

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA Y ABORTO EN EL SALVADOR.  
UN ANÁLISIS A PARTIR DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL,  
INTERNACIONAL Y REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS**



Universidad de Navarra

NOMBRE: JOSÉ GILBERTO SOLÍS JIMÉNEZ

DIRECTORA: PROFESORA PILAR ZAMBRANO

MÁSTER EN DERECHOS HUMANOS

PAMPLONA, ESPAÑA 2022



## ÍNDICE

I. Introducción.....	1
II. Estatus jurídico de la vida no nacida de conformidad a la Constitución, Tratados Internacionales y leyes.....	4
1. Introducción .....	4
2. La vida no nacida en la Constitución de 1983 y su reforma de 1999. Reconocimiento de la persona desde el instante de la concepción .....	5
3. La vida no nacida de conformidad a los Tratados de Derechos Humanos suscritos y ratificados por El Salvador .....	9
4. El derecho penal, el aborto y la vida no nacida.....	16
5. La vida no nacida bajo la perspectiva de las leyes de salud sexual y reproductiva ....	18
6. Pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional referente a la vida no nacida y el aborto .....	21
6.1. Objeto del Derecho a la vida del <i>nasciturus</i> .....	22
6.2. Obligación estadual de protección penal de la vida no nacida .....	24
6.3. Ponderación: el mecanismo para resolver los casos de conflicto entre el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del no nacido .....	29
6.3.1. Ponderación médica: criterios para resolver los conflictos de derechos fundamentales entre la madre Vs. su hijo.....	32
7. Conclusión .....	34
III. Jerarquía de Tratados Internacionales en El Salvador.....	36
1. Introducción .....	36
2. La posición de los Tratados Internacionales en El Salvador.....	36
2.1 Lo supranacional no es supraconstitucional .....	39
2.2 <i>No existe relación de jerarquía de la Constitución sobre los tratados internacionales sino de compatibilidad. Una distinción sin diferencia</i> .....	40
2.2.1 Inconstitucionalidad por vía refleja: La Constitución expulsa del ordenamiento jurídico la norma jurídica y no el Tratado Internacional .....	41
2.3 <i>Ius Cogens</i> , Derechos Humanos y Constitución.....	42
3. Sala de lo Constitución como último intérprete del derecho a la vida.....	43
3.1. El criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre su supremacía	43

3.2. Inaplicabilidad del criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a El Salvador .....	45
4. El <i>soft law</i> y la dimensión pragmática de las sentencias.....	48
5. Conclusión .....	51
IV. Monitoreo de las obligaciones internacionales asumidas por El Salvador, y su aplicación a la vida no nacida .....	52
1. Introducción .....	52
2. El Sistema Internacional de Derechos Humanos: control no jurisdiccional.....	52
2.1. Los comités de la Organización de las Naciones Unidas .....	52
2.2. Pronunciamientos de órganos de la Organización de las Naciones Unidas a El Salvador en materia de aborto .....	55
2.3. Similares pronunciamientos en materia de aborto de órganos de la Organización de las Naciones Unidas a países vecinos de El Salvador: Guatemala, Nicaragua, Honduras y Costa Rica.....	61
3. Sistema Regional de Derechos Humanos. De un control no jurisdiccional a un control jurisdiccional.....	64
3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	64
3.1.1. El control no jurisdiccional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso <i>Beatriz Vs. El Salvador</i> .....	66
3.1.2. El control jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso <i>Manuela y otros Vs. El Salvador</i> .....	73
3.1.3. El caso <i>Karen Noelia Llantoy Huamán Vs. Perú</i> del sistema internacional de Derechos Humanos y el caso <i>Beatriz Vs. El Salvador</i> del sistema regional de Derechos Humanos. Similitudes, diferencias e incongruencias.....	75
4. Reacción del Estado de El Salvador a recomendaciones, e impacto en la legislación y jurisprudencia por los pronunciamientos de órganos internacionales de Derechos Humanos .....	78
4.1. Respuesta de Estado salvadoreño a pronunciamientos de países que sugieren legalización del aborto .....	78
4.2. Impacto en la legislación por los pronunciamientos de Órganos Internacionales de Derechos Humanos .....	81
4.3. Impacto en la jurisprudencia por los pronunciamientos de Órganos Internacionales de Derechos Humanos .....	82
4.4. Panorama y contexto político .....	84
5. Conclusión .....	86
V. Debate jurídico y político sobre la vida no nacida y el aborto en El Salvador.....	88

1. Introducción .....	88
2. La inexistencia del Derecho al aborto y qué debe interpretarse de la frase: « <i>desde el instante de la concepción</i> » del art. 1 inciso 2 de la Constitución salvadoreña.....	88
2.1 Criterio de Tribunales Constitucionales de Argentina, Chile y Perú sobre la protección de la vida desde la concepción.....	88
2.2 Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 4.1 de la Convención en el <i>caso Artavia Murillo (“Fecundación in vitro”) y otros vs. Costa Rica</i> .....	91
2.2.1 Incoherencias en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	93
2.2.2 Análisis de la argumentación sistemática y teleológica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	98
2.3 El Salvador: « <i>desde el instante de la concepción</i> » es igual a « <i>el máximo de protección posible a la persona humana en su proceso vital de formación</i> ».....	101
3. No es posible reformar la constitución para permitir el aborto. Ir en regresividad de los derechos fundamentales va contra una cláusula pétrea .....	103
4. Conclusión .....	107
VI. Conclusión.....	109



## I. INTRODUCCIÓN

El objeto de esta investigación es identificar, sistematizar y valorar el control jurisdiccional y no jurisdiccional de derechos humanos ejercido sobre El Salvador, a la luz del derecho fundamental a la vida del *nasciturus* reconocido en el actual artículo 1 de la Constitución salvadoreña.

