprema en “Saguir y Dib” (1980) pone de manifiesto que los principios que utilizan los jueces a la hora de resolver los casos no siempre provienen del derecho positivo (entendido como las normas, en este caso constitucionales). Los jueces ponderaron los *principios* que reconocen el derecho a la salud, el derecho a la integridad física y –nada más y nada menos– el derecho a la vida; sin embargo, y esto es lo que cabe resaltar, ninguno de ellos tenía reconocimiento constitucional expreso en la Constitución argentina tal como regía cuando este caso fue resuelto. Los jueces, en definitiva, asignaron carácter constitucional a tres principios que no lo tenían. ¿Significa esto que los principios no necesitan ningún tipo de positivación para existir? En caso de que la respuesta correcta fuese afirmativa, habría que afirmar la existencia de un doble ordenamiento: el positivo, constituido por

reglas, y el natural, integrado por principios. Lo resuelto en esta sentencia pone de manifiesto, sin embargo, lo contrario: sin positivación no hay norma jurídica –ni reglas ni principios–. Lo que ocurre es que la puerta de entrada con que cuentan los principios es muy amplia: pueden ingresar al sistema jurídico a través del legislador, del juez, e incluso de un abogado (como ocurrió en el ejemplo). Los principios son, entonces, el resultado del reconocimiento por parte del legislador o de un operador jurídico (un abogado, un juez...), de la razonabilidad intrínseca de un determinado bien humano (la salud, la integridad física, la vida). Nuevamente, como con las reglas, nos enfrentamos a una mixtura entre positividad (aportada por el legislador) y razonabilidad (aportada por el bien humano básico cuyo reconocimiento es el objeto del principio).

Retomemos lo dicho párrafos más arriba, en el caso se plantea también hasta qué punto el intérprete de una norma interviene o incide en el acto de interpretar. La posición del Procurador es la de la asepsia o intervención nula. Como intérprete se debe limitar a reproducir lo que la norma dice. El texto es claro, nítido, no ofrece lugar a dudas, y su función es la de reproducirlo y aplicarlo al caso. Sólo puede hacerse una interpretación literal o gramatical. La posición de la Corte Suprema es distinta: tres jueces deciden hacer una interpretación sistemática total (la norma a la luz de la Constitución y de todo el sistema jurídico), dos una interpretación sistemática parcial (la norma a la luz del resto del Código Civil), y coinciden en su conclusión: hay razones sólidas para rechazar que en el caso se haga una interpretación literal o gramatical. Para el Procurador, interpretar es aplicar, y la función judicial se resume en ello. Para los jueces, interpretar es algo distinto: determinar, especificar, y la función judicial consiste en “hacer justicia”.

Pasemos a continuación a un segundo caso, más reciente, también latinoamericano y complejo. En 2017 el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia debía decidir lo siguiente⁴⁷: un grupo de miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional había iniciado una acción abstracta de inconstitucionalidad pidiendo la “inaplicabilidad” de normas constitucionales que limitaban la posibilidad de algunos cargos públicos de ser reelegidos y la inconstitucionalidad de normas legales que regulaban esas normas constitucionales. Se pidió, en definitiva, el reconocimiento de supuesto derecho humano a ser reelegido indefinidamente.

47. *STCP 0084/2017*.

Respecto de lo primero, los demandantes planteaban la existencia de una “contradicción intra-constitucional” entre los siguientes artículos de la Constitución:

“Artículo 26.I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. II. El derecho a la participación comprende: 1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley. 2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos. 3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. 4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios. 5. La fiscalización de los actos de la función pública”.

“Artículo 168. El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.

El Tribunal Constitucional hizo lugar a la demanda sobre la base de dos tipos de consideraciones. En primer lugar, interpretó que la prohibición de reelección indefinida contenida en el artículo 168 de la Constitución es una regla constitucional contraria al principio constitucional consagrado en el artículo 26, y que colisiones de ese tipo, es decir, entre una regla y un principio, deben resolverse a favor del principio. En segundo lugar, sostuvo que dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se habría reconocido un derecho humano a la reelección indefinida contradictorio con lo establecido en el artículo 168 de la Constitución, y que esa contradicción debía ser resuelta aplicando la norma internacional, de jerarquía superior a la interna.

Volvamos un paso atrás: como hemos visto, para el Procurador General que dictaminó en “Saguir”, la norma relacionada con el caso era perfectamente interpretable, podía separarse de modo nítido de su visión acerca de los

hechos, y de lo que él mismo consideraba la solución justa del problema. Su misión como intérprete consistía en “aplicar”, es decir, en subsumir el caso en el supuesto de hecho de la norma, aplicando la consecuencia jurídica prevista, fuera o no justa o razonable. En cambio, los jueces bolivianos que dictaron sentencia en el caso referido más arriba no asignaron a la interpretación literal valor alguno. Reconstruyeron el texto constitucional sobre la base de lo que entendían era la solución más justa o razonable, prescindiendo o pasando por encima de la interpretación literal de la previsión más directamente relacionada con el problema jurídico que había que resolver.

¿Cuál de los dos modelos es el que refleja mejor al fenómeno jurídico?, ¿cómo se resuelven los casos?, ¿a través de la aplicación a-valorativa de la norma (el Procurador en “Saguir y Dib”) o mediante su creación *ex nihilo* por el intérprete (el Tribunal Constitucional Plurinacional en STCP 0084/2017)? Quizá lo más ajustado sea decir que ninguno de los dos modelos es satisfactorio. En el primer caso, porque no refleja lo que ocurre en la realidad. En el segundo, porque si ocurre el resultado conduce a consecuencias no deseadas.

El modelo de aplicación a-valorativa de la norma al caso es inviable: el intérprete se enfrenta necesariamente a la necesidad de elegir, la elección debe ser razonable, porque de lo contrario se viola la tutela judicial efectiva, y lo será en la medida en que a su favor puedan darse razones, lo que equivale a que sea aceptable sostener que la opción escogida es la que mejor conduce al logro de un determinado valor⁴⁸. ¿Qué significa que el intérprete “se ve obligado a elegir”? Significa que ni la norma ni los hechos del caso comparcen ante su mirada como algo dado, como un objeto cognoscible por él con prescindencia de su propia actuación. Son, en cambio, el resultado de una construcción por etapas. Respecto de la norma, el intérprete debe elegir la norma que interpretará y debe dejar de lado otras normas también vinculadas con el caso. Debe elegir, también, qué método de interpretación empleará, dentro de un abanico amplio de métodos⁴⁹, y debe, finalmente, optar entre una aplicación de la proposición jurídica al caso por analogía o a contrario. Cada vez que es lógicamente posible la aplicación analógica lo es también la

48. CIANCIARDO, JUAN, “Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad”, *Dikaion*, 23 (1), 2014, pp. 11-36, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2014.23.1.2>. También, puede verse: CIANCIARDO, JUAN, “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones”, *Estudios de Deusto*, 66, pp. 47-71.

49. LOMBARDI VALLAURI, LUIGI, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, CEDAM, 1981.

aplicación a contrario: habrá que optar. Respecto de los hechos, el intérprete debe seleccionar los hechos relevantes, los medios de prueba pertinentes, y producida la prueba, la prueba más convincente. Todas esas elecciones están sujetas al test de razonabilidad. Una elección irrazonable equivale a la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicho con otras palabras, hay una conexión inescindible entre interpretación, necesidad de elegir, necesidad de dar razones de por qué se ha elegido, y valoración. En el caso “Saguir y Dib” es al final el propio Procurador General quien, habiendo partido de la “irrenunciable esclavitud de los jueces a la ley”, se ve obligado al final del dictamen a justificar en un valor, la seguridad jurídica, su elección del método gramatical, cuando tenía otros métodos disponibles. En otras ocasiones en las que se postula una “aplicación a-valorativa” lo que ocurre es peor: se valora, pero se acaba escondiendo el proceder real detrás de un “tecnicismo jurídico esotérico” que frustra todo intento de control democrático de lo decidido (no se aportan razones) y exime al jurista de responsabilidad personal sobre lo resuelto –la culpa del resultado disvalioso es achacada al legislador, que ha hecho la norma de un modo determinado, y no del intérprete–⁵⁰.

El segundo modelo, el modelo que se expresa en la sentencia comentada del Tribunal Constitucional Plurinacional, que no distingue entre interpretación y creación de una norma, compromete seriamente el *rule of law*. Lon Fuller sostuvo en un trabajo ampliamente conocido que uno de los *desiderata* del Estado de Derecho, concretamente el octavo, es que los agentes públicos cumplan ellos mismos con las normas que se dictan dentro de un Estado⁵¹. No hay Estado de Derecho allí donde las autoridades están eximidas del cumplimiento de las leyes⁵². Eso es precisamente lo que ocurre si la interpretación del contenido de las leyes depende completamente de la autoridad. Si es el juez o el Poder Ejecutivo quien establece *ex nihilo* el significado de las leyes, si las leyes no tienen nada que decirles a los intérpretes antes del acto de interpretación, entonces las leyes no pueden ser para ellos límite alguno.

Casos planteados de modo tan diferente obedecen a un modo distinto de entender y resolver los problemas que plantea la, por momentos tensa,

50. *Idem*.

51. FULLER, LON L., *The morality of law. Revisited Edition*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1969.

52. FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, 511, 2011, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.

relación entre intérprete, hechos y normas, ninguno de los dos, por lo ya mencionado, enteramente satisfactorio. Para el Procurador el intérprete es un reproductor, un espejo, de lo que la norma claramente expresa. Para los jueces bolivianos, el intérprete construye la norma. No hay norma hasta que no hay interpretación.

¿Hasta qué punto la interpretación resultante de la toma de contacto entre intérprete, hechos y normas es el fruto de lo que el intérprete aporta a ella? Que algo aporta es indudable: ese *algo* es justamente lo que buscan en él quienes acuden a su consejo como abogado, o a su *auctoritas* y *potestas* como juez. Quien tiene un problema jurídico acude a un abogado y no a un médico o a un verdulero precisamente porque confía en que la comprensión del caso se vea enriquecida por las pre-comprensiones del asesor: por una larga serie de juicios previos, de experiencias, que han hecho de él un experto en Derecho. Es eso lo que busca en él, y es eso lo que explica que las interpretaciones de unos y otros sean distintas: mucho más rica, matizada, profunda y argumentada la del jurista. ¿Qué aporta el intérprete? Este interrogante se inserta dentro de otro más amplio. La pregunta acerca de si el ser humano puede conocer se encuentra en los orígenes mismos de la Filosofía. Es una pregunta hasta cierto punto circular, puesto que su respuesta está de alguna manera ínsita en la pregunta misma. También es circular la pregunta siguiente a una respuesta afirmativa a esa pregunta: qué podemos conocer. Una y otra han sido renovadas en la Filosofía contemporánea por un conjunto de autores que son considerados “hermenéuticos”. La hermenéutica, como filosofía trascendental de la comprensión, generó una renovación de la discusión entre el subjetivismo y el relativismo en el conocimiento humano, con consecuencias muy relevantes para la ciencia jurídica. Dicho con otras palabras, la hermenéutica jurídica es la tradición de la Filosofía del Derecho que se ha planteado de modo más interesante, profundo y fructífero los problemas a los que se ha aludido en los párrafos precedentes.

Retornemos al análisis del caso “Beatriz”. Los comisionados que integraron la mayoría optaron por desconocer el tenor literal y la interpretación más obvia de las normas convencionales movidos por una agenda ideológica (que por lo general no ocultan, aunque suelen explicitarla en contextos ajenos a los casos). ¿Es ello legítimo? Si se aspira a una convivencia armoniosa entre Estado de Derecho, democracia y derechos humanos, una respuesta negativa se impone. Por supuesto que es legítimo procurar que las normas tengan uno u otro contenido, pero lo es apelando a las reglas de cambio que integran el sistema en el que esas normas se insertan.

En línea con este razonamiento, si los comisionados quisieran que las normas del sistema fueran diferentes, deberían proponer y generar como ciu-

dadanos de sus países un cambio en la redacción del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo que no deben hacer es tener a esa norma vigente como no escrita, y elaborar otra con un contenido afín a la agenda ideológica que los inspira. Incurrir en ese defecto acaba haciendo indistinguible al Derecho e incluso a la política de la violencia, puesto que lo incapacita para ser un límite efectivo a lo que puede hacer quien detenta el poder (en este caso, la CIDH). Entre la interpretación como aplicación y la interpretación como creación se abre como alternativa superadora la de la determinación o especificación. Dentro de ella, aunque haya muchas interpretaciones posibles, es decir, jurídicamente razonables, no toda interpretación es posible. Las hay caprichosas, arbitrarias, jurídicamente inaceptables o violentas.

“ARTAVIA MURILLO”, “BEATRIZ”, Y LA DISOLUCIÓN DEL RULE OF LAW

POR PILAR ZAMBRANO¹

1. Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitó a la Corte Interamericana (Corte IDH) que inste al Estado de El Salvador a que “remueva los obstáculos de derecho a la posibilidad de interrumpir el embarazo [abortar] en situaciones de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, así como de riesgo a la vida, y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre”. Asimismo, ha solicitado que se le inste a diseñar “políticas públicas, programas de capacitación, protocolos y marcos guía para asegurar que el acceso a la interrupción del embarazo como consecuencia de la anterior adecuación legislativa sea efectivo en la práctica, y que no se generen obstáculos de hecho [...] que afecten su implementación”².

Esta doble pretensión impacta de forma directa y principal tanto sobre la actual legislación penal de El Salvador, como sobre el conjunto de normas que integran sus políticas de salud sexual y reproductiva. Tomadas integralmente, ambos tipos de normas protegen la vida por nacer desde la concepción, en sintonía con el texto de la Constitución, cuyo artículo 1, inciso 2, reconoce el derecho a la vida desde la concepción³.

1. Doctora en Derecho. Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, España. Además, ha participado como *amicus curiae* ante la Corte IDH en el caso “Beatriz vs. El Salvador”. Correo electrónico: pzambrano@unav.es.

2. CIDH, Informe No. 9/20, Caso 13.378, Informe de Fondo, “Beatriz vs. El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.175, 3 de marzo de 2020, recomendaciones 3 y 4 (en adelante, CIDH, Informe No. 9/20).

3. Una sintética y actualizada descripción del *corpus* legislativo de El Salvador en materia de aborto y derecho a la vida por nacer puede verse en SOLÍS JIMÉNEZ, JOSÉ G., “Derecho Fundamental a la Vida y aborto en El Salvador. Un análisis a partir del sistema constitucional,

Tal como apuntó el comisionado Orellana en su disidencia al informe de fondo de la CIDH, ambas solicitudes se asientan sobre la premisa normativa según la cual los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) estarían obligados a garantizar un derecho de libertad e, incluso, un derecho prestacional al aborto⁴.

Ante la ausencia de toda referencia al aborto en el texto de la Convención, la Comisión asienta su solicitud en la “interpretación autorizada” del artículo 4.1 de la CADH, realizada por la Corte en el precedente “Artavia Murillo”⁵.

En este trabajo argumentamos que la línea interpretativa comenzada por la Corte IDH en “Artavia” –y no simplemente continuada, sino también expandida por la CIDH en “Beatriz”– revela una comprensión subyacente acerca de la naturaleza de sus competencias interpretativas. Ambos órganos asumen que tienen la potestad e incluso el deber de transformar el significado del texto de la CADH, al son de lo que ellos mismos perciben como un progreso moral.

En vistas a exhibir este horizonte comprensivo de fondo, comenzamos por analizar el *iter* argumentativo desplegado por la Corte en “Artavia” y continuado por la CIDH en “Beatriz”, advirtiendo que cae una y otra vez en una circularidad tautológica. Sostenemos que esta tautología es la ineludible consecuencia de la teoría convencionalista del significado de los textos asumida por ambos órganos. Se advierte, en último lugar, que esta teoría conlleva un giro ineludible en lo que concierne a la naturaleza del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), desde una práctica jurídica sujeta al ideal del *Rule of Law* hacia una práctica política débilmente institucionalizada, que difícilmente se pueda conciliar con la finalidad última de garantizar en igualdad de condiciones la dignidad inherente a todo ser humano.

2. Personalidad jurídica y obligación estatal de proteger el derecho a la vida: una conexión conceptual

El texto de la CADH no menciona de forma explícita al aborto en ninguno de sus artículos. En cambio, extiende la personalidad jurídica a todo

internacional y regional de Derechos Humanos”, *DADUN*, España, 2022, p. 6. Disponible en: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/65233> (fecha de consulta: 18/7/ 2023).

4. CIDH, Informe No. 9/20, voto disidente Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, párr. 10, p. 71.

5. CIDH, Informe No. 9/20, párrs. 146-147, pp. 33-34; 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, Serie C No. 257.

ser humano sin distinción, con independencia de que haya nacido o no, en al menos dos instancias. Primero, en el artículo 1.1, que establece que: “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna por motivos de [...] nacimiento* o cualquier otra condición social”.

En segundo término, en el artículo 4.1, que nombra a toda “persona” como titular del derecho a la vida, y agrega que este derecho “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. No se afirma que el valor vida –o la vida humana sin más– será protegida desde la concepción. Lo que se afirma es que el *derecho* a la vida será protegido desde la concepción. Y puesto que no hay derecho sin titular, no puede sino concluirse, una vez más, que a los efectos de la CADH la personalidad jurídica comienza con la concepción.

Las obligaciones que se siguen del reconocimiento de la personalidad jurídica desde el momento de la concepción están explícitamente enunciadas también en ambos artículos: respetar y garantizar sin distinción por razón de nacimiento todos los derechos incluidos en el catálogo de la convención (artículo 1.1); y garantizar con la fuerza de la ley la vida humana, en general, desde la concepción (artículo 4.1).

Cuando, como ocurre con el *nasciturus*, el aborto voluntario representa la amenaza más extendida a la continuidad de su vida, no parece que pueda objetarse *in totum* la razonabilidad de su penalización. En este sentido, cabe traer a colación la advertencia de la Suprema Corte norteamericana en *Roe v. Wade* (1973), donde se cuestionaba la constitucionalidad de una ley del Estado de Texas, que penalizaba el aborto en todos los casos, excepto cuando estuviera en riesgo la vida de la madre. La Suprema Corte, que por primera vez en la historia creó un derecho de libertad al aborto, advirtió: “El apelado y ciertos *amici* sostienen que el feto es una ‘persona’ dentro del significado y lenguaje de la enmienda XIV [...] Si esta insinuación es establecida, el caso del apelante, por supuesto, cae, porque el derecho del feto a la vida estaría entonces garantizado especialmente por la enmienda”⁶.

Por su parte, en el caso “Vo. V. Francia”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) distinguió explícitamente el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), del texto de la Convención Ameri-

6. 410 U.S.113, 157-158 (1973). La traducción transcrita fue tomada de MILLER, JONATHAN; GELLI, ANGÉLICA y OTROS, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 848-849.

cana: “A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...] el artículo 2 de la Convención guarda silencio respecto de los límites temporales del derecho a la vida y, en particular, no define ‘toda persona’”⁷. Luego de señalar esta distinción, y de expresar que en el contexto europeo la decisión de extender la personalidad jurídica al no nacido queda dentro del margen nacional de apreciación de los Estados (*en ese contexto jurídico*), agregé que, en los casos en que un Estado reconoce al feto como titular del derecho a la vida, la protección de este derecho debe ser balanceada con la protección de los derechos e intereses de la madre⁸.

En otras palabras, ninguno de los dos tribunales extendió la personalidad jurídica al ser humano no nacido, en virtud de una interpretación de sus respectivos sistemas normativos que era, cuanto menos, discutible. Lo que en cambio sí afirmaron ambos, sin hesitación alguna, es que una vez extendida la personalidad jurídica a todo ser humano, la obligación estadual de proteger su vida con la fuerza de la ley es evidente. La Corte norteamericana en *Roe* agregó que también es evidentemente razonable concretar esta obligación general por vía de la penalización del aborto en todos los casos, excepto cuando, a juicio médico, fuera necesario para salvar la vida de la madre.

La validez de este *iter* conceptual no radica en el hecho de que lo hayan afirmado estos tribunales o ningún otro tribunal, sino más bien al contrario. La afirmación de la obligación general de proteger el derecho a la vida, con el imperio de la ley, es una implicancia de la naturaleza misma del Estado de Derecho que, en cuanto monopolizador del uso de la fuerza, tiene el poder y tiene el deber de garantizar la integridad de las personas frente a cualquier uso antijurídico de la fuerza.

Cabe en este sentido citar (paradójicamente) la advertencia de la propia CIDH, que por lo demás recoge una jurisprudencia uniforme de la Corte IDH:

“La Comisión y la Corte Interamericana han sostenido que el derecho a la vida es fundamental por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. En razón de dicho carácter, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para su pleno goce y ejercicio. Asimismo, la Corte ha indicado que el cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 del mismo instrumento, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente

7. TEDH, “Vo v. Francia”, Aplicación 53924/00, 8 de julio de 2004, párr. 75.

8. *Idem*, párrs. 80 y 87.

(obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Específicamente, incluye el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para disuadir cualquier amenaza del derecho a la vida”⁹.

Llegados pues a este estadio, cabe volver sobre la pretensión de la Comisión y señalar cuál es, si alguno, su fundamento normativo. Emerge, entonces, con toda su fuerza retórica, la doble desconexión conceptual entre ser humano y personalidad jurídica, y entre derecho a la vida y obligación de proteger, articulada por primera vez en el precedente de la Corte IDH, “Artavia Murillo”. La validez jurídica (y no meramente retórica) de la pretensión de la CIDH depende, en este orden de ideas, tanto de la validez de esta fuente material, como de su posterior expansión hasta abarcar un pretendido derecho de libertad y prestacional al aborto.

En lo que sigue, se analizarán los argumentos utilizados por la Corte IDH en “Artavia”, para fundar esta doble desconexión en sentido corriente de los términos de la Convención, en el contexto de su objeto y fin (artículo 31.1 Convención de Viena de sobre Tratados (CVT)). Parafraseando una vez más a la Corte norteamericana en *Roe*, si este fundamento textual cae, *por supuesto*, cae también la pretensión de la CIDH de afirmar la existencia de un derecho al aborto o bien, lo que es lo mismo, de una obligación estadual de remover todo obstáculo de hecho y de derecho a su ejercicio.

3. “Artavia Murillo”: seres humanos sin personalidad jurídica (y derechos sin protección)

Se trataba de determinar en el caso la existencia o inexistencia de una pretendida obligación del Estado de Costa Rica de facilitar el acceso a tratamientos de fertilización *in vitro* que conlleven el descarte de embriones¹⁰. La Corte IDH no negó, ni podía negar, porque la gramática del enunciado del artículo 4.1 de la CADH se lo impedía, que el derecho a la vida se reconoce a todo ser humano desde el momento de la concepción. Por la misma razón,

9. CIDH, Informe No. 9/20, párr. 85.

10. CORTE IDH, “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica”, párr. 62 y ss.

también la CIDH en “Beatriz” afirmó que la protección de la vida no nacida constituye un fin legítimo de cualquier regulación estadual (faltaba más)¹¹.

Lo que en cambio sí podía y debía determinar la Corte IDH era cuándo se produce la concepción de un nuevo ser humano, y cuál es el contenido mínimo de la obligación estadual establecida en la norma de proteger su derecho a la vida con la fuerza de la ley. A los efectos de resolver el primer punto, la Corte dividió la pauta interpretativa del artículo 31.1 de la CVT, como si se tratara de tres directivas que operan de forma sucesiva.

Comenzó, pues, por identificar el significado corriente del término “concepción”, utilizando las siguientes fuentes: (i) el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; (ii) el diccionario de la Real Academia vigente en la época de redacción de la CADH; (iii) un conjunto de opiniones científicas, relacionadas con la embriología y la genética¹². El resultado de esta compulsión fue la constatación de que existen múltiples usos del concepto “concepción”, que varían tanto de un contexto discursivo a otro (no se usa de forma igual en el derecho que en la ciencia, o en la bioética), como dentro de cada contexto discursivo (es decir, hay divergencias jurídicas, científicas, bioéticas, etc.). Así, mientras en algunos contextos discursivos el concepto se usa para nombrar la aparición de un nuevo ser humano en el momento de la fertilización, en otros contextos —o en distintos casos dentro de un mismo contexto discursivo—, los dos fenómenos se distinguen.

Ante esta variedad de usos, la Corte concluyó que:

“es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”¹³.

Ajustarse a la directiva interpretativa según la cual no puede otorgarse prevalencia a ningún tipo de literatura filosófica o científica hubiera impli-

11. CIDH, Informe No. 9/20, párr. 146.

12. CORTE IDH, “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica”, párrs.178-184.

13. CORTE IDH, “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica”, párr. 185.

cado renunciar a su jurisdicción en un caso donde, precisamente, se le pedía que determinara cuál de estos usos es válido en el discurso jurídico. Por esta razón, no debe sorprender que en el siguiente párrafo procediera a otorgar prioridad a uno muy concreto, el que identifica concepción con implantación¹⁴.

Ante la obviedad de esta inconsistencia con sus propias premisas, la Corte IDH se esforzó por respaldar el análisis del pretendido “uso corriente de los términos”, con el argumento científico de que la implantación del embrión es condición necesaria de su viabilidad, muy a pesar de que acababa de apuntar que la CADH le impedía dar prioridad a una literatura científica sobre otra¹⁵.

El fundamento fáctico de este argumento no puede discutirse, al menos hasta ahora. Lo que sí es discutible es su suficiencia para justificar, en el contexto discursivo del derecho internacional de los derechos humanos, que el valor de la vida humana varía en función de su mayores o menores perspectivas de viabilidad. Lo cierto es que la ciencia no dice nada al respecto, ni puede decir nada, porque no es un asunto científico, sino jurídico (mal que le pese a la Corte IDH). En otras palabras, no es la ciencia, sino la Corte la que determina que el valor jurídico de la humana en el contexto interamericano está condicionado a su mayor o menor posibilidad de sobrevida.

Esta advertencia explica el esfuerzo suplementario de la Corte IDH por complementar su argumentación *pseudo* científica, ahora sí, atendiendo a las otras pautas contenidas en el artículo 31.1 de la CVT, esto es, al objeto y al fin del tratado en cuestión. Esta atención se concretó en tres nuevos niveles de análisis, que a los efectos de este estudio se pueden distinguir como el histórico-originalista; el intra-sistemático y el teleológico-sistemático.

En el nivel histórico-originalista se advirtió que en los trabajos preparatorios de la CADH no hubo intención de diferenciar los términos “persona” y “ser humano” y que, más aún, “[e]l artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos”¹⁶. Tal vez debido a que este plano de estudio no avalaba su conclusión, de que debía distinguirse entre seres humanos que son personas (embriones implantados) y seres humanos que no lo son (los no implantados), la Corte avanzó hacia el estudio intra-sistemático, y focalizó el análisis en las formas de uso del concepto de persona, en el conjunto del texto de la CADH.

14. *Idem*, párr. 186.

15. *Ibidem*.

16. *Idem*, párr. 219.

Para eso, pasó por alto la prescripción contenida en el artículo 1.2 de usar los conceptos de “ser humano” y “persona” como sinónimos (constatada por ella misma algunos párrafos antes) y concluyó que el artículo 4.1 debe interpretarse “teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (*supra* párrs. 186 y 187)”, lo cual determinaría que “el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada”; y “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”¹⁷.

Para recapitular, la argumentación de la Corte IDH, en el nivel del uso corriente, acabó con la elección *pseudo* científica de una forma habitual de uso del concepto de “concepción”. La argumentación en el nivel histórico desautorizó la incorporación de este uso al contexto jurídico; y el argumento intra-sistemático se redujo a la tautología de elevar a la categoría de premisa la misma conclusión que se estaba intentando justificar (esto es, que el embrión no implantado –que indudablemente es un ser humano–, no es, sin embargo, persona a los efectos de la CADH).

4. Interpretación sistemática-teleológica, “fontium shopping”, y otra vez la tautología

Apelando a la última pauta de interpretación sentada en el artículo 31.1 de la CVT, la Corte IDH concluyó su análisis con el estudio sistemático-teleológico del significado del texto de la CADH, que se concretó en su contextualización en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Este último esfuerzo argumentativo pone de manifiesto una asombrosa arbitrariedad en la selección de fuentes, a la que podríamos calificar como “fontium shopping”, si parafraseamos la conocida expresión “forum shopping”.

Cabe advertir, para comenzar, que el fin último global del Sistema Internacional de Derechos Humanos se enuncia de forma explícita en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en los siguientes términos:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...], la Asamblea General proclama la presente Declaración [...] a fin de que tanto los individuos como las instituciones [...] aseguren su reconocimiento y aplicación universales”.

17. *Idem*, párrs. 222-223.

Quizá, por ser un dato obvio, pueden pasar inadvertidas las premisas epistémica y existencial que sostienen la aserción de que la dignidad es *intrínseca* a todos los individuos pertenecientes a la familia humana.

Desde el punto de vista epistémico, la inherencia conlleva la idea de que tanto la pertenencia de un individuo a la clase conceptual “familia humana”, como su valor absoluto (la dignidad), son datos evidentes en sí mismos. Datos que se reconocen como dados a la razón humana y no, en cambio, como fruto de algún tipo de consenso o acuerdo. Este sentido epistémico del concepto de inherencia se extiende también al objeto de los derechos incluidos en el catálogo del Sistema Internacional de Derechos Humanos, que se conciben, así, como bienes humanos inherentemente inteligibles y no, en cambio, como fruto de algún tipo de atribución¹⁸.

Desde el punto de vista existencial, la noción de inherencia justifica de forma directa el juicio de la “igualdad” y la “inalienabilidad” de los derechos. Si los derechos son iguales para todos, es porque sus titulares, todos los miembros de la familia, son inherente y por ello igualmente dignos. Y si son inalienables, es porque no puede legítimamente negarse lo que tampoco se ha otorgado libérrimamente¹⁹.

Puede decirse, sobre esta base, que cualquier referencia, en el texto de cualquier convención de derechos humanos, a la inherencia de la dignidad o de cualquiera de los derechos es una reafirmación del propósito último de reconocer (no de crear) y preservar el valor absoluto de todo miembro de la especie humana sin distinción. La referencia a la inherencia de la dignidad y los derechos es también, por esta misma razón, una invalidación de toda concepción del derecho internacional de los derechos humanos que lo reduzca a un orden institucional destinado a construir consensos, que se atribuyen la autoridad para excluir a ciertos seres humanos sin más, o bien para devaluar la protección de unos en favor de otros, en función de datos contingentes, como el nacimiento, la mayor o menor capacidad física de ejercer potencias típicamente humanas, o incluso la integridad moral del sujeto²⁰.

18. Un desarrollo más amplio de este argumento puede verse en: ZAMBRANO, PILAR, “Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica del modelo penal de ciudadano”, en SÁNCHEZ OSTIZ, PABLO (dir.), *Medio siglo de derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, pp. 218 y ss.

19. *Ibidem*.

20. Véase ZAMBRANO, PILAR, “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente para el uso del concepto de dignidad en la argumentación judicial”, *Prudentia Iuris*, 94, 2022, pp.

Si volvemos, pues, a la decisión en “Artavia”, la primera manifestación de “*fontium shopping*” es la completa omisión de toda referencia a este preámbulo, como fuente de conocimiento del fin último compartido por el SIDH y el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Por lo demás, junto al preámbulo, se yerguen todos los enunciados normativos contenidos en las convenciones internacionales del Sistema Internacional de Derechos Humanos, que explícitamente extienden la personalidad jurídica a todo ser humano, como el artículo 6 de la DUDH; el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Consciente de este punto, la Corte IDH desarrolló cuatro contra-argumentos, que manifiestan todavía con mayor vigor la reducción de la interpretación sistemática-teleológica a una suerte de “*fontium shopping*”.

La primera estrategia consistió, lisa y llanamente, en omitir toda mención a su existencia, como ocurrió en relación con artículo 6 de la DUDH. La segunda consistió, una vez más, en la tautológica elevación a premisa de la conclusión interpretativa que se intentaba justificar. En esta línea, replicando la falacia de la Corte norteamericana en *Roe v. Wade*, la Corte regional afirmó que los artículos 1 y 6.1 de la CDN excluyen al no nacido porque no lo mencionan de forma expresa²¹. La falacia de este argumento *a contrario sensu* no radica tanto en sí mismo, como en el uso simultáneo, en la misma decisión, de la extensión analógica del derecho a la privacidad hacia el (tampoco mencionado) derecho a la salud reproductiva.

La tercera estrategia consistió en contrastar el sentido literal-gramatical de todos estos enunciados, con un pretendido sentido histórico, que surgiría de los correspondientes trabajos preparatorios. Sostuvo en esta línea la Corte

309-324: 332; CHÁVEZ FERNÁNDEZ-POSTIGO, JOSÉ, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra, Lima, 2012, pp. 99 y sigs.; SERNA, PEDRO, “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, *Derechos y Libertades*, 4, 287-306: 291, 1995; SPAEMANN, ROBERT, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, CARLOS. I. y SERNA, PEDRO (eds.), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 94 y ss. Todos estos autores coinciden en vincular la dignidad al hombre en cuanto hombre, y distinguirla, entre otras, de la dignidad “moral”, que se predica de una especial forma de comportamiento. Sobre el uso de esta misma distinción en el plano judicial, puede verse RAO, NEOMI, “Three Concepts of Dignity in Constitutional Law”, *Notre Dame Law Review*, 86, 2013, pp. 183-272: 187; CAROZZA, PAOLO, “Human Rights, Human Dignity and Human Experience”, en MCCRUDDEN, CHRISTOPHER (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford University Press for the British Academy, Oxford, 2013, pp. 615-629, p. 616.

21. CORTE IDH, “*Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*”, párr. 231.

IDH que los trabajos preparatorios del artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos manifiestan que “el término ‘nacen’ se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración”²². En relación con los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP, indicarían “que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas”²³. Finalmente, en lo que concierne al artículo 1 de Convención sobre los Derechos del Niño, advirtió que, si bien el Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, “los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida”²⁴.

Aun si se deja a salvo lo falible de estas constataciones históricas, el recurso a los trabajos preparatorios como criterio interpretativo prioritario se aparta de las pautas establecidas en los artículos 31.1 y 32 de la CVT, según las cuales la indagación histórica es un método auxiliar para los casos de duda o penumbra. No es válido, en otras palabras, contraponer el sentido histórico –que distinguiría entre seres humanos nacidos y no nacidos– con el sentido del texto que los equipara.

La cuarta y última estrategia consistió en reforzar la lectura histórica con los resultados de la labor de algunos órganos de control no jurisdiccional del Sistema Internacional de Derechos Humanos, y con jurisprudencia seleccionada de otros tribunales regionales de derechos humanos.

En relación con los órganos de control no jurisdiccional, el tribunal trajo a colación las observaciones generales No. 6 y 17 del Comité de Derechos Humanos, y sus observaciones finales a los Estados, señalando que se abstienen de extender el derecho a la vida al no nacido, al tiempo que advierten que “se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro”²⁵. En el mismo orden de ideas, recogió los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que dejarían “en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los

22. *Idem*, párr. 224.

23. *Ibidem*, párr. 225.

24. *Idem*, párr. 231.

25. *Idem*, párr. 226.

derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación”²⁶.

En este estadio, el “*fontium shopping*” no se manifestó tanto en el contenido de las fuentes seleccionadas, que por primera vez sí avalan la interpretación de la Corte, como en su calidad de “fuentes”. En efecto, no hay ni debería haber mayor discusión acerca del carácter meramente informativo de un informe, y recomendatorio de una recomendación (valga la redundancia). Es cierto que algunos autores atribuyen una pretendida fuerza vinculante a los informes finales y a las recomendaciones, con fundamento en el principio de buena fe prescrito en el artículo 26 de la CVT²⁷. Contra esta sugerencia, cabe advertir, en primer lugar, que esta misma prescripción de buena fe en la interpretación de los tratados obliga a los órganos internacionales a hacer un ejercicio de *self-restraint* en su labor de control, sujetándose siempre al sentido corriente de los términos de los tratados, en el contexto de su objeto y de su finalidad (artículo 31.1, CVT). Este *self-restraint* se concreta, entre otras medidas, en abstenerse de imponer interpretaciones extensivas de los derechos explícitamente reconocidos, que se asientan en concepciones morales parroquiales (de un sector de la cultura política occidental), y que precisamente por su parroquialidad son abiertamente incompatibles con la pretensión de universalidad de toda convención de derechos humanos²⁸. Dicho esto, cabe agregar que existe una creciente cantidad de bibliografía que cuestiona la legitimidad de esta labor de control, con base en su parcialidad y en la extralimitación de sus competencias²⁹.

26. *Idem*, párr. 227.

27. Véase, en este sentido, VILLÁN DURAN, CARLOS, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de Derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 102-103.

28. Hemos desarrollado más ampliamente este argumento en ZAMBRANO, PILAR, “Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *Dikaion*, 23-2, 2014, pp. 430 y ss. Véase, en igual sentido, GARCÍA ESCOBAR, GABRIELA, “A Personalistic Approach to Human Rights: Shifting Prevailing Philosophical Assumptions”, *Persona y Derecho*, 85, 2021, pp. 45 y ss.

29. BINCHY, WILLIAM, “The Unborn Children and the Irish Constitution”, en ZAMBRANO, PILAR, SAUNDERS, W., (eds.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, Peter Lang, 2019, pp. 153-156; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones”, en BASSET, ÚRSULA y SANTIAGO, ALFONSO, (coords.), *Tratado de derecho convencional y constitucional de derecho de la familia y de las personas*, La Ley, Buenos Aires, 2022, pp. 28 y ss.

En lo que concierne a la jurisprudencia de otros tribunales regionales, la Corte IDH hizo especial referencia a la parte de la decisión del TEDH, en el ya citado caso “Vo. v. Francia”, donde se afirmó que, en el contexto europeo, la decisión de extender la personalidad jurídica al no nacido queda dentro del margen nacional de apreciación de los Estados; y se advirtió que los Estados que opten por reconocer al feto como titular del derecho a la vida, deben balancear su protección con los derechos e intereses de la madre³⁰.

En este punto, además de la más que discutible calidad de fuente material de estas sentencias, el “*fontium shopping*” vuelve a recaer sobre las muchas reglas de precedente que pueden inferirse de su lectura. Cabe preguntarse, en efecto, por qué no reparó la Corte IDH en la premisa normativa de esta decisión, según la cual es razonable que los Estados protejan la vida humana no nacida con la fuerza de la sanción penal, una vez que reconocen su existencia desde la concepción.

La última y quizá más evidente muestra de “*fontium shopping*” tiene que ver con la selección de jurisprudencia constitucional comparada en materia de aborto. Entre otras muchas muestras de elección no justificada por la Corte IDH, quizá la más audaz sea del caso *Roe v. Wade*, que usa para sostener su conclusión de que el interés de los Estados en proteger la vida humana no nacida debe ser siempre balanceado con los derechos e intereses de la madre. Lo sorprendente de la cita no radica, claro está, en la necesidad de sujetar toda regulación penal al escrutinio de razonabilidad, sino en la total omisión a la advertencia de la Corte de que, si se probara la personalidad jurídica del feto, “el caso del apelante, por supuesto, cae[ría], porque el derecho del feto a la vida estaría entonces garantizado especialmente por la enmienda”.

Por lo demás, y para acabar, llama también la atención que la Corte IDH omitiera toda referencia a decisiones constitucionales existentes en su propia jurisdicción territorial, que interpretando el artículo 4.1 de la CADH, afirmaron la existencia del derecho a la vida, así como la correspondiente obligación estadual de brindar igual protección a todo ser humano desde el momento de la concepción-fecundación³¹.

30. TEDH, “Vo v. Francia”, párr. 239.

31. CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN, Argentina, “T.S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos* 324:5 (2001); “Portal de Belén. Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, *Fallos* 325:292 (2002); TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, Sentencia ROL-740 (2008); TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 02005-2009-PA/TC.

5. De la tautología a la disolución de los textos

La Corte IDH, en “Artavia”, no solamente limitó la extensión de la concepción y la personalidad jurídica a los seres humanos ya implantados; sino que además condicionó el peso de la obligación de proteger a la mayor o menor perspectiva de viabilidad extrauterina³². La CIDH tomó la posta y avanzó aún más en esta línea, solicitando que se impere a El Salvador a despenalizar el aborto cuando represente un riesgo para la “integridad personal de la madre”, y en situaciones de “incompatibilidad con la vida extrauterina”. La amplitud o incluso vaguedad del concepto de “riesgo para la integridad personal”; así como el condicionamiento del derecho a la vida del feto a su salud física, permiten concluir que la CIDH niega lo que para la Corte de *Roe v. Wade* era evidente. Esto es, que la contracara del derecho a la vida es siempre, conceptualmente, la obligación estadual de protegerla con la fuerza de la ley penal, frente a amenazas ciertas y generalizadas.

Teniendo en miras la tautológica argumentación con la que uno y otro órgano justifican su interpretación, junto a la explícita proscripción en el artículo 1.1 de la CADH, de utilizar al nacimiento como criterio para establecer distinciones en la forma de proteger los derechos, se abre un segundo nivel de interrogantes, relativos esta vez al horizonte comprensivo que subyace a la decisión de la Corte IDH, y con más fuerza aún, a la pretensión de la CIDH.

Se trata, en concreto, de responder al menos tres preguntas. En primer lugar, ¿qué pauta, si alguna, surge del artículo 31.1 de la CVT para la comprensión e interpretación de los textos de los tratados? Utilizando la imagen de los textos como “árboles vivos”, que crecen a golpe de nuevas interpretaciones, ¿asumen acaso la Corte IDH y la CIDH la existencia de algún límite o piso semántico, o se conciben en cambio como detentadores del poder de construir el significado de los textos *ex nihilo*?³³ En la respuesta a este interrogante se juega la respuesta a la cuestión relativa a la naturaleza del SIDH:

32. CORTE IDH, “Artavia Murillo”, párr. 264.

33. La expresión fue clásicamente acuñada por Wilfred Waluchow en WALUCHOW, WILFRED, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006. Esta concepción del significado de los textos está en la base de las teorías de la interpretación judicial que, inspiradas en la obra de Ronald Dworkin, se suelen categorizar como “interpretivismo”. Véase sobre este concepto GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, “El constitucionalismo jurídico, o la irrelevancia del juspositivismo”, *Persona y Derecho*, 79-2, 2018, pp. 51-114: 75; y ZAMBRANO, PILAR, “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente para el uso del concepto de dignidad en la argumentación judicial”, pp. 319 y ss.

¿Es el SIDH una práctica auténticamente jurídica, o es más bien una práctica política débilmente institucionalizada? Todo lo cual incide, por necesaria conexión conceptual, en la solución al último y más fundamental problema: ¿desde y hacia qué concepción de dignidad orientan su labor interpretativa –jurídica o política– los órganos de control del SIDH?

6. No hay significado sin contexto

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados estipula en su artículo 31.1 que los tratados han de interpretarse, “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Si se advierte bien, la norma asocia el sentido corriente de los términos de los Tratados, con el contexto en el que se los usa; y además estipula que este contexto viene determinado por el objeto y el fin del Tratado. El artículo recoge, por esta vía, una noción bastante extendida acerca la naturaleza del significado, así como de las condiciones que lo hacen reconocible y que, por lo mismo, tornan viable su comprensión. Según esta noción, el significado de los conceptos se manifiesta en su uso, que varía de contexto en contexto.

Desde el punto de vista de la comprensión, la contextualidad del significado conlleva dos pautas bastante claras: primero, para comprender el significado corriente (o habitual) de un enunciado es preciso observar cómo se lo usa de modo habitual en su contexto habitual. Segundo, para identificar el contexto y el modo habitual de uso, es preciso identificar la práctica social dentro la cual acaece³⁴.

Así, se dirá que el concepto de “privacidad” posee diversos significados, según el contexto en el que se use este concepto. En el derecho constitucional norteamericano, este significado se manifiesta en su uso por parte de la Suprema Corte de ese país, en los casos en los que aplicó la Enmienda XIV. En el contexto europeo, el significado se manifiesta en el uso por parte del TEDH del artículo 8 del CEDH. En el contexto interamericano, finalmente, en la aplicación del artículo 11 por parte de la Corte. Cuando existan muchos usos diversos dentro de un mismo contexto discursivo, la inferencia del significado

34. MARMOR, ANDREI, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2nd edition, 1992 [2005] pp. 102, 103, 115.

exigirá de parte del intérprete que determine cuál es el “uso paradigmático” o habitual, y cuáles son, en cambio, los usos derivados³⁵.

Todo esto supone, claro está, que el intérprete es capaz de distinguir una práctica social de otra, lo cual es posible atendiendo al tipo de acciones que conforman su objeto, lo que a su vez involucra la capacidad de distinguir sus fines o propósitos específicos. Así, podría decirse que el derecho constitucional norteamericano está configurado por las acciones realizadas por los órganos encargados de crear, interpretar y aplicar normas de derechos fundamentales, con el objetivo o fin último de garantizar la vida, libertad y propiedad de los ciudadanos (Enmienda XIV). En cambio, el SIDH estaría configurado por todas las acciones institucionales que crean, interpretan y aplican los derechos humanos recogidos en la CADH, en vistas a garantizar “los derechos esenciales del hombre”, que tienen como fundamento a los “atributos de la persona humana” (preámbulo).

Cuando se hilvana lo dicho, se comprende por qué el artículo 31.1 de la CVT no hace referencia al “sentido corriente de los términos” sin más, sino al sentido corriente *en el contexto* del objeto y del fin de cada tratado o bien, lo que es lo mismo, en el contexto de la práctica jurídica regulada por cada tratado. La razón es, simple y puramente, que el significado corriente de los términos no existe como tal de forma pura e independiente al objeto y fin de las prácticas en cuyo contexto se los usa.

