

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 sobreesimimiento 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.