El trabajo se divide en cuatro capítulos, que abordan cada uno de los objetivos parciales de esta investigación. En el primero se pretende determinar cuál es el estatus jurídico de la vida no nacida en el sistema jurídico de El Salvador, bajo el prisma de la Constitución salvadoreña, los tratados internacionales ratificados por El Salvador, el código penal, y las leyes de salud sexual y reproductiva.

En el segundo capítulo se estudia la posición jerárquica que ocupan los tratados internacionales en el sistema jurídico de El Salvador, poniendo especial foco en la fuerza vinculante de las directivas emergentes del control jurisdiccional y no jurisdiccional de derechos humanos. Como resultado de estos dos primeros capítulos se espera dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las obligaciones constitucionales y convencionales del Estado salvadoreño respecto a la vida no nacida? ¿En qué medida aparecen recogidas estas obligaciones en el conjunto de fuentes jurídicas *infra-constitucionales* más directamente vinculadas a la continuidad de la vida humana no nacida? ¿Cuál es la fuerza obligatoria que poseen los estándares fijados por los órganos de control jurisdiccional y no jurisdiccional –en general y en relación– con la vida humana no nacida?

El tercer capítulo cierra la dimensión descriptiva y sistematizadora de esta investigación ofreciendo una respuesta a la pregunta: ¿Cuál ha sido el impacto de los pronunciamientos de los órganos de control internacional y regionales de derechos humanos, sobre el orden jurídico interno de El Salvador, con relación a la regulación jurídica de la vida humana no nacida?

En el cuarto capítulo se recogen y despliegan más extensamente los interrogantes de orden valorativo que subyacen a la sistematización obtenida en los capítulos anteriores. Se aborda el debate interpretativo acerca del valor de la vida humana no nacida en el sistema interamericano, y su coherencia con sistemas internos que –como el de El Salvador– reconocen el derecho fundamental a la vida desde el momento de la concepción. Con este

propósito se analiza el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Artavia Murillo (“Fecundación in vitro”) y otros vs. Costa Rica*. Y, las decisiones de los tribunales constitucionales de Argentina, Chile y Perú que reconocen el derecho a la vida no nacida desde la concepción. Igualmente, el cuarto capítulo desarrolla en qué medida es razonable argumentar que El Salvador tiene la obligación o la facultad constitucional de legalizar el aborto. Se responde a las preguntas ¿Cuál es el significado jurídico del reconocimiento de la persona humana desde la concepción? ¿Existe un derecho a abortar? ¿Es posible legalizar el aborto en El Salvador?

El interés teórico de este trabajo puede explicarse en dos niveles. Desde un punto de vista genérico, se abordan y desarrollan problemas nucleares de la *teoría de los derechos fundamentales*, como el que concierne a la titularidad de los derechos fundamentales; del *derecho de protección regional e internacional de derechos humanos*, la relación jerárquica entre tratados internacionales y Constitución; de la *teoría de la argumentación jurídica*, la identificación de los métodos interpretación de normas jurídicas multinivel, entre otros. El abordaje a este conjunto de problemas, nos ha permitido analizar y sistematizar los argumentos jurisprudenciales y doctrinales en torno a estas cuestiones, en el contexto americano en particular.

La metodología de este trabajo implicó ordenar de forma cronológica y sistemática las normas jurídicas –internas e internacionales– vigentes en El Salvador, particularmente las que hacen mención del derecho a la vida no nacida, entre ellas *i.* las normas que explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica, *ii.* las que mencionan a la personalidad jurídica como objeto de protección, y *iii.*, las que regulan acciones que impactan sobre la concepción, el nacimiento y el embarazo. También, requirió sistematizar la jurisprudencia del máximo tribunal de justicia salvadoreño referente al aborto y a la vida no nacida. Finalizando, con la identificación de recomendaciones de los pronunciamientos de órganos regionales e internacionales (en el control de la protección de derechos humanos) realizados a El Salvador referente al aborto y vida no nacida.

Desde el punto de vista práctico, el tema de este trabajo es de indudable actualidad en la discusión jurídica y política de las democracias occidentales. Son discusiones aun no zanjadas, como muestra la dinámica de la *práctica constitucional* del máximo tribunal de

justicia de Estados Unidos, hoy en ciernes pendiente de decidir en el caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, si revierte o no el criterio adoptado en *Roe Vs. Wade* en 1973.

Esto sin mencionar pronunciamientos de tribunales regionales de derechos humanos. Como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *A, B y C Vs. Irlanda*. O, por su parte –desde el otro continente– el caso *Beatriz Vs. El Salvador* que la Corte Interamericana de Derechos Humanos actualmente conoce. Y, a nivel internacional, el caso *Karen Noelia Llantoy Huamán Vs. Perú*, en el que el Comité de Derechos Humanos.