7. De la disolución del significado a la disolución de la juridicidad

La simplicidad de la explicación anterior no puede sino generar sospechas por demás justificadas en el lector. Como apuntó Alexy tempranamente en su *Teoría de la argumentación jurídica*, el primer y más obvio problema radica en determinar cómo identificamos la práctica social dentro de la cual acaece el uso paradigmático de los conceptos, y partir del cual inferiremos luego su significado corriente³⁶. Más concretamente, ¿quiénes tienen autoridad en cada práctica social para construir el significado, con el uso? ¿Cuáles son los usos paradigmáticos que revelan o construyen el significado corriente

35. *Idem*, pp. 15-16; y también MARMOR, ANDREI, *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 148.

36. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. ATIENZA, MANUEL y ESPEJO, ISABEL, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2da. edición, 2007, pp. 185-187.

de los enunciados? Finalmente, ¿cómo se infiere el significado corriente a partir del uso paradigmático?³⁷.

Con relación a la pregunta por el quién, la cuestión es absolutamente pertinente en el derecho internacional y regional de los derechos humanos, cuya principal cualidad es la desestructuración de las fuentes y la consiguiente naturaleza “multinivel” del proceso de construcción del discurso jurídico correspondiente³⁸. En este sentido, apuntó Francesco Viola, hace algún tiempo, que una característica notoria de nuestras prácticas jurídicas actuales es el reemplazo del sistema legal, que se caracterizaba por una ordenación jerárquica y cerrada de las fuentes, por el “espacio jurídico”, cuya principal cualidad es la confluencia de varios sistemas sin una clara relación de jerarquía entre sí, en una misma jurisdicción territorial³⁹.

¿Hizo bien la Corte IDH en el caso “Artavia”, al omitir toda referencia a las decisiones de la Corte Argentina en “Tanus” y “Portal de Belén”, y a las decisiones análogas del Tribunal Constitucional chileno y del Tribunal Constitucional peruano que al interpretar el artículo 4.1 de la CADH habían concluido que la concepción se produce con la fecundación? ¿Por qué le reconoció autoridad a la Corte argentina en “FAL” para construir o revelar el significado de los enunciados de la CADH, y por qué le negó esa misma autoridad a otras Cortes regionales o, incluso, a la misma Corte argentina en los casos anteriores? ¿Es simplemente una cuestión de tiempo –la decisión posterior anula la anterior– lo que determina la autoridad de las Cortes nacionales para construir el significado del discurso regional de los derechos humanos?

Si se advierte que el SIDH está integrado al Sistema Internacional de Derechos Humanos, las preguntas relativas a la pertenencia a la comunidad discursiva y a la autoridad para revelar o construir significado son aún más

37. Más extensamente en ZAMBRANO, PILAR, “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente para el uso del concepto de dignidad en la argumentación judicial”, p. 319 y ss.

38. Sobre la desestructuración de las fuentes como cualidad del derecho constitucional y convencional actual, véase GONZÁLEZ ORDOVÁS, MARÍA-JOSÉ, “El Derecho de la globalización: una propuesta conceptual y axiológica para la nueva realidad jurídica”, *Persona y Derecho*, 85, 2021, pp. 80-82; PARIOTTI, ELENA, “*Self-regulation*, concetto di diritto, normatività giuridica”, *Ars Interpretandi*, VI-2, 2017, pp. 21-23; PATTERSMAN, ERNST-ULRICH, *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods. Methodology Problems in International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 113 y ss. Hemos defendido la necesidad de ajustar la argumentación judicial a esta nueva condición, en ZAMBRANO, PILAR, “Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica del modelo penal de ciudadano”, pp. 205 y ss.

39. VIOLA, FRANCESCO, “Il futuro del Diritto”, *Persona y Derecho*, 79, 2018/2, pp. 30 y ss.

incisivas: ¿Qué autoridad habrá de otorgarse a los órganos no jurisdiccionales de control? ¿Qué lugar ocupan las resoluciones de la Asamblea de la ONU, en la construcción y manifestación del significado corriente de los tratados de derechos humanos? ¿Ocupan acaso las observaciones y recomendaciones de los comités el lugar preponderante (único diríamos) que le otorgó la Corte IDH en la construcción excluyente del concepto de personalidad jurídica y en la devaluación de la obligación de proteger?

Suponiendo que avalamos la forma en que la Corte IDH y la CIDH han delimitado la comunidad de uso, emerge entonces la pregunta por el cómo. ¿Cuál es el uso paradigmático, dentro de esta comunidad, que construye y revela el significado? ¿Cuáles son las decisiones relevantes para fijar significado, y cuáles son irrelevantes? ¿Qué parte de la decisión en “Vo v. France” o *Roe v. Wade* es la que construye el significado de “proteger”? ¿Por qué no, la parte de la decisión en la que se determinó que es evidente que es razonable (o incluso obligatorio, como se afirmó en *Roe v. Wade*) penalizar el aborto, una vez reconocida la personalidad jurídica del no nacido?

Finalmente, si hemos podido justificar el quién y el cómo construye significado de los textos, todavía hay que explicar cómo inferirlo a partir del uso que se ha identificado como paradigmático. La Suprema Corte norteamericana formuló una definición del concepto de privacidad en el caso *Casey* (1992), tomando ciertos elementos de lo que identificaba como uso paradigmático del concepto en casos anteriores⁴⁰. En la reciente decisión en *Dobbs* (2022), otra composición de la Corte seleccionó estos mismos usos, pero infirió un significado diverso para el mismo concepto⁴¹.

Las dificultades para delimitar a la comunidad de uso de los conceptos, identificar los usos que construyen o revelan el significado en un determinado contexto discursivo; e inferir un significado común a partir de usos semejantes, se resuelven en un nivel de discusión algo más fundamental, que atañe no tanto al modo en que el uso de los conceptos revela el significado, sino al modo en que el uso construye el significado. Si el significado de los conceptos se construyese de forma exclusiva y excluyente con su uso dentro de ciertas prácticas sociales, la naturaleza de las cosas a la cuales aplican (su referencia), no desempeñaría ningún rol en su comprensión. Más aún, la

40. *Planned Parenthood v Casey*, 505 US 833: 851 (1992).

41. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022) (slip. op.), pp. 9-11.

referencia estaría subordinada al uso⁴². Así, el conjunto de entes, acciones o relaciones a los que aplicaríamos los conceptos de “persona”, “privacidad”, o “igualdad” dependerían exclusivamente de cómo cada comunidad haya construido tales conceptos.

Tal como apuntaron hace un tiempo Hillary Putnam y Saul Kripke, el problema con esta noción es que se priva al intérprete de todo criterio distinto del mismo uso, para distinguir cuáles son los agentes que forman parte de la comunidad de uso, qué usos construyen y revelan el significado, y qué es preciso observar en el uso⁴³. Más aún, se priva al intérprete, incluso, de un criterio para distinguir cuál es la finalidad y el objeto de cada práctica, a cuya luz se delimita cada contexto discursivo.

Se produce la obvia consecuencia de que el intérprete acaba envuelto en una tautología o un regreso al infinito, al momento de intentar resolver a qué cosas aplican los conceptos. Y puesto que, tanto el regreso al infinito, como las tautologías, manifiestan que, en realidad, no se ha ofrecido ninguna solución, el intérprete acaba resolviendo los tres problemas discrecionalmente.

Si los objetos y fines de las prácticas sociales se construyesen sin ninguna deferencia a la realización integral de todo hombre, tanto las prácticas

42. En palabras de Quine: “Las cosas tenían esencias para Aristóteles, pero sólo las formas lingüísticas tienen significado. El significado es aquello en lo cual se convierte la esencia cuando se la divorcia de su objeto de referencia y se lo tiende sobre la palabra”, QUINE, WILLARD, W. O. (1951) [1999]: “Two Dogmas on Empiricism”, en MARGOLIS, ERIC y LAURENCE, STEPHEN (eds.), *Concepts. Core Readings*, Cambridge, Mass., MIT Press, pp. 153-169, p. 154. Una excelente explicación de la naturaleza radicalmente convencional de todas las variantes de las así llamadas por Putnam teorías “tradicionales” del lenguaje puede encontrarse en: MOORE, MICHAEL S., “Can Objectivity be Grounded on Semantics?”, VILLANUEVA, ENRIQUE (ed.), *Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity*, Rodopi Philosophical Studies, Ámsterdam, 2007, pp. 746 y ss. Una buena síntesis del resto de las notas típicas de estas teorías en: MARGOLIS, ERIC y LAURENCE, STEPHEN, “Concepts and Cognitive Sciences”, MARGOLIS, E., LAURENCE, S. (eds.), *Concepts: Core Readings*, Mit Press, Cambridge, Mass, 1999, pp. 3-80, pp. 8-15.

43. KRIPKE, SAUL, “Naming and Necessity”, en DAVIDSON, DONALD, HARMAN, GILBERT, (eds), *Semantics of Natural Language*, Reidel, Dordrecht, 1972, p. 253; PUTNAM, HILARY, “The Meaning of Meaning”, en GUNDERSON, KEITH (ed.), *Mind, Language and Reality*, Cambridge University Press, 1975, p. 131. Sobre el impacto de estos dos trabajos en la filosofía del lenguaje del siglo XX, véase, por ejemplo, PESSIN, ANDREW y GOLDBERG, SANFORD, “Preface” en PESSIN, ANDREW y GOLDBERG, SANFORD (eds.), *The Twin Earth Chronicles. Twenty Years on Reflection on Hilary Putnam’s “The Meaning of Meaning”*, M.E. Sharpe, Nueva York, 1996, xi-xiii.

en sí como sus respectivos discursos, serían absolutamente ininteligibles para cualquier agente ajeno a ellas⁴⁴.

Se explica así la razón de la tautología que invalida tanto la interpretación de los conceptos de “concepción” y “obligación de proteger” propuesta por la Corte IDH en “Artavia Murillo”, como su continuación en la propuesta de la CIDH en “Beatriz”.

El primer error de la Corte IDH consistió en que procuró identificar el significado corriente del concepto de “concepción”, como si este significado existiera de forma autónoma a todo uso contextual. En el intento de dar con un significado sin contexto, se topó con múltiples usos contextuales, y no dio razón (ni pudo darla) acerca de por qué eligió analizar unos (los recopilados en la RAE y algunos de los que integran el debate científico), y descartar otros (los filosóficos), ni mucho menos de por qué dio prioridad a unos sobre otros. Lo cierto es que no pudo justificar ninguna de estas elecciones porque previamente había desechado la opción de contemplar a la naturaleza de la concepción, como fenómeno biológico; a la naturaleza de la persona humana como objeto de protección de la CADH, y a la naturaleza de la obligación de “respeto”, como única forma posible de venerar su dignidad. Dado que excluyó esta contemplación, se privó de todo criterio para discriminar entre usos válidos e inválidos, relevantes e irrelevantes, de cada uno de estos conceptos. Esta elección metodológica la obligó a saltarse el *pseudo* límite del significado corriente, y a terminar dogmáticamente su argumentación, decantándose sin más por uno de los muchos usos previamente identificados⁴⁵.

Cuando más adelante intentó revestir a este corte dogmático de alguna forma de sujeción a las fuentes jurídicas, con todo el aparato de la interpretación histórica e intra-sistemática, acabó en la tautología de justificar su aserción de que el embrión no implantado no es persona, remitiéndose al párrafo en el que ella misma acababa de decantarse dogmáticamente por uno de los muchos usos identificados de los conceptos de concepción (y sus derivados, de “ser humano” y “vida humana”). Por si fuera poco, afrontó el desafío de comparar estos pretendidos hallazgos, con el uso de estos mismos

44. Un desarrollo más amplio de estas implicancias del convencionalismo semántico para la interpretación jurídica en general, en ZAMBRANO, PILAR, “Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *Dikaion*, 2014, pp. 23-2.

45. CIANCIARDO, JUAN, “The Specification of the Right to Life of the Unborn in the Inter-American Human Rights System. A Study of the Artavia Murillo case”, en ZAMBRANO, PILAR y SAUNDERS, WILLIAM (eds.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights. Leading Constitutional Cases Under Scrutiny*, Peter Lang, Berlín, 2019, pp. 173 y ss.

conceptos en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Este último recurso reabrió de forma más evidente aún la necesidad de delimitar la comunidad de uso, la forma de uso, y la forma de inferencia del significado, todo lo cual mostró a la Corte IDH en el apogeo del “*fontium shopping*”. Una muestra más, por si fuera necesaria, de la tautología o del regreso en el que se hunde cualquier discurso jurídico que se construye de espaldas a la naturaleza de su referencia.

8. De la disolución de la juridicidad a la disolución de la dignidad y viceversa

Si todos nuestros conceptos son el resultado de convenciones sociales, esto también se extiende, por supuesto, a nuestros conceptos valorativos y normativos, incluyendo el concepto de “dignidad”, que será lo que una comunidad más o menos organizada determine que es, y se predicará también de quienes esta misma comunidad decida que puede predicarse, o dejar de predicarse. Se comprende, así, que la Corte IDH negara con tanta facilidad el vínculo conceptual entre ser humano y personalidad jurídica, muy a pesar de la claridad de los textos en sentido contrario. El vínculo conceptual se puede cortar, simplemente, porque tenemos el poder de hacerlo, reconstruyendo a voluntad el significado de los sustantivos “concepción”, “ser humano” y “persona”.

Desde esta perspectiva, la dignidad no se concibe ya como un atributo inherente de todo ser humano (preámbulo de la DUDH), sino simplemente como una cualidad que se atribuye a aquellos a los que, de forma progresiva o regresiva, según el caso, se les vaya otorgando o retirando el privilegio de ser reconocidos como “personas”.

Los problemas que se derivan de esta relativización para cualquier práctica de derechos humanos son varios. En primer término, su finalidad de respeto a la igual dignidad de todo ser humano se torna irrealizable por ininteligible. La dignidad nombra el valor absoluto de la persona por lo cual, tal como lúcidamente apuntó hace un tiempo Robert Spaemann, no puede ser estipulado por un ser relativo (el hombre). Los valores absolutos se reconocen, o no existen como tales⁴⁶. En segundo orden, de la relativización de la dignidad no puede sino derivarse la relativización de la fuerza absoluta o ca-

46. SPAEMANN, ROBERT, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, CARLOS I. y SERNA, PEDRO (eds.), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 94 y ss.

teórica de los derechos. Si el valor de la persona en sí es relativo, igualmente relativa será la obligatoriedad de respetar sus derechos.

Contamos ya, en fin, con todas las piezas necesarias para mostrar el horizonte comprensivo que subyace a la pretensión de la CIDH de que se garantice un derecho de libertad y, más aún, de un derecho prestacional al aborto, en un contexto normativo que enuncia de forma explícita la obligación estadual de proteger legalmente el derecho a la vida desde el instante de la concepción. La CIDH no pretende comprender, sino construir *ex nihilo* el significado de los textos. En cuanto constructora de significado, se concibe a sí misma más como un órgano político, que como un auxiliar de la función jurisdiccional de la Corte IDH.

El horizonte semántico de comprensión puede ser visto, al mismo tiempo, como causa y como consecuencia de la relativización de la dignidad de la persona. El convencionalismo semántico es causa de la relativización del concepto de dignidad, porque, si el significado del concepto carece de toda referencia objetiva a la naturaleza de la persona, la extensión de su margen de aplicación dependerá de la voluntad de quien tenga el poder de determinar su significado. El convencionalismo semántico es, al mismo tiempo, consecuencia de la relativización de la dignidad, porque si la naturaleza y la extensión de la dignidad es relativa, también lo son todos los conceptos que se fundan en ella, comenzando, por supuesto, con su contracara, el concepto de “obligación de respetar”.

9. Sinceridad, transparencia y coherencia como condiciones de la legalidad

Podría en este estadio contraargumentarse que tanto la Corte IDH como la CIDH se acogen al principio de legalidad, que prescribe que todo problema jurídico se resuelva en el estrecho límite del discurso jurídico y que, allí donde este discurso calla o es oscuro, el intérprete no tiene más opción que construirlo discrecionalmente⁴⁷.

Asumiendo estas premisas, y ante la evidencia de que la desestructuración de las fuentes del derecho potencia de forma intolerable la oscuridad del discurso jurídico (y, por lo mismo, potencia también el espacio de la discrecionalidad judicial), algunos autores restringen la obligación judicial de legalidad a la conexión de la decisión judicial con, al menos, un enunciado

47. HART, HERBERT L, *The Concept of Law*, (2nd ed.), Oxford, Clarendon Press, p. 152; MARMOR, ANDREW, *Interpretation and Legal Theory*, pp. 15-16.

jurídico; o con un subsistema normativo, dentro del conjunto total de fuentes vigentes⁴⁸. Sobre esta base, todo lo que cabría exigir a la Corte IDH y a la CIDH es que funde su interpretación en cualquier artículo de la CADH, incluso a pesar su contradicción con el significado incontrovertible de otros artículos.

Sobre esto, cabe en primer término apuntar, en línea con Robert Alexy, que la obligación de sistematicidad o coherencia en la interpretación judicial no es meramente una condición de la seguridad jurídica, sino también una concreción del principio de igualdad⁴⁹. Dicho a la inversa, construir deliberadamente líneas interpretativas contradictorias de los principios de derechos conlleva una violación del derecho a la igualdad. Esta misma racionalidad subyace, por lo demás, a las reglas de interpretación convencional de interrelación e interdependencia de los derechos, de asentado uso tanto por la Corte IDH como la CIDH⁵⁰.

Sobre esta base, aun si la extensión de los derechos a la integridad, a la vida privada y a la vida familiar hasta el derecho a abortar fuera válida, desde el punto de vista del significado de estos derechos tomados aisladamente, la contradicción ineludible de esta interpretación con las obligaciones de protección correspondientes al derecho a la vida del sujeto no nacido determina necesariamente su desconexión de las fuentes vigentes.

Dejando a salvo lo dicho, aun si por un momento concediéramos que el principio de legalidad admite la existencia de contradicciones normativas intra-sistemáticas, la argumentación que precede pone de manifiesto un problema más radical. A saber, que es imposible argumentar objetivamente la validez de cualquier forma de interpretación de las fuentes jurídicas –sea tomadas aisladamente, sea tomadas sistemáticamente– cuando el intérprete asume que los tres elementos enunciados en el artículo 31.1 de la CVT –significado del texto, objeto y fin del tratado– son construcciones sociales discrecionales, sin ninguna conexión con la naturaleza de su referencia. Más exactamente, cuando se niega la inherente inteligibilidad del objeto (coordinar la acción de los Estados) y de la finalidad (en vistas a garantizar el respeto a la igual dignidad de todo ser humano) de las prácticas de derechos humanos, así como de los tipos de acciones garantizadas (el objeto de los derechos), no es

48. En el primer sentido, véase: HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL, “¿Por qué ponderar?”, *Doxa*, 41, 2018, 15-33, pp. 21 y ss.; y en el segundo ALONSO, JUAN PABLO, “Principios jurídicos y fuentes sociales del derecho”, *Doxa*, 41: 63-83 2018, p. 80 y ss.

49. Véase ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 186, 187, 231, n. 73.

50. Véase CIDH, Informe, párr. 88.

posible ser fiel al significado corriente de ningún texto convencional, por la sencilla razón de que tal significado no existe.

Llegados a este punto, cabe preguntarse cómo se concreta la deferencia a la naturaleza de las acciones reguladas por los textos de las convenciones de derechos, tanto en su interpretación, como en su argumentación. La respuesta es simple: se plasma siempre en un “ejercicio serio de filosofía”, moral y antropológica⁵¹.

Este ejercicio de reflexión es condición de posibilidad de la objetividad de la interpretación de los textos, y está por lo tanto implicado en toda decisión judicial. Tanto en las decisiones “fáciles”, en las que solo se discuten los hechos del caso, pero no así el significado de los enunciados jurídicos; como en las “difíciles”, en las cuales se discute también lo primero.

En lo que a la interpretación respecta, la diferencia entre uno y otro tipo de decisión no radica, pues, en una pretendida neutralidad moral de las decisiones fáciles, frente al compromiso moral de las difíciles. La diferencia radica, más bien, en que la reflexión moral y antropológica que subyace a la interpretación de los textos no se pone en discusión en los casos fáciles, mientras que sí se discute, en cambio, en los difíciles⁵².

El problema del aborto es un caso difícil, pues versa sobre las bases antropológicas y morales que subyacen a la comprensión de los conceptos estructurales del discurso de los derechos humanos: dignidad, persona, igualdad y obligación categórica. En esta línea, quizá haya llegado el momento de exigir tanto a los órganos de control jurisdiccional, como a los órganos de control no jurisdiccional de derechos humanos, que transparenten (y, en la medida de lo posible, justifiquen) el horizonte semántico, moral y antropológico desde el cual determinan el significado de los textos convencionales. Si no siempre, sí al menos cuando, como ocurre en el caso del aborto, es este horizonte de comprensión lo que está en discusión.

En segundo término, es tan o más exigible que estos órganos se hagan cargo de todas las consecuencias lógicas que se siguen de acoger uno u otro

51. CAROZZA, PAOLO, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. A Reply”, *The European Journal of International Law*, 19-5, 2008, 931-944, p. 937.

52. Lo que aquí llamamos “decisiones fáciles” se corresponde con lo que la literatura especializada denomina “comprensión” del texto; mientras que las decisiones “difíciles” se corresponderían con lo que esta misma literatura denomina “interpretación”. Sobres estas distinciones, véase: ZAMBRANO, PILAR, “Comprender o interpretar el Derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto”, *Revista chilena de Derecho*, 48-3 (2021), 131-154, pp. 134 y ss.

horizonte de comprensión, tanto de los derechos recogidos en los textos como de sus propias competencias dentro del SIDH⁵³.

En este segundo sentido, cabe apuntar que una consecuencia lógica indiscutible de desconectar el significado de los textos de derechos humanos, de la naturaleza de su referencia, es privarlos de dos notas esenciales al SIDH. En primer lugar, conlleva la privación de su pretensión de universalidad, pues un significado que es una construcción social pura no puede sino ser parroquial y temporal. En segundo orden, implica la anulación de toda posibilidad de guiar decisiones, y de argumentar de forma objetiva su legalidad. Ahora bien, los textos que no guían ni constriñen decisiones institucionales –tal como se advierte en el ejercicio del “*fontium shopping*”–; operan como una suerte de “uso educado de la fuerza”⁵⁴. Se permuta de esta forma la originaria vocación jurídica de sujetar las prácticas de derechos humanos al ideal del *Rule of Law*, por una vocación de interacción política débilmente institucionalizada.

53. Un desarrollo más extenso de la conveniencia de transparentar el horizonte comprensivo de la interpretación judicial en ZAMBRANO, PILAR, “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente para el uso del concepto de dignidad en la argumentación judicial”, p. 328 y ss.

54. La expresión es de Stanley Fish, véase FISH, STANLEY, “Almost Pragmatism: Richard Posner’s Jurisprudence (reviewing *The Problems of Jurisprudence* by Richard A. Posner)”, *University of Chicago Law Review*, 57, 1997, p. 1454.

LO QUE REALMENTE IMPORTA NO SON LOS TRATADOS, SINO EL MODO EN QUE FUNCIONA, EN LA PRÁCTICA, EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

POR MAX SILVA ABBOTT¹

1. Introducción

Sin lugar a duda, la consagración de los derechos humanos a nivel internacional ha sido un gran paso en la lucha por evitar o al menos aminorar los abusos de los Estados sobre sus ciudadanos, al generar diferentes instancias que velan por estos derechos, sea a nivel regional o global, haciendo más difícil su vulneración, por existir más entidades constituidas para su salvaguarda.

Lo anterior explica, al menos en parte, que los derechos humanos se hayan convertido en una exigencia obligada para los Estados, no bastando para su legitimidad, tanto de cara a sus ciudadanos como frente a la comunidad internacional, con la existencia en su interior de simples mecanismos formales jurídicos y políticos (un estado de derecho, la igualdad ante la ley, una división de poderes, un sistema democrático, etc.). Hoy se exige un contenido básico, concordante con estos derechos, para lo cual se han generado los acuerdos respectivos, sea a nivel universal o regional, como en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Sin embargo, una adecuada y siempre necesaria protección de los derechos humanos exige tener reglas claras, tanto respecto de los derechos a custodiar, como del modo de funcionamiento de las instancias internacionales de protección. Y es sobre estos dos aspectos que gira el presente artículo, a pro-

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián, Concepción, Chile. Correo electrónico: max.silva@uss.cl.

pósito del caso “Beatriz vs. El Salvador”, dado que en él se está debatiendo ni más ni menos que el derecho a la vida del no nacido.

Lo anterior se fundamenta en que, para comprender el real funcionamiento y los alcances que en los hechos busca tener el SIDH, hoy no basta con atenerse solo al tenor literal de los tratados que lo conforman. Si bien se trata de un elemento fundamental, por ser la base sobre la cual se ha edificado, en la actualidad resulta obligado prestar mucha atención al modo de su funcionamiento; ese cometido se logra si se comenta y relaciona entre sí diversas características de este Sistema.

Algunas de estas características provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general; otras han surgido al interior de este sistema regional sobre todo de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Mas lo importante es que tener en cuenta estas características se hace ineludible, pues, gracias a ellas, el funcionamiento y los alcances del SIDH adquieren una dimensión completamente distinta y hasta insospechada respecto de la que podría esperarse a la luz del tenor literal de estos tratados.

En atención a lo anterior y con el cometido señalado (es decir, mostrar esta diferencia entre la teoría y la práctica), el presente artículo se dividirá en dos partes. En la primera (título 2), más breve, se hará una corta y simple exégesis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el tratado clave del Sistema, de acuerdo con su tenor literal, a fin de indagar si en él se consagra o no un “derecho al aborto”. Luego, y como contrapunto, en una segunda parte, más extensa, se tratarán varias de las características del funcionamiento del SIDH que merecen atención (título 3), a fin de verificar hasta qué punto se encuentran en armonía o si se prefiere, si refuerzan –o no– la aplicación del contenido del tratado antes analizado (título 4).

Como veremos, se advierte que muchos de los argumentos que se señalarán en la primera parte se vinculan y fundamentan en otros de la segunda parte. Además, esta segunda parte se refiere al funcionamiento del SIDH en general, no en alusión a un eventual “derecho al aborto” en particular.

Finalmente, se expondrán diversas ideas a partir de lo dicho (título 5) para arribar a algunas conclusiones (título 6).

2. ¿Consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos un “derecho al aborto”?

Al menos hasta el momento, no existe ningún documento público vinculante dentro del SIDH que establezca un “derecho al aborto”. De hecho, quien

afirme lo contrario debe probarlo, mostrando no solo los instrumentos que lo consagren, sino su grado de obligatoriedad para los Estados que componen el SIDH.

Por las razones que se esgrimirán en el punto 4, se advierte que la consagración de un supuesto “derecho al aborto” en documentos internacionales no vinculantes [*soft law*] no legitima una prerrogativa semejante.

En realidad, de la sola lectura de la CADH se desprende exactamente lo opuesto: que el derecho a la vida del no nacido se encuentra especialmente protegido dentro del SIDH, salvo excepciones que, dicho sea de paso, dependerán de cada país, para casos muy acotados.

Lo anterior resulta evidente, a tenor de diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, parte de los cuales se reproducen aquí.

En efecto, el quid del problema de los derechos involucrados en este asunto, que se vinculan ni más ni menos que al estatuto jurídico del no nacido (sea cigoto, embrión o feto, da igual), radica no tanto en el art. 4.1 de la CADH, permanentemente invocado, pese a su importancia fundamental, sino en el art. 1.2 (“Para efectos de esta convención, persona es todo ser humano”), el que debe vincularse, primero con el art. 1.1, que obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos para toda persona, “sin discriminación alguna por motivos [...] de cualquier otra índole [...] o cualquier otra condición social”, y luego con el art. 3: “[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En realidad, se estima que solo luego de estos artículos, que por su posición inicial guardan un papel orientador para las demás disposiciones de este tratado, y a fin de evitar malentendidos o incluso tergiversaciones, debiera acudirse al art. 4.1: “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”.

De esta manera, ya que “persona es todo ser humano” (art. 1.2), no debiera admitirse ninguna discriminación a este respecto (art. 1.1), ni siquiera para el no nacido, pues no cabe duda alguna, entre otros motivos, en atención a su información genética, de que se trata de un miembro de la familia humana. De hecho, los padres no están preocupados por que su hijo en gestación pueda pertenecer a otra especie, sino por que llegue a buen término. Por tanto, puesto que es un ser humano y no debe ser discriminado, se trata también de una persona.

Como persona que es y no puede dejar de ser, y nuevamente a fin de que no se la discrimine, tiene “derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 3). Esto es, posee un conjunto de derechos humanos (no así todavía deberes, por razones obvias de su desarrollo) que deben ser respetados

por todos, aunque esto ocasione eventualmente molestias o inconvenientes a terceros, como por lo demás, ocurre con muchos derechos humanos, cuyo ejercicio “estorba” a otros, pues en caso contrario, no serían reales derechos.

En realidad, solo así resulta posible hablar verdaderamente de “derechos” que, como resulta evidente, no pueden ser desconocidos por meros intereses o incluso el fastidio de quienes se vean obligados a respetarlos. Únicamente podrían cuestionarse si se esgrimen otros derechos tanto o más importantes, debiendo intentarse primero llegar a una conciliación entre todos en vez de eliminar al o a los que posean menor jerarquía. Mas, parece difícil que cualquier otro derecho pueda ser superior a la vida de un ser inocente, como en este caso, ya que para poder ejercerlo primero se requiere estar vivo. O si se prefiere, sin la vida resulta imposible la existencia de los restantes derechos. En este sentido, podría decirse que el derecho a la vida es “lo principal” y todos los restantes derechos “lo accesorio”, de tal suerte que, como señala el conocido adagio, “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

Ahora bien, si se explicita un poco más lo antes ordenado por la CADH, y puesto que se está en presencia de una persona, en el texto se insiste: “Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida” (art. 4.1, primera frase), aspecto fundamental para poder ejercer los restantes derechos, según se ha dicho. Esta es, pues, la situación general: que a todos los seres humanos (y, por tanto, personas), nacidos o no, sin discriminación alguna, se les debe respetar su derecho a la vida.

Luego, en el mismo artículo, a continuación de un punto seguido (lo que muestra que va en el mismo orden de ideas), lo anterior vuelve a ser ratificado, pero de forma especial: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Resulta, entonces, que el tratado expresamente alude al no nacido —y se supone que no existen cláusulas inútiles o innecesarias en un tratado—, en atención a su calidad de persona; incluso se señala expresamente al “momento de la concepción” (y no desde otro instante posterior, como la anidación, por ejemplo) como el comienzo de la protección del derecho a la vida, lo que debiera ser, además, la situación común o “general”. Cabe resaltar que, en virtud del “efecto útil” de las disposiciones de un tratado, parece absurdo que no exista un evidente propósito de dejar las cosas claras a este respecto.

De hecho, en el texto del tratado podría no haberse explicitado este dato sobre el ser humano antes de nacer, pues en estricto rigor, basta con el art. 1.2: “persona es todo ser humano”, en relación con el art. 1.1 (que prohíbe la discriminación arbitraria), reforzado con el art. 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” y, finalmente, la primera frase del art. 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida”. Pero

si el tratado se tomó la molestia de invocar al no nacido mediante una cláusula especial, ello muestra muy a las claras el espíritu de la época e incluso el actual, ya que la mayoría de las legislaciones de nuestro continente protegen la vida desde la concepción o permiten el aborto como una situación excepcional.

Finalmente, y como si fuera poco, la última frase del art. 4.1 refuerza la misma idea, de modo general: “Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”, lo cual también es una especificación de lo establecido en los arts. 1.1 y 3. Y una muestra de arbitrariedad es segar la vida de alguien por la condición que ostente (ya que para tener este derecho solo basta con pertenecer a la especie humana, al tenor del art. 1.2), en este caso, su condición de no nacido.

Por último, como término de este periplo, se prohíbe la pena de muerte para la mujer embarazada (art. 4.5), obviamente porque ello acarrearía también la muerte arbitraria del no nacido, lo que violaría su derecho a la vida, por tratarse de un ser inocente. Este artículo es más importante de lo que se cree, pues evidencia que el derecho a la vida del no nacido es autónomo y distinto respecto al derecho a la vida de la madre. En suma, que se trata de otro sujeto de derechos, cuya personalidad jurídica debe ser reconocida (art. 3).

O si se prefiere, demuestra que el art. 4.5 apunta a dos titulares del derecho a la vida. Al tratarse así de *otro ser humano o persona*, no tiene por qué sufrir, si bien de forma indirecta, los efectos de una acción contra un tercero, aunque sea su propia madre, no solo por ello, sino además como se ha dicho, por ser inocente.

De manera más indirecta, también pueden invocarse dentro de la CADH, por ejemplo, para condenar la tentativa de aborto o un aborto frustrado, los arts. 5.1: “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y 5.2: “[n]adie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Ahora bien, se ha realizado este sencillo ejercicio de interpretación (para lo cual se ha seguido sobre todo lo establecido en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”), interpretación incluso reiterativa y hasta redundante, a propósito, con el objeto de mostrar lo que resulta evidente: que la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege la vida del no nacido al considerarlo una persona desde la concepción, al reconocerlo como un miembro de la especie humana, que por lo demás, es el único requisito que exige para ser considerado persona. De esta manera, para la Convención, persona y ser humano vienen a ser lo mismo.

Todo lo que he señalado se ratifica si se aplica el principio *pro homine* o *pro persona*. En efecto, puesto que el no nacido es una persona, su máxima pro-

tección debe ser un *leitmotiv* esencial en la interpretación de los derechos que lo afectan, partiendo por su derecho a la vida, expandiendo este último en lo que haga falta (con lo que se lo puede hacer primar sobre otros derechos de terceros) y, al contrario, de modo que se limite lo más posible sus eventuales restricciones. Sobre el principio *pro homine* se volverá en la segunda parte de este trabajo.

Esta auténtica válvula interpretativa podría incluso fundamentar la prohibición de cualquier tipo de aborto directo, en atención a que la práctica implica la condena a muerte de una persona inocente, lo que se torna más urgente aún, aunque sea de Perogrullo, al ser sus efectos irremediables. Si de verdad son persona todos los miembros de la especie humana y, por tanto, esencialmente iguales, el principio *pro homine* debiera llevar a esta conclusión, porque “[n]adie puede ser privado de su vida arbitrariamente” (art. 4.1 frase final). Y no parece existir una situación más arbitraria que privar a alguien de su vida por hechos que no le empecen (en el fondo, por su condición de no nacido), o si se prefiere, matar a una persona que es completamente inocente, ya que no puede ser considerada culpable de nada.

Sin embargo, por las razones que se expondrán en el epígrafe siguiente, en especial en sus números 6 y 7 y en el subsiguiente, en su numeral 7, desde el punto de vista de la Corte IDH, el principio *pro homine* no ha sido utilizado de la manera antedicha.

Como se sabe, la Corte falló de manera muy distinta en el conocido caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”² y otro tanto hizo en el menos conocido caso

2. Este fallo ha sido analizado en SILVA ABBOTT, MAX, “El caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*: análisis crítico y posibles efectos regionales”, *Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, Año III, N° 6 2015, pp. 13-61; SILVA ABBOTT, MAX, “Los posibles efectos continentales del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* a la luz del actual estado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en RAMOS KURI, MANUEL (COORD.), *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*, Querétaro, CISAV, Centro de Investigación Social Avanzada, 2016, pp. 79-114; SILVA ABBOTT, MAX, “Un peligro para la dignidad humana del no nacido: el caso *Artavia Murillo* y el control de convencionalidad” [en línea]. Presentado en las *Duodécimas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana*, Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/peligro-dignidad-humana-no-nacido-abbott.pdf> (fecha de consulta 14/5/2023); SILVA ABBOTT, MAX y DE JESÚS CASTALDI, LIGIA, “¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal (internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, *Prudentia Iuris*, Universidad Católica Argentina, vol. 82, 2016, pp. 19-58.

“Gómez Murillo vs. Costa Rica”³. Las razones que explican parcialmente lo anterior –y que no se analizan aquí– se relacionan y derivan del modo en que actualmente funciona el SIDH. Estas características vinculadas con su funcionamiento se desarrollan en la segunda parte de este estudio; y a partir de ese examen, posteriormente se realizará un contrapunto con la exégesis realizada más arriba, a fin de determinar si dichas características son compatibles o no con ella.

3. El real modo de funcionamiento del Sistema Interamericano

El propósito del presente epígrafe podría resumirse con esta simple pregunta: si la CADH es tan clara en la protección del derecho a la vida del no nacido, ¿por qué la Corte ha llegado a interpretaciones tan distintas a su respecto? Ello se explica en buena medida gracias a diversas características que posee el funcionamiento del SIDH, que pasan a comentarse a continuación.

Primeramente, resulta imprescindible explicar que, para comprender lo que realmente está ocurriendo en la práctica dentro del SIDH, no basta en absoluto con indagar solo en los tratados que lo componen, tanto en su tenor literal como en las intenciones de sus redactores. Ello, pues las características que se abordarán en seguida permiten alterar de manera bastante profunda e incluso relativamente impredecible dicho significado y alcance.

Existen así al menos siete características que, se estima, resultan esenciales para comprender lo antes dicho; por tal razón, en lo sucesivo, se hablará por regla general de un “Derecho Interamericano de Derechos Humanos”, emanado de los órganos creados por la CADH. En el próximo apartado se harán algunos comentarios a su respecto, referidos a la interacción mutua y la influencia que todo lo anterior posee en la comprensión de los tratados de derechos humanos al interior del Sistema.

Se reitera que este análisis se refiere a los contornos que ha adquirido el funcionamiento general del Sistema Interamericano, y no atañen específicamente al caso “Beatriz”, aunque, la idea es que se apliquen al tema específico

3. De manera más bien tangencial, este fallo ha sido analizado en SILVA ABBOTT, MAX, “¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?”, en HERRERA, DANIEL; LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS; MAINO, GABRIEL; RANIERI, DÉBORA, (coords.) *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina - Konrad Adenauer Stiftung, 2018, pp. 321-361, en particular en las pp. 350-351.

que motiva esta causa, así como a otras en que la Corte ha dado su parecer sobre el derecho a la vida del no nacido.

1) En primer lugar, se estima para los defensores del Sistema Interamericano que los tratados de derechos humanos poseen un “sentido autónomo”⁴; esto es, que su significado y alcance dependen de lo que determine el órgano guardián respectivo establecido por ese mismo tratado, en el presente caso, la Corte IDH⁵. Con todo, lo mismo podría decirse de otros órganos no jurisdiccionales, como los comités o comisiones internacionales de cada tratado de derechos humanos.

Por tanto, lo que dichos tratados establecen y exigen a los Estados suscriptores no dependería de lo que estos mismos Estados entiendan ahora o hayan entendido al momento de suscribir estos instrumentos y someterlos a su control de constitucionalidad local⁶, sino de lo que determinen sus órganos guardianes, que, en el fondo, han terminado monopolizando su interpretación⁷.

4. CANÇADO TRINDADE, ANTONIO A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 26-30 y 52; FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 3ª ed., pp. 88-91; NÚÑEZ POBLETE, MANUEL, “Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia”, *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios*, Año 2, N° 4, 2011, p. 53.

5. IBÁÑEZ RIVAS, JUANA MARÍA, *Control de convencionalidad*, México, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 106; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PEREIRA DE OLIVEIRA, F.; BITTENCOURT, F.; DAL MASO, T. (coords.), *Controle de Convencionalidade*, Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 32; BURGORGUE-LARSEN, LAWRENCE, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en VON BOGDANDY, ARMIN; FIX-FIERRO, HÉCTOR; MORALES, MARIELA (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, 2014, p. 451.

6. En parte, HITTERS, JUAN CARLOS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 2008, p. 140; AMAYA VILLARREAL, ÁLVARO FRANCISCO, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, 2005, pp. 344-345; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, núm. 135, 2012, pp. 1178-1179.

7. De forma más o menos indirecta, RODRÍGUEZ HUERTA, GABRIELA, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, en GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO; CAS-

2) En segundo lugar, se dice que los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos”⁸. Esto significa que la interpretación de su sentido y alcance, monopolizado por sus órganos guardianes, debe ir adaptándose a las nuevas circunstancias de cada momento, para asegurar una adecuada protección de los derechos humanos.

Se comprende sin mayor dificultad la notable retroalimentación que se produce entre el “sentido autónomo” y la calidad de “instrumentos vivos” de estos tratados, además de fundamentarse en buena medida lo primero en esto último: dado que las circunstancias van cambiando, los órganos guardianes respectivos se consideran legitimados para ir adaptando el modo de entender estos tratados a los nuevos escenarios, independizándose su interpretación de la de los Estados, e incluso pretendiendo deslegitimarla completamente, a menos que se encuentre en consonancia con ella, según se verá más adelante.

3) En tercer lugar, esta interpretación “autónoma” y “viva”, que llevan a cabo los órganos guardianes de estos tratados, está impulsada por el “principio de progresividad” o “principio de no retroceso”⁹. Esto significa que la protección de los derechos humanos a través de la exégesis de los tratados correspondientes debe ser cada vez mayor, abarcando el máximo posible de situaciones, lo que se vincula estrechamente con su carácter “vivo”. De ahí

TAÑEDA HERNÁNDEZ, MIREYA (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, UNAM -Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 212-214; NÚÑEZ, “Principios metodológicos...”, pp. 54-55.

8. CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 47-48; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL; SALAZAR UGARTE, PEDRO (eds.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, 2011, p. 392; VOGELFANGER, ALAN DIEGO, “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, 2015, p. 261.

9. CASTILLA-JUÁREZ, KARLOS, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, p. 157; OROZCO HENRÍQUEZ, JOSÉ DE JESÚS, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 2011, p. 93; AYALA CORAO, CARLOS, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Estudios Constitucionales*, 10 N° 2, 2011, pp. 655 y 665-678.

que se prohíba retroceder a interpretaciones anteriores menos protectoras a su respecto¹⁰.

Nuevamente, se percibe la estrecha relación y retroalimentación mutua entre las características del Sistema, de manera que se otorga aún más libertad a los órganos guardianes para ir, en el fondo, modificando el contenido inicial y acordado de los tratados que tutelan.

4) En cuarto lugar, en el caso del “Derecho Interamericano”, la Corte de San José ha ido generando diversas reglas de interpretación por vía jurisprudencial, que en buena medida han ido eclipsando a las establecidas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹¹ y que resultan enormemente dúctiles¹². De este modo, en atención a su contenido especial y a fin de lograr la mayor protección posible a su respecto, la interpretación de los tratados de derechos humanos debiera ser, desde su parecer, evolutiva¹³, diná-

10. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, N° 19, 2013, pp. 234, 242-243, 253 y 270; MANCILLA CASTRO, ROBERTO GUSTAVO, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33, 2015, pp. 83-85; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en VON BOGDANDY; FIX-FIERRO; MORALES (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina...*, p. 298.

11. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*, México, UNAM, 2017, p. 44.

12. AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, *Estudios Constitucionales*, Año 7 N° 1, 2009, pp. 92-93; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 149-150; VÁSQUEZ, LUIS DANIEL y SERRANO, SANDRA, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL y SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional...*, p. 155.

13. GALDÁMEZ ZELADA, LILIANA, “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N°3, 2007, pp. 442-486; AGUILAR CAVALLO, “La Corte Suprema y...”, pp. 92-93; FERRER Y PELAYO, “La obligación de ‘respetar’...”, pp. 149-150.

mica¹⁴, sistemática¹⁵, progresista¹⁶ y finalista¹⁷, entre otras características. Lo anterior, al margen de ser estos derechos indivisibles¹⁸ e interdependientes¹⁹, si bien estas dos últimas son exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general.

Resulta evidente que esta forma de proceder otorga una notable libertad al intérprete, lo que, unido a las restantes características mencionadas, hace que la evolución que pueda tener la manera en que serán entendidos estos tratados se haga cada vez más imprevisible, alejándose más y más del modo primitivo de comprenderlos, que fue el parámetro que tuvo en vista cada Estado al momento de incorporarlos a su ordenamiento interno y someterlo a su propio control de constitucionalidad.

14. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, 2013, p. 521; SANTIAGO, ALFONSO, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, *Persona y Derecho*, Vol. 60, 2009, p. 111; AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “Control de convencionalidad y la prohibición de la discriminación en Chile”, *Opinión Jurídica*, Vol. 18 (36), 2019, p. 64.

15. FRÍES MONLEÓN, LORENA, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2012, pp. 169-171; OROZCO, “Los derechos humanos y...”, p. 93; CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, pp. 154-157.

16. NÚÑEZ POBLETE, MANUEL, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA; NÚÑEZ POBLETE, MANUEL, (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012, p. 29; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, 2012, pp. 69 y 82; CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 23-25, 40, 46-49 y 532-533.

17. CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 27, 40 y 168-169; Nogueira, “Diálogo interjurisdiccional, control...”, p. 82; GALDÁMEZ, “Protección de la víctima...”, p. 445.

18. OROZCO, “Los derechos humanos y...”, pp. 93-94; VÁSQUEZ y SERRANO, “Los principios de universalidad...”, pp. 148-159; CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 33-34, 37-41, 65-72 y 93-144.

19. CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, p. 117; FRÍES, “El Instituto Nacional...”, pp. 169-171; CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, pp. 154-157.

5) En quinto lugar, la Corte de San José se considera a sí misma la intérprete “definitiva”²⁰, “última”²¹ e “inapelable”²² de la CADH y los demás tratados que le han otorgado competencia, lo que significa que los Estados, en teoría, habrían renunciado a realizar su propia exégesis, delegándola sin limitaciones en este tribunal²³, quedando sometidos al parecer de la Corte en atención a haber suscrito libre y soberanamente los tratados de derechos humanos respectivos²⁴.

20. HITTERS, JUAN CARLOS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 115, 118 y 122; FERRER, “Interpretación conforme...”, pp. 424 y 427; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control...”, pp. 62-63 y 90-98.

21. AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 727-728 y 740-742; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> (fecha de consulta: 27/3/2014), s/f, p. 386; HITTERS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad...”, pp. 115, 118 y 122.

22. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, N° 19, 2013, p. 222; FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año 1, N° 1, 2004, pp. 173 y 179; FERRER, “Interpretación conforme...”, pp. 368 y 400-401.

23. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. American Journal of International Law (ASIL)*, Vol. 109, 2015, p. 98; BURGORGUE-LARSEN, “La Corte Interamericana...”, p. 451; AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 9, 2016, p. 141.

24. BAZÁN, VÍCTOR, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XVI, 2010, pp. 173-174; GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 28-31; GARCÍA SAYÁN, DIEGO, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 93 y 96.

Por eso varios autores –tanto desde posturas favorables como críticas– estiman que la Corte de San José busca erigirse en una especie de tribunal constitucional continental²⁵, cuyas sentencias pretenden convertirse en un precedente obligatorio para guiar a todos los países del hemisferio en la protección de los derechos humanos, homogeneizándolos²⁶.

De este modo, se buscaría arribar a un *ius commune* interamericano²⁷ (también se habla a este respecto y con pretensiones similares, de un orden

25. DULITZKY, ARIEL E., “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, Vol. 50, Issue 1, 2015, pp. 64-65; BINDER, CHRISTINA, “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en VON BOGDANDY, ARMIN; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, (trad. de AGUILAR CAVALLO, GONZALO y STEWART, REBECCA), UNAM, Max-Planck-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Volkerrecht; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, tomo II, especialmente pp. 169-170; HITTERS, “¿Son vinculantes...”, p. 147.

26. Desde varias perspectivas y nomenclaturas, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos en América Latina”, en VON BOGDANDY, ARMIN; MORALES, MARIELA; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, Max Planck Institute, 2017, pp. 437-438; OLANO GARCÍA, HERNÁN ALEJANDRO, “Teoría del Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 2016, p. 67; IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, p. 106.

27. DULITZKY, ARIEL E., “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, en RIVERA, JULIO CÉSAR (h); ELÍAS, JOSÉ SEBASTIÁN; GROSMAN, LUCAS, SEBASTIÁN; LEGARRE, SANTIAGO, (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 548; GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Sobre el control de convencionalidad”. *Pensamiento Constitucional*, N° 22, 2016, p. 175; CABALLERO OCHOA, JOSÉ LUIS, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, en CARBONELL y SALAZAR, (coords.), *La reforma constitucional...*, ob. cit., p. 129.

público interamericano²⁸ y de un *corpus iuris* interamericano²⁹). Es decir, a algo parecido a un constitucionalismo global³⁰.

6) En sexto lugar, la protección de los derechos humanos está guiada para la Corte IDH (y en parte para los jueces locales) por el “principio *pro homine*” o “favor persona”³¹. Tal principio tiende a que se busque la norma que mejor proteja los derechos en juego o que en menor medida los restrinja cuando ello resulte lícito, a fin de otorgar la mayor tutela posible a las víctimas³².

Este es un principio absolutamente fundamental (de hecho, podría ser considerado una auténtica “pieza bisagra” en el modo de aplicar el “Derecho Interamericano”) a la hora de explicar el proceder no solo de la Corte de San José, sino también de los jueces nacionales.

28. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, 2013, pp. 686 y 679-682; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°1, 2012, p. 152; BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 301-304.

29. LONDOÑO LÁZARO, MARÍA CARMELINA, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes; confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, Año XLIII, núm. 128, 2010, p. 763; CABALLERO, “La cláusula de interpretación conforme...”, p. 129; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control...”, pp. 79-87.

30. PETERS, ANNE, “Los méritos del constitucionalismo global”, *Revista Derecho del Estado* N° 40, (trad. GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO y FABRA, JORGE LUIS), 2018, pp. 3-20; MORA-CARVAJAL, DAVID ALEJANDRO, “El constitucionalismo global: ¿oportunidad para un derecho internacional más unitario y coherente?”, *Revista Derecho del Estado* N° 45, 2020, pp. 108-115; VON BOGDANDY, ARMIN, “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El Concepto de lo Político* de Carl Schmitt”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, 2019, p. 135.

31. HITTERS, JUAN CARLOS, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘*erga omnes*’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 2013, pp. 708-709; GÓMEZ ROBLEDO, JUAN MANUEL, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 141-142; BECERRA, “La jerarquía de los tratados...”, p. 317.

32. CABALLERO, “La cláusula de interpretación conforme...”, pp. 132-133 y 141-142; AMAYA, “El principio *pro homine*...”, pp. 337-380; CARBONELL, MIGUEL, “Introducción general al control de convencionalidad”, 2013, pp. 84-87, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> (fecha de consulta: 14/5/2014).

Ahora bien, para comprender de mejor manera los reales alcances de este principio, es necesario distinguir tres posibilidades de acción que el desarrollo jurisprudencial de la propia Corte IDH ha ido asignándole con el correr del tiempo:

a) En primer lugar, el principio *pro homine* autorizaría al juez para buscar la normativa que –desde su perspectiva– mejor proteja o menos restrinja los derechos humanos en juego en el caso, pudiendo encontrarla tanto en el ámbito nacional como internacional³³. De este modo, se está llamando a los jueces locales a elevar la mirada más allá de sus normas domésticas y a “otear” el horizonte internacional.

La práctica conlleva a proceder en buena medida al margen de diversos criterios formales, como la jerarquía o la especialidad de las normas en juego³⁴, para lo cual sus defensores abogan por un creciente activismo judicial³⁵.

Incluso existe doctrina que considera que el juez local primero debiera analizar la normativa internacional y solo aplicar la local si supera la protección establecida por ella³⁶.

33. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 2011, pp. 134-138; NASH, ROJAS, CLAUDIO y NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, núm. 148, 2017, pp. 188 y 224; QUINTANA OSUNA, KARLA I., *Control de convencionalidad en el Derecho Interamericano y Mexicano. Retos y perspectivas*, México, Porrúa, 2019, posición 1141, 1147 y 1320. Esta obra solo pudo consultarse en formato *Kindle*, en el cual no aparece el número de página, solo la “posición” del texto (en adelante, pos.), que cambia levemente cada vez que se abre el documento. De ahí que se trate de una referencia aproximada.

34. Desde varias perspectivas y sin emplear siempre esta terminología, acusan esta situación, HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM y NÚÑEZ, JOSÉ IGNACIO, “El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, 2016, pp. 338-339; QUINTANA OSUNA, *Control de convencionalidad...*, pp. 3013 y 3017; CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, pp. 149-153.

35. GARCÍA RAMÍREZ, “Sobre el control...”, p. 182; VON BOGDANDY ARMIN, *Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual, en VON BOGDANDY; MORALES; FERRER MAC-GREGOR (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina...*, pp. 156-161; GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”, *Revista Derecho del Estado*, N° 36, 2016, pp. 134, 136-143, 158-160 y 162.

36. SALGADO LEDESMA, ERÉNDIRA, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 26, junio-diciembre, 2012, p. 224; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coord.) *La protección de los derechos humanos y fundamentales de*

b) Por otro lado, luego de elegida la norma que se considere idónea, el principio *pro homine* facultaría al juzgador para buscar la interpretación más favorable o menos perjudicial para las víctimas del caso que debe fallar³⁷, siempre guiada por los criterios internacionales³⁸, lo cual unido a las dúctiles reglas de interpretación vistas a propósito del Derecho internacional, le otorga una notable libertad.

c) Finalmente, si bien solo respecto de la Corte IDH, el principio *pro homine* la ha hecho establecer mediante su propia jurisprudencia, que ella se encontraría habilitada para buscar con absoluta libertad y donde quiera, la norma o también la disposición no vinculante que, desde su perspectiva casuística, mejor proteja los derechos involucrados³⁹, sea nacional o internacional, de manera independiente a que ella obligue o no al Estado condenado⁴⁰. De ahí que haya fundamentado parte de sus fallos con material extra-convención⁴¹ (tratados universales, del sistema europeo⁴², sentencias del Tribunal europeo,

acuerdo a la constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 17; FERRER, “Conventionality Control. The New Doctrine...”, p. 93.

37. HITTERS, “Un avance en el control...”, pp. 708-709; FERRER, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, p. 676; AGUILAR CAVALLO, GONZALO y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 84, 2016, pp. 13, 17 y 22-23.

38. SAGÜÉS, “El ‘control de convencionalidad’ en...”, p. 385; FERRER, “Conventionality Control...”, p. 93; NASH y NÚÑEZ, “Recepción formal y sustantiva...”, p. 207.

39. PAÚL DÍAZ, ÁLVARO, “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Año 1, N° 2, 2013, pp. 310-314; HITTERS, JUAN CARLOS, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”. *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 542-543; FERRER, “Interpretación conforme...”, pp. 340 y 393.

40. GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, pp. 134-138; HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, pp. 542-543; PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, pp. 310-314.

41. En general y desde varias perspectivas y nomenclaturas, MORALES, “Interamericanización...”, p. 436; MURILLO CRUZ, DAVID ANDRÉS, “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes (Colombia), N° 36, 2016, pp. 22-24; VOGELFANGER, “La creación de Derecho...”, pp. 263-264.

42. PAÚL DÍAZ, ÁLVARO, “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina”, *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), Vol. 87, N° 246, 2019, p. 60; HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM, “Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, N° 2, 2018, pp. 347-348; MIRA GONZÁLEZ, CLARA MARÍA y ARENAS AGUDELO, JUAN PABLO, “El Derecho Internacional Humanitario en las sentencias de la Corte Interamericana: Un análisis de los casos colombianos”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Medellín, Colombia), Vol. 48, N° 129, 2018, pp. 401-415.

de tribunales constitucionales o cortes supremas de diferentes países, leyes internas de algún Estado⁴³, *soft law* internacional⁴⁴, etc.).

7) Finalmente, y en séptimo lugar, la Corte considera que el modo en que ella interpreta y entiende los derechos humanos es solo el “estándar mínimo” en cuanto a la protección que debe procurarse a su respecto⁴⁵, o si se prefiere, constituye únicamente la “línea de flotación” en la protección que debe otorgarse a estos derechos. Lo anterior hace que los Estados deban al menos igualar este nivel de protección mediante su normativa interna, si bien nada impide que lleguen más lejos que estos organismos internacionales en su tutela⁴⁶.

Por iguales razones, los jueces locales solo podrían aplicar su normativa doméstica si ella iguala o supera los parámetros internacionales, parámetros que según se ha dicho, van cambiando constantemente, al ser los tratados de derechos humanos instrumentos vivos, dotados de un sentido autónomo e impulsada su dúctil interpretación por el principio *pro homine* y el de progresividad. En este sentido, las exigencias del estándar mínimo se elevarían permanentemente en virtud de este último.

Hasta aquí la breve exposición de estas características, que, como puede verse, se refuerzan mutuamente.

Se insiste en que resulta absolutamente insuficiente limitarse hoy solo al análisis del tenor literal de los tratados del Sistema, pues el verdadero “Derecho Interamericano” solo se comprende bien analizando su modo de funcionamiento, al mostrar cómo lo comprenden y exigen sus órganos guardianes.

43. GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, pp. 134-135 y 137-138; HITTERS, “El control de convencionalidad y el cumplimiento...”, pp. 542-543; FERRER y PELAYO, “La obligación de ‘respetar’...”, pp. 164-165.

44. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, 2013, pp. 156-157; GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, pp. 134-135 y 137-138; FERRER, “El Control de Convencionalidad...”, pp. 30-31.

45. PROVESAN, FLAVIA, “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en VON BOGDANDY; FIX-FIERRO; MORALES (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina...*, p. 74; NOGUEIRA, “El uso del derecho convencional...”, pp. 184-185; MORALES, “El Estado abierto...”, p. 266.

46. CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 310-314; FERRER, “Eficacia de la sentencia...”, pp. 676-677; NOGUEIRA, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera...”, pp. 221-274.

De ahí que pueda señalarse que en parte los derechos humanos se encuentran en un proceso permanente de construcción y de reconstrucción⁴⁷.

4. La influencia de estas características en los tratados del Sistema Interamericano

Como en parte se ha adelantado, la impresión evidente que dejan las características analizadas es que el órgano guardián de la CADH posee una notable libertad al momento de interpretarla, pudiendo arribar a conclusiones no solo más o menos alejadas del tenor literal de este tratado, sino también bastante imprevisibles. No solo eso: las características aludidas ofrecen al órgano guardián, además de esta notable libertad, una peligrosa discrecionalidad, puesto que su interpretación siempre sería la “correcta”, por decirlo de algún modo, a fuer del hecho de que su actividad no se encuentra fiscalizada por nadie.

Se desarrollarán estas ideas desde cada una de las características analizadas, en el mismo orden en que fueron expuestas, pero a medida que se avance se las relacionará entre sí. Se reitera que todo lo dicho alude al funcionamiento del SIDH en general y no de manera específica al tema que se aborda en el caso “Beatriz” (si existe o no un “derecho al aborto”), aunque sus conclusiones se aplican a esta problemática.

1) En efecto, si los tratados tienen un “sentido autónomo”, ello significa que solo y únicamente valdría la interpretación emanada de su órgano custodio de un modo infalible: todo lo que diga representaría siempre el sentido y alcance del tratado supuestamente interpretado, no valiendo en absoluto las exégesis de los propios Estados, las que carecerían de legitimidad.

Ahora, si las interpretaciones realizadas por los Estados resultan ilegítimas, ello significaría que esta exégesis solo habría servido en su momento para incorporar el tratado a su propio orden interno, lo que explica también las eventuales reservas realizadas o contrariamente las modificaciones legales o incluso constitucionales hechas para lograr la armonía entre dicho orden interno y las disposiciones internacionales.

47. En parte he tratado sobre este proceso en SILVA ABBOTT, MAX, “Prólogo: Sin un fundamento adecuado, los derechos humanos se convierten en un insospechado peligro”, en HERRERA FRAGOSO, AGUSTÍN A. (coord.) *Derechos Humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas*. Tomo I. *Sustento histórico, antropológico y filosófico de los Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 13-41.

Lo que quiere recalcar es que cada Estado tiene que haber llegado necesariamente a algún tipo de comprensión de lo que el tratado que suscribe significa, pues de no ser así, habría sido imposible su aceptación. Sin embargo, si los tratados tienen un sentido autónomo, esta exégesis resultaría inoponible para los órganos internacionales de protección que, además, la irían haciendo evolucionar al tenor de varias de las restantes características vistas.

De ser así, la interpretación del Estado solo serviría para introducir dicho tratado en su orden interno, luego de lo cual este instrumento adquiriría vida propia, de la mano de la labor de sus órganos guardianes. Consecuentemente, el Estado no tendría claro realmente a qué se obligó. En cierta medida, su papel se habría limitado a dar una especie de “puntapié inicial”, luego de lo cual este proceso escaparía completamente a su control.

Más aún, si de nada vale la interpretación inicial del Estado, salvo para lo antes dicho, surgen serias dudas respecto de los reales compromisos que habría asumido. Incluso, lo anterior obligaría a preguntarse si realmente ha existido un verdadero consentimiento de su parte y, por ende, si cabe exigirle dichas obligaciones internacionales, obligaciones que pueden ser muy diferentes a las que entendió en su momento, e incluso, que van cambiando con el tiempo. En suma, cabría así preguntarse: ¿a qué se obligaron realmente los Estados? ¿Se obligaron a algo realmente?

2) Todo lo dicho se refuerza dada la consideración de los tratados como “instrumentos vivos”, pues además de pretender que su interpretación sea independiente a la de los Estados, se busca que esa hermenéutica vaya evolucionando de acuerdo con las circunstancias de cada momento. Y como estas circunstancias son, por regla general, impredecibles, lo mismo ocurre con la evolución de la interpretación “viva”, que depende de dichas circunstancias.

Como resultado, se vuelve aún más nebuloso saber a qué se comprometieron realmente los Estados en su momento, pues nadie –incluidos los organismos internacionales– sabe lo que ocurrirá en el futuro; salvo, como dice un conocido refrán, que la realidad siempre supera a la ficción. Ahora bien, resulta evidente que siempre surgirán situaciones nuevas e imprevistas. Sin embargo, de ser estas demasiado distintas a las actuales, ello debiera llevar a la suscripción de nuevos tratados que las aborden expresa y claramente, no a extender indefinidamente el sentido y alcance inicial de las convenciones vigentes, mediante interpretaciones que más se acercan a modificaciones de dichos tratados.

La alteración de los tratados originales es reconocida por la doctrina cuando se habla de una “interpretación mutativa por adición”⁴⁸, en el sentido de que, aun cuando el texto queda incólume, se ha agregado algo al pacto, evidentemente al margen de la voluntad de los Estados que le han dado vida. Esto, sin perjuicio de si los Estados eran conscientes y estaban autorizando este permanente cambio, y de manera más profunda –aunque no pueda desarrollarse aquí–, si pueden pactar una cosa semejante. Por eso se ha dicho más arriba que, en la actualidad, a nivel internacional, los derechos humanos se encuentran en una permanente construcción y reconstrucción.

3) Las consideraciones antecedentes se refuerzan notablemente gracias a la aplicación a la interpretación de los tratados del principio de progresividad o de no retroceso, prohibiéndose involucionar a exégesis menos protectoras de los derechos en juego. Ello, no solo porque este principio vendría a ser una especie de “motor” de su carácter “vivo”, sino además porque queda entregado completamente al intérprete qué debe entenderse por “progresividad”. Por tanto, surge la razonable duda de si esta interpretación “viva” se debe a las reales circunstancias de cada momento o al criterio de “progreso” sustentado por el órgano custodio. Se otorga de ese modo una notable discrecionalidad al intérprete internacional, lo que se refuerza con las restantes características que se comentarán a continuación.

4) En buena medida, cada una de las características enunciadas se han visto favorecidas (o, incluso, possibilitadas) gracias a las dúctiles reglas de interpretación que ha ido generando la propia Corte de San José (evolutiva, dinámica, finalista, etc.). De hecho, podría considerarse a estas reglas de interpretación como la clave del Sistema (o una de ellas). Esto otorga tanta libertad al intérprete que resulta cada vez más difícil para los Estados saber cuándo estarían violando un derecho humano.

En este sentido, y puesto que entre la época de la comisión de los hechos y una eventual sentencia de la Corte IDH pueden transcurrir fácilmente diez años, resulta bastante probable que un Estado pueda ser condenado en virtud de una interpretación evolutiva muy distinta a la que haya existido al momento de cometerse el supuesto ilícito, con lo cual dicha condena tendría un

48. SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del *control de convencionalidad* en el sistema interamericano”, en AHRENS, HELEN (comp.), *El Estado de derecho en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbolhm*, México DF, Konrad Adenauer Stiftung, e. v. 2012, p. 27; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El ‘control de convencionalidad’”, en particular...”, p. 3; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> (fecha de consulta: 7/5/2014), s/f, pp. 458-461.

efecto retroactivo. Con el agravante, según se ha comentado, de que el rumbo que tomará dicha interpretación se hace cada vez menos previsible. Esto es importante, porque querría decir, a fin de cuentas, que para los Estados resultaría muy difícil, cuando no imposible, saber si en la actualidad podrían estar violando un supuesto “derecho humano”, pues como resultado de estas características, que una conducta sea considerada hoy lícita no garantiza que ello no cambie en el futuro.

5) Todas las características vistas explican en buena medida por qué la Corte se considera a sí misma la intérprete “última”, “definitiva” e “inapelable” de la Convención, situación que merece diversos comentarios:

a) El primero es que lo anterior significaría que la Corte nunca podría equivocarse, al estar premunida su interpretación de un criterio de autoridad incuestionable. Si es la única intérprete oficial de la Convención (en desmedro de la exégesis de los Estados) y dicha exégesis autónoma posee reglas tremendamente dúctiles y evoluciona de manera cada vez menos previsible, gracias a ser un instrumento cuyo carácter “vivo” se encuentra impulsado por el principio de progresividad, la primitiva convención termina eclipsada por el parecer de este tribunal. En este sentido, podría decirse que, para el tribunal regional, la Convención “es” la Corte.

Tal vez por eso se ha dicho que la Convención “vive” en la interpretación de la Corte IDH⁴⁹, y que habría que seguir dicha interpretación, mientras no cambie de parecer⁵⁰.

En el fondo, este tribunal ha ido modificando los tratados originales, lo cual se vincula con la mencionada “interpretación mutativa por adición”, la que se iría incorporando al tratado⁵¹. Y como este ha sido suscrita soberanamente por los países signatarios –cuyas exégesis aparentemente no tienen valor para el derecho internacional–, ellos se verían en teoría obligados a acatar sin cuestionar dicha interpretación⁵².

49. NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, p. 72.

50. NOGUEIRA, “El control de convencionalidad y el diálogo...”, p. 245; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre...”, p. 529; NOGUEIRA, “Los desafíos del control de convencionalidad...”, p. 1179.

51. OLANO, “Teoría del control...”, pp. 80-81; SAGÜÉS, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano...”, ob. cit., p. 385; FERRER y PELAYO, *Las obligaciones generales...*, p. 3.

52. GARCÍA RAMÍREZ, “Sobre el control...”, p. 134; OÑATE LABORDE, ALFONSO, “La recepción nacional del DIDH y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

b) En segundo lugar, lo anterior significaría que la Convención acabaría siendo en parte sustituida por la jurisprudencia de este tribunal, entendiéndose por tal la interpretación que la Corte vierte tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas⁵³. De este modo, la aludida jurisprudencia se convertiría en una “superfuente” del “Derecho Interamericano” que se impondría a todas las demás sin contrapeso e incluso a la voluntad inicial de los Estados que dieran origen al SIDH. Todo lo cual contraviene lo establecido en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁵⁴, pues las decisiones judiciales son una fuente auxiliar. En este sentido (y se volverá sobre el particular más adelante), se puede hablar de una auténtica crisis de las fuentes del Derecho internacional⁵⁵.

c) En tercer lugar, todo lo dicho se agrava más aún, porque dentro del SIDH no existe nada similar a una división de poderes. Por tanto, el actuar de la Corte no se encuentra controlado o fiscalizado por nadie. Si a esto se agrega que sus miembros no responden por su gestión una vez

Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 213-215; IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, p. 112.

53. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems). Some Pertinent Questions”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5, Issue 1, 2015, nota 15 (p. 136); FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, N° 131, 2011, pp. 942-943.

54. El art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59”.

Por su parte, el art. 59 dispone: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

55. CERDA DUEÑAS, CARLOS, “La nota diplomática en el contexto del *soft law* y de las fuentes del derecho internacional”, *Revista de Derecho* (Valdivia), XXX N°2, 2017, pp. 159-179; FUENZALIDA BASCUÑÁN, SERGIO, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVIII N° 1, 2015, pp. 171-192; VOGELFANGER, “La creación de Derecho...”, pp. 251-284.

terminada esta, el grado de discrecionalidad e incluso de impunidad para su actuación resultan al menos perturbadoras.

La situación es bastante más grave de lo que aparenta. Ello, pues esta Corte pretende erigirse en un auténtico tribunal constitucional continental y generar un sistema de precedentes que debiera ser obligatorio para todos los países de la región, y no solo para el país condenado en la sentencia que establece esa interpretación, en virtud del supuesto efecto *erga omnes* del control de convencionalidad⁵⁶. Control que no se encuentra establecido en la CADH y que ha tenido precisamente debido a esta libertad interpretativa de la Corte, así como a las características analizadas, un origen pretoriano, según reconocen sus propios defensores⁵⁷.

En consecuencia, se da el absurdo de que un órgano que pretende guiar a todo el continente en la valiosa y necesaria tarea de velar por los derechos humanos tendría este enorme grado de discrecionalidad y que además no se encuentra fiscalizado por nadie, pese a estar dentro del área del Derecho público.

6) Todo se refuerza gracias a la aplicación del principio *pro homine* o favor persona. Aquí se comentará sobre todo la última característica mencionada (en el numeral *c*) del apartado anterior); o sea que, para la Corte, este principio le permitiría escoger con mucha libertad la norma o disposición no vinculante, sea nacional o internacional que, desde su perspectiva, mejor proteja los derechos en juego para fundamentar al menos parte de sus fallos.

En resumidas cuentas (y al margen de la cada vez más imprevisible interpretación que cabría dar a los textos que utilice) los países podrían ser condenados en virtud de normas o disposiciones que no les empecen. Se genera, de ese modo, una notable incerteza jurídica, en cuanto no pueden preverse los reales parámetros que serán utilizados por este tribunal para fundamentar sus fallos, situación en la que el *soft law* está adquiriendo cada vez más importancia.

Sin embargo, y aun cuando el *soft law* no resulte obligatorio para los Estados, debe advertirse que, dadas las características hasta aquí comentadas,

56. FERRER, “Interpretación conforme...”, pp. 343-344, 383-384, 386-387 y 391-394; CARBONELL “Introducción general...”, pp. 79-83; CABALLERO, “La cláusula de interpretación conforme...”, pp. 117-118 y 128-129.

57. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 2016, p. 340; HENRÍQUEZ y NÚÑEZ, “El control de convencionalidad...”, pp. 334-337; OLANO, “Teoría del Control...”, pp. 62, 66 y 87.

este *soft law* es mucho más importante de lo que a primera vista parece. En rigor, muestra cómo los órganos guardianes internacionales “ven” o comprenden los tratados que custodian, razón por la cual el derecho blando posee una enorme influencia en el modo en que en la práctica estos organismos entienden y exigen los derechos humanos. Y si es usado por la jurisprudencia de la Corte IDH para nutrir parte de sus fallos, lo estaría haciendo vinculante por esta vía, en teoría con efectos *erga omnes*.

7) Por último, todo lo dicho se vincula con la consideración del Derecho internacional (y de la interpretación de sus órganos guardianes), solo como el “estándar mínimo” en cuanto a la protección de los derechos humanos. Esto querría decir que los Estados deben al menos igualar este nivel de protección y ojalá superarlo, pero el nivel se va haciendo cada vez más exigente en virtud del principio de progresividad. Por iguales razones, estaría vedado para los Estados contradecir esta “línea de flotación”.

Ahora bien, que la Corte IDH considere que su jurisprudencia (que es lo que realmente importa aquí) es solo el estándar mínimo en materia de protección de los derechos humanos, deriva claramente de todas las características señaladas, al darle en teoría el monopolio total y un criterio de autoridad irrefutable para determinar con notable libertad cuál es el contenido actual y cambiante de los derechos humanos para todo el continente.

Pero, además, estimar que su exégesis solo constituye el estándar mínimo denota lo que podría considerarse un auténtico “complejo de infalibilidad”. Ello, pues en cierto modo, este tribunal da por descontado de antemano que su forma de entender y de exigir los derechos humanos es la correcta, no planteándose jamás la posibilidad de que podría estar equivocado. Esto sería imposible sin este criterio de autoridad en que ha pretendido erigirse la Corte de San José.

Ahora bien, esta legitimidad cuasi infalible suele fundamentarse por el hecho de emanar los tratados de derechos humanos del acuerdo de los propios Estados que les han dado vida. Ello, pese a que la exégesis de estos Estados ahora no posee ningún valor; no obstante, sería fundamental para legitimar inicialmente este proceso. De esta manera, la misma interpretación de los Estados, que ahora no se toma en cuenta por los organismos internacionales, se considera el fundamento del compromiso de estos Estados de tener que obedecer a pies juntillas la jurisprudencia de la Corte. Se convertiría así en un consentimiento vacío, o si se prefiere, en una especie de cheque en blanco que simplemente ordenaría acatar todo lo que diga la Corte IDH, sin importar qué dice. Por eso es necesario preguntarse a qué se han comprometido realmente los Estados y, de manera más profunda, si pueden adquirir un compromiso semejante.

Debe hacerse hincapié en que la idea de estándar mínimo posee una estrecha relación con el principio *pro homine*, pues viene a servirle de fundamento: si el Derecho internacional es solo la “línea de flotación” en materia de protección de los derechos humanos, se convierte en la justificación para buscar la normativa y la interpretación que mejor consigan este objetivo, sin importar dónde ellas se encuentren.

En realidad, esta dependencia resulta fundamental. Ello, pues si se aplicara solo el principio *pro homine*, el juez nacional tendría bastante libertad para “construir” de manera autónoma la solución que estime conveniente para el caso concreto que tiene entre manos. Mas, si procediera de esta manera, podría hacer caso omiso o incluso contradecir los criterios internacionales, volviéndose contra ellos.

Sin embargo, para que eso no ocurra y siempre triunfen los criterios internacionales, se le asigna a estos últimos el carácter de estándar mínimo, convirtiéndolos así en un punto de referencia obligado e inamovible, a fin de que el juez nacional tenga que aplicarlos necesariamente. El “Derecho Interamericano” se autoerige como la medida o baremo incuestionable de lo correcto y de lo justo en la región (lo que a su vez depende completamente de la labor realizada por la Corte, no controlada por nadie), cuya idoneidad no podría jamás ser puesta en duda, quedándole a las autoridades nacionales únicamente la humilde posibilidad de igualar o superar dicho criterio, pero nunca contradecirlo.

Es por esto, precisamente, que la Corte no utiliza el principio *pro homine* para defender la vida del no nacido, según se advertía al final del epígrafe 2.

Lo anterior también se vincula con la llamada “interpretación conforme”⁵⁸, relacionada al control de convencionalidad, que estaría obligando a adecuar la exégesis nacional a los cánones internacionales de protección.

Por eso se advertía que, sin tener en cuenta las características del “Derecho Interamericano” vistas, y si se atiende solo al tenor literal de estos tratados, resulta imposible comprender el real funcionamiento del SIDH. Lo que hoy se está aplicando en los hechos no es tanto lo establecido originalmente

58. REY CANTOR, ERNESTO, “Controles de convencionalidad de las leyes”, en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, ARTURO (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Vol. IX *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, p. 226; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, 2003, pp. 214-217; CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, pp. 612-615.

por los tratados del Sistema, sino el modo en que estos tratados son interpretados por la Corte IDH de manera autónoma e incontrolada.

5. Algunos comentarios adicionales

Luego del análisis anterior, es posible hacer muchas consideraciones tanto de manera general, como relacionadas al caso “Beatriz” en particular. Sin embargo, aquí se dejará constancia de las que se consideran más importantes, y como ha sido el tenor del presente trabajo, planteadas de forma global.

1) Un primer aspecto que podría ser considerado un auténtico telón de fondo de todo lo que se ha dicho hasta este momento, es la existencia de una notable desformalización del Sistema Interamericano.

Para evitar malentendidos, se entiende aquí por “desformalización”, la falta de cauces o de procedimientos objetivos, prestablecidos mediante normas jurídicas, que regulen las competencias de un operador jurídico determinado, que restrinjan en lo posible su discrecionalidad a fin de evitar eventuales abusos y que, además, puedan ser conocidas por quienes se verán afectados por su labor y, en parte, les permitan prever sus resultados⁵⁹.

En efecto, la ausencia de reglas y el notable grado de casuismo que se manifiesta en las características analizadas resulta al menos sorprendente, y redundante en un enorme grado de discrecionalidad para la Corte IDH. No otra cosa se percibe cuando se habla de sentido autónomo, instrumentos vivos, principio de progresividad, reglas de interpretación, o cuando se refiere a la Corte como intérprete última, definitiva e inapelable de la Convención, del principio *pro homine* (sobre todo al permitirle acudir a material extra-convención) y se considera que solo ella establece el estándar mínimo de protección de los derechos humanos.

Se insiste en que el grado de discrecionalidad con el que actúa el tribunal regional es, al menos, inquietante, porque provoca una notable incerteza para los Estados, a quienes les resulta muy difícil saber a qué atenerse; en especial porque los derechos humanos se hallan en permanente construcción y reconstrucción, al punto que conductas que hoy parecen lícitas en un futuro no muy lejano podrían al menos estar bajo sospecha, como de hecho ya ha ocurrido. Por eso se hablaba de un eventual efecto retroactivo de las sentencias de la Corte IDH.

59. Definición propia.

Por otro lado –si bien es un tema que no se desarrolla aquí–, tal vez una de las mayores muestras de esta desformalización sea el origen pretoriano de la doctrina del control de convencionalidad, cuya única fuente formal es la jurisprudencia de la Corte de San José⁶⁰, que, además, ha ido ampliándolo con el correr del tiempo⁶¹. Dicho control no solo no consta en la CADH, sino que como tal pretende alterar tanto las competencias de la propia Corte como de las autoridades nacionales, buscando superponerse a sus constituciones. Su coronación es el pretendido efecto *erga omnes* de las sentencias emanadas de este tribunal, a fin de tener consecuencias continentales. De hecho, podría ser tal vez la mayor muestra de una “interpretación mutativa por adición”⁶². Y si a esto se añade la total falta de control sobre la actividad de los órganos guardianes de derechos humanos, la situación de incerteza se agrava aún más.

2) Otra consecuencia que puede extraerse es que se pretende arribar a la existencia de dos órdenes jurídicos paralelos, el nacional y el internacional, y a la completa primacía de este último. De este modo, en su relación mutua, el “centro de gravedad” se trasladaría al segundo.

De este modo, si fruto de lo que se ha llamado este “complejo de infalibilidad”, el “Derecho Interamericano” y su órgano guardián se autoergen como el criterio superior e infalible en cuanto a la protección de los derechos humanos a nivel continental, además de considerarse solo su estándar mí-

60. VON BOGDANDY, ARMIN, *Ius constitutionale commune* en América Latina...”, pp. 173-174; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad”, *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 2015, p. 281; TORELLY, MARCELO, “Controle de convencionalidade: ¿constitucionalismo regional dos direitos humanos?”, *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 1, 2017, pp. 321-353.

61. HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM, “El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIX, 2019, pp. 335, 342 y 343; HENRÍQUEZ y NÚÑEZ “El control de convencionalidad...”, pp. 331-332; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 2015, p. 148.

62. Sobre el control de convencionalidad y diversas problemáticas que este genera, véase: SILVA ABBOTT, MAX, “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 14, N° 2, 2016, pp. 101-142; SILVA ABBOTT, MAX, “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 45, N° 3, 2018, pp. 717-144; SILVA ABBOTT, MAX, “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, en SILVA ABBOTT, MAX (coord.), *Una visión crítica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 177-216; y SILVA ABBOTT, MAX, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 18, N°2, 2020, pp. 265-308.

nimo, ello querría decir que su contenido tendría que ser igualado o mejorado, pero nunca contradicho por los ordenamientos internos. Sin embargo, este contenido iría cambiando con el tiempo y con bastante rapidez, sobre todo por el carácter vivo de los tratados, sus reglas de interpretación y el principio de progresividad.

En el fondo, el principal motor de la evolución del “Derecho Interamericano” parecería ser la interpretación de su órgano guardián, cuya jurisprudencia se transforma en una “superfuente”, premunida de infalibilidad, y que suscita notables dudas acerca de cuál es el compromiso que asumieron los Estados en su momento.

Sin embargo, si la jurisprudencia emanada de la Corte IDH se convierte en una “superfuente”, que se impone a todas las demás, esto significa que el “Derecho Interamericano” ha dejado de ser realmente “convencional”. Ello, pues su contenido ya no depende del consenso inicial adoptado por los Estados, sino de la libre y dúctil interpretación de su custodio, sin perjuicio de considerarse infalible y no ser controlada su actuación por nadie. Por lo tanto, lo que en un inicio comenzó como un amplio proceso consensual emanado de los países de la región ha devenido en un fenómeno cupular, solitario y crecientemente discrecional de su órgano guardián, quedando cada vez menos de ese primitivo derecho convencional. En este sentido, más que de un control de “convencionalidad”, sería tal vez más apropiado hablar de un control de “discrecionalidad”.

Los países se encuentran así en buena medida ante *otro tratado*, con exigencias distintas y que además evolucionan rápidamente. Ello explica que se haya señalado más arriba que el consenso de los Estados solo es tomado en cuenta para la incorporación de estos tratados a su orden interno, dando el “puntapié inicial” a este proceso, luego de lo cual adquiriría vida propia.

Se produciría así un auténtico “giro copernicano jurídico”, al trasladarse el “centro de gravedad” desde el Derecho nacional al internacional, quedando en consecuencia los Estados dominados por su propia creación.

Por eso es absolutamente necesario indagar en las características del SIDH para comprender su real funcionamiento, puesto que parece poco probable que haya sido a esto a lo que se obligaron originalmente los Estados.

3) Por otro lado y según se ha dicho, el proceso descrito pretende arribar a la existencia de dos órdenes jurídicos paralelos, el nacional y el internacional, en el que las reglas del juego pretende imponerlas este último sin contrapeso.

Sin embargo, al depender la evolución de este “Derecho interamericano” sobre todo de su dúctil interpretación jurisprudencial, esto hace que dicha evolución se produzca de forma mucho más rápida que la que podría darse al interior de un Derecho nacional, al requerir para ello de reformas reglamen-

tarias, legales y constitucionales. Lo cual haría que este último siempre estuviera “al debe” en su tarea de protección de los derechos humanos, y en caso de lograr igualar su estándar mínimo, ello podría volver a cambiar pronto, en atención a la rápida evolución del primero.

Más aún, la consideración del “Derecho interamericano” como el estándar mínimo pretende erigirlo como el criterio legitimador por excelencia del continente en la protección de los derechos humanos. De esta manera, el contenido de los ordenamientos nacionales siempre se encontraría bajo sospecha y solo conseguiría una legitimidad temporal y refleja, si se adapta a los cambiantes criterios internacionales una y otra vez sucesivamente, que vendrían a convertirse en un control externo a su respecto. Hasta podría hablarse de un control heterónimo de convencionalidad.

De este modo, y según se ha dicho, fruto del pretendido cambio del “centro de gravedad” entre el Derecho nacional y el internacional, se produciría el ya aludido “giro copernicano jurídico”, en que la voz cantante la tendría sin excepción el Derecho internacional, mucho más dúctil y falto de control, al cual tendrían que amoldarse permanentemente y sin rechistar los ordenamientos locales, igualando o superando sus criterios, que, además, evolucionan rápidamente.

4) Si el contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales se encuentra bajo una constante sospecha, a menos que se amolde a los cambiantes estándares internacionales, los Estados estarían sujetos a una especie de interdicción permanente, viéndose siempre amenazada la legitimidad de sus normas internas por una eventual discordancia con la interpretación emanada de la Corte de San José, que, conviene repetirlo, evoluciona rápidamente. Con lo cual, los Estados tendrían solo libertad para igualar o superar humildemente el estándar mínimo cada vez más exigente impuesto por el Derecho internacional, pero jamás contradecirlo, siendo la principal herramienta para este cometido el control de convencionalidad que se llama a realizar a las autoridades locales.

Algo parecido ocurriría con sus decisiones democráticas, puesto que si para la Corte sobre ellas también cabe hacer un control de convencionalidad⁶³,

63. FERRER y PELAYO, *Las obligaciones generales...*, pp. 102-103; BAZÁN, VÍCTOR, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en BAZÁN, VÍCTOR; NASH, CLAUDIO (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Santiago, Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 2012, p. 30; AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista da AJURIS*, Vol. 43, Nº 141, 2016, pp. 337-365.

los derechos humanos de origen internacional podrían limitar notablemente la autodeterminación de la ciudadanía. En este sentido, podría hablarse a este respecto de una democracia “tutelada” o “protegida” por un tribunal internacional.

5) Por otro lado, si los derechos humanos evolucionan tan rápido, parece difícil, cuando no imposible, que puedan seguir siendo considerados universales, o al menos regionales. Ello, puesto que su contenido termina dependiendo mayoritaria o totalmente de la labor cupular y discrecional de sus órganos guardianes, notablemente desformalizada y que no es controlada por nadie, y no del primitivo acuerdo de los Estados que han dado origen al Sistema. Unido al déficit democrático de los órganos de control, este elemento contribuye a su paulatina pérdida de legitimidad y de objetividad.

Por iguales razones, la liquidez propia de la rápida evolución hace que estos derechos dejen de ser un punto de referencia estable para orientar el contenido de los ordenamientos nacionales de la región, tanto por estar en constante movimiento, como debido a que las dúctiles reglas del “Derecho Interamericano” hacen que los Estados siempre se encuentren “al debe” en su compromiso con los derechos humanos.

De ahí que se dé el absurdo de que, en la relación entre estos dos órdenes jurídicos paralelos, el Derecho internacional, supuestamente superior y además el estándar mínimo, resulta mucho más dúctil que el nacional, que debiera adaptarse a él.

6) Finalmente, la notable desformalización del Sistema Interamericano hace que el grado de incerteza jurídica de los Estados se haga insoportable, al punto que conductas que hoy se consideran lícitas o al menos no atentatorias contra ciertos derechos humanos, en el futuro podrían ser estimadas como ilícitas, a veces graves, y acarrear las respectivas condenas.

Por eso es absolutamente necesario recomponer un mínimo de formalidades al interior del Sistema Interamericano, a fin de que los derechos humanos no devengan en arbitrarios. En caso contrario, su contenido dependerá cada vez más del criterio o incluso del capricho de quien vela por su observancia y no de lo acordado realmente por los Estados, con lo cual podrían acabar transformándose en una espada de doble filo o en un caballo de Troya, al derivar su contenido de las convicciones de quienes integren dichos órganos guardianes. De hecho, de llevarse a sus extremos lo anterior, habría poderosas razones para preguntarse de qué sirve celebrar tratados, si su contenido puede terminar siendo erosionado o incluso sustituido por el querer de sus custodios.

Se reitera finalmente que las anteriores reflexiones se refieren al funcionamiento general del SIDH, si bien pueden aplicarse perfectamente al caso “Beatriz”.

6. Algunas conclusiones

Como se ha dicho, este trabajo alude al funcionamiento general del SIDH y no al tema específico que motiva el caso “Beatriz”.

Sin embargo y de manera derivada, todas las materias analizadas aquí permiten concluir sin lugar a duda que, al no encontrarse consagrado expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en ningún otro tratado (que son los únicos documentos realmente vinculantes), no existe un “derecho al aborto” dentro del Sistema Interamericano. Quien sostenga lo contrario debe probarlo, mostrando el tratado internacional respectivo que así lo establezca. Por eso, ni las sentencias de esta Corte, ni mucho menos el *soft law* emanado de algún órgano guardián de estos tratados poseen la capacidad para establecer un derecho semejante, por mucho que se pretenda fundamentar lo anterior apelando a las características vistas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Finalmente, se estima que las características analizadas, así como sus consecuencias, atentan gravemente contra el principio fundamental del Derecho internacional: el *pacta sunt servanda*, al exigir a los Estados compromisos que no han asumido y que, además, resultan imposibles de prever. Ello, pues han sido establecidos de forma cupular y discrecional por diversos organismos que nadie controla, todo lo cual se vincula con la crisis de las fuentes del Derecho internacional, y en el caso del Derecho interamericano, con su notable proceso de desformalización, al punto que a momentos cabría preguntarse para qué se han suscrito los tratados que lo conforman.

Quizás lo más preocupante es que estos fenómenos atentan tanto contra los derechos inicialmente establecidos en los tratados del Sistema, como en lo que hace a las atribuciones y a la legitimidad de sus órganos, al resultar poco claras y hasta imprevisibles. Por eso resulta indispensable conservar un mínimo de formalidades para una adecuada protección de los derechos humanos en la región, formalidades que aquí claramente se echan en falta y que es necesario restaurar.

Parte II

Protección de la vida humana no nacida y aborto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

CLAVES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO “BEATRIZ”: EL ESTATUS JURÍDICO DEL ABORTO Y LA PROTECCIÓN DEL NO NACIDO

POR GABRIELA GARCÍA ESCOBAR¹ Y JOSÉ GILBERTO SOLÍS JIMÉNEZ²

I. Introducción

En los próximos meses, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) comunicará la sentencia del caso “Beatriz vs. El Salvador”. Este asunto es de suma relevancia para la región, ya que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicita que se condene a El Salvador a legalizar el aborto, aunque bajo causales puntuales³. Sin embargo, una determinación de la Corte IDH que ordenara dicha medida (o una regulación más permisiva que lo solicitado) podría servir como pretexto para imponer este tipo de medidas en el resto de los países latinoamericanos.

Lo más alarmante de este posible precedente, y que justifica el planteamiento de este artículo, es que no existe fundamentación jurídica para que un tribunal internacional ordene la legalización del aborto, como parte de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Por el contrario, la Corte IDH estaría violando las obligaciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), cuyo artículo 4 establece que el derecho a la vida se protegerá desde la concepción.

1. Profesora de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos (Universidad Panamericana, Campus Guadalajara); ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7030-9543>. Correo electrónico: gabgarcia@up.edu.mx.

2. Abogado de El Salvador (Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador). Doctorando en Derecho (Universidad de Navarra). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0791-1881>. Correo electrónico: jsolisjimen@alumni.unav.es.

3. CIDH, Informe No. 9/20, Caso 13.378, Informe de Fondo Beatriz vs. El Salvador, OEA/Ser.L/V/II.175 (3 de marzo de 2020), p. 47.

En esa línea, el aporte de este artículo se estructura en los siguientes 5 aspectos que la Corte IDH debería considerar en su fallo⁴:

i. En qué consiste y qué implica el derecho a la libre determinación de los pueblos en la interpretación e implementación de obligaciones en materia de derechos humanos;

ii. Cuál es el estatus jurídico del aborto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

iii. Cuál es la regulación actual del aborto en El Salvador;

iv. Cuál es el estatus jurídico de la protección de la vida del no nacido en el Sistema Internacional de Derechos Humanos;

v. Cuál es la protección de la vida del no nacido en El Salvador.

II. El derecho a la libre determinación de los pueblos y la regulación del aborto

Cuando los Estados asumen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, gozan de un margen de libertad para elegir los medios y las formas que les sean más adecuados para la plena realización de los derechos humanos⁵. Este espectro de posibilidades nace de la configuración misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo eje rector es el principio de subsidiariedad⁶, y del derecho a la libre determinación de los pueblos⁷.