## II. ESTATUS JURÍDICO DE LA VIDA NO NACIDA DE CONFORMIDAD A LA CONSTITUCIÓN, TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES

### 1. INTRODUCCIÓN

Como todo debate jurídico, el que gira en torno al estatus jurídico de la vida humana no nacida en El Salvador se encuadra en el marco de las fuentes jurídicas vigentes, formalmente válidas y relevantes para decidir la cuestión. Con vistas a explicitar cuál es este marco, en este primer capítulo se identifican y sistematizan estas fuentes, distinguiendo tres tipos de disposiciones: *i.* las que explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica, *ii.* las que mencionan a la personalidad jurídica como objeto de protección, y *iii.*, las que regulan acciones que impactan sobre la concepción, el nacimiento y el embarazo. El análisis de estas disposiciones se focaliza en aclarar si todo ser humano es titular del derecho a la vida, para lo cual es imprescindible estudiar la extensión de los conceptos «*ser humano*» y «*persona*», estableciendo si jurídicamente son lo mismo o no. Y, en el caso de que todo ser humano (entre ellos el no nacido) sea titular del derecho a la vida, se especificarán cuáles son las obligaciones que emanan para el Estado.

Las fuentes formales seleccionadas por su relevancia para responder este interrogante son la Constitución salvadoreña (de la cual se hará un breve repaso histórico de su reforma de 1999); los tratados y convenios internacionales ratificados por el Salvador; el código penal salvadoreño; y las leyes de salud sexual y reproductiva. Complementariamente, se expondrá la jurisprudencia del máximo tribunal de justicia de El Salvador respecto a *la vida no nacida* y el *aborto*.

En esencia, este capítulo responderá a las preguntas ¿Cuál es el estatus jurídico de la vida no nacida en el sistema jurídico de El Salvador, bajo el prisma de la Constitución salvadoreña, los tratados internacionales ratificados por El Salvador, código penal, y leyes de salud sexual y reproductiva? ¿Cuáles son las obligaciones constitucionales y convencionales del Estado salvadoreño respecto a la vida no nacida? Y ¿En qué medida aparecen recogidas estas obligaciones en el conjunto de fuentes jurídicas *infra-constitucionales* más directamente vinculadas a la continuidad de la vida humana no nacida?

2. LA VIDA NO NACIDA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1983 Y SU REFORMA DE 1999.  
RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA DESDE EL INSTANTE DE LA CONCEPCIÓN

La Constitución de El Salvador –la Constitución en adelante– se encuentra vigente desde el 20 de diciembre del año 1983, como lo señala su art. 274<sup>1</sup>. La Constitución original de 1983 menciona el derecho a la vida de forma explícita y excluyente en los arts. 2 y 11<sup>2</sup>. En el art. 2 señala que el titular de este derecho es la persona: «*[t]oda persona tiene derecho a la vida, (...)*». En el art. 11 se determinan 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– no se establecía, pues, en qué momento se es persona y, consecuentemente, no se establecía de forma clara 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 permitía el aborto en su artículo 169 numerales 3 y 4. Estos numerales señalaban que el aborto no era punible si el embarazo era consecuencia de violación, estupro, o si existía una malformación en el *nasciturus* que hicieran inviable su vida extrauterina. En concreto, los numerales prescribían: «*[n]o es punible: (...) 3) El aborto realizado por facultativo, cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un*

---

<sup>1</sup> 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, J. M., *Historia Constitucional de El Salvador, disolución de la república federal y primeras constituciones de El Salvador*, tomo séptimo, Tecno Impresos, El Salvador, 1998, pág. 66. Disponible en: [https://biblioteca.ugb.edu.sv/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=1561&shelfbrowse\\_itemnumber=2122](https://biblioteca.ugb.edu.sv/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=1561&shelfbrowse_itemnumber=2122), consultado el 23 de enero del 2022. 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](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), consultado el 23 de enero del 2022. 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](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/el_salvador_constituciones/?autor=&paginaUsuario=2&numresult=10&vista=reducida&q=&orden=fechapublicacionoriginal&paginaNavegacion=0) consultado el 23 de enero del 2022.

<sup>2</sup> «*Ninguna 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*».

*delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer; y 4) El practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción»<sup>3</sup>.*

El hecho público que dio inicio al debate en torno a la legalidad del aborto sucedió el 23 de diciembre de 1996, cuando FERNANDO SAENZ LACAYE –quien era el arzobispo de San Salvador– criticó públicamente el anteproyecto del Código Penal porque no derogaba las causales que permitían el aborto del anterior Código Penal de 1973, apuntando que «(...) establece una serie de medidas que otorgarían la carta de ciudadanía al aborto, lo cual crearía un caos espantoso». El 27 de diciembre de 1996 –cuatro días después– la Conferencia Episcopal de El Salvador integrada por todos los obispos de El Salvador, se hizo eco de esta crítica, argumentando que atentaba contra el derecho a la vida desde el momento de la concepción. MARCOS RENÉ REVELO, obispo de Santa Ana y presidente de la Conferencia Episcopal, dijo: «no hay ninguna justificación para el aborto. No la hay por la sencilla razón que la ley natural, no la de la iglesia, no permite matar a un inocente»<sup>4</sup>.

La crítica del arzobispo de San Salvador y la Conferencia Episcopal de El Salvador tuvieron impacto en el país y fueron respaldadas en el discurso político. Ejemplo de ello fue lo manifestado por el ministro de salud de ese momento EDUARDO INTERIANO, quien el 28 de diciembre de 1996 expresó su opinión contraria a la práctica del aborto e igualmente condicionó la continuidad de su cargo antes de que se brinde el servicio de aborto en los hospitales públicos<sup>5</sup>. Este respaldo se proyectó luego a otras esferas del discurso público, con al menos cincuenta y cinco opiniones de médicos, juristas y otros difundidas que constan en

---

<sup>3</sup> Código Penal de 1973 de El Salvador. Disponible en: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/1973\\_decreto270codigopenal\\_el\\_salvador.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/1973_decreto270codigopenal_el_salvador.pdf) consultado el 21 de abril del 2022.

<sup>4</sup> Ambas citas son referencias realizadas por OSWALDO FEUSIER, en las cuales se establece que la opinión del arzobispo de San Salvador consta en *El Diario de Hoy*, edición del 23 de diciembre de 1996, pág. 14., y la crítica de la Conferencia Episcopal de El Salvador en *El Diario de Hoy*, edición del 27 de diciembre de 1996, pág. 3. FEUSIER, O. E., “Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador”, *Unidad de investigaciones, departamento de ciencias jurídicas universidad centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA)*, El Salvador, 2012, págs. 12-13. Disponible en [http://www2.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4\\_pasadoypresentedeldelitodeabortoenelsalvador.pdf](http://www2.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4_pasadoypresentedeldelitodeabortoenelsalvador.pdf) consultado el 16 de diciembre de 2021.

<sup>5</sup> FEUSIER, E., O., “Desde el dogmatismo hacia la exclusión: Apuntes sobre el delito de aborto en El Salvador”, *Revista Redbioética / UNESCO*, año 6, volumen 2, número 12, 2015, pág. 7. Disponible en [https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/08/Revista\\_Bioetica\\_A06\\_N12\\_2015.pdf](https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/08/Revista_Bioetica_A06_N12_2015.pdf) consultado el 10 de diciembre del 2021.

solo uno de los periódicos de circulación nacional de El Salvador de ese momento (*El Diario de Hoy*, del 27 de diciembre de 1996 al 26 de abril de 1997)<sup>6</sup>. Esto, sin contar otras acciones de protesta como recolecciones de firmas en todo el país oponiéndose a la práctica del aborto, protestas en espacios públicos, marchas, cartas que eran enviadas a los legisladores, entre otros aspectos más<sup>7</sup>.

Para aprobarse el nuevo Código Penal se necesitaba una mayoría simple de cuarenta y tres diputados. Al momento de la aprobación del nuevo Código Penal, la Asamblea Legislativa estaba compuesta por ochenta y cuatro diputados, bajo la siguiente conformación subjetiva: treinta y nueve ARENA, dieciocho Democracia Cristiana y veintiuno el FMLN. El partido ARENA y Democracia Cristiana apoyaban desde un inicio la prohibición del aborto. En igual sentido, el presidente de la república –bajo el partido ARENA– ARMANDO CALDERÓN SOL y la primera dama ISABEL AGUIRRE en muchas ocasiones manifestaron oponerse al aborto<sup>8</sup>.

El partido ARENA presentó una propuesta de modificación al *proyecto de reforma integral del Código Penal*, en la cual se aumentaba la pena para tres delitos: *a. Aborto Consentido y Propio*, *b. Aborto Sin Consentimiento* y *c. Aborto Agravado*. Igualmente, se eliminaba del código penal el apartado que permitía el aborto cuando el embarazo fuese a consecuencia de *i. violación ii. estupro* o *iii. malformación* en el *nasciturus* que hiciera inviable la vida extrauterina. Estas causales estaban reguladas en el art. 164 numeral 3 y 4 del anterior Código Penal. Posteriormente, con sesenta votos –entre ARENA, Democracia Cristiana y solo con tres votos (de veintiún diputados) del FMLN– se aprueban las reformas relacionadas al aborto<sup>9</sup>.

En vista de la discusión sobre el aborto, para dejar en evidencia de la protección de la vida del *nasciturus*, la misma conformación de diputados que aprobó las reformas al Código

---

<sup>6</sup> FEUSIER, O. E., “Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador”, págs. 12-23.

<sup>7</sup> PEÑAS DEFAGO, M. A., “El aborto en el salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres”, *Península*, volumen 13, número 2, México, 2018, pág. 218. Disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/peninsula/article/view/65848/57803> consultado el 17 de diciembre de 2021.

<sup>8</sup> PEÑAS DEFAGO, M. A., “El aborto en el salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres”, pág. 218.

<sup>9</sup> FEUSIER, E., O., “Desde el dogmatismo hacia la exclusión: Apuntes sobre el delito de aborto en El Salvador”, págs. 9-10.

Penal para eliminar el aborto, aprobó el *acuerdo de reforma constitucional*<sup>10</sup> a efecto de adicionar en el art. 1 de la Constitución lo siguiente: «*[a]simismo[ , El Salvador] reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción*». El 3 de febrero de 1999 se ratificó dicho *acuerdo de reforma constitucional*<sup>11</sup> 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. Esta reforma constitucional obtuvo el voto de todos los diputados de ARENA, y Democracia Cristiana; y varios diputados del partido FMLN<sup>12</sup>, que en un inicio se oponía a la reforma constitucional<sup>13</sup>.