Al respecto, durante la audiencia pública del caso “Beatriz vs. El Salvador”, el juez Humberto Sierra Porto llamó a este margen una “mala palabra” y sostuvo que el rol de la Corte IDH es homogeneizar la interpretación

4. Este trabajo se hizo sobre la base de la presentación en calidad de *amicus curiae*, preparado por la profesora María Pilar Zambrano y los dos autores de este artículo en el caso “Beatriz vs. El Salvador”. El texto completo se encuentra disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1vZwWwxIMsjFxoU2NxbCtdGJoIkVtHFge/view> (fecha de consulta 15/5/2023).

5. ALSTON, PHILLIP y GOODMAN, RYAN, *International Human Rights: The Successor to International Human Rights in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 1047-1062.

6. CAROZZA, PAOLO G., “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, 38, 2003; NEUMAN, GERALD, “Subsidiarity”, en SHELTON, DINAH (ed.), *The Oxford Handbook of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

7. GARCÍA ESCOBAR, GABRIELA, *Plurality as the Core of Human Rights Universality: Rediscovering the Spirit of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 through the Right to Self-Determination*, Nueva York, Peter Lang, 2023 (próximo a publicarse).

de la CADH⁸. Dicha afirmación implica un desconocimiento profundo sobre los fundamentos jurídicos que rigen la naturaleza misma del DIDH.

Los tratados en esta materia fueron adoptados teniendo en cuenta que, debido al pluralismo jurídico, social y cultural de los Estados⁹, así como la naturaleza abierta y hasta cierto punto indefinida de las normas de derechos humanos¹⁰; se configuraron como instrumentos que contemplan obligaciones generales y abstractas, que deberán ser transformadas en políticas concretas a través de su adaptación a cada sociedad¹¹. Es por ello que los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 contemplaron que no había un modelo único de implementación de estos derechos, sino que la vigencia y legitimidad de esos derechos dependía de respetar este margen de maniobra¹².

Bajo esta misma lógica se configura el principio de subsidiariedad, cuya idea central es que los Estados, como responsables primarios y concedores de las circunstancias locales, deben implementar sus obligaciones en materia de derechos humanos teniendo en cuenta el contexto y las necesidades de cada sociedad¹³. De este principio, se derivan diversos mecanismos, la doctrina de la cuarta instancia y el margen nacional de apreciación¹⁴.

Este margen de maniobra se vuelve especialmente relevante respecto de cuestiones no reguladas por tratados internacionales o por la costumbre internacional (fuentes primarias del DIDH). En este tipo de cuestiones, este

8. CORTE IDH, Audiencia Pública del caso “Beatriz y otros Vs. El Salvador”, 23/3/2023, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=oZa6QMe4i2Y> minuto 2:30-2:34 (fecha de consulta 26/6/2023).

9. MACIOCE, FABIO, “Cultural Rights and the Margin of Appreciation Doctrine : A Legal Tool for Balancing Individual Rights and Traditional Rules”, *Law, Culture and the Humanities* 13, no. 3 (2017): 458-61, <https://doi.org/10.1177/1743872117732846>.

10. YUVAL SHANY, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?,” *European Journal of International Law* 16, No. 5 (2005): 907-40, DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi149>.

11. GARCÍA ESCOBAR, GABRIELA, “Human Rights Pluralistic Universality: A Bridge Between Global Norms and Cultural Diversity”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 41, No. 2 (2023), pp. 171-188. DOI: <https://doi.org/10.1080/18918131.2023.2216088>.

12. GLENDON, MARY ANN, “Knowing the Universal Declaration of Human Rights”, *Notre Dame Law Review* 73, No. 5, 1998.

13. MCGOLDRICK, DOMINIC, “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by the Human Rights Committee”, *International and Comparative Law Quarterly*, 65, enero, 2016.

14. BESSON, SAMANTHA, “Subsidiarity in International Human Rights Law - What Is Subsidiary about Human Rights?”, *The American Journal of Jurisprudence*, 61, 1, 2016.

espacio de acción se vuelve más flexible, siempre y cuando el Estado cumpla con sus obligaciones efectivamente asumidas.

Respecto al derecho a la libre determinación de los pueblos, este constituye uno de los pilares del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹⁵ y un derecho humano, conforme al artículo 1.1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁶.

Para comprender la relevancia de estos conceptos en el DIDH es indispensable enfatizar que el derecho a la libre determinación de los pueblos no es un derecho del Estado, ni de las élites gobernantes, cuyo fin sea la protección de intereses políticos (o incluso personales) ajenos a las necesidades de los ciudadanos. Por el contrario, como se desprende del texto de los tratados que lo regulan, el titular de este derecho es el “pueblo” que habita un determinado territorio y no el aparato gubernamental¹⁷.

Esta visión se fundamenta en el cambio de paradigma que surge con el fin de la Segunda Guerra Mundial respecto al concepto de soberanía. A partir de estos acontecimientos, la soberanía se entendería como una responsabilidad de ejercer el poder frente a los ciudadanos de manera que se priorice la dignidad de la persona humana y no otros intereses¹⁸.

Por ello, este derecho protege la “soberanía popular”, en lugar de una “soberanía estatal” abstracta¹⁹, tal como sostiene Antonio Cassese:

15. Artículo 1.2 de la Carta de la ONU.

16. El cual establece que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

17. CASSESE, ANTONIO, *Self-Determination of Peoples: A Legal Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 94; QUANE, HELEN, “The United Nations and the Evolving Right to Self-Determination”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 47, 3, 1998, pp. 558-62; SHAW, MALCOLM, “Peoples, Territorialism and Boundaries”, *European Journal of International Law*, 3, 1997; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, “Self-Determination in a Post-Colonial World”, en TOMUSCHAT, CHRISTIAN (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 16; SUMMERS, JAMES, *Peoples and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p. 71.

18. VAN DER VYVER, JOHAN D., “Sovereignty,” en SHELTON, DINAH (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

19. ARAUJO, ROBERT, “Sovereignty, Human Rights, and Self-Determination: The Meaning of International Law”, *Fordham International Law Journal*, 24, 5, 2001; REISMAN, MICHAEL, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, *American Journal of International Law*, 84, 4, 1990.

“La libre determinación pretendía dejar de lado el antiguo enfoque estatista que prevalecía en las relaciones internacionales [...] Por el contrario, la libre determinación significaba que los pueblos y las naciones debían tener voz en las negociaciones internacionales: las potencias soberanas ya no podían disponer libremente de ellos [...] Claramente, este conjunto de principios estaba dirigido a socavar el núcleo mismo de los principios tradicionales en los que se había basado la sociedad internacional desde su creación: la legitimación dinástica del poder, el despotismo [...], y los tratos internacionales basados únicamente en el acuerdo entre gobernantes”²⁰.

En consecuencia, el alcance de este derecho no se agota en el contexto de la descolonización, sino que se ejerce de forma continua por parte de los ciudadanos²¹, y es un elemento esencial del derecho humano a participar en los asuntos públicos²².

El objeto de protección de este derecho es muy amplio, ya que incluye la potestad de cada pueblo para tomar libremente sus decisiones en los ámbitos políticos, económicos, sociales y culturales, sin la injerencia de otros Estados²³. El núcleo de este derecho radica en la posibilidad de que mediante “una expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos”, los ciudadanos puedan tomar sus decisiones respecto de los temas que afectan sus vidas²⁴.

20. “*Self-determination was intended to brush aside the old, State-oriented approach prevailing in international dealings. (...) By contrast, self-determination meant that peoples and nations were to have a say in international dealings: sovereign Powers could no longer freely dispose of them (...) Clearly, this set of principles was directed toward undermining the very core of the traditional principles on which international society had rested since its inception: dynastic legitimation of power, despotism (...), and international dealings based on agreement between rulers only*”. CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples: A Legal Appraisal*, pp. 315-316.

21. Véase ANAYA, JAMES, “A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, 131, 3, 1993; HIGGINS, ROSALYN, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1995. Esto se corrobora con los trabajos preparatorios del PIDCP y el PIDESC: *Report of the Third Committee, Draft International Covenants on Human Rights*, sesión décima, A/3077, (8 diciembre 1955), párr. 39.

22. Reconocido en el artículo 25 del PIDCP, así como en el artículo 23 de la CADH.

23. BOSSUYT, MARC, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dorrecht, Martinus Nijhoff, 1987, p. 33.

24. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Sahara Occidental, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1975, párr. 55. Véase también CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, I.C.J.

Por ello, este derecho requiere que los gobernantes de turno representen genuina y efectivamente los intereses de la población. En consecuencia, los representantes gubernamentales deben actuar en conformidad con los acuerdos democráticamente establecidos y respetando el Estado de Derecho.

Si seguimos este argumento, resulta imprescindible que la Corte IDH analice el estatus jurídico del aborto en el caso “Beatriz vs. El Salvador”, para con ello determinar el margen de maniobra con el que cuenta el Estado salvadoreño en la regulación de este tema.

III. El estatuto jurídico del aborto en el Derechos Internacional de los Derechos Humanos

Para conocer la situación jurídica del tema del aborto en el DIDH se deben analizar sus principales fuentes jurídicas: tratados y costumbre internacional²⁵. Respecto de la primera fuente, no existe ningún tratado internacional que reconozca el aborto como un derecho humano, ni que ordene su despenalización como parte de las obligaciones internacionales de los Estados.

Los trabajos preparatorios tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 como del PIDCP indican que, al momento de discutir el tema del aborto, no hubo consenso entre los delegados²⁶. Debido al desacuerdo, y dado que se trataba de una cuestión tan controversial que no debía ser incluida en un instrumento de carácter universal, los redactores optaron por permitir a cada Estado decidir su postura sobre el tema²⁷.

Respecto a la costumbre internacional, en una perspectiva global, la práctica de la mayoría de los Estados se orienta hacia la penalización del aborto. Hoy en día 117 Estados lo penalizan, de los cuales 24 extienden dicha

Reports 1971, p. 52. La misma posición es compartida por el relator especial GROS ESPIELL, HÉCTOR, *The Right to Self-Determination: Implementation of United Nations Resolutions*, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, 1980, p. 11; y COMISIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Katangese Peoples' Congress v. Zaïre, African Commission on Human and Peoples' Rights*, Comm. No. 75/92 (1995), párr. 4.

25. SHELTON, DINAH, *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2020, cap. 4.

26. SAMNØY, ASHILD, *Human Rights as International Consensus: Making the Universal Declaration of Human Rights 1945-1948*, Bergen, Michelsen Institute, 1993, p. 90.

27. SCHABAS, WILLIAM A., *The Universal Declaration of Human Rights the Travaux Préparatoires: Volume 3*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 1266-1267 y 1535.

penalización a cualquier circunstancia, mientras que 93 la restringen a casos de peligro de muerte de la madre o violación²⁸.

Por otra parte, solo un 30% de los Estados en el mundo han legalizado el aborto sin causales, aunque con ciertos límites gestacionales²⁹. Entre estos Estados, la mayoría lo han legalizado a pesar de que el debate interno no se encuentra resuelto, ya que gran parte de la población mantiene una postura “intermedia”³⁰. Por lo demás, muchos de estos Estados han liberalizado el aborto como parte de políticas de la regulación demográfica, que se caracterizan por su poca o nula consideración a los derechos humanos de la población afectada³¹.

En la región latinoamericana, de los 24 Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 5 penalizan el aborto en general (Honduras, Haití, República Dominicana, Jamaica y El Salvador), haciéndole aplicables las causales generales de exculpación de la responsabilidad. En el resto de los casos, el aborto está penalmente tipificado, con causales específicas de exculpación. Los casos de Argentina y Uruguay resaltan como excepciones a la regla general en la región en lo que refiere a la restricción del aborto, aunque su liberalización tiene algunas restricciones³².

Los únicos acuerdos intergubernamentales que existen respecto al tema del aborto a nivel internacional se encuentran en el párrafo 8.25 común de la

28. THEODOROU, ANGELINA y SANDSTROM, ALEKSANDRA, “How Abortion Is Regulated around the World”, 2015, disponible en: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/10/06/how-abortion-is-regulated-around-the-world/> (fecha de consulta 22/6/2023).

29. THEODOROU, ANGELINA y SANDSTROM, ALEKSANDRA, “How Abortion Is Regulated around...”.

30. INGLEHART, RONALD; HAERPFER, CHRISTIAN y MORENO, ALEJANDRO, “World Values Survey: Round Seven - Country-Pooled Datafile Version”, *World Values Survey*, 2020, disponible en: <http://www.worldvaluessurvey.org/WVSOnline.jsp> (fecha de consulta 15/5/2023).

31. Véanse las diferentes investigaciones que se han realizado sobre este tema: HARSCH, DONNA, “Communism and Women”, en SMITH, STEPHEN, (ed.), *The Oxford Handbook of the History of Communism*, Oxford, Oxford University Press, 2013; CONNELLY, MATTHEW, *Fatal Misconception: The Struggle to Control World Population*, Cambridge, Harvard University Press, 2008; HARTMANN, BETSY, *Reproductive Rights and Wrongs: The Global Politics of Population Control*, Chicago, Haymarker Books, 2016.

32. Argentina: Ley 27.610 (BO 15/1/2021), el artículo 4 permite el aborto sin causales hasta la semana 14 de gestación, pero posterior a ello, solo es tolerado en caso de peligro a la vida o salud de la madre o si el embarazo es resultado de una violación. Uruguay: Ley 18.987 (1 de diciembre de 2008), los artículos 2 y 3 permiten el aborto hasta la semana 12 de gestación, pero únicamente bajo ciertas causales (según las condiciones de la concepción y la situación económica, social y familiar de la madre) y después de que se le ha informado sobre otras alternativas (programas de apoyo social y económico, o dar a su hijo en adopción).

Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 (también conocida como la Conferencia de El Cairo) y la Conferencia Internacional de la Mujer de 1995 (también conocida como la Conferencia de Beijing).

Cabe especificar que dichos documentos constituyen instrumentos no vinculantes. Sin embargo, lo que señalan respecto al aborto es relevante para el debate internacional, ya que estipularon que “los gobiernos deben tomar las medidas adecuadas para ayudar a las mujeres a evitar el aborto, que en ningún caso debe promoverse como método de planificación familiar” y que “cualquier medida o cambio relacionado con el aborto dentro del sistema sanitario solo puede determinarse a nivel nacional o local según el proceso legislativo nacional”³³.

En congruencia con lo que se ha acordado internacionalmente sobre el aborto, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) no ha condenado a un Estado a legalizar el aborto en ningún caso, ni ha considerado esta práctica como un derecho humano³⁴. Por el contrario, el TEDH ha confirmado que al regular el tema del aborto, se deben considerar diversos intereses legítimos que están en juego, como la protección de la moral pública, la necesidad de limitar el número de abortos y la protección de la libertad de conciencia del personal médico³⁵.

En vista de este análisis, los pronunciamientos de algunos órganos de supervisión de tratados [*treaty monitoring bodies*] que demandan la legalización del aborto como parte de las obligaciones de los Estados³⁶, constituyen afirmaciones sin ningún fundamento jurídico. Además, debe recordarse que estos pronunciamientos no son vinculantes y que tanto la Corte Internacional

33. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, para 8.25; e Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, para 8.25.

34. Véanse TEDH, “Silva Monteiro Martins Ribeiro vs. Portugal”; TEDH, “A, B, C vs. Irlanda”; TEDH, “P. y S. vs. Polonia”. Para un análisis más detallado del tema, véase PUPPINCK, GRÉGOR, “Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and the New Cultural Trend”, *Ave Maria International Law Journal*, Primavera, 2015, *passim*.

35. Véase PUPPINCK, GRÉGOR, “Abortion on Demand and the European Convention on Human Rights”, *EJIL: Talk!*, 2013, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/abortion-on-demand-and-the-european-convention-on-human-rights/> (fecha de consulta 15/5/2023).

36. Véanse COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “K.L. vs. Perú” y “L.R.M. vs. Argentina”, y COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, “L.C. vs. Perú”.

de Justicia³⁷, como diversos académicos³⁸, han sido críticos con estas decisiones debido a la falta de rigor analítico de sus determinaciones.

Por consiguiente, al no existir un derecho humano al aborto, ni una obligación internacional de despenalizarlo, mediante el derecho a la libre determinación, el pueblo salvadoreño tiene la libertad de regular la práctica abortiva según la voluntad de sus ciudadanos, mediante los procesos democráticamente reconocidos y con respeto al Estado de Derecho³⁹.

IV. La regulación del aborto en El Salvador

El art. 133 del Código Penal salvadoreño regula el aborto cometido por la misma madre o un tercero –con el consentimiento de la madre– con una pena de 2 a 8 años de prisión. El art. 134 establece el delito de aborto cometido por un tercero –sin el consentimiento de la madre– con una pena de 4 a 10 años de prisión. Por último, el art. 135 establece el tipo penal del aborto cometido por un médico a una mujer –con o sin el consentimiento de ella– con una pena de 6 a 12 años de prisión e inhabilitación de la profesión por igual tiempo. En otra línea, ni el aborto culposo ni la tentativa cometidos por la propia madre son punibles de conformidad al art. 137, inc. 2, del Código Penal el cual señala: “[e]l aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de esta para causar su aborto no serán punibles”.

37. Véase CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021.

38. Véase CRAVEN, MATTHEW, “The UN Committee on ESCR”, en EIDE, ASBJORN; KRAUSE, CATERINA y ROSAS, ALLAN, (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2001; DENNIS, MICHAEL J. y STEWART, DAVID P., “Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, en De Schutter, Olivier (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Edward Elgar Publishing Limited, 2013; O’FLAHERTY, MICHAEL, “Towards Integration of United Nations Human Rights Treaty Body Recommendations: The Rights-Based Approach Model”, en BADERIN, MASHOOD y MCCORQUODALE, ROBERT, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2007; MECHLEM, KERSTIN, “Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42, 2009.

39. GARCÍA ESCOBAR, G., *Plurality as the Core of Human Rights Universality...*

Para que la conducta del *aborto consentido y propio*⁴⁰ se configure es necesario que se realice con conocimiento y voluntad de cometer este delito, es decir, que se cometa con *dolo*⁴¹. En otro punto, el objeto material de este delito es “la vida no independizada en todos sus estados de desarrollo, desde el momento de la concepción”⁴². El sujeto pasivo de este delito es la persona que está por nacer. La diferencia de penas, según el momento en que se cometa el aborto, permite inferir que –aunque la *vida humana por nacer* es siempre igualmente valiosa– la conducta es más reprochable si se la considera a la luz del parámetro del tiempo de embarazo⁴³.

En resumen, de los sistemas de: *a. plazos* (que permiten el aborto en un tiempo de embarazo determinado); *b. indicaciones* (según los cuales el aborto es permitido bajo ciertas causas con independencia del tiempo de gestación); *c. mixto* (en concurrencia de determinadas causales se permite el aborto hasta cierto plazo) o *d. despenalización total* (no existan penas privativas de libertad por cometer abortos)⁴⁴; en El Salvador, el sistema de protección penal al derecho a la vida no nacida se encuentra en un sistema por indicaciones.

En primer lugar, el aborto cometido culposamente por la madre no es punible (art. 137 del Código Penal). En segundo término, se aplica el excluyente de responsabilidad penal contemplado en el artículo 27.3 (conceptualizado jurisprudencialmente como una causal de exculpación), cuando el aborto se realiza en caso de peligro grave para la vida de la madre y, a juicio médico, no existe una alternativa menos gravosa para los derechos del niño por nacer.

40. Art. 133 del Código Penal: “[e]l que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años”.

41. MORENO CARRASCO, FRANCISCO y RUEDA GARCÍA, LUIS, *Código Penal de El Salvador comentado*, tomo I, primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, El Salvador, p. 526, disponible en: https://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/codigopenal_tomoi.pdf (fecha de consulta 15/5/2023).

42. MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L., *Código Penal de El Salvador comentado*, p. 529.

43. MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L., *Código Penal de El Salvador comentado*, p. 530.

44. GÓMEZ MONTORO, Ángel J., “Leading Cases from the Spanish Constitutional Court Concerning the Legal Status of Unborn Human Life”, en AA. VV., *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, 1º edición, Peter Lang, Estados Unidos, 2019, pp. 93-96. Igualmente, GÓMEZ MONTORO, Ángel J., “El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España”, *Revista de Derecho Político*, número 102, España, 2018, pp. 58-61, disponible en https://www.academia.edu/37198729/El_estatuto_constitucional_del_no_nacido_evoluci%C3%B3n_y_situaci%C3%B3n_actual_en_Espa%C3%B1a (fecha de consulta 15/5/2023).

La Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por El Salvador en 1990), en su art. 6, establece que “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. / 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Y, vinculado a la vida no nacida señala lo siguiente: art. 2 “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación [...] **sin distinción alguna**, independientemente [...] [del] **nacimiento** o cualquier otra condición del niño [...]” (el resaltado es añadido).

Este último artículo, referente a la igualdad de derechos sin distinción por razón de “nacimiento”, fue tomado como fundamento por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad con referencia 22-2011, puntualmente en el romano IV, numeral 2, para afirmar la obligación general de El Salvador de proteger el derecho a la vida del no nacido⁴⁵.

Igualmente, la misma Sala de lo Constitucional ha dicho que la protección del derecho a la vida del *nasciturus* mediante el derecho penal con el delito de *aborto consentido y propio* es una obligación del Estado: “En definitiva, el mandato constitucional delimitado implica: por una parte, el deber de criminalizar las formas de realización del aborto en la medida que comporta la afectación de un bien jurídico digno de tutela penal”⁴⁶. Por esa razón, declaró improcedente una demanda de inconstitucionalidad en el año 2011⁴⁷, en la

45. “2. Para determinar lo que significa el reconocimiento de la calidad de persona a todo ser humano desde el instante de la concepción es útil observar que la propia argumentación de la reforma constitucional hizo referencia a instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–, **la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN–** y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–. El art. 6 PIDCP dispone que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”, sin pronunciarse sobre cuándo comienza esta última condición. La CDN en su preámbulo expresa que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Luego, el art. 1 CDN expresa que: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; y en su art. 2 establece que **los derechos que ella reconoce deben ser respetados y asegurados “sin distinción alguna, independientemente de [...] el nacimiento o cualquier otra condición”** (el resaltado es añadido).

46. Sentencia de inconstitucionalidad con referencia 18-1998 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 20 de noviembre de 2007, p. 36, disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2007/11/2EF3.PDF> (fecha de consulta 15/5/2023).

47. “Por tanto, la incorrección argumental advertida en este motivo de inconstitucionalidad lo hace coincidir con el anteriormente rechazado; pues pretende impugnar la falta de completud de la disposición legal impugnada al no satisfacer la visión de cada persona sobre cómo debe ser la manera más adecuada de regular un sector de la realidad social y ello deba entenderse necesariamente como una omisión legislativa [...] / A lo que también se agrega

que se solicitaba que la declaración de inconstitucional del artículo 133 del Código Penal que tipifica el aborto con pena de prisión. Se reiteró la anterior decisión en el año 2014, en este segundo caso con razones más rotundas: “[e]n términos claros, **la vida prenatal es un bien jurídico con relevancia constitucional indiscutible y merecedor por ello de la protección penal.** Por ende, estamos en presencia de un sector de regulación normativa en el cual se plasman **conductas nocivas merecedoras de pena y en las que existe una necesidad de criminalización por tratarse de un interés con relevancia constitucional,** como acontece de igual forma con la protección que se dispensa a la vida humana independiente”⁴⁸ (el resaltado es añadido).

Por último, el máximo tribunal de justicia de El Salvador ha establecido que la *ponderación o principio de proporcionalidad* es el mecanismo adecuado para resolver los casos (excepcionales y trágicos) en los cuales el ejercicio del derecho a la vida del *nasciturus* es incompatible con el ejercicio del derecho a la vida de su madre, cuando toque a uno de los dos derechos “[...] ceder necesariamente frente al otro si no es posible salvaguardar ambos”⁴⁹.

Puesto que el juicio de incompatibilidad entre el ejercicio de uno y otro derecho a la vida es de naturaleza médico-científica, y además está directamente vinculado a las circunstancias de cada caso, el máximo tribunal ha dicho que su formulación es potestad y deber de los médicos intervinientes, pues son “[...] los especialistas en el campo de la medicina los únicos con el conocimiento y la experiencia necesarios para determinar, **según las circunstancias que acontecen en cada caso concreto,** la medida idónea para aliviar

que la decisión legislativa por cualquier sistema de penalización en materia de abortos es un marco que compete a las valoraciones político criminales y político sociales que rigen en un país en un determinado momento histórico, que no pueden ser sustituidas por esta Sala. / **Por tanto, debe declararse la improcedencia de la pretensión contenida en la demanda que nos ocupa, en relación con la violación a los arts. 1, 3 y 246 CN, ya que los argumentos esgrimidos descansan sobre una petición –la omisión de regular normativamente el sistema de indicaciones en materia de abortos– que ya fue resuelta anteriormente por este Tribunal**” (el resaltado es añadido). Resolución de improcedencia de proceso de inconstitucionalidad con referencia 67-2010 de la Sala de lo Constitucional, del 13 de abril 2011, p. 7, disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/04/8F060.PDF> (fecha de consulta 15/5/2023) –en lo sucesivo, Inc. 67-2010–.

48. Resolución de improcedencia de proceso de inconstitucionalidad con referencia 170-2013 de la Sala de lo Constitucional, del 23 de abril 2014, p. 5, disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2014/04/A6A34.PDF> (fecha de consulta 15/5/2023) –en lo sucesivo, Inc. 170-2013–.

49. Amp. 310-2013, p. 14.

los padecimientos y las complicaciones experimentados por sus pacientes”⁵⁰ (el resaltado es añadido).

Si bien en el Amp. 310-2013 (28/5/2013) citó⁵¹ lo dicho en un autoprecedente del año 2007 (Inc. 18-1998) en el que se reconocía que “parcialmente existe una omisión por parte del legislador”⁵² porque los excluyentes de responsabilidad penal (art. 27 del Código Penal) solo operan ante un hecho ya consumado. En la Inc. 170-2013 (23/4/2014) reorientó su criterio. Señaló que este sistema no vulnera los derechos de la madre, pues de ninguna forma obstaculiza la potestad del médico de juzgar y practicar un aborto, ante un grave riesgo de la vida de la madre. En concreto dijo: **“es totalmente absurdo; como de igual forma lo sería considerar la inexistencia de una legítima defensa, porque no se han consumado las lesiones en el ilegítimamente agredido –cuando es clara la procedencia de la defensa necesaria ante la inminencia del ataque que pone en grave riesgo la integridad física– o porque quien soporta el ataque antijurídico debería esperar la autorización judicial para defenderse”**⁵³ (el resaltado es añadido).

Los conflictos de derechos entre la madre y el *nasciturus* son resueltos con la ponderación en el sistema penal salvadoreño a través del *estado de necesidad* (art. 27, numeral 3, del Código Penal⁵⁴). El Código Penal contiene en un solo artículo tanto las *causas de justificación* –que se valoran en el análisis de la *antijuridicidad* del delito–, como las *causas de inculpabilidad* –que se analizan en la *culpabilidad* del delito–, en un título denominado *excluyentes*

50. Amp. 310-2013, p. 27.

51. Amp. 310-2013, p. 32.

52. Inc. 18-1998. “Pero es una forma incompleta, porque el art. 27 del C. Pn. solo operaría frente a una conducta consumada, de manera que de forma preventiva la posible controversia no podría ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de la indicación del aborto. Es decir que, parcialmente existe una omisión por parte del legislador en regular que, con carácter previo y no como resultado de un proceso penal, pueda ser resuelta la controversia de los derechos de la madre con los del *nasciturus*. / Para dar total cumplimiento al mencionado mandato constitucional, el legislador debería emitir la normativa jurídica correspondiente en la cual legisle sobre las circunstancias que extra proceso penal deben concurrir en las indicaciones del aborto” (p. 42). En el Amp. 310-2013 –la sentencia donde se cita la Inc. 18-1998– se reafirma que el legislador “da cumplimiento al mandato constitucional apuntado de forma incompleta” (p. 11).

53. Inc. 170-2013, pp. 7-8.

54. “Art. 27.- No es responsable penalmente: 3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo”.

de responsabilidad penal. Las *causas de inculpabilidad* atienden a la exigibilidad de la conducta, en función de ciertas cualidades del autor, como la edad (ser mayor de 12 años de conformidad con el art. 2 de la Ley Penal Juvenil) o la capacidad mental para discernir entre lo bueno y lo malo (art. 27, numeral 4, del Código Penal) o de circunstancias excepcionales, como el estado de necesidad (art. 27, numeral 3, del Código Penal).

En esta misma línea, la Sala de lo Constitucional estableció que la institución del *estado de necesidad* propone brindar “soluciones de conflictos en los que [el] interés general cede ante situaciones particulares claramente excepcionales, y en los que entran a funcionar principios interpretativos como la ponderación de intereses, la proporcionalidad y la dignidad humana entre otros”⁵⁵.

En este contexto, la aplicación del artículo 27, numeral 3, del Código Penal (estado de necesidad) al caso de aborto es válida en situaciones excepcionales donde la interrupción del embarazo y la pérdida de vida del *nasciturus* se presenta frente al juicio médico como el *único* camino posible para el resguardo de otro bien jurídico necesitado –igualmente– de protección. De este modo, pese a constituir un perjuicio indiscutible para el orden jurídico, el aborto se encuentra *disculpado* en atención al resguardo de otro bien –también de igual valor– como lo es la vida de la madre.

Sobre esta base, la Sala ha sostenido que, en caso de que se inicie un proceso penal a la madre o médico que realizan un aborto, porque la vida de la madre corría un grave riesgo, el proceso debe terminar con el *sobreseimiento definitivo* –de conformidad al art. 350, numeral 3, del Código Procesal Penal salvadoreño⁵⁶. El *sobreseimiento definitivo* equivale a una sentencia absolutoria al inicio o durante el proceso. De forma más detallada, el proceso debe iniciar con el requerimiento fiscal en el que se solicita el *sobreseimiento definitivo* a favor de la madre, ya que la fiscalía general de la república está en la obligación de solicitar la absolución de la persona procesada, cuando la conducta se encuentra amparada en un *excluyente de responsabilidad penal* –como el *estado de necesidad*–. Esto es coincidente con el art. 295, numeral 6, del Código Procesal Penal⁵⁷. Más aún, el juez puede emitir el sobreseimiento

55. Inc. 170-2013, p. 6.

56. “Art. 350.- El juez podrá dictar sobreseimiento definitivo en los casos siguientes: 3) Cuando el imputado se encuentra **exento de responsabilidad penal**, por estar suficientemente probada cualquiera de las **causas que excluyen esta [...]**” (el resaltado es añadido).

57. “Art. 295.- Concluidas las diligencias iniciales de investigación, el fiscal formulará requerimiento dentro de los plazos establecidos. **En él podrá solicitar: el sobreseimiento**

definitivo de oficio en la primera audiencia pese a que la fiscalía no se lo solicite (art. 350, inc. 2, del Código Procesal Penal⁵⁸). Hasta el año 2019 constan datos de los que surge que ni una sola mujer está detenida para cumplir con la pena por el delito de aborto consentido o propio⁵⁹.

El máximo tribunal de justicia también señala que la gradualidad o el desarrollo vital de la persona pueden justificar la diferencia en la reprochabilidad de una conducta que atenta contra la vida, pero no justifican de ninguna forma un juicio sobre el menor o mayor valor de la vida humana. En concreto señala “[e]sta diferencia, influida por la gradualidad⁶⁰ o progresividad del desarrollo vital, **no desmerece la protección de la vida humana prenatal ni reduce en abstracto⁶¹ la obligación estatal en dicho sentido [...]**”⁶².

V. La vida del no nacido en el DIDH

Como se mencionó anteriormente, el derecho a la libre determinación de El Salvador tiene como límite el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Una de esas obligaciones es la contenida en el artículo 4.1 de la CADH que establece que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”⁶³.

definitivo en los supuestos contemplados en el art. 350 de este código, previa audiencia que deberá otorgarse a la víctima”.

58. “Art. 350.- (...) / El juez de paz solo podrá decretar sobreseimiento definitivo en los supuestos de (...) certeza de la existencia de una excluyente de responsabilidad penal”.

59. CASTALDI, LIGIA DE JESÚS, “El caso Manuela y las 17+ contra El Salvador: un fraude ante la corte interamericana de derechos humanos y la comunidad internacional”, *Derecho Público Iberoamericano*, 2020, p. 74, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8039501.pdf> (fecha de consulta 16/5/2023).

60. La Sala de lo Constitucional hace mención explícita del criterio de la CORTE IDH cuando señala que “el derecho a la vida es gradual e incremental según su desarrollo” referente al caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2012, serie C No. 257), párrs. 258 y 264, y dice “[e]ste criterio se considera aplicable al presente caso, aunque el resto de la sentencia se refiere a un problema jurídico distinto, sobre el cual esta sala no debe hacer valoraciones en esta oportunidad”, Inc. 22-2011.

61. La Sala usa el vocablo en abstracto, puesto que concreto o en un caso particular por supuesto se valorarán las diferencias para ver qué derecho prevalece sobre otro en caso de ponderar.

62. Inc. 22-2011, p. 12.

63. CADH, art. 4.1.

Esta cláusula es muy especial en comparación con otros tratados de derechos humanos, ya que especifica el alcance temporal del derecho a la vida, tal como ha constatado el TEDH⁶⁴. El Salvador no ha hecho ninguna reserva a este artículo, por lo que se entiende obligado al cumplimiento de esta disposición. En esta línea, es importante indicar que El Salvador formuló la siguiente reserva en la Conferencia de El Cairo de 1994: “Los países latinoamericanos somos signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Su artículo 4 establece con toda claridad que la vida debe ser protegida desde el momento de la concepción. [...] Por esta razón, [...] consideramos que la vida debe ser protegida desde el momento de la concepción”⁶⁵.

La misma obligación se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por El Salvador en 1990), la cual establece en el párrafo noveno de su preámbulo que los niños deben ser jurídicamente protegidos “tanto antes como después del nacimiento”. Como lo establece el artículo 31 (párrafos 1 y 2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), el preámbulo constituye un instrumento indispensable para la interpretación de un tratado.

Es pertinente señalar que, incluso en la Convención Europea de Derechos Humanos, donde no se especifica el alcance temporal del derecho a la vida, el TEDH ha indicado que dicha ausencia *per se* no puede interpretarse como la denegación del estatuto de “persona” al no nacido. El TEDH ha especificado que, ante tratados que son silenciosos sobre el aborto, dicha omisión (a la luz de falta de consenso sobre este punto) indica que los Estados poseen un margen de apreciación (respetando los principios democráticos y el Estado de Derecho) para determinar si la vida será protegida desde la concepción o no⁶⁶. Por lo tanto, si hubiera duda sobre el alcance temporal del derecho a la vida en la CADH, dicho silencio permitiría a El Salvador determinar de manera interna el estatuto jurídico del no nacido.

En razón de esto, la interpretación adoptada por la Corte IDH, en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica” (2012), resulta no solo contraria a las normas internacionalmente reconocidas sobre interpretación de tratados, sino también a los principios rectores del DIDH. En ese caso, la Corte regional optó por delimitar el alcance del derecho a la vida del no nacido al momento

64. TEDH, “Vo vs. Francia”, párr. 75.

65. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, p. 133.

66. TEDH, “Vo vs. Francia”, párr. 82.

de la “implantación” y no de la “concepción”, como indica el artículo 4.1 de la CADH⁶⁷.

La Corte no desarrolló ningún argumento jurídico que justifique la adopción de esa postura como la oficial y el consecuente, aunque solapado, descarte arbitrario de la propuesta literalmente establecida en la CADH⁶⁸. Por otra parte, incluso en caso de duda, la elección de la interpretación que se adoptará sobre el término “concepción” correspondería a cada sociedad, según el derecho a la libre determinación de los pueblos y al principio de subsidiariedad.

La función de un tribunal internacional no es sustituir el papel interpretativo de los Estados⁶⁹, ni imponer interpretaciones arbitrarias que no gozan ni de consenso internacional, ni se encuentran jurídicamente fundamentadas. Como indica la profesora Samantha Besson, la función de estas cortes internacionales debe regirse por un papel de complementariedad: “[Los tribunales de derechos humanos] solo deben ofrecer nuevas interpretaciones del derecho internacional de los derechos humanos en el curso de su actividad de supervisión cuando estas se basen en una práctica transnacional existente de los derechos humanos y en el acuerdo común derivado de esta práctica. En ausencia de dicha base común o ‘consenso’, deben respetar el ‘margen de apreciación’ de las autoridades nacionales a la hora de especificar y restringir sus respectivas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (‘subsidiariedad sustantiva’)”⁷⁰.

67. CORTE IDH, caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 186.

68. Curiosamente, la Corte IDH formula un argumento desde una perspectiva filosófica liberal. Tal tesitura constituye en sí misma una postura ideológica que no es neutral: “para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”. CORTE IDH, “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 185.

69. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Question of Jaworzina*, Advisory Opinion of 6 December 1923, PCIJ Series B, No. 8, 37: “it is an established principle that the right of giving an authoritative interpretation of a legal rule belongs solely to the person or body who has the power to modify or suppress it”.

70. “[Human rights courts] should only offer new interpretations of international human rights law in the course of their monitoring activity when those are based on an existing transnational human rights practice and the common ground arising thereof. In the absence of such a common ground or ‘consensus’, they should respect domestic authorities’ ‘margin of appreciation’ in specifying and restricting their respective international human rights’ du-

En suma, la legislación de El Salvador que protege la vida del no nacido desde la concepción es congruente con sus obligaciones internacionalmente asumidas en materia de derechos humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos no puede ordenar la legalización del aborto.

VI. La protección de la vida del no nacido en El Salvador

La última reforma a la Constitución referente al derecho a la vida en El Salvador es del 3 de febrero de 1999. Esta reforma es el resultado de un proceso orientado a incorporar el reconocimiento explícito del derecho a la vida de la persona por nacer; y fue llevado a cabo con estricto cumplimiento de la normativa de reforma establecida en el artículo 248 de la Constitución vigente⁷¹.

En la versión anterior, de 1983, se mencionaba el derecho a la vida de forma explícita y excluyente en los arts. 2 y 11. En el art. 2 se señalaba que el titular de este derecho es la persona, en los siguientes términos: “[t]oda persona tiene derecho a la vida [...]”. En el art. 11 se determinaban las condiciones para su restricción: “[n]inguna persona puede ser privada del derecho a la vida, [...], ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”. En el texto original de la Constitución –aprobada en 1983–

ties (*‘substantive subsidiarity’*)”. BESSON, SAMANTHA, “The Sources of International Human Rights Law: How General Is General International Law?”, en BESSON, SAMANTHA y D’ASPREMONT, JEAN (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 860.

71. El Salvador emitió su primera Constitución el 12 de junio de 1824, luego en los años 1841, 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1885, 1886, 1939, 1944, 1945, 1950, 1962 y la actual de 1983. MÉNDEZ, JOSÉ M., *Historia Constitucional de El Salvador, disolución de la república federal y primeras constituciones de El Salvador*, Tecno Impresos, El Salvador, 1998, tomo séptimo, p. 66, disponible en: https://biblioteca.ugb.edu.sv/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=1561&shelfbrowse_itemnumber=2122 (fecha de consulta 16/5/2023). La primera Constitución que hizo mención del derecho a la vida fue la Constitución de 1841 en su artículo 68 que prescribía: “[t]odos los habitantes de El Salvador tienen derechos incontestables; para conservar y defender su vida (...)” y 76 “[n]inguna persona puede ser privada de su vida (...)”, Constitución disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/obra-visor/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de-1841/html/6eed6025-cfce-44e4-b9b9-171ab7fd9e8b_2.html#I_0_ (fecha de consulta 16/5/2023). Todas las Constituciones de El Salvador se encuentran disponibles en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/el_salvador_constituciones/?autor=&paginaUsuario=2&numresult=10&vista=reducida&q=&orden=fechapublicacionoriginal&paginaNavegacion=0 (fecha de consulta 16/5/2023).

no se establecía pues de forma explícita desde qué momento se era titular del derecho a la vida.

La necesidad y el debate por precisar en el texto constitucional cuándo inicia la titularidad del *derecho a la vida* surgió en diciembre del año 1996, con la discusión del anteproyecto del actual Código Penal de 1998. El anterior Código Penal de 1973 prescribía en el artículo 169, numerales 3 y 4, que el aborto no era punible si el embarazo era consecuencia de violación o estupro; o si existía una malformación en el *nasciturus* que hiciera inviable su vida extrauterina⁷². Ante la ausencia de propuesta de reforma a la normativa sobre el aborto en la versión inicial del anteproyecto, el ministro de salud de ese momento, Eduardo Interiano, condicionó la continuidad de su cargo a la exclusión del servicio de aborto en los hospitales públicos⁷³. Este y otros pronunciamientos públicos (que incluyeron al menos 55 expertos en medicina, derecho y de otras especialidades, además de acciones de protesta como recolecciones de firmas en todo el país, oponiéndose a la práctica del aborto⁷⁴) motivaron la inclusión en el anteproyecto de una reforma a la tipificación penal del aborto⁷⁵.

Para aprobarse el nuevo Código Penal se necesitaba una mayoría simple de 43 de un total de 84 diputados. Finalmente, con 60 votos –entre ARENA, Democracia Cristiana y tres votos del FMLN– se aprobaron las reformas relacionadas al aborto⁷⁶. La misma conformación de diputados que aprobó las reformas al Código Penal aprobó luego el *acuerdo de reforma constitucional*⁷⁷, a efectos de adicionar al art. 1 de la Constitución lo siguiente: “[a]simismo [El Salvador] reconoce como persona humana a todo ser humano desde el

72. Código Penal de 1973 de El Salvador, disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1973_decreto270codigopenal_el_salvador.pdf (fecha de consulta 16/5/2023).

73. SOLÍS JIMÉNEZ, JOSÉ GILBERTO, “Derecho fundamental a la vida y aborto en El Salvador. Un análisis a partir del sistema constitucional, internacional y regional de derechos humanos”, *DADUN*, España, 2022, p. 6, disponible en: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/65233> (fecha de consulta 16/5/2023).

74. SOLÍS JIMÉNEZ, J. G., “Derecho fundamental a la vida y aborto en El Salvador. Un análisis a partir del sistema constitucional, internacional y regional de derechos humanos”, p. 6.

75. PEÑAS DEFAGO, MARÍA ANGÉLICA, “El aborto en El Salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres”, *Península*, volumen 13, número 2, México, 2018, p. 218, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/peninsula/article/view/65848/57803> (fecha de consulta 16/5/2023).

76. SOLÍS JIMÉNEZ, J. G., “Derecho fundamental a la vida y aborto en El Salvador. Un análisis a partir del sistema constitucional, internacional y regional de derechos humanos”, p. 7.

77. Decreto legislativo de acuerdo de reforma constitucional número 1, del 30 de abril 1997, publicado en el Diario Oficial número 87, tomo número 335, del 15 de mayo 1997, disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/acuerdos/DB8C5AA5-97A2-4761-916C-B507B0223053.pdf> (fecha de consulta 16/5/2023).

instante de la concepción”. El 3 de febrero de 1999 se ratificó dicho *acuerdo de reforma constitucional*⁷⁸ y, de esa forma, la Constitución se reformó en el art. 1 para proteger el derecho a la vida de la persona desde el instante de la concepción.

Finalmente, la reforma constitucional obtuvo el voto de todos los diputados de ARENA, y Democracia Cristiana; y varios diputados del partido FMLN⁷⁹, que en un inicio se oponía a la reforma constitucional pero finalmente dieron sus votos por la protección de la persona por nacer desde el instante de la concepción “no era una cuestión política sino de conciencia”⁸⁰.

Los considerandos introducidos a raíz de la reforma constitucional fueron: “I.- Que el derecho humano más fundamental y bien jurídico más preciado es la vida humana y ningún otro derecho tiene sentido si no se protege este férreamente. La falta de la debida protección de la vida humana resquebraja en su misma base el estado de derecho y la paz social. II.- Que el orden jurídico salvadoreño debe reconocer esa realidad, y[,] en consecuencia, proteger la vida humana desde su concepción, incluyendo disposiciones Constitucionales, en concordancia con normas expresas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁸¹.

Luego de la reforma del texto constitucional, la Sala de lo Constitucional ha establecido que el contenido del derecho a la vida posee una doble dimensión: *i.* el “[...] derecho a evitar la muerte, lo cual implica la prohibición

78. Decreto legislativo de ratificación del acuerdo de reforma constitucional número 541, del 3 febrero 1999, publicado en el Diario Oficial número 32, tomo número 342, del 16 de febrero 1999, disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/B93EEAF8-C2CE-47FD-804E-74489D7AAF1B.pdf> (fecha de consulta 16/5/2023).

79. PEÑAS DEFAGO, MARÍA ANGÉLICA, “El aborto en El Salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres”, p. 221. Aunque no consta en el archivo legislativo el número exacto de votos, en dicha legislatura el FMLN incluso aumentó de 27 a 31 diputados. Ese número fue indispensable para la reforma constitucional que requería al menos 56 votos de 84, de los cuales el partido ARENA solo poseía 29 sin contar a los demás partidos políticos. Véase composición legislativa de años 1997 a 2000, Legislatina: Observatorio del Poder Legislativo en América Latina, “El Salvador”, disponible en: [http://americo.usal.es/oir/legislatina/el_salvador.htm#Evoluci%C3%B3n_de_la_composici%C3%B3n_de_la_Asamblea_Legislativa_\(1982-2009\)](http://americo.usal.es/oir/legislatina/el_salvador.htm#Evoluci%C3%B3n_de_la_composici%C3%B3n_de_la_Asamblea_Legislativa_(1982-2009)) (fecha de consulta 16/5/2023).

80. PEÑAS DEFAGO, M. A., “El aborto en El Salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres”, p. 221.

81. Citado en la sentencia de inconstitucionalidad con referencia 22-2011 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 15 de febrero del 2017, disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/02/BF4C5.PDF> –en lo sucesivo Inc. 22-2011–.

dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas”, y *ii*. el derecho a *vivir de forma digna*⁸².