Los considerandos introducidos a raíz de la reforma constitucional fueron «*I.- Que el derecho humano más fundamental y bien jurídico máspreciado es la vida humana y ningún otro derecho tiene sentido si no se protege éste 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 [i]nternacional de [d]erechos [c]iviles y [p]olíticos, de la Convención [a]mericana de [d]erechos [h]umanos y de la Convención sobre los [d]erechos del [n]iño*»<sup>14</sup>.

De esta forma, la Constitución actual reconoce de manera explícita en el art. 1 inciso 2 que el no nacido es persona humana desde el instante de la concepción. Como consecuencia,

---

<sup>10</sup> 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> consultado el 28 de abril del 2022.

<sup>11</sup> 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> consultado el 28 de abril del 2022.

<sup>12</sup> PEÑAS DEFAGO, M. A., “El aborto en el salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres”, pág. 221.

<sup>13</sup> El abogado FEUSIER reafirma que fue aprobado por una amplia mayoría de votos, incluidos los del FMLN, quienes sorpresivamente dividieron su voto permitiendo se protegiera constitucionalmente la vida desde la concepción. FEUSIER, O. E., “Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador”, pág. 27.

<sup>14</sup> 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> consultada el 20 diciembre 2021 –en lo sucesivo Inc. **22-2011**–.

el no nacido es titular de todos los derechos fundamentales, empezando por el derecho a la vida reconocido en el art. 2 de la Constitución.

### 3. LA VIDA NO NACIDA DE CONFORMIDAD A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS SUSCRITOS Y RATIFICADOS POR EL SALVADOR

En el siguiente cuadro se representan gráficamente los tratados internacionales de Derechos Humanos que se encuentran vigentes en El Salvador<sup>15</sup>, posteriormente se desarrollaran cada uno de los tratados internacionales identificándose los artículos que: *i.* explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica, *ii.* los que mencionan a la personalidad jurídica como objeto de protección, y *iii.*, los que regulan acciones que impactan sobre la concepción, el nacimiento y el embarazo.

TRATADOS UNIVERSALES DE DERECHOS HUMANOS	FECHA DE RATIFICACIÓN, ADHESIÓN O SUCESIÓN	DE DECLARACIONES/ RESERVAS
<i>Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial</i>	1979	No
<i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	1979	No
<i>Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	2011	No <sup>16</sup>
<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	1979	No
<i>Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	1995	Si <sup>17</sup>

<sup>15</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS EL SALVADOR y PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE EL SALVADOR., *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, primera edición, impresión oficial de las instituciones, El Salvador, 2014, págs. 301-302. Disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=166&Lang=SP](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=166&Lang=SP) consultado el 13 de enero de 2022.

<sup>16</sup> En el cuadro original no establece si posee o no reserva, pero según decreto legislativo número 721 del 18 de mayo de 2011 el instrumento internacional fue ratificado sin ningún tipo de reserva. Disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv> en sección de instrumentos internacionales. Consultado el 26 de diciembre del 2021.

<sup>17</sup> No se especifica en que artículo, ni se encuentra disponible el documento original del decreto legislativo que lo ratificó.

<i>Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	2014	Si. En artículo 2 <sup>18</sup>
<i>Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer</i>	1981	Si. En artículo 29 párrafo 1 <sup>19</sup> .
<i>Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer</i>	No esta ratificado, firmado en el 2011.	
<i>Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes</i>	1996	No
<i>Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes</i>	No firmado <sup>20</sup> .	
<i>Convención sobre los Derechos del Niño</i>	1990	No
<i>Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones</i>	2015	No
<i>Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad</i>	2007	No
<i>Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad</i>	2007	No <sup>21</sup>

<sup>18</sup> «Art. 1.- Ratifícase el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a Abolir la Pena de Muerte, el cual consta de un preámbulo y once artículos; aprobado y proclamado en la Cuadragésima Cuarta Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989, adoptado por el Órgano Ejecutivo, mediante Acuerdo No. 1917/2012 del 5 de diciembre de 2012, con reserva expresa de conformidad a la facultad concedida a los Estados en el Art. 2 del Protocolo, la cual consiste en aplicar la pena de muerte, según lo establecido en el Art. 27 de la Constitución de la República de El Salvador» decreto legislativo 601 año 2014 disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv> consultado el 31 de enero del 2022.

<sup>19</sup> «Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte».

<sup>20</sup> Según página oficial de Naciones Unidas no ha sido firmado, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=166&Lang=SP](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=166&Lang=SP) consultado el 31 de enero 2022.

<sup>21</sup> Según cuadro original se establece que posee “Res general” o reservas. Sin embargo, de conformidad al decreto legislativo 420 del 4 de octubre de 2007, no consta ni una reserva a la convención ni a su protocolo. Disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv> sección de instrumentos internacionales, consultado el 26 de diciembre de 2021.