En lo que concierne a la titularidad del derecho a la vida la Sala ha señalado que se extiende al *nasciturus*, quien es considerado persona humana de conformidad al artículo 1, inciso 2, de la Constitución. Y, en cuanto a las obligaciones a cargo del Estado, ha afirmado que el Estado está obligado a proteger el derecho a la vida de la persona humana que está por nacer. “En otras palabras, una de las consecuencias del reconocimiento constitucional de persona al ser humano que está por nacer es su innegable titularidad de ciertos derechos fundamentales; **para comenzar, el derecho a la vida**, con la correlativa obligación del Estado de garantizar su protección”⁸³ (resaltado añadido).

La Sala de lo Constitucional también señala que “[l]a calificación del *nasciturus* como persona es un juicio de valor [...]” del constituyente que se puede y debe distinguirse (aunque no separarse) del juicio empírico-descriptivo que pueda llevar a cabo la ciencia, acerca de las distintas fases de desarrollo del ser humano antes del nacimiento⁸⁴. Para la Sala las diferencias –relevantes o no– entre el *nasciturus* y la persona ya nacida, “[...] **no merece la protección de la vida humana prenatal ni reduce en abstracto la obligación estatal en dicho sentido [...]**”⁸⁵ (el resaltado es añadido).

VII. Conclusiones

Desarrollado de forma concreta lo anterior se concluye que, por el derecho a la libre determinación de los pueblos, El Salvador goza de un margen

82. Sentencia de amparo con referencia 166-2009 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 21 de septiembre del 2011, pp. 12-13, disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/09/92F11.PDF> (fecha de consulta 16/5/2023) –en lo sucesivo Amp. 166-2009–. El término “vida digna” ha sido mal empleado en la jurisprudencia constitucional, pues todas las vidas humanas son dignas.

83. Inc. 22-2011 (p. 11), igualmente en la sentencia de amparo con referencia 310-2013 (caso “Beatriz”) (p. 13).

84. “La calificación del *nasciturus* como persona es un juicio de valor, no la descripción de un hecho objetivo. La definición de persona del art. 1, inc. 2º, Constitución es producto de una convención o acuerdo social, en un momento histórico determinado; es un producto cultural, no el reflejo inevitable de alguna esencia inmanente o trascendental de lo que es su objeto de regulación”. Inc. 22-2011, p. 12.

85. Inc. 22-2011, p. 14.

de libertad para determinar el estatus jurídico de cuestiones no reguladas por el DIDH. Al respecto, debido a que el aborto no es un derecho humano, ni existe la obligación internacional de legalizarlo, El Salvador puede decidir, de manera democrática y con respeto del Estado de Derecho, la regulación de este tema, siempre y cuando cumpla con el resto de sus obligaciones internacionales.

Por esta razón, El Salvador ha decidido incluir una eximente de responsabilidad penal en caso de que la vida de la madre corra grave peligro. Sin embargo, en cumplimiento de la obligación internacional de proteger la vida del no nacido desde la concepción, El Salvador ha tomado medidas para restringir el aborto y así compatibilizar ese margen de flexibilidad con sus obligaciones internacionalmente asumidas.

EL CASO “BEATRIZ VS. EL SALVADOR” Y LA CREACIÓN DE UN DERECHO INTERNACIONAL AL ABORTO “TERAPÉUTICO” Y EUGENÉSICO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

POR LIGIA DE JESÚS CASTALDI¹

I. Introducción

El caso “Beatriz”, contra El Salvador, primer caso de aborto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se relaciona con Beatriz, una mujer de 22 años que sufría de lupus y gestaba una niña anencefálica, a quien se le terminó el embarazo a las 26 semanas de gestación por medio de una cesárea tras la cual falleció su hija, Leilani Beatriz, aproximadamente cinco horas después de su nacimiento². La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG) esencialmente alegan que El Salvador, a través de las actuaciones de un hospital público, habría violado la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) por haberle terminado el embarazo de Beatriz a través de una cesárea y no de un procedimiento de aborto provocado el cual, según ellas, debería haber sido exigible de manera automática e inmediata a la soli-

1. Professor of Law, Ave Maria School of Law (LL.M., Harvard Law School). La autora fue perito a favor del Estado en el Caso “Beatriz vs. El Salvador”. Correo electrónico: lcastaldi@avemarialaw.edu.

2. CIDH, Informe de Fondo No. 9/20, Caso 13.378, OEA/Ser.L/V/II.175, Doc. 15,3 de marzo, 2020 (en adelante CIDH, Informe de Fondo).

cidad, sin espacio para determinaciones médicas de gravedad o urgencia y sin consideración por preservar la vida de su hija por nacer³.

En la demanda ante la Corte IDH, las ONG demandantes y la CIDH solicitan a la Corte Interamericana que ordene a El Salvador reformar su legislación nacional y políticas públicas para legalizar el aborto provocado en casos de “riesgo a la vida y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre” y en “situaciones de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina”⁴. Solicitan también que la Corte ordene a El Salvador “aplicar una moratoria en la persecución penal de delitos relacionados con el aborto” mientras se adopte tal reforma, y que el Estado reeduce a “todas las autoridades judiciales del Estado”, sobre los “estándares” de acceso al aborto creados por la CIDH⁵.

La CIDH mantuvo la identidad de las ONG peticionarias oculta en sus resoluciones e informes públicos desde el 2013 hasta la emisión del informe de fondo en el 2020, y en este último únicamente reveló su identidad en nota de pie de página⁶, probablemente debido a que existe cierta aprensión sobre el hecho de que todas las ONG demandantes son organizaciones que promueven la creación de un derecho al aborto en Latinoamérica y en El Salvador mediante activismo político y litigio estratégico: Ipas, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico de El Salvador y la Colectiva Feminista para el Desarrollo Local⁷. Entre otras actividades, Ipas se dedica también a *practicar* abortos quirúrgicos y farmacológicos en mujeres pobres de países en vías de desarrollo, donde el aborto es ilegal, y a “entrenar” personal de salud para realizar abortos provocados en cualquier momento del embarazo, según lo indica su propio sitio *web*⁸. Además, Ipas

3. Véase CIDH, Nota de remisión, Caso N° 13.378, 5 de enero de 2022, p. 48 (cons. 4), disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV_13.378_NdeREs.PDF (fecha de consulta 13/5/2023); CIDH, Informe de Fondo.

4. CIDH, Nota de remisión, Caso N° 13.378, 5 de enero de 2022, p. 48 (consids. 3-4), disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV_13.378_NdeREs.PDF (fecha de consulta 13/5/2023).

5. CIDH, Nota de remisión, Caso N° 13.378, 5 de enero de 2022, p. 48 (cons. 5), disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV_13.378_NdeREs.PDF (fecha de consulta 13/5/2023).

6. CIDH, Informe de Fondo, p. 2, nota 1.

7. CIDH, Informe de Fondo, p. 2, nota 1.

8. IPAS PARTNERS FOR REPRODUCTIVE JUSTICE, “Making abortion legal”, disponible en: <https://www.ipas.org/our-work/making-abortion-legal/>; “Ensuring high-quality abortion care”, disponible en: <https://www.ipas.org/our-work/ensuring-high-quality-care/>; “Ensuring access

produce y vende sus propias cánulas abortivas, eufemísticamente llamadas *Ipas MVA Plus* e *Ipas EasyGrip*, lo cual podría representar un conflicto de interés económico en la demanda⁹.

Las ONG demandantes, por otra parte, no han tenido reparo en revelar su identidad, y en realizar campañas sobre el caso “*Beatriz*” como un caso de litigio estratégico para despenalizar el aborto en El Salvador y en América Latina¹⁰. De hecho, Morena Herrera, fundadora de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Eugenesico, reveló públicamente que su organización obtuvo ilegalmente información confidencial sobre el estado de salud y domicilio de Beatriz, para buscarla, primero en el hospital y luego en su residencia en días no laborales, para ofrecerle asistencia legal, la cual fue estrictamente condicionada a que ella permitiera que su caso fuera utilizado como un caso de litigio estratégico para legalizar el aborto en El Salvador, condición que Beatriz aparentemente aceptó¹¹.

En sus comunicados públicos, la CIDH y las ONG demandantes han expresado claramente que el propósito de la demanda es el de provocar una sentencia de la Corte Interamericana que ordene la creación de un derecho al aborto en El Salvador¹². Este objetivo sectario de “intentar justificar que la

to abortion at or after 13 weeks”, disponible en: <https://www.ipas.org/our-work/abortion-care-at-or-after-13-weeks/>; “Supporting the right to self-managed abortion”, disponible en: <https://www.ipas.org/our-work/self-managed-abortion/> (los enlaces fueron consultados el 13/5/2023).

9. IPAS PARTNERS FOR REPRODUCTIVE JUSTICE, “Steps for performing manual vacuum aspiration using the IPAS MVA Plus and EasyGrip cannulae”, 2021, disponible en: <https://www.ipas.org/resource/steps-for-performing-manual-vacuum-aspiration-using-the-ipas-mva-plus-and-easygrip-cannulae/> (fecha de consulta 13/5/2023).

10. Véase CEJIL, “CIDH le exige explicaciones a El Salvador por el caso de Beatriz”, 8 de abril 2015, disponible en: <https://www.cejil.org/es/cidh-le-exige-explicaciones-salvador-caso-beatriz> (fecha de consulta 13/5/2023); IPAS, “Comisión Interamericana de Derechos Humanos escuchará el caso de Beatriz contra El Salvador”, 14 de abril 2015, disponible en: <http://www.ipas.org/es-MX/News/2015/April/Inter-American-Commission-on-Human-Rights-to-hear-Beatriz-case-against-El-Salvador.aspx> (fecha de consulta 13/5/2023).

11. El video con las declaraciones se encuentra en YouTube: “Feministas revelan cómo mintieron, atemorizaron y manipularon a Beatriz”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=mlvA1XmIXP0> (minuto 6:50-11:40) (fecha de consulta 13/5/2023).

12. Véase BBC MUNDO, “Denuncian a El Salvador ante la CIDH por caso de la joven ‘Beatriz’”, 29/11/2013, disponible en: http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/11/131129_ultnot_denuncia_contra_el_salvador_ante_la_cidh_bd (fecha de consulta 13/5/2023); CIDH, “CIDH presenta caso de El Salvador ante la Corte IDH sobre prohibición absoluta del aborto”, Comunicado de Prensa No. 011/22, 11 de enero de 2022, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/011.asp> (fecha de consulta 13/5/2023).

Convención permitiría el aborto”, sin embargo, es manifiestamente “contrario a su letra y espíritu”, en palabras del Juez Vio Grossi (QEPD)¹³.

La Convención Americana no contiene una sola disposición relativa a derechos sexuales y reproductivos que pudiera interpretarse como relacionada con aborto; por el contrario, sí establece en su artículo 4.1 que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Esta disposición “establece un deber internacional para el Estado de proteger la vida del que está por nacer de cualquier acto que, deliberadamente, se dirija a terminar con su vida”, como el aborto directo exigido en este caso, expresó el Comisionado Stuardo Ralón¹⁴.

II. La ausencia de una controversia objeto de causa legal

Objetivamente, el caso adolece de lo que en derecho anglosajón se conoce como *mootness*, es decir, la ausencia de una controversia objeto de causa legal, ya que la terminación del embarazo de Beatriz que exigían la CIDH y las organizaciones peticionarias de hecho se le practicó a Beatriz, y este es un hecho no controvertido. El simple hecho de que las ONG demandantes y la CIDH no encuentran satisfactorio el procedimiento utilizado para terminar el embarazo, es decir, su preferencia por un aborto directo que hubiera terminado con la vida de su hija anencefálica *in utero* en lugar de una cesárea, es insuficiente para crear una nueva controversia.

La exigencia de un aborto voluntario ya fue rechazada en el mismo caso por la Corte IDH en mayo del 2013. En ese momento, Beatriz estaba todavía embarazada y la CIDH solicitó un aborto directo e inmediato para ella por medio de medidas provisionales, pero la Corte IDH se limitó a ordenar medidas generales para asegurar que el equipo médico de Beatriz pudiera “adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes” para proteger el derecho de Beatriz a la vida e integridad personal¹⁵. Entre estas medidas, la Corte no hizo referencia a aborto.

13. CORTE IDH, Caso “Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica”, sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 326, voto Juez Eduardo Vio Grossi, p. 5.

14. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 61.

15. CORTE IDH, Asunto B. respecto de El Salvador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013, disponible

Por ello, el Comisionado Ralón señaló, en su voto disidente al informe de fondo de la CIDH, que “la petición en cuestión *debió haberse declarado inadmisibile* al tenor de lo establecido en el artículo 47 letra b) de la Convención”¹⁶. Ello debido a que el Estado había ya cumplido con las medidas provisionales al proteger la vida de Beatriz, terminando su embarazo a través de cesárea, indicando que la denuncia no expuso “hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención”, pues la Convención no reconoce un derecho al aborto voluntario¹⁷.

El alegato por parte de la Comisión y las ONG demandantes sobre la existencia de un supuesto daño a la salud de Beatriz en virtud de habersele practicado una cesárea y no el aborto provocado que se exigía para ella, ya fue desestimado por la Corte IDH en su resolución sobre medidas provisionales en el 2013, donde esta examinó la evidencia y encontró que el argumento carecía de sustento, pues “*las representantes no presentaron documentación médica alguna que sustentara dicha afirmación*”¹⁸. Tres meses después de emitir las medidas provisionales, cuando supervisó su cumplimiento de las medidas provisionales, la Corte determinó que “no subsisten [...] los posibles riesgos a [la] vida y a la integridad personal” de Beatriz, y por ello levantó las medidas¹⁹.

Al igual que la solicitud de medidas provisionales, la demanda del 2022 no presenta evidencia alguna de que Beatriz haya sufrido un daño real, no especulativo, a su salud por haber continuado el embarazo por un periodo de doce semanas (entre la solicitud de aborto y la eventual terminación), ni por que se le practicara una cesárea en lugar de un aborto. De hecho, el Comisionado Ralón señaló que la evidencia médica del caso demostraba que Beatriz habría sufrido mayor daño a su salud si se le hubiera practicado un aborto provocado en lugar de una cesárea: “[T]ras el nacimiento de la hija de Beatriz, [Beatriz] continuó bajo monitoreo en el Hospital Nacional de la Maternidad y fue dada de alta de aquel recinto médico una semana después, *en estado*

en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf , párr. 17, 1 (resolutivo) (fecha de consulta 13/5/2023).

16. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, pp. 49-50.

17. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, pp. 49-50.

18. CORTE IDH, Asunto B. respecto de El Salvador. Medidas Provisionales. Resolución del 19 de agosto de 2013, Considerandos (3 y 4) 14.

19. CORTE IDH, Asunto B, respecto de El Salvador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013, consid. 14 & 1-3 (resolutivos).

de salud estable y sin ninguna complicación médica. En este sentido, cabe concluir que el nacimiento [de] su hija, a través de un procedimiento de cesárea, tampoco causó a Beatriz ningún perjuicio a su salud, *ni ningún riesgo mayor del que le hubiera enfrentado en un aborto provocado*, procedimiento quirúrgico que, al momento avanzado de la gestación en el que se encontraba, hubiera causado *serias amenazas a su salud reproductiva y a su salud mental, tal como indicaron los médicos a cargo de Beatriz*”, indicó²⁰.

No caracteriza tampoco una violación de la Convención el absurdo alegato de que El Salvador sea responsable por la muerte de Beatriz, cuando ella falleció 4 años y 4 meses después del parto, en un accidente de motocicleta, que nada tuvo que ver con su embarazo ni con la cesárea que se le practicó en el 2013. Las ONG demandantes mismas indicaron a la Comisión que Beatriz murió de lupus, por “complicaciones en su delicado estado de salud, luego de un accidente de tránsito”²¹, sin establecer ningún nexo causal entre la falta de un aborto voluntario en el 2013 y su deceso. En vista de estos hechos, resulta evidente que la demanda carece de verdadera controversia u objeto de causa legal, y no tiene otro propósito que el crear una falsa controversia para provocar una sentencia de la Corte Interamericana que ordene la creación de un derecho al aborto en El Salvador.

III. El nacimiento con vida de Leilani Beatriz y la supuesta violación de la Convención Americana

La CIDH le pide a la Corte ignorar los derechos de la niña y ordenar a El Salvador la legalización del aborto eugenésico cuando se dé al niño en gestación un diagnóstico de inviabilidad o de condición “incompatible con la vida”²². El comisionado Ralón, entonces Relator sobre los Derechos de las

20. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 51.

21. CIDH, Informe de Fondo, párr. 83.

22. Véase CIDH, Nota de remisión, 5 de enero de 2022, p. 48 (consid. 3); CIDH, Informe de Fondo, párr. 148.

Vale la pena mencionar que la validez de dicho diagnóstico médico se ha vuelto controversial en recientes décadas, ya que muchos niños categorizados como inviábiles de hecho han sobrevivido varias horas o días después del nacimiento, como fue el caso de Leilani Beatriz, y se han documentado casos de niños anencefálicos que sobreviven hasta dos años después de nacer, sin asistencia artificial. Véase, por ejemplo, BAIRD, PATRICIA. A., SADOVNICK ADELE D., “Survival in infants with anencephaly”, *Clin Pediatr (Phila)*, 1984, May; 23(5):268-71, DOI: 10.1177/000992288402300505. PMID: 6705433; DICKMAN, HOLLY, FLETKE KYLE y

Personas con Discapacidad de la CIDH, rechazó dicha petición, señalando que “el artículo 4.1 de la Convención obliga a los Estados –a la luz de los artículos 1.1 y 2 del tratado–, a proveer una amplia protección al derecho a la vida desde la concepción. Esto, *incluso, si el nonato es un bebé anencefálico que vivirá solo unas horas tras su nacimiento*, como ocurrió en el presente caso”²³.

Así entendió la Corte Suprema de El Salvador también sus obligaciones internacionales. Al respecto, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y antiguo miembro de la CIDH (2004-2007), Florentín Meléndez²⁴, manifestó que, en este caso, “la defensa de la vida de ambos”, el no nacido y la madre, es ordenada “por la Constitución y el derecho internacional”, citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente, el caso “Villagrán Morales” en lo relativo a la inderogabilidad del derecho a la vida y al deber positivo de proteger legalmente la vida humana²⁵.

El Comisionado Ralón rechazó enfáticamente la afirmación de que permitir la gestación y nacimiento con vida de Leilani Beatriz constituyera tortura. En este sentido, manifestó que el “[h]aber permitido el nacimiento de la hija anencefálica de Beatriz no implicó que El Salvador hubiese cometido acto de tortura alguna en su contra [...] Permitir el nacimiento de una niña anencefálica, y no proveer los medios para practicar un aborto que termine con su vida, no es en absoluto equiparable a la aplicación de terribles y grotescos apremios ilegítimos por parte de un funcionario público para obtener la declaración de una víctima, o bien para, simplemente, hacerla sufrir. *Equi-*

REDFERN, ROBERTA, E., “Prolonged unassisted survival in an infant with anencephaly”, *BMJ Case Rep.* 2016, Oct 31; 2016:bcr2016215986, DOI: 10.1136/bcr-2016-215986. PMID: 27799226; PMCID: PMC5093842.

23. CIDH, Informe de Fondo, pp. 48-49.

24. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR, Dr. Florentín Meléndez Padilla, disponible en: <https://transparencia.oj.gob.sv/descargar/3/13307/Curriculum%20Dr.%20Florentin%20Mel%C3%ADn%20Padilla/18-03-2019> (fecha de consulta 13/5/2013). El Juez Meléndez también fue miembro y profesor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH.

25. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 28 mayo, 2013, Amparo 310-2013, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 2013, (El Sal.), disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2010-2019/2013/05/A00CC.PDF> (fecha de consulta 13/5/2013). En adelante *Sala Constitucional, Amparo 310-2013*], *Voto disidente en el caso B.C. Magistrado Florentín Meléndez*.

parar ambas situaciones es totalmente inapropiado. No solo la naturaleza de ambas acciones es distinta, sino que también los fines”²⁶.

El cálculo de proporcionalidad que la CIDH y las organizaciones pro-aborto demandantes piden que la Corte IDH realice relativizaría el derecho a la vida de la niña con grave discapacidad. Dicho calculo incluiría un balance “de los intereses en juego y del grado de sacrificio de uno respecto a otro”²⁷, en lugar de una ponderación de los derechos de la madre y los del no nacido. El Comisionado Ralón expresó gran preocupación por este estándar, que contradice el mandato de la CIDH de defender los derechos de todas las personas, especialmente de aquellas más vulnerables²⁸, sin perjuicio de lo cual señaló que aun bajo el propuesto cálculo de proporcionalidad “habría resultado verdaderamente desproporcionado en el contexto de este caso [...] terminar la vida de la hija de Beatriz a través de la práctica de un aborto” debido a la falta de un grave riesgo a la salud de Beatriz antes de que se le practicara la cesárea²⁹.

Según la CIDH misma, solamente 5 de 24 Estados parte de la Convención Americana autorizan el aborto eugenésico de niños con diagnóstico de “inviabilidad” o de condición “incompatible con la vida”³⁰. Respecto a ello, el Comisionado Ralón indicó: “Esta circunstancia es *absolutamente insuficiente* para crear un *consenso regional* sobre esta práctica”³¹. La demanda menciona que los tribunales constitucionales de Colombia y de Brasil han creado esta excepción de aborto no punible en sus jurisdicciones. Ninguna de dichas decisiones, sin embargo, fue adoptada por unanimidad.

La sentencia de tutela SU-096 de la Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, provocó enfáticas opiniones disidentes por parte de los jueces

26. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 66.

27. CIDH, Informe de Fondo, párr. 145.

28. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, pp. 58-59. Sobre esta temática, puede verse también LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS, “*Amicus curiae* presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por Jorge Nicolás Lafferriere en el caso *Beatriz vs. El Salvador*”, 24 de marzo de 2023, *Centro de Bioética, Persona & Familia*, disponible en: <https://centrodebioetica.org/amicus-curiae-presentado-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-por-jorge-nicolas-lafferriere-en-el-caso-beatriz-vs-el-salvador/> (fecha de consulta 15/5/2023).

29. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, pp. 60.

30. CIDH, Informe de Fondo, párrs. 143, 148, 151, 181.

31. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 61.

Cristina Pardo Schlesinger y Carlos Bernal Pulido, quien es actualmente miembro de la CIDH, expresando que el aborto eugenésico discrimina contra el niño discapacitado, en contravención de las normas internacionales sobre discriminación³². Anteriormente, la sentencia C-355, que creó múltiples supuestos de aborto no punible en el país incluyendo el aborto eugenésico por inviabilidad fetal, había también generado similar condena y disidencia por parte de los jueces Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil, quienes también fueron miembros de la CIDH³³. Igualmente, la decisión del Tribunal Supremo Federal de Brasil que despenalizó el aborto por anencefalia produjo rechazo por parte del juez Ricardo Lewandowski, y del presidente del Tribunal Supremo, Cezar Peluso, quien escribió una opinión disidente en la que afirmó que el feto anencefálico es un portador de la vida, y que abortarlo, por lo tanto, es una conducta prohibida bajo la Constitución de Brasil y los tratados internacionales de los que es parte, que incluyen la Convención Americana³⁴.

Cabe mencionar que el anticuado estándar de inviabilidad ha sido abolido en Estados Unidos, país signatario de la Convención Americana, en el fallo *Dobbs v. Jackson* del 2022. La sentencia derogó el estándar de viabilidad fetal creado por los casos *Roe* y *Casey*, que permitía ampliamente el aborto de niños “inviabiles” y permitía la regulación del aborto únicamente si esta no presentaba un “*undue burden*” (obstáculo indebido) al derecho de la mujer a abortar³⁵. En *Dobbs*, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló lo “arbitrario” del criterio de viabilidad, expresando que: “el problema más obvio con cualquier argumento en esta línea es que la viabilidad ha cambiado a través del tiempo y es altamente dependiente de varios factores –como los avances médicos y la disponibilidad de atención médica de calidad– que no tienen nada que ver con las características de un feto”³⁶.

32. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Comunicado No. 42, Expediente T-6612909, Sentencia SU-096/18, p. 2.

33. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, mayo 10, 2006, Sentencia C-355/2006, *Gaceta de la Corte Constitucional* [G.C.] (t. Tercero) (Colombia).

34. Inteiro Teor do Acórdão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JURISPRUDÊNCIA [STFJ], Relator: Marco Aurélio, 12/4/2012, 4 (Brasil).

35. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 142 S.Ct. 2228 (2022).

36. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 142 S.Ct. 2228 (2022) ¶ 2238 (traducción de la autora).

IV. La interrupción del embarazo en situaciones de riesgo a la vida y salud de la madre en El Salvador y en los Estados parte

La interrupción del embarazo de Beatriz mediante un procedimiento no abortivo, como el parto por cesárea, seguida de cuidados neonatales para la recién nacida no se encuentra enmarcada dentro de la definición legal de aborto en ningún Estado parte de la Convención Americana, ni constituye un procedimiento punible en el ordenamiento jurídico de ninguno de ellos. Tampoco se encuentran prohibidos estos procedimientos bajo la Convención Americana, expresó el Comisionado Stuardo Ralón: “[e]ste tipo de intervenciones, propias de la *ars médica*, *no representan en caso alguno instancias de aborto y no se encuentran prohibidas por el artículo 4.1 de la Convención [...] todas aquellas prácticas médicas orientadas a proteger la vida de la madre, pero cuyos efectos colaterales no deseados impliquen, en la práctica, la muerte del no nacido, no se encuentran prohibidos en absoluto* a la luz del artículo 4.1 de la Convención”³⁷.

El Salvador nunca ha sancionado penalmente a las partes involucradas en procedimientos no abortivos para preservar la vida de una mujer embarazada. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha dejado totalmente claro que la ley penal nacional no penaliza los procedimientos no abortivos en casos de estado de necesidad, cuando existe grave riesgo a la vida o la salud de la madre, en su sentencia de amparo sobre el recurso interpuesto a nombre de Beatriz y en una sentencia anterior del 2007³⁸. Por acuerdo unánime, la Sala Constitucional determinó que una interrupción del embarazo, donde los médicos tratasen de salvar la vida de la madre y el hijo, no estaría sujeta a sanciones penales bajo la ley salvadoreña, aun cuando de dicho procedimiento resultara indirectamente en la muerte del no nacido³⁹.

37. CIDH, Informe de Fondo, voto Disidente, comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, pág. 61.

38. Véase SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 28 de mayo, 2013, Amparo 310-2013, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 2013, (El Sal.), disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/05/A00CC.PDF> (fecha de consulta 13/5/2013). En adelante, *Sala Constitucional, Amparo 310-2013*]; Véase SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 20 de noviembre de 2007, Inconstitucionalidad 18-98, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (2007) (El Salvador).

39. SALA CONSTITUCIONAL, *Amparo 310-2013 cit.*, párr. VII(5)(C); Corte IDH. *Asunto B. respecto de El Salvador*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013, párr. 10 (xvii).

El Juez González Bonilla, en su voto concurrente, reiteró este punto y añadió que tal procedimiento “no sería constitutivo del delito de aborto [...], o en todo caso sería un caso susceptible de aplicación de las causales del art. 27 de este mismo Código sobre excluyentes de responsabilidad, incluyendo la de ‘estado de necesidad’ en el numeral 3”⁴⁰.

No existe una prohibición absoluta de la terminación del embarazo cuando existe riesgo a la vida de la madre en El Salvador, ni es cierto que la conducta de aborto sea ambigua en la ley salvadoreña de manera que requiera una reforma penal para permitir la interrupción del embarazo en caso de riesgo a la vida de la madre, como alegan la CIDH y las ONG demandantes⁴¹. De hecho, existía en El Salvador, al momento de la solicitud de interrupción del embarazo de Beatriz, un procedimiento para el acceso a dicha interrupción, descrito en la demanda misma: Beatriz solicitó el aborto y “[l]os médicos del hospital le informaron [...] que existía una malformación congénita del feto y, en caso de persistir el diagnóstico de anencefalia, se llevaría su caso ante el Comité Médico para consensar [sic] el momento de interrupción por beneficio materno ya que la anencefalia es incompatible con la vida”⁴². Debido a su avanzado estado de embarazo, se consultó también a la Unidad Jurídica del hospital y a la Unidad de Vida de la Procuradora General de la República, y se informó de la situación al Ministerio de Salud⁴³.

Tanto el Comisionado Ralón, como el antiguo Comisionado Florentín Meléndez, citaron testimonio médico indicando que “en el referido hospital se han practicado con anterioridad intervenciones médicas para interrumpir embarazos antes de término, para proteger a las madres, sin necesidad de autorización legal y sin haber tenido consecuencias penales o de otra índole”⁴⁴. Por ello, la exigencia de “protocolos o normas técnicas necesarias relativas a asegurar la disponibilidad y accesibilidad real a los servicios para la interrupción del embarazo”⁴⁵ parece estar dirigida a provocar una despenalización del aborto mediante decreto ejecutivo, ya que la Asamblea Legislativa de El Salvador ha rechazado consistentemente todo proyecto de despenalización.

40. Véase SALA CONSTITUCIONAL, *Amparo 310-2013* cit. Voto particular concurrente del Magistrado Rodolfo González Bonilla párr. IV(2).

41. CIDH, Informe de Fondo, párrs. 155-156, 168.

42. CIDH, Informe de Fondo, párrs. 38-40 (comillas omitidas).

43. *Idem*.

44. CIDH, Informe de Fondo, Voto Disidente, Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 62; *Sala Constitucional, Amparo 310-2013* cit. Voto disidente en el caso B.C. Magistrado Florentín Meléndez.

45. CIDH, Nota de remisión, 5 de enero de 2022, p. 48 (cons. 4).

Si algunos médicos salvadoreños expresaron temor de ser penalizados, indicó el Comisionado Ralón, fue porque la CIDH y las ONG peticionarias les exigían actos abortivos, propios de un aborto directo y voluntario, para interrumpir el embarazo de Beatriz, ello más allá del primer trimestre de embarazo y sin existir un verdadero riesgo médico a la vida o la salud de la madre en el momento de la denuncia⁴⁶. Por ese motivo, los médicos indicaron a las ONG peticionarias que el aborto solicitado “no es legalmente permitido en el país”⁴⁷. También rechazaron las presiones para hacerle a Beatriz un aborto ilegal por parte de la abogada de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, quien prometía guardar silencio, y le advirtieron que ella misma podría ir a prisión si accedieran a realizar tal acto⁴⁸.

Fuera del caso de Beatriz, la demanda no cita un solo caso de supuesta penalización de la interrupción del embarazo en situaciones de riesgo a la vida de la madre en El Salvador. La CIDH cita únicamente otras denuncias donde las ONG peticionarias en el caso Beatriz alegan que varias mujeres condenadas judicialmente por infanticidio en El Salvador han sido penalizadas por supuestas emergencias obstétricas⁴⁹. De hecho, solo unas semanas antes de la audiencia pública del caso “Beatriz”, la CIDH emitió un comunicado de prensa promoviendo la legalización del aborto en los Estados parte y reprobando a El Salvador por la condena judicial de dos mujeres que, según se comprobó fehacientemente en juicio, le habían quitado la vida a sus hijos recién nacidos⁵⁰.

El comisionado Carlos Bernal Pulido, actual miembro de la CIDH y antiguo juez de la Corte Constitucional de Colombia, resaltó la irrelevancia de estas denuncias para el tema del aborto: “la postura mayoritaria [no explica] cuál es la *relación entre esos casos y la regulación del aborto –conducta dis-*

46. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, pp. 50 y ss.

47. CIDH, Informe de Fondo, párr. 39.

48. El video con las declaraciones de la abogada, que revela estos hechos, se encuentra en YouTube: “Feministas revelan como mintieron, atemorizaron y manipularon a Beatriz” disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=mlvA1XmIXP0> (fecha de consulta 13/5/2023) (minuto 11:49).

49. CIDH, Informe de Fondo, párr. 31.

50. Véase, CIDH, “CIDH llama a avanzar en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos en la región”, Comunicado de prensa No. 011/23, 31 de enero de 2023, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/011.asp> (fecha de consulta 13/5/2023).

tinta a los presuntos hechos de homicidio agravado”⁵¹. También deploró la falta de rigor y objetividad de la CIDH al tratar con estas denuncias: “La postura mayoritaria [de la CIDH] rechaza decisiones judiciales internas sin explicar [...] cómo constató que, en efecto, esas emergencias obstétricas fueron el motivo de las condenas, ni [...] la forma en la que verificó que las conductas de las personas condenadas no configuraron el delito de homicidio agravado, como lo habrían aducido las autoridades judiciales nacionales. Esta *falta de verificación es inaceptable*, y podría conducir a que los Estados no apliquen el tipo penal de homicidio agravado contra personas recién nacidas”⁵².

Incluyendo a El Salvador, 21 de 24 Estados parte de la Convención permiten expresamente la interrupción del embarazo en situaciones de grave riesgo a la vida de la madre o “estado de necesidad”, pero ninguno de estos Estados *requiere* que dicha interrupción consista en la realización de un aborto provocado en lugar de un procedimiento no abortivo. Ya sea mediante disposición en código penal (17 Estados parte), o mediante interpretación de la asamblea legislativa (2 Estados: Honduras y República Dominicana) o interpretación judicial por parte de corte suprema o corte constitucional (Chile y El Salvador), la gran mayoría de Estados parte de la Convención Americana permiten explícitamente la interrupción del embarazo en casos de grave riesgo a la vida de la madre⁵³. Tres Estados parte, Nicaragua, Haití y Surinam,

51. Voto razonado del Comisionado Carlos Bernal Pulido en relación con el Comunicado de Prensa 011/23, párr. 5 (según surge del comunicado publicado en el sitio web de la CIDH, está disponible solo mediante solicitud individual a la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, cidh-prensa@oas.org, véase: CIDH llama a avanzar en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos en la región”, Comunicado de prensa No. 011/23, 31 de enero de 2023, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/011.asp> (fecha de consulta 23/5/2023).

52. Voto Razonado del Comisionado Carlos Bernal Pulido en relación con el Comunicado de Prensa 011/23, párr. 5.

53. Véase, por ejemplo, Criminal Code § 250(2) (Granada); Código Penal, art. 86(1) (Argentina); Código Penal, art. 128 (Brasil); Código Penal, art. 266 (Bolivia); Código Penal, art. 121 (Costa Rica); Código Orgánico Integral Penal, art. 150(1) (Ecuador); Código Penal, art. 119 (Perú); Código Penal, art. 144 (Panamá); Código Penal Federal, art. 334 (México); Código Penal, art. 139 (Guatemala); Código Penal, L. 3.440/08, art. 109(4) (Paraguay); Código Penal, art. 328(3) (Uruguay); Ley No. 18.987, Interrupción Voluntaria del Embarazo, art. 6(A) (Uruguay); Medical Termination of Pregnancy Act, § 4(1)(a) and (5) (Barbados); Offences Against the Person Act, § 8(1) (Dominica); Tribunal Constitucional, 28 agosto 2017, Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” (Chile); SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 20 de noviembre de 2007, Inconstitucionalidad 18-98, Centro de Documentación Judicial de Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2007, El Salvador. Véase DIARIO ROATAN.COM, “Comisión multipartidaria del Código Penal decide

carecen de disposición legal explícita o interpretación legislativa o judicial específica que permita la interrupción del embarazo en estas circunstancias, lo cual no significa que de hecho se prohíba o sancione penalmente⁵⁴.

Por otra parte, menos de la mitad de Estados parte de la Convención Americana (10 de 24) permiten la interrupción del embarazo en situación de grave riesgo a la salud de la madre durante el embarazo, que no impliquen un riesgo a su vida⁵⁵. La mayoría de los países que permiten la terminación del embarazo en esta causal, como Perú, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, solo la permiten si el riesgo para la salud de la madre es “grave” o “serio” y si el riesgo no puede ser evitado por otros medios⁵⁶. En este aspecto, la demanda de la CIDH parece también reconocer que la creación de una excepción de aborto no punible por salud de la madre debería limitarse al “riesgo grave” a su salud, pero al proponer la creación de una nueva e indefinida causal de “riesgo grave” a la “integridad personal” de la madre parece contradecir cualquier apariencia de moderación y proponer excepciones que van más allá de determinaciones sobre necesidad médica⁵⁷.

no despenalizar figura del aborto”, 4 de mayo de 2017, disponible en: <https://diarioroatan.com/comision-multipartidaria-del-codigo-penal-decide-no-despenalizar-el-aborto/> (fecha de consulta 14/5/2023); DOMINICAN TODAY, “Despite 20-Year Wait, New Penal Code Keeps Old Abortion Ban”, 15 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.dominicantoday.com/dr/local/2016/12/15/61709/Despite-20-year-wait-new-Penal-Code-keeps-old-abortion-ban> (fecha de consulta 14/5/2023).

54. Véase CÓDIGO PENAL, arts. 143-49 (Nicaragua); CODE PÉNAL, art. 262 (Haití); SURINAME PENAL CODE, arts. 309(1), 355-58 (Suriname); COMM. ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Combined Initial, Second, Third, Fourth, Fifth, Sixth and Seventh Periodic Reports of States Parties: Haiti, 9 de julio de 2008*, disponible en: [https://www.refworld.org/publisher-CEDAW,STATEPARTIESREP,HTI,48d769192,0.html](https://www.refworld.org/publisher/CEDAW,STATEPARTIESREP,HTI,48d769192,0.html) (fecha de consulta 14/5/2023).

55. Véase, por ejemplo, Código Penal, art. 86(2) (Argentina); Código Penal, art. 266 (Bolivia); Código Penal, art. 121 (Costa Rica); Código Orgánico Integral Penal, art. 150(1) (Ecuador); Criminal Code § 250(2) (Granada); Código Penal Federal (México), art. 334; Código Penal (Panamá) de 2007, art. 14; Código Penal, art. 119 (Perú); Resolución Ministerial No. 486-2014, *Diario Oficial El Peruano* (28 de junio de 2014), <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/198435-486-2014-minsa> (fecha de consulta 14/5/2023).

56. Código Penal (Perú), art. 119, Código Penal (Argentina), art. 86 (1), Código Penal (Bolivia) de 1972, art. 266, Código Penal (Costa Rica), art. 121 y Código Penal (Ecuador) de 1971, art. 447(1); Medical Termination of Pregnancy Act, § 6 (Barbados); Ley No. 18.987, Interrupción Voluntaria del Embarazo, art. 6(A) (Uruguay); CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, mayo 10, 2006, Sentencia C-355/2006, *Gaceta de la Corte Constitucional* [G.C.] (t. tercero) (Colombia).

57. CIDH, Nota de remisión, Caso No. 13.378, 5 de enero de 2022, pág. 48 (Considerando 3).

Ningún Estado parte de la Convención Americana ha interpretado la permisibilidad de la interrupción del embarazo en situaciones de grave riesgo a la vida o la salud de la madre como un *requisito* de que dicha interrupción consista en la realización de un *aborto provocado* en lugar de un procedimiento no abortivo. De hecho, en algunos Estados parte, como Guatemala, Dominica y Paraguay, el código penal permite *únicamente* la interrupción del embarazo mediante *procedimientos no abortivos* cuando existe grave riesgo a la vida de la madre, es decir, la intervención médica donde el objetivo sea dar tratamiento a la mujer embarazada, y no la destrucción de la persona por nacer; aun si la intervención indirectamente provoca la muerte del no nacido⁵⁸. De la misma manera han interpretado la permisibilidad de la interrupción del embarazo, en caso de riesgo a la vida de la madre, las asambleas legislativas de República Dominicana y Honduras y la Corte Suprema de El Salvador⁵⁹.

No es relevante para propósitos de interpretación la práctica de Estados que no son ni signatarios ni partes de la Convención Americana como Canadá, citado por la Comisión en la demanda en cuanto a su despenalización completa del aborto⁶⁰. Tampoco es legalmente relevante para propósitos de interpretación de la Convención Americana la sentencia *Roe v. Wade* (1973) de la Suprema Corte de Estados Unidos, citada en la demanda⁶¹, ya que en el 2022 dicho fallo fue derogado por la sentencia del caso *Dobbs v. Jackson*, que derogó el derecho constitucional al aborto en ese país, para permitir a los Estados norteamericanos restringir y regular las prácticas de aborto provocado⁶².

Sí es relevante y permanece válido, de acuerdo con *Dobbs*, el fallo *Gonzales v. Carhart*⁶³, de la Suprema Corte de Estados Unidos, país signatario de

58. Offences Against the Person Act, § 8(1) (Dominica); Código Penal, art. 139 (Guat.); Código Penal, L. 3.440/08, art. 109 (4) (Para.).

59. Véase SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Nov. 20, 2007, Inconstitucionalidad 18-98, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (2007) (El Salvador); DIARIO ROATAN.COM, “Comisión multipartidaria del Código Penal decide no despenalizar figura del aborto”, 4 de mayo de 2017: <https://diarioroatan.com/comision-multipartidaria-del-codigo-penal-decide-no-despenalizar-el-aborto/> (fecha de consulta 14/5/2023); DOMINICAN TODAY, “Despite 20-Year Wait, New Penal Code Keeps Old Abortion Ban”, 15 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.dominicantoday.com/dr/local/2016/12/15/61709/Despite-20-year-wait-new-Penal-Code-keeps-old-abortion-ban> (fecha de consulta 14/5/2023).

60. CIDH, Informe de Fondo, párr. 135, 141.

61. CIDH, Informe de Fondo, párr. 135, 141.

62. Véase *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 142 S.Ct. 2228 (2022).

63. *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

la Convención Americana⁶⁴. En dicho fallo, emitido en el 2007, la Suprema Corte de Estados Unidos validó una prohibición federal del procedimiento abortivo denominado *partial-birth abortion* (aborto con nacimiento parcial). Para eso, reconoció que este particular procedimiento de aborto, que raya en infanticidio, es “grotesco e inhumano” y concluyó que “nunca es médicamente necesario” ni requiere una “*excepción por vida de la madre*”⁶⁵, lo que sugiere que los procedimientos abortivos no son médicamente necesarios para proteger la vida de la madre. Así lo sugirió también el Comisionado Ralón al examinar la sentencia de la Corte Suprema de El Salvador en el caso “*Beatriz*”: “el análisis de la sala constitucional demostró que, aun en casos de grave enfermedad de la mujer embarazada, *no existe nunca un estado de necesidad que requiera la destrucción del feto*, es decir, un aborto directo que produzca intencionalmente la muerte del no nacido, el cual, bajo ninguna circunstancia, presenta un beneficio terapéutico para la madre”⁶⁶.

Así lo han reconocido también cientos de médicos especialistas en ginecología y obstetricia alrededor del mundo, signatarios de la Declaración de Dublín, del 2012, que establece que “*el aborto directo no es médicamente necesario* para salvar la vida de la madre. Reconocemos que hay una *diferencia fundamental* entre aborto y los tratamientos médicos que se realizan para salvar la vida de la madre, aun si esos tratamientos resultan en la pérdida de la vida de su hijo. Confirmamos que la *prohibición del aborto* no afecta, en ninguna manera, el acceso a cuidados óptimos de salud para la mujer embarazada”⁶⁷. De la misma manera afirmó el Sindicato de Médicos del Hospital Nacional Rosales y el Presidente del Colegio Médico de El Salvador que el aborto provocado e ilegal, entendido como el procedimiento que tiene como objetivo la destrucción deliberada del feto humano, no produce por sí mismo ningún beneficio terapéutico para la madre: “*no existe una situación en la*

64. Estados Unidos firmó la CADH el 6 de enero de 1977. Hasta el momento, no la ha ratificado. Véase: OEA, “Información general del tratado: B-32”, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (fecha de consulta 14/5/2023).

65. Véase *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 ¶ 1614 (2007).

66. CIDH, Informe de Fondo, voto disidente, Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, p. 63.

67. Dublin Declaration on Maternal Healthcare, septiembre 2012, disponible en: <https://www.dublindeclaration.com/> (fecha de consulta 14/5/2023) (traducción de la autora). Véase también el texto de apoyo de la American Association of Pro-Life Obstetricians and Gynecologists a la Declaración de Dublín (AAPLOG), “Premature Delivery is Not Induced Abortion”, disponible en: <https://aaplog.org/premature-delivery-is-not-induced-abortion/> (fecha de consulta 15/5/2023).

práctica médica actual *que avale la interrupción de la vida humana en gestación, con el propósito de salvar la vida de la madre, pues aquellos siempre deben hacer todo lo posible por salvar la vida de ambos pacientes*⁶⁸.

V. Conclusión

La CADH no contiene una obligación estatal de autorizar procedimientos abortivos que acaben directamente con la persona por nacer, en lugar de procedimientos no abortivos cuando existe riesgo a la vida de la madre durante el embarazo, y la práctica de los Estados confirma la inexistencia de tal obligación. Las ONG peticionarias y la CIDH promueven una falsa narrativa de penalización de cualquier interrupción del embarazo en situaciones de riesgo a la vida de la madre que nada tiene que ver con la realidad en El Salvador y en el resto de Estados parte de la Convención. Ningún Estado parte penaliza aquellos procedimientos de interrupción o terminación del embarazo que no tengan carácter abortivo, sino únicamente aquellos que consistan en aborto directo y provocado, los cuales nunca han sido identificados como terapéuticos ni médicamente necesarios para proteger la vida o salud de la madre.

La Convención tampoco contiene una obligación de provocar el aborto de niños supuestamente “inviabiles”, en particular, niños anencefálicos como Leilani Beatriz, y la práctica de los Estados también confirma la inexistencia de dicha obligación. No existe un consenso regional sobre el aborto eugenésico de niños supuestamente “inviabiles”, pues solo cinco de 24 Estados han legalizado esa práctica, y ninguno de ellos ha aparentemente requerido que el embarazo debe interrumpirse mediante aborto provocado y no por otro procedimiento no abortivo bajo esa causal.

La sentencia del caso “Beatriz”, que debería ser emitida en el 2023, determinará la postura de la actual Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la protección que la Convención Americana inequívocamente reconoce a la persona por nacer frente al aborto provocado. La sentencia indicará sin duda hasta qué punto la Corte está dispuesta a mantenerse fiel a la interpretación *pro homine* de la Convención Americana ordenada por el artículo 29, o a distorsionar su sentido ordinario para favorecer los intereses de las ONG que promueven la creación de un derecho a abortar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

68. Véase SALA CONSTITUCIONAL, *Amparo 310-2013*, cit. Voto particular concurrente del Magistrado Rodolfo González Bonilla párr. II(3).

En cuanto a la legalización del mal llamado aborto “terapéutico” o del aborto eugenésico en El Salvador que exigen las ONG demandantes y la CIDH, esta no podría ocurrir más que a través de “medidas legislativas”, como reconoce la demanda misma⁶⁹. Así también lo ha señalado el antiguo comisionado y magistrado, Florentín Meléndez, quien sostuvo que una decisión de despenalizar el aborto podría únicamente hacerse a través de la aprobación de una nueva ley sobre la materia: “La única instancia del Estado que tiene competencia para regular esta materia es la Asamblea Legislativa, por medio de la ley”⁷⁰.

69. CIDH, Nota de remisión, Caso N° 13.378, 5 de enero de 2022, p. 48 (cons. 3).

70. SALA CONSTITUCIONAL, *Amparo 310-2013* cit. Voto disidente en el caso B.C. Magistrado Florentín Meléndez.

Parte III

Embarazo de riesgo, diagnóstico de anencefalia y regulación del aborto: perspectivas

CUIDADOS PALIATIVOS Y PSICOLOGÍA PERINATAL EN FAMILIAS CON DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA: UN APORTE DESDE LAS CIENCIAS DE LA SALUD

POR GRACIELA MOYA¹ E IVANNA DEHOLLAINZ²

I. Introducción

Los adelantos tecnológicos en el área de ecografía prenatal permiten el diagnóstico de patologías fetales en etapas muy tempranas de la vida del niño en gestación. Ello puede generar en las familias, en los profesionales de la salud y en el sistema sanitario dilemas sobre el accionar más adecuado en estas circunstancias, particularmente en aquellos diagnósticos que son severamente limitantes para la vida del niño.

Frente al diagnóstico prenatal de una condición, como la anencefalia, el dilema se suscita porque la vida emerge, y la muerte acecha al mismo tiempo. La situación interpela no solo a la familia, sino también al equipo de salud, quien tiene la responsabilidad de reconocer el fuerte impacto emocional generado y el deber de integrar a la familia en la toma de decisiones con el objetivo de humanizar la atención médica. ¿Qué es lo que se debe hacer en estos casos? ¿Qué marco legal debe dar el Estado en estas situaciones que afectan profundamente a las familias?

Este cuestionamiento tiene relevancia porque en este momento se dirime en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) un caso conocido como “Beatriz”, en el que se debate la responsabilidad del Estado de El Salvador por no permitir que una mujer, accediera a “la interrupción legal,

1. Médica (UBA), Doctora en Medicina (UNEX). Especialista en Genética Médica (MSN-UNLP). Magíster en Bioética (UCA). Magíster en Biología Molecular Médica (UBA), Profesora Ordinaria, Instituto de Bioética, Facultad de Ciencias Médicas (UCA). Correo electrónico: gracielamoya@uca.edu.ar.

2. Psicóloga (UBA), Especialista en Psicología Perinatal (COLPSIBA). Correo Electrónico: psicoperinatalivannadehollainz@gmail.com.

temprana y oportuna” del embarazo de una niña con diagnóstico de anencefalia. Beatriz, portadora de una condición crónica multisistémica (lupus eritematoso sistémico –LES–), quedó embarazada de una niña quien fue diagnosticada prenatalmente con anencefalia. Su gestación fue controlada y en la semana 26 se propuso realizar una cesárea, de la que nació su hija³, Leilani Beatriz. La niña recibió cuidados en neonatología hasta su fallecimiento, recibiendo sepultura como cualquier otro niño⁴.

Este caso nos suscitó la necesidad de realizar una búsqueda bibliográfica para entender qué es lo que esperan las familias del sistema de salud y del Estado en el caso en que se diagnostique en su hijo en gestación una condición que sea severamente limitante para la vida del niño.

En las siguientes páginas, desde las ciencias de la salud, reflejaremos algunas tendencias y estudios recientes sobre los cuidados paliativos y la psicología perinatal en familias con diagnóstico de anencefalia u otras condiciones con similar pronóstico. Para eso, ofreceremos primero algunas nociones sobre la condición y el diagnóstico, su prevalencia y pronóstico (parte II, III, IV y V); luego al manejo clínico (parte VI) y por último compartiremos algunas reflexiones (parte VII).

Adelantamos desde ya que, sobre la base de las experiencias personales, profesionales, y en la revisión bibliográfica, la familia siempre solicita un trato humanizado en el momento de recibir el diagnóstico y la propuesta de acompañamiento en esta compleja situación. Asumir esta responsabilidad implica, para el sistema sanitario, tomar la decisión de invertir en la formación de profesionales e infraestructura que permita llevar a cabo estas políticas sanitarias.

II. Defectos del cierre del tubo neural: definición y patogenia

Los defectos del cierre del tubo neural se originan cuando hay una alteración durante el proceso de neurulación⁵. El objetivo principal de la neurula-

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

4. En una entrevista, Beatriz contó que, luego de su muerte, llevaba flores a la tumba de su hija. Véase: ANDRÉU, TOMÁS, “Beatriz: ‘Quisiera ser como antes’”, *elfaro.net*, 8 de diciembre de 2014, disponible en: <https://elfaro.net/es/201412/noticias/16312/Beatriz-Quisiera-ser-como-antes.htm> (fecha de consulta 29/8/2023).

5. VIJAYRAGHAVAN, DEEPTHI S. y DAVIDSON, LANCE A., “Mechanics of neurulation: From classical to current perspectives on the physical mechanics that shape, fold, and form the neural tube”, *Birth Defects Res*, 30 de enero de 2017; 109(2), pp. 153-168.

ción es formar el tubo neural, que es una estructura hueca que proporciona la base para el sistema nervioso central⁶. Este tubo comienza a desarrollarse durante la embriogénesis temprana (tercera semana posfecundación) y finaliza con el cierre del tubo neural⁷ en la semana cuarta posfecundación⁸. La falla del cierre del extremo rostral resultará en un cuadro clínico conocido como anencefalia que ocurre entre los días 23 y 26 de gestación. Cualquier efecto nocivo al embrión durante la cuarta semana de gestación puede provocar la anencefalia en el feto en desarrollo⁹.

La anencefalia y la espina bífida abierta (mielomeningocele) son los defectos del cierre del tubo neural más comunes¹⁰. La anencefalia es la forma más severa de defecto del cierre del tubo neural (OMIM #206500)¹¹, que genera la ausencia del cierre del cráneo (acrania)¹² y el daño secundario de los tejidos cerebrales¹³.

La patogenia y la etiología de la anencefalia aún no se conocen bien, pero se cree que tienen un origen multifactorial compuesto por factores de riesgo tanto genéticos como ambientales¹⁴, que incluyen mutaciones en ciertos genes, diabetes, obesidad, hipertermia, exposición a diferentes fármacos, así como el registro de antecedentes familiares de defectos del tubo

6. COLAS, JEAN-FRANÇOIS y SCHOENWOLF, GARY C., "Towards a cellular and molecular understanding of neurulation", *Dev Dyn.* 2001 Jun; 221(2), pp. 117-45.

7. VIJAYRAGHAVAN, DEEPTHI S. y DAVIDSON, LANCE A., "Mechanics of neurulation: From classical to current perspectives on the physical mechanics that shape, fold, and form the neural tube", *Birth Defects Res*, 30 de enero de 2017, 109(2), pp. 153-168.

8. NIKOLOPOULOU, EVANTHIA; GALEA, GABRIEL L.; ROLO, ANA; GREENE, NICHOLAS D. E. y COPP, ANDREW J., "Neural tube closure: cellular, molecular and biomechanical mechanisms", *Development*, febrero 2017, 15; 144(4):552-566, DOI: 10.1242/dev.145904.

9. TAFURI, SEAN M. y LUI, FORSHING, "Embryology, Anencephaly". [Updated 2022 May 8]. In: StatPearls [Internet]. Treasure Island (FL): StatPearls Publishing; enero 2023, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK545244/> (fecha de consulta 11/7/2023).

10. DETRAIT, ERIC R.; GEORGE, TIMOTHY M.; ETCHEVERS, HEATHER C.; GILBERT, JOHN R.; VEKEMANS, MICHEL Y SPEER, MARCY C., "Human neural tube defects: Developmental biology, epidemiology, and genetics", *Neurotoxicol. Teratol.*, 2005, 27, 515-524, DOI: 10.1016/j.ntt.2004.12.007.

11. OMIM, ONLINE MENDELIAN INHERITANCE IN MAN NCBI, disponible en: <https://omim.org/entry/206500> (fecha de consulta 11/7/2023).

12. SADLER THOMAS W., *Langman's medical embryology*, 10, Madison County, Montana, USA, Lippincott Williams & Wilkins, 2011, pp. 65-79 y pp. 433-468.

13. MOORE KEITH L. y DALLEY, ARTHUR F., II. *Clinically oriented anatomy*. 5. Philadelphia, USA, Lippincott Williams & Wilkins; 2006. pp. 51-57 y pp. 379-411.

14. PADMANABHAN, RENGASAMY, "Etiology, pathogenesis and prevention of neural tube defects", *Congenit Anom (Kyoto)*, 2006 Jun; 46(2), pp. 55-67, DOI: 10.1111/j.1741-4520.2006.00104.x.

neural¹⁵. Uno de los factores nutricionales más importantes en el desarrollo de la anencefalia es la deficiencia de folato¹⁶, que conduce a la incapacidad de construir proteínas y ADN de manera adecuada, y que también altera la expresión de algunos genes¹⁷. Por ello, se alienta a las mujeres en edad reproductiva a que incorporen un suplemento de folato en su dieta, ya que previene la ocurrencia de estos defectos de cierre en alrededor del 90% de los casos¹⁸.

III. Prevalencia

Los defectos del cierre del tubo neural son el segundo tipo más frecuente de anomalías congénitas después de las cardiopatías congénitas. Tienen una prevalencia promedio alrededor de 5,1 en 10.000 nacidos vivos, aunque es significativamente diferente en distintas áreas geográficas¹⁹. La anencefalia ocurre 37 veces más en mujeres que en varones²⁰.

15. MUNTEANU, OCTAVIAN; CÎRSTOIU, MONICA MIHAELA; FILIPOIU, FLORIN MIHAIL; NEAMTU, MARIA NARCISA; STAVARACHE, IRINA; GEORGESCU, TIBERIU AUGUSTIN; BRATU, OVIDIU GABRIEL; IORGULESCU, GABRIELA; BOHÎLTEA, ROXANA ELENA, “The etiopathogenic and morphological spectrum of anencephaly: a comprehensive review of literature”, *Rom J Morphol Embryol*, abril-junio, 2020, 61(2):335-343, DOI: 10.47162/RJME.61.2.03, PMID: 33544785; PMCID: PMC7864317.

16. KONDO, ATSUO; MATSUO, TAKUYA; MOROTA, NOBUHITO; KONDO, ATSUYA S.; OKAI, IKUYO y FUKURA, HIROMI, “Neural tube defects: Risk factors and preventive measures”, *Congenit Anom (Kyoto)*, septiembre 2017, 57(5), pp. 150-156, DOI: 10.1111/cga.12227.

17. EBARA, SHUHEI, “Nutritional role of folate”, *Congenit Anom (Kyoto)*, septiembre 2017, 57(5), pp. 138-141.

18. CZEIZEL, ANDREW E.; DUDÁS, ISTVAN; VERECZKEY, ATTILA; BÁNHIDY, FERENC, “Folate deficiency and folic acid supplementation: the prevention of neural-tube defects and congenital heart defects”, *Nutrients*, noviembre 21, 5(11), pp. 4760-75, DOI: 10.3390/nu5114760. PMID: 24284617; PMCID: PMC3847759.

19. SALARI, NADER; FATAHI, BEHNAZ; FATAHIAN, REZA, *et al.*, “Global prevalence of congenital anencephaly: a comprehensive systematic review and meta-analysis”, *Reprod Health* 2022, 19, p. 201, DOI: <https://doi.org/10.1186/s12978-022-01509-4>.

20. JUNG, SUNG-CHUL; KIM SUNG-SOO.; YOON, KYUNG-SIK, y LEE, JIN-SUNG, “Prevalence of congenital malformations and genetic diseases in Korea”, *J Hum Genet*, 1999, 44(1), pp. 30-4, DOI: 10.1007/s100380050102.

IV. Diagnóstico

El diagnóstico se realiza mediante los hallazgos ecográficos a partir de la semana 12 de gestación²¹. En esos casos se recomienda que la evaluación ecográfica sea detallada, ya que pueden encontrarse otras anomalías ecográficas. El diagnóstico más certero permitirá asesorar adecuadamente a los padres, y a sus médicos de cabecera²². Del mismo modo, es importante conocer la causa de los hallazgos ecográficos, ya que en casi el 10% de los casos se detectan alteraciones de la información genética del feto en gestación, entre ellas, la trisomía 18 es la más común²³.

V. Pronóstico

Debido a la lesión del sistema nervioso central, los niños con este diagnóstico pueden fallecer *in utero*, al nacer o en los primeras horas, días o semanas después de nacidos, por lo tanto, se considera una condición severamente limitante de la vida del niño. Los estudios muestran que más del 40% de los bebés con anencefalia son nacidos vivos que sobreviven más de 24 horas, y de estos, el 5% sigue vivo al séptimo día²⁴. Tan solo algunos pocos niños han sobrevivido más de 2 años²⁵.

21. EDWARDS, LINDSAY y HUI, LISA, “First and second trimester screening for fetal structural anomalies”, *Semin Fetal Neonatal Med*, 2018, abril, 23(2), pp. 102-111, DOI: 10.1016/j.siny.2017.11.005, Epub 9 de diciembre de 2017, PMID: 29233624.

22. MOORE, LISA, “Anencephaly”, *Journal of Diagnostic Medical Sonography*, 26(6), pp. 286-289.

23. BIJOK, JULIA, DABKOWSKA, SYLWIA; KUCINSKA-CHAHWAN, ANNA; MASSALSKA, DIANA; NOWAKOWSKA, BEATA; GAWLIK-ZAWISLAK, SYLWIA; PANEK, GRZEGORZ y ROSZKOWSKI, TOMASZ, “Prenatal diagnosis of acrania/exencephaly/anencephaly sequence (AEAS): additional structural and genetic anomalies”, *Arch Gynecol Obstet*, 2023, enero, 307(1), pp. 293-299, DOI: 10.1007/s00404-022-06584-3, Epub 12 de mayo de 2022, PMID: 35554661.

24. BAIRD, PATRICIA A. y SADOVNIK, ADELE DESSA, “Survival in infants with anencephaly”, *Clin Pediatr (Phila)*, mayo 1984, 23(5), pp. 268-71, DOI:10.1177/000992288402300505, PMID: 6705433.

25. DICKMAN, HOLLY, FLETKE, KYLE y REDFERN, ROBERTA E., “Prolonged unassisted survival in an infant with anencephaly”, *BMJ Case Rep*, 31 de octubre 2016, 2016:bcr2016215986, DOI: 10.1136/bcr-2016-215986, PMID: 27799226, PMCID: PMC5093842.

VI. Manejo clínico

a. Los cuidados paliativos perinatales y la psicología perinatal: una alternativa clínica para el acompañamiento del embarazo en caso de diagnóstico prenatal de anencefalia

Actualmente, entre el 35 y el 85% de las gestaciones en las que se identifica una anomalía del desarrollo fetal severamente limitante de la vida los padres optan por continuar con el embarazo²⁶, porque no aceptan la terminación provocada de la gestación, particularmente cuando se ofrece la opción de cuidados paliativos perinatales y asistencia por psicología perinatal^{27, 28}. En estos casos debe implementarse un cuidado interdisciplinario de la gestación, con un enfoque que contemple los posibles riesgos para la salud materna centrado en el manejo preventivo y eficaz de las complicaciones obstétricas²⁹.

Los cuidados paliativos perinatales son una forma de atención clínica diseñada para anticipar, prevenir y tratar el sufrimiento físico, psicológico, social y espiritual de los fetos y recién nacidos con enfermedades limitantes o amenazantes de la vida, que se extiende a sus familias. Se trata de una atención interdisciplinaria y coordinada que busca ofrecer la mejor calidad de vida posible al niño y su familia, desde el momento del diagnóstico (muchas veces intraútero) hasta el fallecimiento y el duelo (días, meses o años después)³⁰. Su implementación requiere una estrategia de atención coordinada

26. WOOL, CHARLOTTE, “State of the science on perinatal palliative care”, *Journal of Obstetric, Gynecologic, & Neonatal Nursing*, 2013, 42, pp. 372-382, DOI: <https://doi.org/10.1111/1552-6909.12034>.

27. ENGELDER, SUZANNE; DAVIES, KATHRYN; ZEILINGER, TERRY y RUTLEDGE, DANA N., “A model program for perinatal palliative Services Advances in Neonatal Care”, *Advances in Neonatal Care*, 2012, 12 (1), pp. 28-36, DOI:10.1097/ANC.0b013e318244031c.

28. MARC-AURELE, KRISHELLE L., “Decisions Parents Make When Faced With Potentially Life-Limiting Fetal Diagnoses and the Importance of Perinatal Palliative Care”, *Front Pediatr*, 22 de octubre de 2020, 8:574556, DOI: 10.3389/fped.2020.574556, PMID: 33194903, PMCID: PMC7642456.

29. QUARESIMA, PAOLA; HOMFRAY, TESSA y GRECO, ELENA, “Obstetric complications in pregnancies with life-limiting malformations”, *Curr Opin Obstet Gynecol*, 2019, diciembre, 31(6), pp. 375-387, DOI: 10.1097/GCO.0000000000000583, PMID: 31693566.

30. MARTÍN-ANCEL, ANA; PÉREZ-MUÑUZURI, ALEJANDRO; GONZÁLEZ-PACHECO NOELIA; BOIX, HÉCTOR; ESPINOSA FERNÁNDEZ, MARÍA G.; SÁNCHEZ-REDONDO, MARÍA DOLORES; CERNADA, MARÍA y COUCE, MARÍA LUZ; en representación del COMITÉ DE ESTÁNDARES, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE NEONATOLOGÍA, “Perinatal palliative care”, *An Pediatr (Engl Ed)*, enero 2022, 96 (1):60. e1-60.e7. DOI: 10.1016/j.anpede.2021.10.003, Epub 5 de enero de 2022, PMID: 34998731.

que comprende opciones para la atención obstétrica y neonatal, entre las que se incluyen un enfoque centrado en maximizar la calidad de vida y la comodidad del recién nacido y su familia. En el caso de condiciones que limitan severamente la vida del niño, los cuidados paliativos tienen un enfoque dual: por un lado, se busca aliviar el sufrimiento; y por el otro, honrar los valores de la familia. En este contexto particular, el cuidado paliativo no tiene la intención de prolongar la vida, sino brindar cuidados de confort para que la familia trascorra este momento con una contención humanizada.

La psicología perinatal es una especialidad que se ubica dentro de la psicología del desarrollo, toma la raíz de la psicología de la primera infancia (0 a 3 años) y extiende las fronteras al trabajar desde el deseo de hijo, durante el embarazo, parto, nacimiento, postparto y puerperio³¹. Esta especialidad surge como una solución al enfoque fragmentado de atención en la salud materno-paterno-infantil que, en líneas generales, no contempla la salud mental perinatal ante la vivencia del diagnóstico de un hijo con una condición severamente limitante para su vida.

Estas miradas innovadoras, desde los cuidados paliativos perinatales y la psicología perinatal, aportan herramientas para acompañar de manera saludable a las familias en lo que rodea (peri) el suceso del nacimiento (natal), a partir del abordaje interdisciplinario, el trabajo en equipo y el desarrollo de pensamientos comunes compartidos con el personal de salud involucrado (obstetras, obstétricas, ecografistas, genetistas, neonatólogos, enfermeros, pediatras, entre otros).

Una vez que se sospecha prenatalmente un diagnóstico severamente limitante para la vida del niño, los padres deben recibir una información con suficiente profundidad y amplitud para tomar una decisión informada y voluntaria sobre su atención. Esta información debe ser dada en un proceso de comunicación eficaz y compasivo que respete las creencias y los valores culturales de los pacientes y que promueva la toma de decisiones compartida con ellos. El equipo de cuidados paliativos perinatales debe preparar a las familias para la posibilidad de que haya diferencias de opinión entre los miembros de la familia, antes y después del parto del bebé. También es posible que existan diferencias entre los padres y los médicos de atención neonatal sobre las terapias posnatales apropiadas, especialmente si el diagnóstico posnatal y el pronóstico difieren sustancialmente de las predicciones prenatales. Los

31. OIBERMAN ALICIA y cols., “Construcción de un modelo de trabajo en psicología perinatal”, en OIBERMAN ALICIA, (ed.), *Nacer y acompañar Abordajes clínicos de la psicología perinatal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, pp. 37-55.

procedimientos para resolver tales diferencias también deben discutirse con las familias con anticipación³², y orientarse hacia el bien del niño y su familia.

Desde la psicología perinatal, los profesionales acompañan a la familia a transitar de la manera más saludable posible el duelo por el bebé imaginario frente al bebé real, quien es diagnosticado con una baja expectativa de vida. La finalidad es brindar un espacio de escucha empático y respetuoso, donde la gestante y su familia expresen en palabras sus emociones y se reconozca el lugar que tiene ese hijo para los padres. Este concepto es singular para cada familia, ya que no depende de la edad gestacional, el peso del niño, el hallazgo ecográfico, o los cromosomas que porte, sino que depende del lugar que la familia le crea como tal en su corazón desde donde el niño es maternado y paternado³³.

b. Diagnóstico, acompañamiento y elaboración del duelo en caso del diagnóstico de anencefalia durante la gestación: experiencias y nuevas perspectivas

El diagnóstico de una condición severamente limitante para la vida del niño en gestación, particularmente cuando es precoz –esto es, a fines del primer trimestre– es inesperado en la familia y suscita en los padres muchos sentimientos encontrados. Por lo tanto, esta noticia debe darse de una manera contenedora que abra un camino de acompañamiento para la familia. La forma en la que se comunique el diagnóstico impactará en la salud mental de ambos padres, y ello repercutiría en la construcción del vínculo con el niño desde la gestación, lo que puede influir en la decisión de continuar o no con el embarazo.

La pérdida perinatal puede tener consecuencias físicas y psicosociales de por vida para los padres: entre el 25 y el 30% de las mujeres que experimentan una pérdida perinatal desarrollan depresión, ansiedad, trastorno de

32. MILLER, RUSSELL S.; CUMMINGS, JAMES J.; MACAULEY, ROBERT; RALSTON, STEVEN J., AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, COMMITTEE ON OBSTETRIC PRACTICE, COMMITTEE ON ETHICS, “Perinatal Palliative Care”, *Obstetrics & Gynecology*, Vol. 134, No. 3, septiembre de 2019, num. 786, reafirmado en 2021, disponible en: <https://www.acog.org/clinical/clinical-guidance/committee-opinion/articles/2019/09/perinatal-palliative-care> (fecha de consulta 1/6/2023).

33. LÓPEZ GARCÍA DE MADINABEITIA, ANA PÍA, “Duelo perinatal: Un secreto dentro de un misterio”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 31, N° 1, 2011, pp. 53-70.

estrés postraumático^{34, 35}, abuso de sustancias³⁶, ideación suicida³⁷, hipertensión, cáncer, obesidad y diabetes, que a menudo conducen a la muerte prematura³⁸. Los padres que han pasado esta experiencia solicitan una atención médica holística y compasiva por parte de los profesionales de la salud, ya que son ellos quienes orientarán a la familia en el camino hacia la elaboración del duelo^{39, 40}.

Varias investigaciones de campo recogen la experiencia de los padres en torno a la pérdida perinatal. En este sentido, muchas familias refieren que no solo tienen que hacer frente al duelo por la muerte del hijo, sino que también están presionados por las expectativas sociales que apuntan a un duelo de corta duración, que se resolverá rápidamente con la finalización del embarazo, o aun a la negación de la existencia del duelo. Los padres suelen percibir que los amigos, la familia y los profesionales de la salud malinterpretan su realidad y el significado que el embarazo tiene para ellos como padres⁴¹. Mu-

34. HUTTI, MARIANN H.; ARMSTRONG, DEBORA S.; JOH A., MYERS y HALL, LYNN A., “Grief intensity, psychological well-being, and the intimate partner relationship in the subsequent pregnancy after a perinatal loss”, *Journal of Obstetric, Gynecologic, and Neonatal Nursing*: JOGNN, 44(1), pp. 42-50, DOI: <https://doi.org/10.1111/1552-6909.12539>.

35. KERSTING, ANETTE y WAGNER, BIRGIT, “Complicated grief after perinatal loss”, *Dialogues in Clinical Neuroscience*, 14(2), 2012, pp. 187-194, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.siny.2015.10.004>.

36. DUE, CLEMENCE; CHIAROLLI, STEPHANIE y RIGGS, DANIEL W., “The impact of pregnancy loss on men’s health and wellbeing: A systematic review”, *BMC*, 17(138), 2017, pp. 1-13. DOI: <https://doi.org/10.1186/s12884-017-1560-9>.

37. HUTTI, MARIANN H.; MYERS, JOHN A.; HALL, LYNNE A.; POLIVKA, BÁRBARA J.; WHITE, SUSAN; HILL, JANICE; GRISANTI, MEREDITH; HAYDEN, JACLYN y KLOENNE, ELIZABETH, “Predicting need for follow-up due to severe anxiety and depression symptoms after perinatal Loss”, *Journal of Obstetric, Gynecologic & Neonatal Nursing*, 47(2), 2017, pp. 125–136. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jogn.2018.01.003>.

38. CALDERON-MARGALIT, RONIT; FRIEDLANDER, YECHIEL; YANETZ, RIVKA; DEUTSCH, LISA; MANOR, ORLY; HARLAP, SUSAN, y PALTIEL, ORA, “Late stillbirths and long-term mortality of mothers”, *Obstetrics and Gynecology*, 109(6), 2007, pp. 1301–1308, DOI: <https://doi.org/10.1097/01.AOG.0000264548.10767.ea>.

39. KOOPMANS, LAURA; WILSON, TRISH; CACCIATORE, JOANNE y FLENADY, VICKI, “Support for mothers, fathers and families after perinatal”, *Cochrane Database of Systematic Reviews*, 2013(6), CD000452, DOI: <https://doi.org/10.1002/14651858.CD000452.pub3>. www.cochranelibrary.com.

40. NUZUM, DANIEL; MEANEY, SARAH y O’DONOGHUE, KEELIN, “The impact of stillbirth on bereaved parents: A qualitative study”, *PLoS One*, 13(1), 2018, e0191635, DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0191635>.

41. BERRY, SHANDEIGH N.; SEVERTSEN, BILLIE; DAVIS, ANDRA; NELSON, LONNIE; HUTTI, MARIANNE H. y ONEAL, GAIL, “The impact of anencephaly on parents: A mixed-methods study, *Death Studies*”, 2022, 46(9), pp. 2198-2207, DOI: 10.1080/07481187.2021.1909669. Epub 2021 Apr 17.

chos estudios han reportado que los padres, luego del diagnóstico, abrazaron la personalidad del feto, uniéndose a través de la crianza activa y la creación de recuerdos durante el resto del embarazo y después del nacimiento^{42, 43}.

La atención médica centrada en el feto como paciente por parte de los profesionales de salud ayuda a la elaboración del duelo. La forma en la que se comunica el diagnóstico resulta crucial para su mejor elaboración, ya que esta noticia es de por sí traumática⁴⁴. Los padres solicitan que esta información sea dada en forma afectuosa y comprensible^{45, 46}, que sea entregada en forma paulatina, y que no se los presione a tomar decisiones inmediatas^{47, 48}. Especialmente, solicitan que no se informe que la “única opción” que tienen es interrumpir el embarazo⁴⁹. Los padres sienten que su hijo, por tener una condición de alta mortalidad perinatal, no es reconocido como hijo por los demás, si bien ya se ha demostrado ampliamente que el apego prenatal no depende de la edad gestacional⁵⁰. Por ello, los padres solicitan que todas las

42. COTE-ARSENAULT, DENISE y DENNEY-KOELSCH, ERIN, “‘My baby is a person’: Parents’ experiences with life-threatening fetal diagnosis”, *Journal of Palliative Medicine*, 14(12), 2011, pp. 1302-1309. DOI: <https://doi.org/10.1089/jpm.2011.0165>.

43. O’CONNELL, ORLA; MEANEY, SARAH y O’DONOGHUE, KEELIN, “Anencephaly; the maternal experience of continuing with the pregnancy. Incompatible with life but not with love”, *Midwifery*, 71, 2019, pp. 12-18. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.midw.2018.12.016>.

44. PETERS, MICAH D.; LISY, KAROLINA; RIITANO, DAGMARA; JORDAN, ZOE y AROMATARIS EDOARDO, “Providing meaningful care for families experiencing stillbirth: a meta-synthesis of qualitative evidence”, *J Perinatol*, enero 2016; 36(1), pp. 3-9, DOI: 10.1038/jp.2015.97, Epub 6 de agosto 2015, PMID: 26248132.

45. BERRY, SHANDEIGH N. y COLORAFI, KAREN, “The impact of communication surrounding intrauterine congenital anomaly diagnoses: An integrative review”, *The Journal of Perinatal & Neonatal Nursing*, 33(4), 2019, pp. 301-311, DOI: <https://doi.org/10.1097/JPN.0000000000000390>.

46. NUZUM, DANIEL; MEANEY, SARAH y O’DONOHUE, KEELING, “Communication skills in obstetrics: What can we learn from bereaved parents?”, *Irish Medical Journal*, 110(2), 2017, p. 512.

47. COTE-ARSENAULT, DENISE y DENNEY-KOELSCH, ERIN, “‘My baby is a person’: Parents’ experiences with life-threatening fetal diagnosis”, *Journal of Palliative Medicine*, 14(12), 2011, pp. 1302–1309, DOI: <https://doi.org/10.1089/jpm.2011.0165>.

48. NUZUM, DANIEL; MEANEY, SARAH y O’DONOHUE, KEELING, “The impact of stillbirth on bereaved parents: A qualitative study”, *PLoS One*, 13(1), 2018, e0191635, DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0191635>.

49. LAFARGE, CAROLINE; MITCHELL, KATHRYN y FOX, PAULINE, “Women’s experiences of coping with pregnancy termination for fetal abnormality”, *Qualitative Health Research*, 23(7), 2013, pp. 924-936, DOI: <https://doi.org/10.1177/1049732313484198>.

50. DUE, CLEMENCE; CHIAROLLI, STEPHANIE y RIGGS, DAMIEN W., “The impact of pregnancy loss on men’s health and wellbeing: A systematic review”, *BMC Pregnancy Childbirth* 17, 380, 2017, pp. 1-13, DOI: <https://doi.org/10.1186/s12884-017-1560-9>.

gestaciones con condiciones severamente limitantes de la vida perinatal sean tratadas con el mismo respeto que cualquier otro embarazo saludable⁵¹.

Las familias jamás olvidan quién, cómo, dónde, y cuándo le transmitieron el diagnóstico de su bebé o la noticia de su fallecimiento. Las necesidades de los padres que experimentan una pérdida perinatal son variadas, y los profesionales y el sistema de la salud deben ofrecer un amplio procedimiento de cuidado del niño y su familia. El trato humanizado y amoroso es tan importante como los recuerdos materiales que puedan generarse desde la gestación y luego de nacer, aun si ese nacimiento es sin vida o se estima que el bebé tendrá una baja expectativa de vida. Para la formación de esos recuerdos puede recurrirse a fotografías del embarazo, del nacimiento del bebé, ecografías y la grabación de los latidos del corazón, la libreta con datos del bebé, el registro de las huellas de pies y manos, la creación de joyas de leche, la pulsera identificatoria, un mechón de cabello, la pinza con el cordón umbilical. Los padres solicitan poder ver, sostener, acunar, vestir, peinar, perfumar, hablar o cantarle al niño, cumplir con ritos religiosos, o fotografiar al niño y permanecer con él durante el tiempo que necesiten, aun si el niño está fallecido. Muchos padres refieren “*ser felices*” al poder conocer a su hijo, aun fallecido antes o después de nacer⁵².

Del mismo modo, la toma de decisiones compartida es fundamental ya que permite que los padres tengan algo de control que puede ayudar a disminuir la intensidad del duelo y fomentar su sanación. En consecuencia, la falta de capacitación de los profesionales en el manejo del duelo perinatal es dañino tanto para los padres como para los profesionales^{53, 54}. En los últimos años con el advenimiento de la ecografía y el diagnóstico prenatal se han de-

51. BERRY, SHANDEIGH N.; SEVERTSEN, BILLIE; DAVIS, ANDRA; NELSON, LONNIE; HUTTI, MARIANNE H. y ONEAL, GAIL, “The impact of anencephaly on parents: A mixed-methods study”, *Death Studies*, 46(9), 2022, pp. 2198-2207, DOI: 10.1080/07481187.2021.1909669, Epub 17 de abril de 2021.

52. CÔTÉ-ARSENAULT, DENISE y DENNEY-KOELSCH, ERIN, “‘Have no regrets:’ Parents’ experiences and developmental tasks in pregnancy with a lethal fetal diagnosis”, *Soc Sci Med*, abril 2016, 154:100-9, DOI: 10.1016/j.socscimed.2016.02.033. Epub 26 de febrero de 2016, PMID: 26954999, PMCID: PMC4809640.

53. BERRY, SHANDEIGH N. y COLORAFI, KAREN, “The impact of communication surrounding intrauterine congenital anomaly diagnoses: An integrative review”, *The Journal of Perinatal & Neonatal Nursing*, 33(4), 2019, pp. 301-311, DOI: <https://doi.org/10.1097/JPN.0000000000000390>.

54. NUZUM, DANIEL; MEANEY, SARAH y O’DONOHUE, KEELING, “Communication skills in obstetrics: What can we learn from bereaved parents?”, *Irish Medical Journal*, 110(2), 2017, p. 512.

sarrollado con más interés las áreas de psicología perinatal, duelo perinatal y cuidado paliativo perinatal, para satisfacer estas necesidades^{55, 56}.

c. Estado actual de los cuidados paliativos perinatales y psicología perinatal en el mundo

Si bien en muchos países se han tomado directivas sobre terminación provocada del embarazo cuando se identificaran anomalías⁵⁷, cada vez son más las evidencias del valor potencial para los padres y sus familias de continuar estos embarazos en forma natural, con la finalidad de favorecer adecuadamente la elaboración del duelo de una condición severamente limitante de la vida del hijo en gestación. La disponibilidad de un programa estructurado que brinde atención perinatal continua, integral, multidisciplinaria y de apoyo ofrece una alternativa tangible y segura a la terminación electiva temprana del embarazo para las familias cuyo hijo fue diagnosticado con una condición severamente limitante para su vida^{58, 59, 60, 61}.

55. RICHARDS DOUGLAS S., “Prenatal ultrasound to detect fetal anomalies”, *Neoreviews* (2012) 13 (1): e9-e19., DOI:10.1542/NEO.13-1-E9.

56. TOSELLO, BARTHÉLÉMY; DANY, LIONEL; BÉTRÉMIEUX, PIERRE; LE COZ, PIERRE; AUQUIER, PASCAL; GIRE CATHERINE y MARIE-ANGE EINAUDI, “Barriers in Referring Neonatal Patients to Perinatal Palliative Care: A French Multicenter Survey”, *PLoS One* 2015, May 15; 10(5):e0126861, DOI: 10.1371/journal.pone.0126861, eCollection 2015.

57. GARCIA, JO; BRICKER, LEANNE; HENDERSON, JANE; MARTIN, MARIE-ANNE; MUGFORD, MIRANDA; NIELSON, JIM y ROBERTS TRACY, “Women’s views of pregnancy ultrasound: a systematic review”, *Birth*, Dec; 29(4), 2002, pp. 225-50, DOI: 10.1046/j.1523-536x.2002.00198.x., PMID: 12431263.

58. JAQUIER, MONICA; KLEIN, ANDREA y BOLTSHAUSER EUGEN, “Spontaneous pregnancy outcome after prenatal diagnosis of anencephaly”, *BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 113(8), 2006, pp. 951-953, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1471-0528.2006.01014.x>.

59. CALHOUN, BYRON C.; NAPOLITANO, PETER; TERRY, MELISSA; BUSSEY, CARIE y HOELDTKE NATHAN J., “Perinatal hospice. Comprehensive care for the family of the fetus with a lethal condition”, *J Reprod Med*, mayo de 2003 May; 48(5), pp. 343-8, PMID: 12815907.

60. COPE, HEIDI; GARRETT, MELANIE E; GREGORY, SIMON y ASHLEY-KOCH, ALLISON, “Pregnancy continuation and organizational religious activity following prenatal diagnosis of a lethal fetal defect are associated with improved psychological outcome”, *Prenat Diagn*, agosto 2015, 35(8), pp. 761-768, DOI: 10.1002/pd.4603., Epub 26 de mayo de 2015, PMID: 25872901; PMCID: PMC4968036.

61. ARNÁEZ, JUAN; TEJEDOR, JUAN C.; CASERÍO, SONIA; MONTES, MARÍA TERESA; MORAL, MARÍA TERESA; GONZÁLEZ DE DIOS, JAVIER; GARCÍA y ALIX, ALFREDO A., “Grupo de Trabajo sobre Dificultades Bioéticas en Neonatología. La bioética en el final de la vida en neonatología: cuestiones no resueltas [*Bioethics in end-of-life decisions in neonatology*]:

En la actualidad el cuidado paliativo pediátrico es considerado un derecho humano⁶², por ello sociedades científicas y grupos académicos han publicado recomendaciones para el desarrollo de programas de atención específicas.

El Comité de Práctica Obstétrica y el Comité de Ética del Colegio Americano de Obstétrica y Ginecología (ACOG) recomiendan, y reafirman en el año 2021, que los profesionales de la salud y las instituciones médicas desarrollen programas de cuidados paliativos perinatales. Estos programas deben incluir una consulta prenatal formal; el desarrollo de un plan de nacimiento; el acceso a las especialidades neonatales o pediátricas necesarias; el soporte en el cuidado prenatal, durante el parto y postnatal de la madre y el niño, incluyendo el apoyo de la psicología perinatal para el manejo del duelo. Los padres deben ser asesorados con profundidad y amplitud sobre sus opciones de cuidado para el adecuado ejercicio de su autonomía y poder tomar una decisión voluntaria e informada⁶³.

Del mismo modo, la American Academy of Pediatrics (2013)⁶⁴, Fundación Europea para el Cuidado del Recién Nacido (EFCNI - 2021)⁶⁵, Pediatric Palliative Care Group Australia (1991)⁶⁶ y las sociedades neonatales de dis-

Unresolved issues]”, *An Pediatr (Barc)*, diciembre 2017; 87(6):356.e1-356.e12, Spanish, DOI: 10.1016/j.anpedi.2017.03.014, Epub 2 de mayo 2017, PMID: 28476218.

62. WHA RESOLUTION, “Strengthening of palliative care as a component of comprehensive care throughout the life course,” WHA67.19, 9th plenary meeting, A67/VR/9, 24 de mayo de 2014, disponible en: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA67/A67_R19-en.pdf (fecha de consulta 12/7/2023).

63. AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, “Perinatal palliative care. ACOG Committee Opinion No. 786”, *American College of Obstetricians and Gynecologists, Obstet Gynecol*, 2019, 134:e84-9, disponible en: <https://www.acog.org/clinical/clinical-guidance/committee-opinion/articles/2019/09/perinatal-palliative-care> (fecha de consulta 12/7/2023).

64. “Perinatal palliative care”, *Pediatrics*, 2019, 144:e20193146, DOI: 10.1542/peds.2019-3146.

65. EUROPEAN STANDARDS OF CARE FOR NEWBORN HEALTH (EFCNI), disponible en: <https://newborn-health-standards.org/> (fecha de consulta 12/7/2023).

66. PEDIATRIC PALLIATIVE CARE GROUP AUSTRALIA, “Pediatric Addendum Palliative Care Service Development Guidelines”, 2018, disponible en: https://palliativecare.org.au/wp-content/uploads/dlm_uploads/2018/12/PalliativeCare-Paediatricaddendum-2018_web.pdf 8 (fecha de consulta 13/7/2023).

tintos países^{67, 68, 69} han publicado lineamientos y declaraciones específicamente con respecto a cuidados paliativos perinatales. En los últimos años han surgido los programas denominados “Perinatal Hospice” reconocidos como un modelo de atención, que brinda un nivel adicional de apoyo que se puede incorporar fácilmente en la atención estándar del embarazo y el parto^{70, 71}.

América Latina se encuentra en una situación de postergación en la investigación y el desarrollo de programas de cuidados paliativos perinatales⁷². Solo en seis países latinoamericanos se reportan estos programas: Argentina, Chile, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay⁷³, aunque no ha podido constatare su funcionabilidad, o el modelo adecuado que debe ser implementado para dicha población. Si bien, las escasas publicaciones indican la necesidad de desarrollar una educación programática sobre abordajes éticos y humanos durante el proceso de la muerte y el morir en las unidades de cuidados intensivos neonatales de la región⁷⁴.

En la actualidad, con el desarrollo de los avances científico-técnicos, el reconocimiento del impacto psicosocial en las familias con el diagnóstico prenatal o postnatal de condiciones severamente limitantes de la vida se con-

67. LIMBO, RANA; TOCE, SUZANNE y PECK, TED, “Resolve Through Sharing (RTS). Position Paper on Perinatal Palliative Care”, *Rev ed. La Crosse*, WI: Gundersen Lutheran Medical Foundation, Inc., 2008-2016, disponible en: <http://www.sewgn.com/uploads/4/3/7/9/43793727/rt-position-paper-perinatal-palliative-care.pdf> (fecha de consulta 13/7/2023).

68. NORTHEM NEONATAL NETWORK UK, “A Guide to End of Life Care Care of Children and Young People Before Death, at the Time of Death and After Death”, disponible en: <https://www.togetherforshortlives.org.uk/resource/guide-end-lifecare/> (fecha de consulta 13/7/2023).

69. DAGEVILLE, CHRISTIAN; BÉTRÉMIEUX, PIERRE; GOLD, FRANCIS y SIMEONI, UMBERTO, “Working Group on Ethical Issues in Perinatology. The French Society of Neonatology’s proposals for neonatal end-of-life decision-making”, *Neonatology*, 2011, 100:206-14, DOI: 10.1159/000324119.

70. D’ALMEIDA, MICHELLE; HUME, RODERICK F.; LATHROP, ANTHONY; NJOKU, ADAKU y CALHOUN, BYRON C., “Perinatal Hospice: Family-Centered Care of the Fetus with a Letal Condition”, *Journal of American Physicians and Surgeons*, 11(2), 2006, pp. 52-55.

71. HOELDTKE, NATHAN J. y CALHOUN, BYRON C., “Perinatal Hospice”, *American Journal Obstetrics Gynecology* 185, 2001, pp. 525-529.

72. AGUILAR CORRALES, ADRIANA; ARATA PADILLA, DIANA y CRUZ SOLANO, ANDREÍNA, “Cuidados paliativos perinatales, una necesidad real de los servicios de ginecobstetricia y neonatología”, *Rev Ter* [Internet], 30 de julio de 2019; 13(2), pp. 8-23, disponible en: <https://revistaterapeutica.net/index.php/RT/article/view/78> (fecha de consulta 13/7/2023).

73. MARTY, COLLEEN M. y CARTER BRIAN S., “Ethics and palliative care in the perinatal world”, *Semin Fetal Neonatal Med*, febrero 2018,23(1), pp. 35-38, DOI: 10.1016/j.siny.2017.09.001.

74. FAJARDO, CARLOS ALFONSO, *et al.*, “End of life, death and dying in neonatal intensive care units in Latin America”, *Acta Paediatr*, junio 2012, 101(6), 609-13, DOI: 10.1111/j.1651-2227.2012.02596.x, Epub 7 de febrero de 2012, PMID: 22536812.

sidera mandatorio la creación de programas de cuidados paliativos perinatales para guiar a médicos y padres a través de este difícil viaje^{75, 76, 77}. Pero ello requiere la inversión en la formación de los profesionales de la salud, infraestructura específicas en estas áreas, y en el relevamiento estadístico de estos programas.

VII. Reflexiones finales

Los debates que suscita el caso “Beatriz” que la Corte IDH debe resolver nos han impulsado a reflexionar desde las ciencias de la salud sobre el diagnóstico de anencefalia y otras condiciones severamente limitantes de la vida y su abordaje clínico, a la luz de los estudios, tendencias y experiencias más recientes en materia de psicología perinatal y los cuidados paliativos. Para eso, hemos puesto el foco en encontrar modos de acompañar dignamente a las familias que reciben una noticia tan dolorosa durante la gestación.

En la actualidad, la relación médico-paciente reposa, principalmente, en la promoción de las decisiones informadas autónomas del paciente. En especial, en el caso del diagnóstico prenatal de condiciones severamente limitantes de la vida del niño en gestación, existe una obligación por parte de los profesionales de la salud de informar a los padres de todas las acciones terapéuticas posibles centradas en el cuidado de la salud de la madre y del niño. La derivación a un equipo de cuidados paliativos perinatales y psicología perinatal puede brindar apoyo y aliento para que las familias expresen libremente sus metas y deseos, así como para encontrar significado y esperanza en la dolorosa circunstancia que deben afrontar.