Individualmente el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* hace referencia al derecho a la vida en su art. 6, estableciendo: «1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente» r. a. En lo que concierne la personalidad jurídica, el art. 16 señala «[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica» r. a. El texto no hace mención directa de la vida humana por nacer. No obstante, interpretando los arts. 6 y 16 se concluye que el convenio protege al no nacido mediante la equiparación de la extensión de los conceptos de «persona humana», «ser humano» y «vida». Es decir, son artículos que *i.* explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica y *ii.* mencionan a la personalidad jurídica como objeto de protección.

Por su parte, la *Convención americana sobre derechos humanos* comienza extendiendo la personalidad jurídica a todo ser humano sin distinción, al afirma en su art. 1 «2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano» r. a. Seguidamente, define en una misma disposición el estatus jurídico del derecho a la vida en general, y del derecho a la vida no nacida art. 4: «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» r.a.; y, el art. 5 prescribe «1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral» r. a. O sea, reconoce que el no nacido es persona y –como consecuencia– le reconoce su derecho a la vida. Estas normas –como el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*– *i.* explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica y *ii.* mencionan a la personalidad jurídica como objeto de protección.

Como aspecto importante, la *Convención de los derechos del niño* ordena a los Estados: art. 6 «1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

---

<sup>22</sup> «(...) con la [reserva] de que los casos en que se reconoce la competencia, comprende única y exclusivamente hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación, respetándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno; y además, siempre y cuando la competencia de la Corte, sea compatible con la Constitución Política de la República» r.a. Art. 1 de decreto legislativo número 319 del 30 de marzo de 1995 que otorga competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv> consultado el 28 de febrero del 2022.

/ 2. *Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*» r.a. Y, más importante aún, vinculado a la vida no nacida señala: art. 1 «*[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano (...)» r. a., y en el art. 2 «*1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación (...) sin distinción alguna, independientemente de (...), el nacimiento o cualquier otra condición del niño, (...)*» r. a. Por ello, esta convención reconoce al no nacido bajo la figura de todo ser humano e –igualmente– prohíbe la diferenciación del goce de derechos por el nacimiento. Esto último es un aspecto que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador –en lo sucesivo la Sala de lo Constitucional– retoma (de lo cual posteriormente se hará mención en este trabajo). Estos artículos *i.* explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica.*

La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación* establece que las mujeres que se encuentran en estado de embarazo deben ser protegidas por el Estado: «*[a]rtículo 12 / 2. (...), los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia*» r. a. De esta forma se protege a la madre y a su hijo de forma indirecta. O sea, es una convención que *iii.* regula acciones que impactan sobre la concepción, el nacimiento y el embarazo de la mujer.

Asimismo, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* prescribe en su art. 5 literal *b*: «*[e]n conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, (...): b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución*» r. a. Igualmente, las primeras líneas de su considerando establecen «*[c]onsiderando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos*» r. a. Es decir, reconoce el derecho a la integridad física y el derecho a la vida en su manifestación del derecho a evitar

la muerte a *todos los seres humanos*, sin distinguir entre seres humanos nacidos y no nacidos. Esto anterior clasifica a este tratado internacional como un tratado que *i.* explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* recoge en su art. 11 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado y el derecho a una mejora continua de las condiciones de existencia. Se señala: «*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*» r.a. En otra línea, el párrafo 2 del preámbulo del tratado internacional señala: «(...) *estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana*». Una vez más, se advierte que el uso de la expresión *persona humana* se usa con toda su extensión –todo miembro de la especie humana–; y, al mismo tiempo se le reconoce el derecho a la vida en su manifestación del derecho a una buena calidad de vida. Este tratado internacional *i.* explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica y *iii.* regula acciones que impactan sobre la concepción, el nacimiento y el embarazo de la mujer.

Finalmente, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* prescribe el derecho a la vida en el art. 12: «*[l]os 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*» r. a. Una vez más, el sujeto del derecho es todo ser humano, con lo cual el concepto de persona y de ser humano se vuelven a identificar en extensión. Por ello, al igual que la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, este un tratado que *i.* explícitamente mencionan a la vida humana como objeto de protección jurídica.

Para una mejor identificación se ofrece un cuadro en el que se establece: *a.* los tratados internacionales de derechos humanos, *b.* el artículo donde expresamente hacen mención del derecho a la vida, *c.* su titular y *d.* si hacen mención del no nacido de manera explícita o se dirigen a él bajo los conceptos *persona humana, ser humano* o *toda persona*:

TRATADO INTERNACIONAL	DERECHO A LA VIDA DE FORMA EXPRESA	TITULAR DEL DERECHO	CÓMO SE DIRIGE AL TITULAR
-----------------------	------------------------------------	---------------------	---------------------------