El sistema de salud, los profesionales de la salud y la sociedad en su conjunto deben facilitar los cambios estructurales y de funcionamiento que posibiliten que una familia pueda verdaderamente decidir y ejercer su derecho como agentes responsables en la toma de decisiones sobre el cuidado de sus hijos, especialmente cuando existen condiciones limitantes para su vida.

75. LAGO PAOLA; CAVICCHIOLO, MARÍA ELENA; RUSALEN, FRANCESCA y BENINI, FRANCA, “Summary of the Key Concepts on How to Develop a Perinatal Palliative Care Program”, *Front Pediatr*, diciembre 2020, 3;8:596744, DOI: 10.3389/fped.2020.596744, PMID: 33344387, PMCID: PMC7744474.

76. BALAGUER, ALBERT, *et al.*, “The model of Palliative Care in the perinatal setting: a review of the literature”, *BMC pediatrics* 12, 2012, pp. 20-25.

77. LÓPEZ MORATALLA, NATALIA, “Avances de la medicina perinatal y la creciente intolerancia a la discapacidad”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIII, núm. 2, 2012, pp. 529-564.

EL CASO “BEATRIZ” Y EL ABORTO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE¹

I. Introducción

Uno de los ejes del debate del caso “Beatriz vs. El Salvador”, que está en consideración ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), es la petición, realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de legalizar o despenalizar el aborto ante casos de personas por nacer que enfrentan un diagnóstico fatal. En este breve trabajo, quisiera realizar un aporte centrado en cinco puntos:

1. La despenalización o la legalización del aborto eugenésico vulneran la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
2. La legalización del aborto sin invocación de causales conduce a la discriminación indirecta de las personas con discapacidad.
3. La discapacidad de la persona por nacer y la ilegitimidad de pretender legalizar el aborto por la denominada causal “salud”.
4. La adopción de protocolos y medidas para asegurar el aborto eugenésico conduce a una discriminación sistemática de las personas con discapacidad.

1. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA). Profesor Adjunto Regular de Derecho Civil (UBA). Correo electrónico: nicolas_lafferriere@uca.edu.ar.

Este trabajo se inspira en la presentación efectuada en calidad de *amicus curiae*, ante la Corte IDH, en el caso “Beatriz vs. El Salvador”, en marzo de 2023. El texto completo de dicha presentación está disponible en: <https://centrodebioetica.org/amicus-curiae-presentado-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-por-jorge-nicolas-lafferriere-en-el-caso-beatriz-vs-el-salvador/> (fecha de consulta 20/4/2023).

5. El Estado salvadoreño tiene el deber de asegurar cuidados paliativos a la persona por nacer.

II. Cuestiones jurídicas implicadas en la legalización del aborto en razón de la discapacidad del por nacer

II. 1. La despenalización o la legalización del aborto por malformaciones fetales graves o por incompatibilidad con la vida vulneran la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En el Informe de fondo de la CIDH², se hacen numerosas referencias al aborto eugenésico y se recomienda su legalización. Concretamente, la recomendación de la CIDH al Estado salvadoreño consiste en: “3. Adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer la posibilidad de la interrupción del embarazo en situaciones de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, así como de riesgo a la vida y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre”.

Esta recomendación es el resultado de una línea argumental claramente discriminatoria hacia las personas con discapacidad. En primer lugar, en el párrafo 153, la CIDH manifiesta un desprecio inaudito hacia la dignidad de las personas con anencefalia cuando afirma: “153. En contraste, y tomando en cuenta lo indicado anteriormente, en el caso concreto el grado de logro de la finalidad perseguida, esto es la protección de la vida del feto, era nulo debido a su condición de anencefalia que lo hacía incompatible con la vida extrauterina”. Una persona con anencefalia es siempre una persona viva. El pronóstico de vida nunca puede significar una anulación de su derecho a la vida. Sostener ello supone una gravísima violación de la inviolabilidad de la vida humana.

El Informe de fondo también incurre en una afectación del principio de no regresividad en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente en los números 160 y 161, al pretender que se vuelva a instaurar el anterior Código Penal de El Salvador que tenía una disposición que excluía de responsabilidad penal los supuestos de aborto “terapéutico, eugenésico y ético”. Mientras que, para la CIDH, eso sería una forma de re-

2. CIDH, Informe No. 9/20, Informe de fondo. Beatriz. El Salvador, caso 13.378, OEA/Ser.L/V/II.175, Doc. 15, 3 marzo 2020, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/sv_13.378_es.pdf (fecha de consulta 20/4/2023). En adelante, Informe de fondo.

parar la afectación de la no regresividad de los derechos humanos, que habría ocurrido cuando el Estado abandonó esa redacción, yo entiendo que la situación sería exactamente al revés. Es decir, si se vuelven a instaurar las causales de no punibilidad del Código Penal anterior estaríamos ante una violación de derechos de las personas por nacer, y en el específico caso de las personas con anencefalia, o sea, de las personas con discapacidad.

Respecto al aborto eugenésico, el Informe de fondo de la CIDH omite las claras disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en sus artículos 3.d, 4.1, 5.2, 8 y 10, y los criterios y recomendaciones dados por el Comité de esa Convención³.

En particular, el artículo 10 de la CDPD se refiere al “derecho a la vida”, y lo significativo de su redacción es que establece como criterio para la protección de la vida la “igualdad”, en estos términos: “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Asimismo, en los debates de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando se discutió el artículo referido a la salud reproductiva, adrede se quitó la palabra “servicios” de salud sexual y reproductiva porque varios países consideraron que incluía el aborto⁴.

A la luz de estas disposiciones, el aborto por anomalías del niño es, además del ejercicio abierto de la discriminación, un quiebre de la protección del derecho a la vida de las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás” (art. 10, CDPD).

El Informe de fondo de la CIDH cita al Comité de Derechos Humanos en el considerando 86: “El Comité afirma expresamente que los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto cuando la vida y la salud de las mujeres embarazadas está en riesgo, así como en aquellas situaciones que la continuación del embarazo causarían a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el embarazo no es viable”.

3. Los conceptos plasmados en este apartado siguen, en lo fundamental, un trabajo previo de mí autoría: LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS, “Terapias y diagnósticos genéticos aplicados a la persona naciente: perspectivas constitucionales y convencionales”, en BASSET, ÚRSULA C. y SANTIAGO, ALFONSO (dirs.), *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, 2022, tomo II, pp. 35 - 66.

4. SHAAF, MARTA, “Negotiating Sexuality in the Convention on the Rights of Persons With Disabilities”, *Sur International Journal on Human Rights* 8, no. 14, 2011, pp. 120 - 121.

Sin embargo, llamativamente se omite analizar las intervenciones del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad que tiene posiciones contrarias a la legalización del aborto en razón de la discapacidad.

En 2017, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad envió un comentario pormenorizado de algunos párrafos del proyecto de Comentario General al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Allí se afirma que las “[l]eyes que permiten explícitamente el aborto con base en malformaciones violan la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 4, 5 y 8). *Aun si la condición es considerada como fatal, la decisión se está tomando en base a la discapacidad.* Además, a menudo no se puede determinar si una condición es fatal. La experiencia muestra que los diagnósticos sobre condiciones de discapacidad a menudo son falsos. Y aun si no es falso, el diagnóstico perpetúa nociones estereotípicas de discapacidad incompatibles con una buena vida”⁵

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señaló a España lo siguiente: “El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley N° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”⁶. En el caso de Hungría, la recomendación fue más explícita al entender que constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad permitir el aborto con base en la discapacidad⁷. Lo mismo recomendó a Austria, en las observaciones formuladas el 30 de septiembre de 2013⁸. Para el Comité, no es conforme a la Convención hacer distinciones según se tenga o no capacidad al momento de realizar un aborto. En 2017, a Gran Bretaña le señaló la preocupación por las percepciones sociales que estigmatizan a las

5. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Comments on the draft General Comment No 36 of the Human Rights Committee on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, 2017, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/CRPD.docx> (fecha de consulta 20/4/2023). La itálica es añadida.

6. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 19 de octubre de 2011, sexto período de sesiones, CRPD/C/ESP/CO/1.

7. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observaciones finales sobre el informe inicial de Hungría, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)”, n.º 17-18, CRPD/C/HUN/CO/1.

8. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observaciones finales sobre el informe inicial de Austria, aprobadas por el Comité en su décimo período de sesiones (2 a 13 de septiembre de 2013)”, CRPD/C/AUT/CO/1.

personas con discapacidad entendiendo que viven una vida de menor valor y por el aborto en cualquier etapa en razón de las malformaciones fetales⁹.

De hecho, en Argentina, en 2018 se discutió y debatió un proyecto de ley de legalización del aborto que fue aprobado por la Cámara de Diputados y rechazado por la Cámara de Senadores¹⁰. Ese proyecto incluía una causal para abortar luego de la semana 14 “si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto” (art. 3º), que fue objeto de numerosas críticas en las audiencias públicas. En 2020, se sancionó la Ley N° 27.610¹¹ que –más allá de ser una ley injusta e inconstitucional por violar el derecho a la vida– en lo que hace a esta cuestión excluyó deliberadamente esa causal.

Por estas razones, legalizar el aborto con fundamento en las “malformaciones fetales graves” o en la “incompatibilidad con la vida” es una forma de discriminación de las personas con discapacidad que viola la CDPD.

II.2. La legalización del aborto sin invocación de causales conduce a la discriminación indirecta de las personas con discapacidad

En el apartado anterior (II.1) se explicaron los motivos por los cuales considero que la legalización o despenalización del aborto por causales de “malformaciones fetales graves” o “incompatibilidad con la vida” resulta discriminatoria hacia las personas con discapacidad. En este apartado sostengo que la legalización o despenalización del aborto sin invocación de causales, además de ser una violación del derecho a la vida de las personas por nacer, conduce a una discriminación indirecta de las personas con discapacidad, por las fuertes presiones que se generan para abortar al concebido luego de un diagnóstico prenatal adverso.

Si bien una ley de ese tenor en apariencia puede presentarse como “neutra” en lo que respecta a las personas con discapacidad, el problema se plantea porque, dentro del plazo en que estaría legalizado o despenalizado abortar (por lo general, 12 o 14 semanas), se realizan estudios de tamizaje y diagnóstico prenatal. Estos estudios tienden a volverse rutinarios y, dada la

9. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Concluding observations on the initial report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 2017, CRPD/C/GBR/CO/1, p. 12.

10. El texto del proyecto que se debatió en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación argentina en 2018 puede verse en: https://www.hcdn.gob.ar/prensa/noticias/2018/despenalizacion-aborto/noticias_0595.html (fecha de consulta 20/4/2023).

11. BO 15/1/2021.

disponibilidad del aborto, se torna una práctica habitual la eliminación sistemática de las personas con discapacidad, que son abortadas en porcentajes que rondan el 90% de los casos¹². Se configura, entonces, una forma de discriminación “indirecta”¹³.

Ello sucede por diversos factores. En primer lugar, por la difusión de los estudios genéticos, cada vez más precisos, tempranos, seguros, accesibles y no invasivos. Los estudios se incorporan a la práctica médica y abren una ventana de tiempo para que los padres pueden decidir el aborto sin expresar ninguna causa. Las personas con situaciones discapacitantes detectadas en esa instancia son abortadas en forma sistemática.

En segundo lugar, el médico ofrece estos estudios en casi todos los casos, sobre todo, por la presión que significa una potencial demanda de daños y perjuicios por mala praxis que le pudieran iniciar los padres que, luego del nacimiento de su hijo con alguna condición discapacitante, le reclamen por haber perdido la “chance de abortar”. Considero que tales acciones vulneran principios básicos del derecho, pero en todo caso se verifica su extensión en el mundo –como surge de los datos estadísticos que se consignan a continuación–, y ello presiona a los médicos.

Finalmente, tampoco se puede ignorar la presión que se ejerce hacia los padres para que aborten “en tiempo” a sus hijos si se detecta la discapacidad, pues eso ahorra costos al sistema de salud. Esto también es una flagrante violación de derechos humanos, pero es lo que ocurre en países desarrollados que tienen legalizado el aborto libre sin invocación de causales.

Sobre los fundamentos de las estadísticas de abortos sistemáticos de personas con discapacidad, en un artículo que recoge una amplia encuesta realizada en 18 países de Europa entre 2002 y 2004, referida a 1.300.000 nacimientos, se consigna que se detectaron prenatalmente 68% de los casos de síndrome de Down, de los cuales 88% terminaron eliminados por aborto, y 88% de los casos de defectos del tubo neural, de los cuales el 88% fueron abortados¹⁴. Según ex-

12. Sobre el tema realicé mi tesis doctoral: LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS, *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, Buenos Aires, EDUCA, 2011.

13. VIAR, LUDMILA A., “Aborto selectivo y el problema de la discriminación indirecta de personas con discapacidad”, *El Derecho - Diario*, Tomo 289, 21-12-2020, ED-MII-723.

14. BOYD, PATRICIA A.; DE VIGAN, CATHERINE; KHOSHNOOD, BOBAK; LOANE, MARIA; GARNE, ESTER; DOLK, HELEN, EUROCAT working group, “Survey of prenatal screening policies in Europe for structural malformations and chromosome anomalies, and their impact on detection and termination rates for neural tube defects and Down’s syndrome”, *BJOG*, 2008; 115; pp. 689-696.

plican en un trabajo Melissa Hill y otros¹⁵, la tasa del 90% de abortos luego de diagnóstico prenatal de síndrome de Down ha sido señalada en Gran Bretaña¹⁶, Australia¹⁷, China¹⁸ y los Países Bajos¹⁹.

En un estudio publicado por investigadores de la Universidad de Connecticut, que comparaba las tasas de nacimientos de niños con síndrome de Down entre los años 1989 y 2001, se constató que el incremento en estudios prenatales guarda relación con una significativa reducción en el número de nacimientos con síndrome de Down, especialmente en las mujeres mayores a 35 años²⁰. También influye la recomendación que realizan los consejos profesionales en el sentido de ofrecer necesariamente los estudios de tamizaje prenatal a todas las mujeres embarazadas mayores de 35 años²¹.

Un estudio de revisión sistemática de información publicada entre 1995 y 2011 sostiene que la tasa de aborto luego del diagnóstico de síndrome de Down en Estados Unidos se ubica entre el 61 y el 93%, con variaciones según

15. HILL, MELISSA ET AL., “Has noninvasive prenatal testing impacted termination of pregnancy and live birth rates of infants with Down syndrome?”, *Prenatal Diagnosis* 37, No. 13 (2017), pp. 1281-90, DOI:10.1002/pd.5182.

16. MORRIS, JOAN K.; ALBERMAN, EVA, “Trends in Down’s syndrome live births and antenatal diagnoses in England and Wales from 1989 to 2008: Analysis of data from the National Down Syndrome Cytogenetic Register”, *BMJ*, 2009, 339: b3794 (citado por HILL ET AL.), DOI:10.1136/bmj.b3794.

17. COLLINS, VERONICA R.; MUGGLI, EVELYNE E.; RILEY, MERILYN; PALMA, SONIA; HALLIDAY, JANE L., “Is Down syndrome a disappearing birth defect?”, *J. Pediatr.* 2008; 152:20, 24.e21-24 (citado por HILL ET AL.). También, MAXWELL, SUSANNAH; BOWER, CAROL; O’LEARY, PETER, “Impact of prenatal screening and diagnostic testing on trends in Down syndrome births and terminations in Western Australia 1980 to 2013”, *Prenat Diagn*, 2015; 35:1324-1330, DOI:10.1002/pd.4698 (citado por HILL ET AL.).

18. DENG, CHANGFEI; YI, LING; MU, YI; ET AL., “Recent trends in the birth prevalence of Down syndrome in China: Impact of prenatal diagnosis and subsequent terminations”, *Prenat Diagn*, 2015; 35, pp. 311-318 (citado por HILL ET AL.).

19. VERWEI, E. J. JOANNE; OEPKES, DICK; DE BOER, MARJON A., “Changing attitudes towards termination of pregnancy for trisomy 21 with non-invasive prenatal trisomy testing: A population-based study in Dutch pregnant women”, *Prenat Diagn*, 2013; 33, pp. 397-399 (citado por HILL ET AL.).

20. MORRIS, BRUCE; EGAN, JAMES; FANG, YU MING V.; CAMPBELL, WINSTON, “The relationship between utilization of prenatal care and Down syndrome live births”, *The Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine*, April 2007, No. 20-4, pp. 307-311.

21. AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS (ACOG), “Prenatal Diagnosis of fetal chromosomal abnormalities. Clinical Management guidelines for Obstetrician-Gynecologists”, *ACOG Practice Bulletin*, Number 27, May 2001, p. 4: “Women with singleton pregnancies who will be age 35 years or older at delivery should be offered prenatal diagnosis”.

edad materna, raza y edad gestacional²². Un estudio anterior, ubicaba esa tasa en 92%²³. Otro estudio publicado en 2013 sobre tendencias en Europa en materia de aborto y detección de trisomías 21, 18 y 13, señala que la prevalencia de estas trisomías se ha incrementado por el aumento de la edad de embarazo materno, pero por el incremento en el uso del tamizaje prenatal y el aborto posterior, la prevalencia de nacidos vivos se ha mantenido constante²⁴.

Los grupos y asociaciones que representan a las personas con discapacidad han levantado su voz contra estas situaciones de diversas maneras. Además de lo dicho sobre el derecho a la vida, han expresado el llamado argumento “expresivista”, según el cual el aborto selectivo expresa actitudes negativas o discriminatorias, no solo hacia los rasgos de discapacidad, sino hacia quienes poseen tales rasgos.

El mensaje que le transmitimos a estas personas se podría expresar así: “tu vida no tiene valor”, o “si hubiéramos tenido la chance, te habríamos abortado”. Lamentablemente, en estos casos, los estudios prenatales no buscan “conocer para curar”, sino “conocer para descartar”.

No se pueden ignorar estas presiones que configuran un supuesto de discriminación indirecta contra las personas por nacer, pues existen leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionadamente negativa en las personas con discapacidad.

II.3. La discapacidad de la persona por nacer y la ilegitimidad de pretender legalizar el aborto por la denominada causal “salud”

En el Informe de fondo de la CIDH, se argumenta que despenalizar el aborto en caso de anencefalia sería una medida proporcionada ante el peligro para la vida de la madre: “153. En contraste, y tomando en cuenta lo indicado anteriormente, en el caso concreto el grado de logro de la finalidad perse-

22. NATOLI, JAIME L. ET AL., “Prenatal diagnosis of Down syndrome: A systematic review of termination rates (1995-2011)”, *Prenatal Diagnosis* 32, No. 2, 2012, pp. 142-53, DOI:10.1002/pd.2910.

23. MANSFIELD, CAROLINE; HOPFER, SUELLEN; MARTEAU, THERESA M., *Termination rates after prenatal diagnosis of Down syndrome, spina bifida, anencephaly, and Turner and Klinefelter syndromes: a systematic literature review*, European Concerted Action: DADA (Decision-making After the Diagnosis of a fetal Abnormality), *Prenat Diagn*, 1999; 19(9), pp. 808-12.

24. LOANE, MARIA ET AL., “Twenty-year trends in the prevalence of Down syndrome and other trisomies in Europe: Impact of maternal age and prenatal screening”, *European Journal of Human Genetics* 21, No. 1, 2013, pp. 27-33, DOI:10.1038/ejhg.2012.94.

guida, esto es la protección de la vida del feto, era nulo debido a su condición de anencefalia que lo hacía incompatible con la vida extrauterina. Esto quedó evidenciado en el diagnóstico inicial y fue confirmado con la muerte pocas horas después del nacimiento producto del ingreso espontáneo de Beatriz a trabajo de parto. En todo caso, tomando en cuenta que en este asunto también está presente la causal de riesgo a la salud, vida e integridad personal como consecuencia de la enfermedad de Beatriz, la CIDH considera que aun si el feto no hubiera sido anencefálico, la protección de la vida desde la concepción, debido a su carácter gradual e incremental, no puede tener el mismo peso en la ponderación cuando existe riesgo de vida o riesgo elevado a la salud o a la integridad personal”.

Con esta línea argumental, el aborto legalizado sería una exigencia del derecho a la vida o a la salud de la madre. Ahora bien, como dice el considerando transcrito, en los hechos se termina “anulando” el derecho a la vida de la persona por nacer. Justamente, para no anular el derecho a la vida de la persona por nacer, los dramáticos casos en que pudiera estar en peligro la vida de la madre deben ser estudiados con muy estrictos límites.

Desde un punto de vista ético y jurídico, siempre debe hacerse todo lo posible para procurar salvar las dos vidas. Excepcionalmente, hay situaciones en que es lícito intervenir sobre la vida de la madre y en los que ocurre un aborto, como efecto secundario no deseado de esa intervención. Domingo Basso explica las condiciones en que esto resultaría lícito: “1) que la acción de la cual se trata sea una acción en sí misma buena o, por lo menos, indiferente en abstracto, pues siempre será ilícito realizar un acto malo aunque el efecto sobreviniente sea óptimo; 2) que el efecto malo no sea intentado por el agente de igual modo que el bueno o, en otros términos, que el malo no sea también querido; 3) que el efecto bueno especifique la acción o, por lo menos, no dependa del malo como de su causa inmediata y necesaria; si de la acción se siguiera primeramente el efecto malo y de este el bueno, los efectos malo y bueno estarían en relación de medio a fin, y nuevamente se procedería por el falso principio de que el fin justifica los medios; debe, por consiguiente, darse simultaneidad en la producción de ambos efectos; 4) que el daño producido por el efecto malo no supere el bien pretendido con esa acción o, en otros términos, para permitir el efecto malo debe darse una causa proporcionalmente grave”²⁵. Por ello, considero que no configuraría el delito de aborto una intervención de médico diplomado que tuviera como finalidad directa la

25. BASSO, DOMINGO, *Nacer y morir con dignidad. Bioética*, Buenos Aires, Depalma, 3ra. ed. ampliada, 1993, pp. 391-392.

curación de la madre, estando en peligro inminente su vida, y no existiendo otras formas de evitar tal peligro, y se produjere la muerte del no nacido en forma indirecta²⁶.

Fuera de los supuestos de muerte del no nacido como efecto indirecto, como fruto de un peligro inminente para la vida de la madre, que no ha sido el caso que se ha planteado aquí, las situaciones difíciles que pueda atravesar la madre requieren respuestas integrales que apunten a resolver los problemas de fondo de la maternidad vulnerable y de su salud y la de su hijo, guiados por la premisa de procurar salvar las dos vidas. Ese imperativo ético-jurídico de preservación de la vida moviliza una respuesta integral. El aborto legalizado no soluciona esas causas de fondo y se desentiende del problema, por medio de la exaltación de la autonomía individual, soslayando la inviolabilidad de cada vida humana.

II.4. La adopción de protocolos y medidas para asegurar el aborto eugenésico conduce a una discriminación sistemática de las personas con discapacidad

En línea con lo anterior, resulta particularmente grave la recomendación que realiza la CIDH al Estado salvadoreño en el Informe de fondo, cuando exhorta a: “4. Adoptar todas las medidas necesarias, incluyendo el diseño de políticas públicas, programas de capacitación, protocolos y marcos guía para asegurar que el acceso a la interrupción del embarazo como consecuencia de la anterior adecuación legislativa, sea efectivo en la práctica, y que no se generen obstáculos de hecho o de derecho que afecten su implementación [...]”.

Tal como está redactada la recomendación, se impulsa una verdadera política de Estado para detectar prenatalmente situaciones de discapacidad que no tendría como finalidad asegurar el derecho a la salud y a la vida de las personas diagnosticadas, sino buscar su eliminación directa por medio del aborto.

Si el Estado adoptara la recomendación de la CIDH, generaría una política para la eliminación sistemática de personas con discapacidad, como

26. Para mayor desarrollo del tema remito a mi artículo: LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS, “Reflexiones sobre el llamado ‘aborto terapéutico’”, en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 2005, Tomo 214, p. 95. Véase también: ROMERO BERDULLAS, CARLOS M., “Lo que sabemos del ‘aborto’ en el anteproyecto de Reforma del Código Penal”, *DPyC 2018 (octubre)*, 19/10/2018, 112, Cita Online: AR/DOC/1949/2018.

las que padecen síndrome de Down, por efectos de la rutinización de dichos estudios prenatales y las presiones sobre médicos y padres.

II.5. El Estado salvadoreño tiene el deber de asegurar cuidados paliativos a la persona por nacer

Un grave problema del Informe de fondo de la CIDH es que desconoce el derecho a la salud de las personas por nacer y, más específicamente, el derecho a recibir cuidados paliativos de las personas en situaciones amenazantes para la vida.

Este derecho a recibir cuidados paliativos fue incluido por el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 15²⁷, cuando sostiene:

- “2. El Comité interpreta el derecho del niño a la salud, definido en el artículo 24, como derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud. El enfoque integral en materia de salud sitúa la realización del derecho del niño a la salud en el contexto más amplio de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

- “25. Los niños tienen derecho a servicios sanitarios de calidad, incluidos servicios de prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y atención paliativa”.

El derecho a la salud de la persona por nacer siempre supondrá la exigibilidad de las medidas para prevenir, curar o paliar enfermedades, pero nunca podrá legitimar intentos de eliminar a la persona que posea alguna enfermedad.

27. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)”, 17 de abril de 2013, CRC/C/GC/15.

III. Conclusión

Entiendo que toda legalización o despenalización del aborto es una violación de derechos de la persona por nacer. Pero en este escrito he procurado focalizarme en algunas cuestiones vinculadas con las características propias de las personas con discapacidad, como grupo particularmente vulnerable ante la legalización o despenalización del aborto.

A la luz de las consideraciones anteriores, con fundamento en las claras disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protegen la vida de la persona humana desde la concepción, entiendo que existen sólidas razones para que la Corte IDH rechace los planteos orientados a que el Estado de El Salvador modifique su legislación sobre el aborto, y en particular sobre el aborto de personas con discapacidad.

LA NOCIÓN DE TORTURA, TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL CASO “BEATRIZ VS. EL SALVADOR

POR MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO¹

1. Introducción

La prohibición absoluta de la tortura es una de las pocas normas que la comunidad internacional ha reconocido como imperativa, inexcusable y de alcance universal, por lo que hay un consenso convencional universal y regional sobre el núcleo de su contenido, su alcance y su carácter de *ius cogens*. Esa jerarquía normativa es una verdadera conquista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), marco en el que se ha desarrollado un *corpus iuris* tendiente a la prevención y sanción de la tortura y de todo otro trato cruel, inhumano y degradante.

A pesar del amplio consenso internacional sobre las prácticas proscritas como tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, últimamente, se ha intentado difundir una retórica que busca extender estas nociones a situaciones que no se ajustan a las exigencias prescritas convencionalmente, con lo cual parece una creación argumentativa orientada a imponer posiciones ideológicas sobre debates sociales altamente sensibles como el caso del aborto.

1. Abogada (Universidad de La Sabana, Colombia). LLM (Universidad de Queensland, Australia). Doctora en derecho *summa cum laude* (Universidad Austral, Argentina). Profesora e investigadora de La Universidad de La Sabana. Consultora experta para agencias nacionales colombianas y organismos internacionales en asuntos de Derecho Internacional y Derechos Humanos. Miembro fundadora de la Academia Colombiana de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Ex Viceministra de Asuntos Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Desde 2017, ha sido designada perito ante la Corte IDH en diversos casos. Correo electrónico: maria.londono1@unisabana.edu.co.

Esta modalidad discursiva se ha hecho presente en el caso “Beatriz vs. El Salvador”, que se refiere a la prohibición del aborto en el derecho doméstico del Estado y que involucra a una mujer con una enfermedad de base, embarazada de una niña que padecía de anencefalia y que falleció pocas horas después de su nacimiento. De hecho, el propio “Informe de fondo” producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) “declaró la vulneración de los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”² por parte de El Salvador.

Mientras la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) delibera, parece necesario reflexionar seriamente acerca de la noción de tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes en el DIDH, de los elementos que deben estar presentes en un acto para que pueda recibir esa tacha, así como de los riesgos que podría conllevar la extensión de dichos conceptos a otros supuestos que materialmente no corresponden y, además, no cuentan con respaldo de la *opinio juris* consistente de la comunidad internacional.

Con tal objetivo, en las siguientes páginas, se abordará primero el concepto, elementos constitutivos y exigencias de la tortura (parte 1), y luego de los tratos crueles, inhumanos y degradantes en el derecho internacional (parte 2); también, se explicitará la relación de la tortura con los tratos crueles, inhumanos y degradantes (parte 3). Segundo, se mostrarán las oportunidades y alertas que representa el caso “Beatriz” para la consolidación de un *ius commune interamericano* fiel a los valores y principios del DIDH (parte 4); finalmente, se propondrán unas conclusiones generales (parte 5)³.

1. La tortura en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: concepto, elementos constitutivos y exigencias

1.1. El concepto de tortura

1.1.1. Génesis y desarrollo de la tortura como prohibición absoluta en el derecho internacional

2. CIDH, Informe No. 9/20, Caso 13.378, Fondo, Beatriz, El Salvador, 3 de marzo de 2020, párr. 215.

3. Este trabajo se formuló sobre la base del peritaje presentado ante la Corte IDH en el caso “Beatriz”, según lo dispuesto en la Resolución del presidente de la CORTE IDH, en el caso “Beatriz y otros vs. El Salvador”, del 21 de febrero de 2023, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/beatriz_y_otros_21_02_2023.pdf (fecha de consulta 14/8/2023).

Pocos conceptos en el DIDH han recibido tanta atención como la tortura. Un análisis cronológico del despliegue que ha tenido esta grave conducta en instrumentos internacionales permite observar la importancia cardinal dada por la comunidad internacional y el núcleo auténtico de protección que ha sido acordado en los ámbitos universal y regional, según se observa en el siguiente cuadro⁴:

Instrumentos internacionales vinculantes	
Instrumento Internacional	Concepto de tortura y elementos esenciales
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)	<p>Artículo 1.</p> <p>“1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.</p>

4. El resaltado y subrayado del cuadro es añadido.

<p>Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985)</p>	<p>Artículo 2. “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.</p>
<p>Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (1987)</p>	<p>Artículo 1 “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.</p>

<p>Estatuto de Roma (1998)</p>	<p>Artículo 7 (2) (e). “Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”.</p>
<p>Instrumentos de <i>soft law</i></p>	
<p>Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975)</p>	<p>“1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (...)”.</p>
<p>Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial. Normas directivas para médicos con respecto a la tortura y a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas (1975)</p>	<p>“Para fines de esta Declaración, la tortura se define como el sufrimiento físico o mental infligido en forma deliberada, sistemática o caprichosamente por una o más personas, que actúan solas o bajo las órdenes de cualquier autoridad, para forzar a otra persona a entregar informaciones, hacerla confesar o por cualquier otra razón. (...)”.</p>

<p>Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente, los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1982)</p>	<p>Principio 4 “Es contrario a la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos: a) Contribuyan con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas presas y detenidas, en una forma que pueda afectar la condición o salud física o mental de dichos presos o detenidos y que no se conforme a los instrumentos internacionales pertinentes 2/; b) Certifiquen, o participen en la certificación, de que la persona presa o detenida se encuentra en condiciones de recibir cualquier forma de tratamiento o castigo que pueda influir desfavorablemente en su salud física y mental y que no concuerde con los instrumentos internacionales pertinentes, o participen de cualquier manera en la administración de todo tratamiento o castigo que no se ajuste a lo dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes”.</p>
<p>Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)</p>	<p>Principio 6 “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.</p>

<p>Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1999)</p>	<p>“A los efectos del presente Manual se define la tortura con las mismas palabras empleadas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984”.</p> <p>Tortura psicológica</p> <p>“Párrafo 234. La mayor parte de los médicos e investigadores están de acuerdo en que el carácter extremo de la experiencia de tortura es suficientemente poderoso por sí mismo como para surtir consecuencias mentales y emocionales”.</p> <p>“Párrafo 235: Uno de los objetivos fundamentales de la tortura es reducir a la persona a una situación de desvalimiento y angustia extremos que puede producir un deterioro de las funciones cognitivas, emocionales y conductuales”.</p>
--	--

La relevancia del concepto y de su uso resultan evidentes, y se confirman con las palabras del Relator especial sobre la tortura, en el año 2010, quien sintetiza el carácter preeminente de la normativa internacional y la necesidad de evitar la desfiguración de la noción:

“43. El término ‘tortura’ no debe emplearse en sentido sensacionalista, sino exclusivamente para referirse a una de las peores violaciones posibles de los derechos humanos y de abuso que los seres humanos pueden infligirse unos a otros. Acarrea, por lo tanto, un particular estigma. Ocupa, pues, un lugar especial en el derecho internacional: la tortura queda absolutamente prohibida y esta prohibición es inderogable [...] Según la definición consignada en la Convención contra la Tortura, para que un acto pueda ser calificado como tal, son precisos cuatro elementos: Primero, debe infligir dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; segundo, debe ser intencional; tercero, debe tener un propósito concreto; cuarto, debe intervenir, o al menos prestar su aquiescencia, un funcionario del Estado”.

“44. Solo los actos que causan dolores o sufrimientos graves se consideran tortura. La gravedad no debe ser necesariamente equivalente en intensidad al dolor propio de una lesión física grave, como la falla de un órgano, la merma de las funciones biológicas o incluso la muerte. Otro

elemento que distingue la tortura de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es la impotencia de la víctima. La tortura se inflige principalmente a personas privadas de su libertad por cualquier razón, por lo que resultan particularmente vulnerables a los abusos”⁵.

Como vemos, primero, los distintos instrumentos vinculantes coinciden en reservar la calificación de tortura para los más graves actos cometidos por funcionarios públicos (o con su auspicio, instigación, consentimiento o aquiescencia) que de manera intencionada provocan sufrimientos severos a la víctima, amparados en una finalidad que, de suyo, es contraria a derecho o ilegítima.

En segundo lugar, si bien no existe una lista exhaustiva de las situaciones prohibidas como tortura, también es verdad que, de los textos convencionales y de las fuentes que auténticamente representan el consenso universal y regional sobre la tortura, se pueden inferir los contornos de la realidad que la comunidad internacional quería prevenir y regular bajo esta norma de *ius cogens*, la cual justamente en virtud de esta naturaleza especial y superior, no ha sido concebida para que se preste a ambigüedades.

De tal modo, conviene enunciar los escenarios que la comunidad internacional ha reconocido de manera consistente como tortura. En esa línea, en el informe que acoge la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 2018, con ocasión del *Septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Confirmación e intensificación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, se identificaron como formas típicas de tortura y tratos crueles: “la violencia, intimidación y humillación policial al interrogatorio coercitivo, de la denegación del contacto con familiares o el tratamiento médico a la instrumentalización de los síntomas de la abstinencia de drogas, y de las condiciones de detención inhumanas y degradantes a la reclusión abusiva en régimen de aislamiento”⁶.

1.1.2. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) fue adoptada el 12 de septiembre de 1985 y ha sido ratificada, hasta

5. Véase el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes, MANFRED NOWAK, 2010, párrs. 43 y 44.

6. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Confirmación e intensificación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/73/207, párr. 7.

la fecha, por dieciocho Estados del continente. Como se recoge en el cuadro del acápite anterior, el artículo 2 define el concepto y los elementos esenciales de la tortura. De este texto se desprenden las siguientes conclusiones:

- i. el acto de tortura es intencional, es decir, se requiere demostrar la intencionalidad de infligir sufrimiento, si bien no hay una gradación de ese dolor o sufrimiento como ocurre con la Convención de las Naciones Unidas;
- ii. esa intención puede estar motivada por diversos fines, pero en todo caso requiere un fin que no está justificado por el derecho, puesto que se excluyen de ser tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia de medidas legales o inherentes a ellas;
- iii. dentro de los supuestos de tortura, se incluye la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

1.1.3. La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CNUCT) fue adoptada por la Asamblea General en 1984 y ha sido ratificada por 173 Estados. Se trata del instrumento más completo del derecho internacional que prohíbe la tortura en cualquier circunstancia. Como se observa en el cuadro, del artículo 1º se desprenden las siguientes conclusiones:

- i. el acto de tortura que genere el dolor o sufrimiento ha de ser intencional;
- ii. dicha intencionalidad está fundamentada en alguno de los propósitos indicativos propuestos por el artículo o en cualquier otra razón ilegítima, siempre y cuando se demuestre que está fundada en un tipo de discriminación;
- iii. los sufrimientos han de ser graves, por lo que es necesario probar una cierta gradación;
- iv. es necesaria la intervención de un funcionario público ya sea por su instigación, consentimiento o aquiescencia.

El carácter absoluto, sin excepciones, de la prohibición de tortura surge también del artículo 2 del cual se desprende que el delito de tortura nunca

está permitido ni justificado, ni siquiera en casos de emergencia, inestabilidad política, amenaza de guerra o incluso estado de guerra. Asimismo, de los artículos 5 y 6 resulta que los Estados tienen la obligación de tomar medidas eficaces para prevenir los actos de tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción y de juzgar a los responsables de dicho delito sin importar el lugar donde se encuentren.

1.1.4. El núcleo duro del derecho protegido por la prohibición absoluta de la tortura

La tortura es una agresión abominable contra la dignidad del ser humano y contra su integridad física y mental, porque consiste en infligir deliberadamente dolores o padecimientos graves a una víctima reducida a la impotencia, persiguiendo un fin contrario a derecho o ilegítimo⁷. De esta descripción conceptual, más o menos homogénea en los instrumentos internacionales relevantes, se desprende cuál es el núcleo duro protegido por la normativa internacional. La prohibición absoluta de la tortura es una exigencia jurídica necesaria y coherente con el reconocimiento de la dignidad humana como principio fundacional del DIDH y de la integridad personal como un bien humano básico infranqueable.

El núcleo de protección de la prohibición de la tortura se remonta a las mismas raíces del DIDH, tal como lo establece la propia Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁸: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el *reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”⁹, la comunidad internacional reconoce como una exigencia inherente a esa dignidad que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹⁰. En la lógica de la DUDH y de todos los instrumentos subsiguientes, el pilar central que ocupa la dignidad hu-

7. Además de los instrumentos internacionales citados, véase el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes, MANFRED NOWAK, 2010, párr. 60.

8. Prueba esta afirmación el propio preámbulo de la Convención de Naciones Unidas que reproduce casi idénticamente la DUDH en este punto y en términos análogos lo hace el preámbulo de la CIPST.

9. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo, párr. 1º, la itálica es añadida.

10. Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5, la itálica es añadida.

mana en el andamiaje normativo del DIDH define la condición (ontológica) de todo ser humano, de la que derivan todas las exigencias que le son inherentes e innegociables. El principio de la dignidad humana justifica que “todo ser humano tiene un valor moral igual, inherente, incondicional e inalienable”¹¹.

La directa relación entre el principio de dignidad humana y la prohibición de la tortura se muestra evidente y respalda dos tesis centrales. En primer lugar, la realidad a la que apela la comunidad internacional cuando condena la tortura de manera absoluta es una realidad específica particularmente grave, que cuenta con amplísimo consenso internacional¹² y que se predica únicamente respecto de un núcleo concreto y delimitado. Las situaciones que configuran tortura –y que, por tanto, desconocen la dignidad inherente de todo ser humano– se definen por la grave afectación a la integridad física o mental de una persona como consecuencia de acciones deliberadas de funcionarios del Estado (o con su consentimiento, instigación o aquiescencia) que causan un sufrimiento severo e injustificado a la víctima para alcanzar una finalidad que en sí misma es contraria al orden legal y la justicia –fines ilegales o ilegítimos–.

Los tratados internacionales sobre la materia y la jurisprudencia internacional reflejan ese repudio generalizado a la tortura verificada en situaciones más o menos análogas a las siguientes, en las cuales, generalmente, el Estado tiene una posición de control y la víctima se encuentra en situación de subordinación o indefensión: graves abusos, maltratos o medidas abiertamente contrarias a la dignidad humana en perjuicio de personas que se encuentran en custodia, arresto, prisión o cualquier otra forma de sometimiento o restricción de la libertad¹³. Si bien es cierto que no existe una lista exhaustiva de actos prohibidos por constituir tortura, los textos convencionales manifiestan y delimitan muy concretamente la realidad que los Estados pretendían regular al prohibir la tortura de manera imperativa y absoluta.

Por otro lado, esa misma relación de *causa - efecto* en el DIDH, que explica que la dignidad humana es el principio que *causa* y *justifica* la prohibición absoluta de la tortura, tiene otra consecuencia igualmente fundamental:

11. CAROZZA, PAOLO G., “Human Dignity”, en SHELTON, DINAH (eds.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 345-359. Véase también: SNEAD, O. CARTER, *What it means to be human: The case for the body in public bioethics*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2022.

12. Véase, por ejemplo, *La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Informe del Relator Especial, Sr. E. KOUIJMAN, nombrado en cumplimiento de la resolución 1985/33 de 3-a Comisión de Derechos Humanos, párr. 3.

13. Véase, por ejemplo, COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observación General No. 2 CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 13 y 14.

en un sistema jurídico coherente, los principios jurídicos no pueden excluirse, sino que deben armonizarse en abstracto y en concreto, mediante la ponderación¹⁴. No es posible exigir jurídicamente a un Estado dos acciones opuestas derivadas del mismo principio de dignidad humana.

En consecuencia, no puede ser válida una interpretación de la normativa de tortura que pretenda contradecir o cercenar otras exigencias igualmente inherentes del principio de dignidad humana, también claras y expresas en los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para el Estado.

1.2. *Los elementos esenciales de la tortura*

En las convenciones internacionales, la jurisprudencia de las cortes regionales y la doctrina del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) se pueden identificar las siguientes condiciones o elementos esenciales para que se constituya un acto de tortura: (i) severidad de los sufrimientos físicos o mentales; (ii) la intención con la que se infligen esos sufrimientos; y (iii) una finalidad –ilegal o ilegítima– que motiva la conducta prohibida por el derecho internacional.

1.2.1. La severidad de los sufrimientos físicos o mentales

La Corte IDH ha establecido que la tortura se configura tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan sufrimiento psíquico o moral. Ahora bien, para determinar la severidad de los sufrimientos físicos o mentales debe partirse de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo a factores endógenos y exógenos.

Los factores endógenos hacen referencia a las características del trato: la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padeci-

14. ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. En similar sentido, véase HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Villalón, PEDRO CRUZ (trad. y ed.) y AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL (ed.), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011; BERNAL PULIDO, CARLOS, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de derecho constitucional*, No. 77 (mayo/agosto 2006), pp. 51-75; URBINA, FRANCISCO, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo de los Derechos Fundamentales*, Navarra, Universidad de Navarra, 1999.

mientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar¹⁵. Mientras, los exógenos se refieren a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal¹⁶.

Al respecto, la Corte IDH ha destacado que las características personales pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y por ende incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos¹⁷. En este orden, ha reiterado que el sufrimiento es una experiencia propia de cada individuo y en esa medida dependerá de una multiplicidad de factores que hacen a cada persona un ser único¹⁸.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha determinado que el sufrimiento que constituye tortura puede ser físico o mental y que para establecer la configuración del grave sufrimiento debe atenderse a las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima, entre otros¹⁹.

Por último, en el SUDH se ha reiterado que los sufrimientos no equivalen únicamente al dolor físico y que, dado que la tortura puede adoptar diferentes formas, la valoración del sufrimiento deberá determinarse caso a caso²⁰.

1.2.2. La intencionalidad que genera responsabilidad internacional al Estado

La Corte IDH ha precisado que los actos que constituyen tortura son cometidos de manera deliberada en contra de la víctima, por lo que no pueden ser categorizados como tal aquellos que son producto de una conducta imprudente, un accidente o un caso fortuito²¹. En términos generales, puede obser-

15. CORTE IDH, caso “Omeara Carrascal y otros vs. Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2018, Serie C No. 368, párr. 193.

16. *Idem*.

17. CORTE IDH, caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2018, Serie C No. 346, párr. 173.

18. *Idem*.

19. TEDH, “Petrosyan v. Azerbaijan”, 2021, párr. 68; TEDH, “Al Nashiri v. Poland”, 2014, párr. 508; TEDH, “Salman v. Turkey [GC]”, 2000, párr. 114.

20. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General No. 20. 44º período de sesiones, 1992.

21. Véase, por ejemplo, CORTE IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 81.

varse que los órganos internacionales, al razonar sobre este elemento encuentran, ordinariamente, escenarios de violencia física o psicológica provocados directamente contra la víctima por agentes públicos, o con su consentimiento, instigación o aquiescencia²². El elemento de intencionalidad ha sido reiterado por la jurisprudencia y la doctrina internacional²³.

1.2.3. La finalidad de la conducta prohibida por el derecho internacional

De la jurisprudencia y doctrina internacional que ha razonado sobre la finalidad se deduce que el nivel de gravedad que representa la tortura en el orden internacional se debe, en buena medida, al fin ilegítimo y perverso que motiva al agresor para infligir el sufrimiento a la víctima, aun cuando no siempre logre probarse específicamente en el caso concreto²⁴. En general, puede evidenciarse en los casos que permiten observar un examen específico del órgano o tribunal internacional sobre este elemento, que la ilicitud del comportamiento estatal deviene de las razones que explican el trato otorgado a la víctima, en muchas ocasiones, forzar una confesión²⁵, buscar informa-

22. Véase, CORTE IDH, caso “Gomes Lund y Otros (‘Guerrilha Do Araguaia’) vs. Brasil”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 122.

23. CORTE IDH, caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 121; CORTE IDH, caso “Rosendo Cantú y otros vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 212, párrs. 111 y 115; CORTE IDH, caso “Espinoza González y otros vs. México”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrs. 143 y 193; CORTE IDH, caso “Urrutia vs. Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 94; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observación General No. 2, párr. 9; TEDH, “Gäfgen v. Alemania”, caso No. 22978/05, sentencia del 1 de junio de 2010, párr. 95.

24. CORTE IDH, caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 143; CORTE IDH, caso “J. vs. Perú”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, 364; CORTE IDH, caso “Penal Miguel Castro vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 317; CORTE IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 79.

25. Entre otros, CORTE IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 82; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “The Greek Case”, 1969, Y.B: Eur. Conv. on HR, 12, p. 18; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Deollal v. Guyana”, Comunicación No. 912/2000, 1 de noviembre de 2004.

ción²⁶, imponer un castigo²⁷, intimidar o coaccionar²⁸, o humillar a la víctima en virtud de su condición²⁹, cualquiera que sea (sexo, edad, raza, religión, etc.). En este sentido también obran las convenciones regional y universal³⁰.

1.3. *Las exigencias derivadas del estatus de la tortura como una norma imperativa en el derecho internacional*

La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece al dominio del *ius cogens* internacional³¹. Y si los tribunales internacionales han reconocido ese carácter imperativo, bastante excepcional en la normativa internacional, es porque se trata de una conducta acotada a los límites de su naturaleza y elementos constitutivos. No conviene, entonces, desdibujarla para que no pierda, justamente, el rigor jurídico que respalda su absoluta obligatoriedad y la jerarquía excepcional que le ha sido reconocida por la comunidad internacional. Dicho de otro modo, subestimar o

26. CORTE IDH, caso “Fernández Ortega y Otros vs México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, párrs. 82, 108 y 127; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Enrique Falcon Ríos v. Canada”, CAT/C/33/D/133/1999, 17 de diciembre de 2004; TEDH, “Al Nashiri v. Polonia”, caso 28761/11, sentencia del 27 de julio de 2014.

27. CORTE IDH, caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago”, fondo, reparaciones y costas, sentencia 11 de marzo de 2005, párrs. 71 y 73; CORTE IDH, caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 222.

28. CORTE IDH, caso “Bedoya Lima y Otra vs. Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de agosto de 2021, párrs. 103 y 104; TEDH, “El-Masri vs. Ex-República Yugoslava de Macedonia”, caso no. 39630/09, sentencia del 13 de diciembre de 2012, párrs. 202 y 211.

29. CORTE IDH, caso “Azul Rojas Marín vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de marzo de 2020, párr. 163; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, CAT/C/AUT/CO/4-5, 20 de mayo de 2010, párr. 22; TEDH, “Cestaro v. Italia”, caso No. 6884/11, sentencia del 7 de julio de 2015. párrs. 77, 158, 177 y 190.

30. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 2.

31. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), párr. 99; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case East Timor (Portugal v. Australia)”, reports 1995, pp. 90, 102. En la CORTE IDH, numerosos casos, entre otros, caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 92; caso “Miguel Castro Castro vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 271; caso “Espinoza González vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 141; caso “López Soto y Otros vs. Venezuela”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, párr. 183.

desconocer el papel que juegan cada uno de los elementos de la tortura –y en particular la finalidad que se persigue con la conducta lesiva– pone en grave riesgo los frutos del esfuerzo que hasta ahora se ha hecho desde la DUDH por identificar y condenar las más graves violaciones a la dignidad humana.

1.3.1. La prohibición de la tortura como una norma de *ius cogens* obliga a un ejercicio de extrema prudencia de la judicatura internacional para calificar estas conductas, so pena de debilitar su jerarquía normativa

Como lo ha planteado la propia Corte IDH, la prohibición absoluta de la tortura está justificada por la protección de valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, por lo que se requiere la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para su persecución efectiva y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad.

Es que la gravedad de este delito exige el deber de juzgar a los responsables, a la luz de las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional³². La radicalidad de esta valoración, absolutamente consecuente con el objeto y fin de las convenciones internacionales que proscriben la tortura, genera una especial responsabilidad al juzgador internacional. La definición de lo que es tortura en un caso concreto conlleva una serie de consecuencias jurídicas respecto de las cuales la comunidad internacional no ha sido condescendiente³³.

El nivel de rigurosidad jurídica exigido al razonamiento judicial que determina la responsabilidad internacional de un Estado por la comisión de actos de tortura se eleva cuando las situaciones que se someten a juicio, a todas luces, están por fuera del núcleo duro de protección acordado en las convenciones internacionales. Así, interpretaciones laxas, que desdibujen el sentido original de la proscripción absoluta de la tortura, acarrearán graves riesgos para sistema internacional de protección de derechos humanos.

32. Entre otros, CORTE IDH, caso “Goiburú vs. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 128. También, COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observación General No. 2 CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

33. Entre otros, en este sentido, véase COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observación General No. 2 CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

1.3.2. El *test* de responsabilidad internacional del Estado por el delito de tortura

La atribución de responsabilidad al Estado por actos de tortura requiere que se pruebe el hecho ilícito: (i) la severidad de los sufrimientos físicos o mentales; (ii) la intención con la que se infligen esos sufrimientos; y (iii) una finalidad ilegal o ilegítima que motiva la conducta prohibida por el derecho internacional. Además, se requiere probar la conexión entre ese hecho ilícito y el Estado, a la luz de las reglas de atribución de responsabilidad, siguiendo la lógica del régimen general de responsabilidad, así como las exigencias específicas que cada convención demande.

1.3.3. La responsabilidad internacional del Estado por el delito de tortura en el ámbito médico

A la luz del debate que supone el caso “Beatriz”, debe hacerse un análisis específico sobre la protección de los individuos frente a actos de tortura que puedan provocarse en el ámbito médico o con ocasión de tratamientos médicos. Veamos.

Del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura se desprende la obligación del Estado de educar e informar respecto de la prohibición de la tortura, a todas las personas que participen en la custodia, o cualquier otro tipo de tratamiento, relacionado con una persona que se encuentre bajo alguna forma de arresto o detención, en particular a través del personal médico que esté a cargo de su cuidado.

Asimismo, las declaraciones internacionales reconocen expresamente la importancia de la tarea del personal médico en la prevención de la tortura, su compromiso con la dignidad humana y la protección de la salud e integridad personal. Por ejemplo, las *Normas Directivas para Médicos con respecto a la Tortura y a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes* expresan:

“El médico tiene el privilegio y el deber de ejercer su profesión, al servicio de la humanidad, preservar y restituir la salud mental y corporal sin perjuicios personales y aliviar el sufrimiento de sus pacientes. Él debe mantener el máximo respeto por la vida humana, aún bajo amenaza, y jamás utilizar sus conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad”³⁴.

34. ASAMBLEA MÉDICA MUNDIAL TOKIO, *Normas Directivas para Médicos con respecto a la Tortura y a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos*

Esas *Normas Directivas* ponen un especial énfasis en las situaciones en las que los médicos están encargados del cuidado de personas privadas de la libertad o bajo algún tipo de detención. Una regulación similar, aunque tampoco es vinculante para los Estados, se encuentra en los *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. El primero de estos principios, efectivamente, consagra que el personal de salud “tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas”. Para ello, prohíbe a los médicos contribuir en interrogatorios o cualquier tipo de procedimientos coercitivos que puedan afectar la integridad de los detenidos, así como proveer a las autoridades alguna clase de certificación de la salud de un interno para probar su aptitud de ser sujeto de castigos o tratos que puedan desmejorar su capacidad física o mental, entre otras disposiciones.

De lo anterior se deduce que los Estados pueden ser responsables internacionalmente por actos de tortura, generados por las acciones u omisiones de funcionarios públicos, e incluso por el comportamiento de particulares que actúen bajo el amparo de la ley (como el personal médico), ya sea en entidades públicas o privadas³⁵, pero para eso debe probarse que la conducta cumple con los elementos esenciales de la tortura.

Con el fin de asegurar la prevención de la tortura en los escenarios descritos, se han definido jurisprudencialmente tres criterios para que las intervenciones médicas no generen afectaciones o sufrimientos que puedan derivar en actos de tortura por ser ilegítimos en su propósito, a saber: i) el desconocimiento de la capacidad jurídica y dignidad humana de la víctima; ii) la situación de impotencia generada por una mala ponderación de la doctrina de necesidad médica; y iii) la estigmatización de una determinada población.

sobre personas detenidas o encarceladas, adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial Tokio, Japón, octubre 1975 y revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2005 y por la 173ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2006, disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-tokio-de-la-amm-normas-directivas-para-medicos-con-respecto-a-la-tortura-y-otros-tratos-o-castigos-cruels-inhumanos-o-degradantes-impuestos-sobre-personas-detenidoas-o-encarceladas/> (fecha de consulta 2/8/2023).

35. CORTE IDH, caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006, párrs. 90 y 107.

El primero de estos criterios hace referencia a la necesidad de que exista, en todo procedimiento médico de una persona legalmente capaz, un consentimiento informado que refleje una decisión libre y voluntaria que demuestre el acopio de la información suficiente para tomar dicha decisión³⁶.

Por otro lado, el TEDH en el caso “Herczegfalvy v. Austria”³⁷, expuso la denominada tesis de necesidad médica. Dicha tesis implica que no se está ante un desconocimiento de la prohibición de tortura en el ámbito médico cuando el tratamiento discutido es necesario y ajustado a las prácticas médicas permitidas en el momento de los hechos. Si bien esta tesis ha sido contrastada por el CAT, no ha sido descartada del todo al admitirla únicamente cuando los fines del tratamiento no comprendan la coacción y la discriminación del paciente³⁸.

Por último, corresponde reseñar el criterio que contempla a aquellas conductas que pueden ser reputadas como tortura porque tienen como base la estigmatización de ciertas poblaciones, de modo que la asistencia médica resulta discriminatoria y violenta.

2. Los tratos crueles, inhumanos y degradantes en el DIDH

2.1. Aproximación conceptual

El SIDH no tiene un instrumento convencional que defina lo que son los tratos inhumanos, crueles y degradantes. En efecto, la CADH determina en su artículo 5.2 que: “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, más no indica en qué consisten concretamente.

La Corte IDH ha establecido que el análisis para discernir si existen afectaciones al derecho a la integridad personal y discriminar su denominación debe partir de un análisis casuístico en el que las “secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”³⁹.

36. Véase el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes JUAN E. MÉNDEZ, 2013, párr. 32.

37. TEDH, “Herczegfalvy v. Austria”, sentencia del 21 de abril de 1992.

38. Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes JUAN E. MÉNDEZ, 2013, párr. 35.

39. CORTE IDH, caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123, párr. 69.

Del desarrollo jurisprudencial del tribunal regional surge que pueden constituir tratos inhumanos, crueles o degradantes, las siguientes conductas: i) amenazas reales e inminentes que tienen afectaciones psíquicas que pueden perdurar en el tiempo⁴⁰; ii) la falta de comunicación con la familia y el mundo exterior⁴¹; y iii) la falta de atención médica en centros de detención bajo la custodia del Estado⁴².

La CIDH, por su parte, ha sostenido que se configura un trato inhumano cuando se causa un sufrimiento mental o psicológico que es injustificable. Además, ha considerado que el trato puede ser degradante si la víctima es gravemente humillada frente a otros o es obligada a actuar contra sus deseos o su conciencia, en contextos en los que la persona está detenida, privada de la libertad o bajo la autoridad de alguna autoridad estatal⁴³.

En el Sistema Universal, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 20, determinó sencillamente que las distinciones entre las diferentes formas de castigo o malos tratos dependen exclusivamente de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado; de modo que solo una visión integral y de conjunto de las circunstancias del caso permitiría la calificación de la conducta. Tal fue el criterio más común en ese ámbito; sin embargo, la posición del Relator Especial sobre la tortura parece desmarcarse y contrastar, por su laxitud, con la visión más generalizada propuesta por los órganos del Sistema Universal.

Como se ha visto, no cualquier sufrimiento físico o corporal que padezca un ser humano está protegido bajo la prohibición imperativa del derecho internacional que se analiza en este estudio. Por eso, resulta más conveniente

40. CORTE IDH, caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 108.

41. CORTE IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 156; CORTE IDH, caso “Espinoza González vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, serie C No. 289, párr. 187.

42. CORTE IDH, caso “Vera Vera y otra vs. Ecuador”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226, párr. 44.

43. CIDH, Informe de Fondo No. 64/12, caso 12.271, “Benito Tide Mendez y Otros v. República Dominicana”, 22 de octubre de 2012); CIDH, Informe No. 71/05, Petición 1241/98, “Michael Gayle vs. Jamaica”, 13 de octubre de 2005, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Jamaica12418sp.htm> (fecha de consulta: 3/8/2023); OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 22 de octubre de 2002, disponible en: <http://www.cidh.org/terrorism/span/indice.htm> (fecha de consulta 2/8/2023).

atender a la presencia de los elementos esenciales en el caso concreto para enmarcar las situaciones a las que se refieren los tratos prohibidos.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el artículo 2 del CEDH establece que “[n]adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Al interpretar esta cláusula en casos concretos, el TEDH ha indicado que un trato puede considerarse inhumano cuando, entre otras circunstancias, fue premeditado, se aplicó durante varias horas seguidas y causó lesiones corporales reales o sufrimiento físico y mental intenso⁴⁴. Por otro lado, el trato degradante se relaciona con escenarios que despiertan en las víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad con la capacidad de humillarlas o de quebrantar su resistencia moral y física, de tal manera que se atenta contra su dignidad humana⁴⁵.

Según el TEDH, para que los malos tratos estén comprendidos dentro de la prohibición deben alcanzar un nivel de gravedad mínimo, cuya evaluación exige considerar factores como “la duración de un tratamiento, sus efectos físicos y psíquicos y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”⁴⁶.

Sobre este aspecto, para que un sufrimiento o humillación se comprenda en la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, deberá superar el umbral del sufrimiento o humillación que resultan inevitables en relación con un trato o castigo legítimo. Ahora bien, respecto del elemento de la finalidad, existe una cierta laxitud en la jurisprudencia al haber permitido que no se descarte *per se* la configuración del trato prohibido cuando no se tiene enteramente acreditada la finalidad inmediata de la conducta⁴⁷.

En materia probatoria, el TEDH ha establecido que la prueba del trato inhumano requiere cumplir con un estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, aunque esta puede resultar de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de presunciones de hecho similares no refutadas⁴⁸.

44. TEDH, “Labita v. Italia”, sentencia del 6 de abril del 2000, párr. 120; TEDH, “Kudla vs. Polonia”, sentencia del 26 de octubre de 2000, párr. 92.

45. TEDH, “Gäfgen v. Alemania”, sentencia de 1 de junio de 2010, párr. 89; TEDH, “M.S.S. v. Bélgica y Grecia”, sentencia del 21 de enero de 2011, párr. 220.

46. TEDH, “M.S.S. v. Bélgica y Grecia”, sentencia del 21 de enero de 2011, párr. 219.

47. TEDH, “Gäfgen v. Alemania”, 2010, párr. 89; TEDH, “M.S.S. v. Bélgica y Grecia”, 2011, párr. 220.

48. TEDH, “Salman v. Turkey”, 27 de junio de 2000, párr. 100; TEDH (GRAND CHAMBER), “Bouyid v. Belgium”, 28 de septiembre de 2015, párr. 82.

De todo lo anterior, se puede concluir que los tratos crueles, inhumanos y degradantes son aquellos propiciados por agentes del Estado —o bajo su instigación, consentimiento o aquiescencia— que causan intensos sufrimientos a la víctima sin justificación legítima alguna, que la humillan o le causan un miedo tal que se doblega su voluntad. En relación con los elementos de intención y finalidad, si bien los estándares probatorios entre los tratos prohibidos y la tortura son bien distintos, no desaparecen por completo del escenario de valoración de los malos tratos, sino que no operan las más estrictas exigencias que se requieren para probar la tortura. Ese margen más amplio de apreciación del juzgador le exige una valoración integral, caso a caso, de los tres elementos (sufrimientos, intencionalidad y finalidad).

2.2. Los tratos crueles, inhumanos y degradantes y su diferencia con la tortura

Conviene resaltar que la determinación de los criterios diferenciales entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes no ha sido pacífica. En general, podría decirse que hay dos posiciones principales que explican las diferencias entre los dos tipos de conductas prohibidas, según el elemento en el que se hace énfasis: (i) el nivel de gravedad del sufrimiento causado o, (ii) la ausencia de propósito o intención.

La primera posición es más propia del TEDH⁴⁹, la Corte IDH⁵⁰ y la CIDH⁵¹, según los cuales los malos tratos se diferencian de la tortura, principalmente, en que en los primeros hay un menor grado de sufrimiento, mientras que la tortura exige un alto nivel de severidad o gravedad.

Sin embargo, cabe destacar que, pese a que la Corte IDH le da un rol preponderante al grado de sufrimiento, ello no significa que los elementos perversos de estas conductas (intención y finalidad) se desestimen por completo. De hecho, los escenarios de control estatal como centros de detención

49. TEDH, “Ireland v. the United Kingdom”, sentencia del 18 de enero de 1978, párr. 167.

50. Así, la Corte IDH ha diferenciado la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes partiendo de una diferenciación en el grado de las afectaciones causadas a la integridad personal, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos de cada situación concreta. Véase, CORTE IDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, fondo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 57.

51. CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 2002, párr. 158.

y prisiones, en los que resulta manifiesta la particular indefensión de las víctimas, siguen siendo la regla general⁵².

La segunda posición es la más propia del Relator Especial sobre la tortura, quien ha planteado que lo que distingue a los malos tratos de la tortura es que, en el primer caso, los sufrimientos no tienen ningún objetivo o propósito. Este criterio parece fundarse más en una cuestión probatoria de la intención y la finalidad, que en la gradación del sufrimiento:

“[S]i bien la tortura siempre involucra la intención de infligir dolor o sufrimiento deliberadamente a una persona indefensa, otras formas de trato o penas crueles, inhumanos o degradantes también comprenden el hecho de infligir dolor o sufrimientos **sin intención deliberada (por ejemplo, como efecto incidental previsto o imprevisto) o sin instrumentalizar dicho dolor y sufrimiento con un propósito determinado**”⁵³.

Según se dijo, esta postura es criticable y no es consistente con la jurisprudencia del TEDH, que ha dejado un margen de valoración relativamente amplio en relación con los elementos de intencionalidad y finalidad como factores que diferencian los dos tipos de conductas prohibidas en el derecho internacional.

En suma, para que pueda declararse responsabilidad internacional del Estado por la comisión de tratos crueles, inhumanos o degradantes, se requiere demostrar en cada juicio particular los elementos esenciales del hecho ilícito internacional y el vínculo de atribución al Estado.

No puede presumirse que cualquier situación de sufrimiento o dolor que padezca una persona sea, por sí misma, un trato prohibido por el derecho internacional cuando no se alcanza a demostrar el umbral exigente de la tortura. Por el contrario, no porque se haya descartado la tortura automáticamente puede condenarse al Estado por cometer malos tratos, sino porque las circunstancias del caso particular permiten demostrar que el sufrimiento causado a la víctima por un agente público (o con su mediación), es inaceptable e injustificado al degradar, humillar o instrumentalizar a la víctima, por lo que trasgrede no solo su integridad sino su propia dignidad.

52. CORTE IDH, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 91 y caso “19 comerciantes vs. Colombia”, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 149.

53. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/72/178, 20 de julio de 2017, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp> (buscar por referencia A/72/178) (fecha de consulta 13/8/2023). El resaltado es añadido.

3. La tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes y su relación con el aborto

3.1. Análisis de pronunciamientos en la materia y la necesidad de un estudio caso a caso

El siguiente cuadro identifica pronunciamientos generales y decisiones de órganos internacionales que resultan representativos del reducido conjunto de casos contenciosos en los que se vincula legislación o políticas que prohíben el aborto, o negativas de practicar un aborto, con la práctica de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

PRONUNCIAMIENTO	CONSIDERACIONES
CAT/C/PER/CO/4, 25 de julio de 2006	“[E]l Comité ha recibido información de que personal médico, empleado por el Estado, se niega a suministrar atención médica requerida para que las mujeres embarazadas no recurran a abortos ilegales que ponen en riesgo su vida. La legislación actual restringe severamente el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo, incluso en casos de violación, lo cual ha resultado en graves daños, incluso muertes innecesarias de mujeres. Las alegaciones recibidas indican la omisión del Estado Parte en la prevención de actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres y que constituyen actos crueles e inhumanos” (párr. 23).

<p>Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013</p>	<p>“Para muchas víctimas de violación, el acceso a un procedimiento de aborto sin riesgo es prácticamente imposible debido a un laberinto de trabas administrativas y a la negligencia y la obstrucción oficiales. En la decisión histórica de K. N. L. H. c. el Perú, el Comité de Derechos Humanos consideró la denegación del aborto terapéutico una violación del derecho de la persona a no ser víctima de malos tratos. En la demanda P. and S. v. Poland, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que ‘el estigma asociado al aborto y a la violencia sexual... caus[aba] mucha angustia y sufrimiento, tanto física como mentalmente’” (párr. 49).</p> <p>“El Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto y las prohibiciones absolutas con respecto al mismo conculcan la prohibición de la tortura y los malos tratos [...] El Comité de Derechos Humanos señaló explícitamente que las violaciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluían el aborto forzoso, así como la denegación del acceso a un aborto en condiciones seguras a las mujeres que han quedado embarazadas a raíz de una violación y manifestó su inquietud acerca de los obstáculos impuestos al aborto cuando era legal” (párr. 50).</p>
<p>Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 5 de enero de 2016, A/HRC/31/57</p>	<p>“La existencia de leyes muy restrictivas, que prohíben los abortos incluso en casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre, vulneran el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura o malos tratos [...]” (párr. 43)</p> <p>“Denegar el acceso al aborto seguro y someter a las mujeres y niñas a actitudes humillantes y sentenciosas en esas situaciones de extrema vulnerabilidad y en las que es esencial acceder en el plazo debido a la asistencia sanitaria equivale a tortura y malos tratos. Los Estados tienen la obligación afirmativa de reformar las leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad” (párr. 44).</p>

<p>Comité de Derechos Humanos, caso “KL v. Perú”. Comunicación 1153/2003</p>	<p>El caso se refiere a una joven que quedó en estado de embarazo a los 17 años en el Estado de Perú, donde el aborto estaba prohibido con la excepción del terapéutico. En un momento dado, un médico le diagnosticó al feto una anencefalia que provocaría la muerte del bebé pocas horas después de su nacimiento. La joven inmediatamente solicitó el procedimiento de aborto, que le fue negado por el poco contenido normativo de la figura que no incluía dicha causal.</p> <p>“La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No.20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora” (párr. 6.3).</p>
<p>Comité de Derechos Humanos, caso “LMR v. Argentina”. Comunicación 1608/07</p>	<p>El caso se refiere a la negación de un aborto por parte de un hospital y las autoridades argentinas frente a la solicitud de una joven en condición de discapacidad, cuyo embarazo fue producto de una violación aun estando amparada por el artículo 86, inc. 2 del Código Penal, que eximía la punición de abortos en dichos supuestos. Así, según el Comité, la omisión del Estado constituyó un trato cruel e inhumano, que expresamente determinó que no se configura como tortura, puesto que generó afectaciones psíquicas severas a la persona.</p> <p>“[E]l Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación General n° 20 en la que señala que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral” (párr. 9.2).</p>

<p>TEDH, “Ty-siac v. Polonia”, sentencia del 20 de marzo de 2007</p>	<p>En este caso, la víctima padecía de una miopía severa que podía derivar en ceguera si continuaba con su tercer embarazo. Si bien las normas en Polonia permitían abortos si se acreditaba médicamente la necesidad de su interrupción, los médicos se negaron en repetidas oportunidades a practicar el proceso. El Tribunal sostuvo que “el hecho de que el Estado no hiciera posible un aborto legal en circunstancias que amenazaban su salud, ni estableciera el mecanismo procesal necesario para permitirle hacer efectivo este derecho, significó que la demandante se vio obligada a continuar con un embarazo durante seis meses sabiendo que estaría casi ciega en el momento de dar a luz [...]” (párr. 65). Sin embargo, siendo fiel a su jurisprudencia, determinó que no se encontraban las circunstancias fácticas necesarias para acreditar que se desarrolló una violación a la prohibición de tortura o tratos inhumanos crueles y degradantes sino una violación al derecho a la vida privada.</p>
<p>TEDH, “A, B and C v. IRELAND” (Application no. 25579/05) sentencia del 16 de diciembre de 2010</p>	<p>Las demandantes, todas indeterminadas y con causales diferentes para abortar, alegaron en el caso de una violación de las obligaciones positivas y negativas del artículo 3 del Convenio. Esto porque todas debieron realizar un viaje al extranjero para realizarse el procedimiento en vistas de que en su país (Irlanda) estaba tajantemente prohibido. Sostuvieron, además, que la penalización del aborto era discriminatoria, afrentaba la dignidad de la mujer y estigmatizaba a la mujer, aumentando los sentimientos de angustia. Las demandantes argumentaron que las dos opciones abiertas a las mujeres –superar los tabúes para abortar en el extranjero y la atención posterior en el hogar o mantener el embarazo en su situación– eran degradantes y una afrenta deliberada a su dignidad. El Tribunal consideró que viajar al extranjero para realizarse un aborto fue arduo tanto psicológica como físicamente para cada una de las demandantes. También fue económicamente oneroso para una de las solicitantes (párr. 127 y 128). Sin embargo, el Tribunal reiteró su jurisprudencia en el sentido de que los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para estar comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 3. La evaluación de este mínimo depende de todas las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. En las circunstancias fácticas del caso, el Tribunal estimó que no se acreditaba un nivel mínimo de sufrimiento necesario para que se acreditase una violación al artículo 3 (párr. 164).</p>

Un análisis detenido de los pronunciamientos y algunas decisiones reseñadas permite advertir varias falencias argumentativas y algunas conclusiones preliminares:

- i. Los pronunciamientos de los órganos del Sistema Universal tienden a generalizar una postura favorable al aborto, pero desconocen un análisis pormenorizado de cada uno de los elementos esenciales de la tortura para que se configure en el caso concreto, por lo que se advierte una posición más ideológica que jurídica.
- ii. Se trasladan directamente a los casos pronunciamientos del Relator Especial sobre la Tortura realizados en abstracto, y claramente partidarios de una visión ideológica que favorece al aborto, pero que no representan en absoluto los acuerdos alcanzados por la comunidad internacional sobre el crimen de tortura.
- iii. En las decisiones del Comité de Derechos Humanos se evade un análisis riguroso de la tortura y se concluye, de manera general, que se ha configurado una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- iv. Esa conclusión apresurada conlleva otro error de ambigüedad, pues se engloba la condena al Estado como “tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, pero no se distingue entre los dos tipos de actos que son fenómenos distintos.
- v. Aún en la decisión en la que el Comité de Derechos Humanos determinó la configuración de tratos crueles, inhumanos y degradantes la argumentación que sustenta esta conclusión es deficiente por no demostrar que los sufrimientos se encuadran en este tipo de tratos ni cómo alcanzan el umbral de gravedad.
- vi. El enfoque adoptado por el Relator Especial y por el Comité, en cuanto pretende ampliar el contenido esencial protegido por la prohibición imperativa de la tortura, no es fiel a los acuerdos convencionales ni representa el consenso internacional alcanzado sobre lo que constituye el crimen de tortura. Esta conclusión se refrenda con un balance reciente que se presenta a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los desarrollos de la prohibición de la tortura a partir de la DUDH, en el que efectivamente se mantiene incólume el espíritu y consenso universal y en el cual no se incluye la visión completamente parcializada y contradictoria que pretende que la sola existencia de leyes que protegen a los que están por nacer constituyan actos de tortura.

- vii. Además de lo anterior, se resaltan los pronunciamientos del TEDH en los que se descarta la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes ante la negativa de las autoridades de practicar un aborto. Si bien el tribunal reconoce que estas situaciones pueden causar afectaciones físicas o psicológicas, ni en abstracto, ni en las circunstancias del caso, ese solo hecho demuestra que se alcanza el umbral necesario para determinar la existencia de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

De estos casos se extraen otras conclusiones complementarias: i) de la sola prohibición o negativa de un aborto no puede derivarse la configuración de un acto de tortura o un trato cruel, inhumano o degradante; y ii) las exigencias de la tarea judicial demuestran la imperiosa necesidad de realizar un análisis caso a caso, que permita establecer si las afectaciones físicas o psicológicas pueden alcanzar el umbral de gravedad de la tortura o de los otros tratos prohibidos en el derecho internacional.

En definitiva, existen pronunciamientos de órganos internacionales en instrumentos no vinculantes que al hacer un ejercicio poco riguroso de la tortura incluyen el establecimiento de leyes generales como actos de tortura, lo que implica una seria contradicción con el consenso internacional. De extenderse tal criterio, podría vaciarse de contenido la prohibición internacional de tortura. Por otro lado, el TEDH ha encontrado en algunas de sus decisiones que la sola denegación del aborto no constituye tortura⁵⁴.

3.2. El aborto como un acto de tortura o un trato cruel, inhumano y degradante: algunas voces silenciadas

Llama la atención que, de las muchas voces que alimentan el debate, parece que solo tuvieron eco en los órganos internacionales aquellas que proponen la responsabilidad de los Estados por la presunta configuración de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes ante la prohibición de la práctica de abortos o la negativa a practicarlo, pero se descartan las voces científicas que plantean que es el propio aborto un acto de tortura o un trato cruel, inhumano y degradante. Aquí se repasan esos argumentos brevemente.

54. TEDH, “Tysiac v. Polonia”, 2007, párr. 66; TEDH, “A, B and C v. IRELAND”, 2010, párr. 164.

Todos los seres humanos abortados atraviesan intensos dolores hasta que se termina definitivamente con su vida. Como se ha expuesto, un elemento esencial para la configuración de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes es la ejecución de actos que produzcan sufrimiento físico o mental de forma injustificada. Esa es precisamente la circunstancia que atraviesan todos los miembros de la familia humana que son abortados: intensos dolores hasta que se termina definitivamente con su vida.

En la práctica, cualquiera de las modalidades de aborto causa gran sufrimiento fetal, pues implica que los no nacidos: (i) mueren desangrados; (ii) mueren ahogados por falta de oxígeno; (iii) mueren desgarrados, o; (iv) mueren por inyección de KCL⁵⁵.

Señalan los expertos médicos que, desde la semana 12 de gestación, el ser humano por nacer es capaz de sentir dolor a través de la subcapa cortical⁵⁶. Incluso, desde la semana 7 de gestación, se desarrolla la primera etapa de las vías del dolor en la que las estructuras nerviosas periféricas captan y llevan el estímulo de dolor desde la piel hasta la médula espinal, y la conexión nerviosa que se genera en este momento es capaz de ocasionar “una respuesta fisiológica al dolor a través del sistema nervioso autónomo, incluyendo reflejos de retirada, aumento de la frecuencia cardiaca (taquicardia) y aumento de la presión arterial (hipertensión arterial)”⁵⁷. Los mecanismos abortivos, en tanto buscan acabar con la vida del feto, le generan respuestas de dolor, cuyo sufrimiento puede constituir tortura o tratos crueles teniendo en cuenta el grado de sufrimiento que generan.

55. OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2012. Cabe destacar que dicha sustancia genera un dolor tan insoportable que se ha prohibido incluso en la aplicación de la pena de muerte (HUMAN RIGHTS WATCH, EE.UU, “Negligencia en el empleo de inyecciones letales”, 23 de abril de 2006, disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2006/04/23/eeuu-negligencia-en-el-empleo-de-inyecciones-letales> (fecha de consulta 13/8/2023); HUMAN RIGHTS WATCH, “Florida, California: La inyección letal bajo ataque”, 15 de diciembre de 2006, disponible en: https://www.hrw.org/legacy/spanish/docs/2006/12/18/usdom14895_txt.htm (fecha de consulta 13/8/2023). Asimismo, la Asociación Americana de Veterinaria ha recomendado que no se use en animales (AMERICAN VETERINARY MEDICAL ASSOCIATION, “Guidelines for the Euthanasia of Animals: 2020 Edition”, 2020, M2. 9., disponible en: <https://www.avma.org/sites/default/files/2020-02/Guidelines-on-Euthanasia-2020.pdf> (fecha de consulta 13/8/2023)).

56. COPE, HEIDI; GARRETT, MELANIE; GREGORY, SIMON Y ASHLEY-KOCH, ALLISON, “Pregnancy continuation and organizational religious activity following prenatal diagnosis of a lethal fetal defect are associated with improved psychological outcome”, *Prenat Diagn*, 2015, 35(8), pp. 761-768, DOI: 10.1002/pd.4603.

57. GOTME, KEMEL, Intervención ante la Corte Constitucional de Colombia, Proceso D0013956.

También es claro que para que un sufrimiento se encuadre en el acto de tortura debe existir la intención de causar el daño: esto definitivamente ocurre en los casos de aborto intencional, en los que la finalidad indiscutiblemente es terminar con la vida del feto.

Por último, debe existir una finalidad ilegítima. Este es, quizás, uno de los elementos que mayores discusiones puede suscitar. Al respecto, debe señalarse que cualquier finalidad que implique el desconocimiento y anulación absoluta del derecho a la vida del no nacido necesariamente va a constituir un fin ilegítimo, con lo que se podría tener por configurada la tortura.

3.3. Del texto y espíritu de las convenciones internacionales contra la tortura resulta imposible deducir que las legislaciones nacionales que protegen a los que están por nacer puedan considerarse actos de tortura

Sobre este punto, vale la pena hacer una distinción entre los abortos –procedimientos que están dirigidos directamente a causar la muerte del feto– y los procedimientos de terminación del embarazo (de forma anticipada) que buscan salvaguardar la vida de la madre.

Un tratamiento médico que busca salvar la vida biológica de la madre, y que implica la terminación del embarazo, incluso si la terminación puede causar incidentalmente la muerte del que está por nacer, no tiene finalidad ilegítima. Por el contrario, la muerte del ser humano en gestación es entendida como un efecto negativo, pero no intencional (es decir, no querido), del tratamiento médico. Del texto y espíritu de las convenciones internacionales contra la tortura resulta imposible deducir que las legislaciones nacionales que protegen a los que están por nacer puedan considerarse actos de tortura, pues falta el elemento de la finalidad ilegítima.

El contenido y alcance de las convenciones universal e interamericana contra la tortura contienen una prohibición absoluta e inderogable. Su contenido y gravedad se deducen si se recuerda que esta norma imperativa aplica aún en los contextos más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Una interpretación que pretenda hacer decir que un Estado que expida legislación o políticas para proteger a los que están por nacer prohibiendo el aborto comete un acto de tortura es absolutamente irrazonable por las siguientes razones:

- i. La legislación busca proteger fines imperativos del derecho internacional: proteger la vida de todos los integrantes de la familia humana.
- ii. No tiene la finalidad de causar sufrimientos, castigar u otro fin ilegítimo a la luz del derecho internacional.
- iii. El análisis de los casos de tortura exige un estudio caso a caso. Por tanto, la consideración de una legislación general y abstracta como tortura es simplemente contraria a los desarrollos internacionales sobre esta conducta. Todavía más, de los pronunciamientos del Relator Especial sobre la Tortura no puede inferirse que las leyes antia-borto constituyan *per se* un acto de tortura, pues en todo caso tendría que probarse en el caso concreto que la víctima ha recibido abusos y malos tratos en el contexto de la asistencia sanitaria.
- iv. Hay casos en los que el aborto persigue claramente fines prohibidos por el derecho internacional, como en los casos de abortos selectivos por discapacidad o sexo. Así las cosas, su prohibición no solo protege a los seres humanos en gestación, sino que permite garantizar el cumplimiento de obligaciones internacionales relacionadas con grupos especialmente vulnerables.
- v. Tal hermenéutica provocaría una banalización de la conducta de tortura, contraria a las décadas de consenso internacional tendiente a prohibir actos que resultan abiertamente contrarios a la dignidad humana.

4. Las oportunidades y alertas que representa el caso “Beatriz” para la consolidación de un *ius commune* interamericano acorde con los valores y principios del DIDH

4.1. Un campo de batalla ideológico que necesita armonizarse

4.1.1. La importancia de demostrar imparcialidad y congruencia de los órganos del SIDH

El caso “Beatriz” requiere de especial pericia para evitar una contradicción que desproteja a los más débiles. Una decisión de la Corte IDH que condene a un Estado por cometer tortura, por el solo hecho de contener legislación que protege al que está por nacer, aun habiendo garantizado los tratamientos médicos para el cuidado de la madre gestante, sitúa a los Estados parte frente a una encrucijada insuperable: equivocadamente les exige

una elección inexistente entre los derechos de las madres y los derechos de los hijos que están por nacer, como si fueran opuestos e irreconciliables. Un escenario semejante presionaría a los Estados a abandonar cualquier esfuerzo por garantizar la vida y bienestar de los que están por nacer –aun siendo una obligación expresa en el artículo 4.1 de la CADH–, para evitar ser etiquetados como Estados que torturan o para que no recaiga sobre ellos la necesidad de investigar y condenar a médicos, personal sanitario y servidores públicos por tortura.

4.1.2. Una prueba de fidelidad a los principios y fines del DIDH y del SIDH

Condenar por tortura a un Estado que protege en su legislación la vida de los que están por nacer contribuiría a generar un hecho ilícito internacional, pues es claro que los Estados bajo los artículos 1.1, 2 y 4 CADH están obligados a crear todas las condiciones necesarias para garantizar y proteger el derecho a la vida de todo ser humano “en general, a partir del momento de la concepción”.

El planteamiento que propone una contradicción entre la prohibición de la tortura y protección del que está por nacer parte del presupuesto falaz que plantea la incompatibilidad entre derechos humanos, cuando en realidad su característica más fuerte es que son derechos indivisibles e interdependientes. Una interpretación que pretenda condenar a un Estado por tortura, cuando ha querido proteger tanto al no nacido como a la madre, resulta contraria a las exigencias de los principios de interpretación auténtica, de buena fe, teleológica, sistemática y conforme con el fundamento y contexto al cual responden todos los instrumentos de derechos humanos: el reconocimiento de la igual dignidad y derechos de todos los seres humanos.

Una interpretación sistemática de la DUDH, como piedra angular del DIDH, a la luz de la buena fe, el objeto y el fin, así como el contexto histórico dentro del cual se inscribe, nos lleva a concluir que el no nacido es reconocido como sujeto de protección y derechos.

En tal sentido, corresponde reseñar que el término “todo individuo” del artículo 3, que consagra el derecho a la vida, en consonancia con el artículo 2, que prohíbe la discriminación por razones de edad, necesariamente incluye niños antes y después del nacimiento, porque su única diferencia es la edad y el correlativo desarrollo que esta conlleva. Esta misma interpretación la confirma el preámbulo de la Declaración de los Derechos de los Niños adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1959, y la propia Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, instrumentos en los que expresamente

se prescribe que la protección jurídica del niño debe ser garantizada “tanto antes como después de su nacimiento”⁵⁸. La elección del lenguaje reafirma la igual protección que merecen uno y otro.

Si la DUDH reconoce que los niños deben ser protegidos antes y después de nacer, una lógica hermenéutica consistente indica que todo instrumento internacional que en su preámbulo haga referencia a la DUDH, como su marco normativo, debe ser interpretado a la luz de ella. En este orden de ideas, el PIDCP obliga a los Estados parte a tomar *medidas positivas* para proteger el derecho a la vida antes y de después del nacimiento. Así, el Derecho Internacional protege al niño antes de su nacimiento, no solo por la interpretación sistemática de la DUDH, de la Declaración y la Convención de los Derechos de los Niños, sino porque otros instrumentos internacionales de carácter vinculante protegen implícita o explícitamente a los niños en gestación.

Por otro lado, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce que los Estados parte tienen la obligación de garantizar el derecho a la salud más alto posible y eso incluye: “a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”. Para asegurar que el derecho a la salud incluye evitar la muerte de niños no nacidos, es lógicamente necesario aceptar que los niños no nacidos son titulares del derecho a la salud y a la vida, y que el aborto no puede ser un servicio de salud porque contradice uno de los componentes del derecho a la salud contenido en el citado artículo 12.

En esta línea, en el Comentario General No. 9 del Comité de Derechos del Niño, sobre derechos de los niños con discapacidad, se “recomienda que los Estados Parte introduzcan y fortalezcan la atención prenatal para los niños y aseguren una asistencia de calidad durante el parto”⁵⁹. No tendría sentido garantizar la salud antes del nacimiento de los niños si estos no fueran sujetos del derecho a la vida y la salud.

En suma, la aplicación de los principios de interpretación de los tratados de derechos humanos y, en particular, la conjugación del principio de dignidad humana e interpretación evolutiva, con el mayor beneficio para los seres humanos (principio *pro personae*), exigen al tribunal regional un delicado ejercicio de juicio con el que se exalte la unidad y coherencia del sistema internacional de derechos humanos.

58. La itálica es añadida.

59. NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General No. 9, Derechos de los niños en condición de discapacidad, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párr. 53.

4.2. Los peligros de criminalizar como tortura las legislaciones nacionales que protegen a los que están por nacer

4.2.1. El peligro de contradicción

En un sistema jurídico coherente, los principios jurídicos –y las exigencias que de ellos derivan– no pueden excluirse, sino que deben armonizarse.

En concreto, el SIDH no puede exigir a los Estados cumplir dos exigencias que se contraponen y que derivan de la dignidad humana. Para el caso objeto de debate, la consecuencia más evidente es que no puede ser válida una interpretación de la normativa de tortura que pretenda contradecir o cercenar otras exigencias igualmente inherentes al principio de dignidad humana, también claras y expresas en los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para el Estado. Así, no puede exigirse internacionalmente que un Estado cumpla con sus obligaciones generales en relación con el derecho a la vida (art. 4.1 de la CADH) y a la vez que esté obligado a suprimir esas mismas leyes que protegen al que está por nacer, so pena de ser condenado por la comisión de tortura o tratos crueles o degradantes.

4.2.2. El peligro de minar las conquistas alcanzadas en la lucha internacional contra la tortura

El documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2018 sirve para alertar sobre el peligro al que se enfrenta la Corte IDH si su decisión en “Beatriz” debilitara el consenso regional y universal sobre lo que se entiende por tortura. En primer lugar, el informe recoge una mirada histórica y evolutiva de la proscripción de la tortura en el derecho internacional, con pretensión de universalidad, lo que permite observar el consenso más generalizado sobre el alcance de la tortura⁶⁰. Es sugerente que el texto no contenga ninguna referencia, siquiera somera, a que las leyes que protegen a los que están por nacer constituyan actos de tortura ni malos tratos, lo que reafirma el núcleo esencial protegido con la norma internacional.

En segundo lugar, el mismo informe prueba que la manipulación de los textos convencionales sobre tortura, para desincentivar la protección de los

60. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Confirmación e intensificación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 2018.

más débiles, es apenas una propuesta individual de algunos relatores⁶¹ que no representa la visión más universal sobre lo que constituye tortura y malos tratos, ni sobre el carácter ilícito de la legislación que protege a los que están por nacer.

De tal modo, el caso “Beatriz” coloca en manos de la Corte IDH la posibilidad de reivindicar la universal condena de un crimen de contornos bien claros. Pero, visto desde otro ángulo, esa misma oportunidad constituye un gran peligro: implica ceder ante argumentos que bien pueden apelar a nuestras emociones, pero que están lejos de reivindicar la justicia que demanda el DIDH erigido sobre el principio de la igual dignidad de todos los miembros de la familia humana.

5. Conclusiones

Según se ha visto, los instrumentos internacionales vinculantes coinciden en reservar la calificación de tortura para los más graves actos cometidos por funcionarios públicos (o con su auspicio, instigación, consentimiento o aquiescencia) que, de manera intencionada, provocan sufrimientos severos a la víctima, amparados en una finalidad que, de suyo, es contraria a derecho o ilegítima. Dentro de esa visión universal consensuada no se encuentra el supuesto de la legislación que protege a los que están por nacer y que restringe o prohíbe el aborto. Ningún instrumento vinculante, ni ningún instrumento de *soft law* con pretensión de universalidad –al menos mínimamente democrático en virtud del órgano de origen–, siquiera sugiere que una exigencia de la prohibición absoluta de la tortura supone que los Estados liberalicen o promuevan el aborto.

El enfoque adoptado por el Relator Especial sobre la Tortura y por el Comité de Derechos Humanos, en el sentido de querer ampliar el contenido esencial protegido por la prohibición imperativa de la tortura y desdibujarlo, no es fiel a los acuerdos convencionales ni representa el consenso internacional alcanzado sobre lo que constituye el crimen de tortura. Ningún principio de interpretación legítimo en el DIDH puede “hacer decir” a las con-

61. CAT, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, CAT/C/PER/CO/4, 2006, párr. 23. Véase también: Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, JUAN E. MÉNDEZ, 2013, párrs. 46-50 y también, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2016, párrs. 14, 43, 51.

venciones sobre tortura que la legislación nacional que protege al que está por nacer, constituye por sí misma un acto de tortura. Tampoco podría ser legítima una interpretación que, en contra de la vía hermenéutica histórica, evolutiva, teleológica y sistemática, pretenda inferir, de los textos convencionales y la costumbre internacional que prohíben la tortura, que la negativa del aborto –siendo incluso un debate ético jurídico vigente– contradice una de las normas imperativas con mayor aceptación en el mundo entero.

En un sistema jurídico coherente, las exigencias inherentes que derivan de un mismo principio jurídico no pueden excluirse ni contradecirse. No puede exigirse internacionalmente y al mismo tiempo, que un Estado cumpla con sus obligaciones generales en relación con el derecho a la vida, el cual “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (art. 4.1 CADH) y a la vez que esté obligado a suprimir esas mismas leyes que protegen al que está por nacer, so pena de ser condenado por tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los riesgos para la seguridad jurídica, no solo de los Estados, sino principalmente de los derechos de los individuos, es muy alta.

El peligro que entraña la aceptación de la postura de la CIDH y de la representación de las presuntas víctimas en el caso “Beatriz” puede impactar los consensos básicos sobre los que se ha construido el sistema internacional de los derechos humanos. Así las cosas, el considerar como tortura las leyes que protegen la vida prenatal en general, las acciones que protegen a los seres humanos en gestación con discapacidades severas, y las conductas del personal de salud que busca proteger a sus dos pacientes –madre y ser humano en gestación– podría implicar que el concepto de tortura se desdibuje y, colateralmente, se afecte su jerarquía normativa.