<b>Pacto internacional de derechos civiles y políticos</b>	Si. Art. 6 numeral 1 y art. 16.	Ser humano nacido y no nacido	La persona humana
<b>Convención americana Sobre derechos humanos</b>	Si. Art 1 numeral 1; art. 4 numeral 1 y art. 5. Este tratado internacional establece expresamente que protege el derecho a la vida: <u>a partir del momento de la concepción.</u>	Ser humano nacido y no nacido.	Toda persona.
<b>Convención de los derechos del niño</b>	Si. Art. 6 numeral 1 y 2, arts. 1 y 2 numeral 1.	Ser humano nacido y no nacido.	Todo ser humano menor de 18 años.
<b>Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación</b>	No. Sin embargo, en el art. 12 numeral 2 establece obligaciones para la protección de la madre en el embarazo, el parto y el período posterior al parto.	Mujer y de forma indirecta su hijo	A la mujer
<b>Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial</b>	No. A pesar de ello, el art. 5 literal b establece obligaciones a los Estados en la protección de la integridad física y derecho a la vida en su manifestación del derecho a evitar la muerte.	Ser humano nacido y no nacido.	Toda persona. Igualmente, en las dos primeras líneas de los considerandos del tratado se establece de manera expresa que el tratado retoma los principios de la dignidad y la igualdad <u>inherentes a todos los seres humanos</u>
<b>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</b>	No. Aunque el art. 11 hace referencia del derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia. Ello es el derecho a la vida en su manifestación al derecho a vivir con buena calidad de vida.	La vida nacida y no nacida	Toda persona. En un mismo sentido, el párrafo 2 del preámbulo del tratado internacional señala: <u>estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana</u>
<b>Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad</b>	Si. Art. 12.	Ser humano nacido y no nacido.	Seres humanos.

Como se advierte, la protección de la vida no nacida desde la concepción se protege de forma complementaria: *i.* de forma directa señalando la protección de la vida no nacida desde la concepción y *ii.* equiparando el concepto de *persona* –titular de derechos– al concepto de *ser humano*. El reconocimiento mediante un tratado internacional del derecho a la vida al no nacido, constituye una verdadera obligación por parte de los Estados, concretamente de: *i.*

respetar el derecho a la vida nacida y no nacida; y, *ii.* brindar los medios para que sea efectiva la protección a la vida<sup>23</sup>.

El deber de protección se concreta –fundamentalmente– en la obligación de instaurar mecanismos que garanticen su justiciabilidad. Esta obligación está recogida de forma expresa en todas las Convenciones<sup>24</sup>, y en el texto de la Constitución de El Salvador. El art. 144 de la Constitución es claro al decir: «*[l]os tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución*» r. a. Es decir, –los Tratados Internacionales– al ser leyes dan acceso a *la protección jurisdiccional o tutela judicial* efectiva, sobre estos conceptos la Sala de lo Constitucional ha señalado que consiste en «*la posibilidad de que aquellas personas legitimadas puedan acceder a los órganos jurisdiccionales a plantear su pretensión o a oponerse a la ya incoada y a la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones o su resistencia, a través de un proceso equitativo tramitado de conformidad con la Constitución y las leyes correspondientes*»<sup>25</sup>. También, la Sala prescribe que el derecho a la protección jurisdiccional o tutela judicial efectiva se manifiesta en cuatro aspectos: *i.* el acceso a la jurisdicción; *ii.* el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; *iii.* el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; y, *iv.* el derecho a la ejecución de las resoluciones (pág. 4 Inc. **23-2015**).

Una vez se advierte que –junto al deber interno de protección– los tratados instauran sus propios mecanismos de control (internacionales y regionales), se concluye que el *derecho*

---

<sup>23</sup> LIGIA DE JESÚS CASTALDI y JORGE ANDRÉS OVIEDO ALVAREZ señalan que las obligaciones derivadas del art. 4 numeral 1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* consisten en respetar el derecho a la vida de las personas (también *nasciturus*) con la obligación correlativa de brindar los medios que se hagan efectivo este derecho. DE JESÚS CASTALDI, L., OVIEDO ÁLVAREZ, J. A., SILVA ABBOTT, M., ORNELAS DUARTE, A., HERRERA FRAGOSO, A., SÁNCHEZ BARROSO, J. A., SAÚL RAMÍREZ, H., y RAMOS-KURI, M. *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre Fertilización in vitro*, primera edición, CISAV, México, 2016, pág. 35. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36839.pdf> consultado el 1 de marzo del 2022.

<sup>24</sup> Ratificadas por El Salvador: *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* art. 3, *Convención americana sobre derechos humanos* art. 1, *Convención de los derechos del niño* art. 2, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación* arts. 3, 4 y 5; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* arts. 2, 3, 4 y 5; y *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* art. 4.

<sup>25</sup> Página 4 de sentencia de inconstitucionalidad con referencia **23-2015** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 27 de mayo del 2015, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2015/05/B01F5.PDF> consultado el 28 de abril del 2022 –en lo sucesivo Inc. **23-2015**–.

a la vida antes del nacimiento consagrado en el texto de la constitución de El Salvador y en el conjunto de las Convenciones analizadas, es un «derecho en serio» –en palabras de DWORKIN<sup>26</sup>–.

#### 4. EL DERECHO PENAL, EL ABORTO Y LA VIDA NO NACIDA

La normativa penal salvadoreña ha protegido el derecho a la vida del no nacido desde el Código Penal del Estado de 1826. Para establecer una correlación de los códigos penales y sus penas el abogado salvadoreño OSWALDO ERNESTO FEUSIER comparte un cuadro ilustrativo<sup>27</sup>:

[DELITO]	1826	1904	1974	1998
<b>ABORTO HONORIS CAUSA</b> <sup>28</sup>	1 a 5 años de reclusión	2 años de prisión mayor	6 meses a 1 año de prisión	Desaparece
<b>INFANTICIDIO</b>	15 a 25 años de reclusión y destierro perpetuo	3 años de prisión mayor	1 a 4 años de prisión	Desaparece (se aplica subsidiariamente el homicidio agravado, con 30 a 50 años de prisión)
<b>ABORTO PROPIO</b> <sup>29</sup>	4 a 8 años de reclusión	3 años de prisión mayor	1 a 3 años de prisión	2 a 8 años de prisión
<b>ABORTO IMPROPIO</b> <sup>30</sup>	2 a 6 años de reclusión	5 años de presidio	3 a 8 años de prisión	4 a 10 años de prisión

Como se verifica en el cuadro –y como se indicó anteriormente–, el Código Penal de El Salvador de 1998 derogó el art. 169 del anterior Código Penal del año 1973, que en sus numerales 3 y 4 despenalizaba el aborto cuando el embarazo era consecuencia de violación, estupro o cuando existía una malformación en el *nasciturus* que hicieran inviable su vida extrauterina. Actualmente, la normativa penal salvadoreña regula en su art. 133 el aborto

<sup>26</sup> DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, segunda edición, Ariel Derecho, España, 1989, pág. 278. Disponible [https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe\\_.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf) consultado el 30 de mayo del 2022.

<sup>27</sup> FEUSIER, E., O., “Desde el dogmatismo hacia la exclusión: Apuntes sobre el delito de aborto en El Salvador”, pág. 49.

<sup>28</sup> El aborto realizado para evitar afectar la honra de la madre.

<sup>29</sup> Aborto practicado por la misma madre o por un tercero con el consentimiento de la madre.

<sup>30</sup> Aborto realizado por un tercero sin el consentimiento de la madre.

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, el aborto culposo no es punible de conformidad al art. 136 inciso 2 del Código Penal el cual señala «*[e]l aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles*».

Para que el delito de *aborto consentido y propio*<sup>31</sup> se configure es necesario que la conducta se realice con conocimiento y voluntad de cometer este delito, es decir, que se cometa con *dolo*<sup>32</sup>. 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*»<sup>33</sup>. 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 *vida humana por nacer* es siempre igualmente valiosa– la conducta es más reprochable bajo el parámetro del tiempo de embarazo<sup>34</sup>.

En resumen, de los sistemas de: *a. plazos* (permitiendo el aborto en un tiempo de embarazo determinado), *b. indicaciones* (bajo ciertas causas el aborto es permitido con independencia del tiempo de gestación), *c. mixto* (determinadas causas permiten el aborto hasta cierto plazo) o *d. despenalización total* (no existan penas privativas de libertad por cometer abortos)<sup>35</sup>; en El Salvador el sistema de protección penal al derecho a la vida no

---

<sup>31</sup> 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*».

<sup>32</sup> MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L., *Código Penal de El Salvador comentado*, tomo I, primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, El Salvador, pág. 526. Disponible en [https://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/codigopenal\\_tomoi.pdf](https://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/codigopenal_tomoi.pdf) consultado el 5 de febrero del 2022.

<sup>33</sup> MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L., *Código Penal de El Salvador comentado*, pág. 529.

<sup>34</sup> MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L., *Código Penal de El Salvador comentado*, pág. 530.

<sup>35</sup> GÓMEZ MONTO, A. J., “Leading Cases from the Spanish Constitutional Court Concerning the Legal Status of Unborn Human Life” en VV.AA., *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, primera edición, Peter Lang, Estados Unidos, 2019, págs. 93-96. Igualmente GÓMEZ MONTORO, A. J., “El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España”, *Revista de Derecho Político*, número 102, España, 2018, págs. 58-61.

nacida, se encuentra en un sistema por indicaciones, ya que El Salvador –de manera expresa– señala que el aborto no es punible cuando se realiza por *culpa* (el art. 136 inciso 2 del Código Penal) y cuando la vida de la madre se encuentre en grave peligro.

#### 5. LA VIDA NO NACIDA BAJO LA PERSPECTIVA DE LAS LEYES DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

En El Salvador existen tres leyes de salud sexual y reproductiva. La *Ley de protección integral de la niñez y adolescencia* –vigente desde el 16 de abril del año 2010<sup>36</sup>– en el art. 32 establece que todos los niños y adolescentes «(...) *tienen el derecho a recibir información y educación en salud sexual y reproductiva, de forma prioritaria por su madre y padre*». Este mismo artículo señala que el Estado debe dar acceso a los servicios y programas de salud y educación sexual integral para la niñez y adolescencia a los niños y adolescentes «*con el objeto de fortalecer su realización personal (...) y prepararles para una maternidad y paternidad responsable en la adultez, sana y sin riesgos. Los servicios y programas implementados garantizarán y promoverán el respeto del derecho a la vida desde el instante de la concepción*».

En el art. 24 de la misma ley se establece que toda niña o adolescente embarazada se considera con un embarazo de alto riesgo obstétrico y, por tanto, *deberán recibir atención médica de manera integral en las instituciones de salud pública*. El art. 25 tipifica las obligaciones a cargo del *sistema de salud nacional*, entre ellas se encuentran «*c) Desarrollar programas de atención integral de la salud sexual y reproductiva de la niña, niño y adolescente; j) Establecer directrices y protocolos de actuación del personal de salud para la prevención, identificación, atención y tratamiento de la niña, niño o adolescente maltratado o abusado sexualmente, así como para dar aviso o denuncia a la autoridad competente; n) Establecer protocolos para la atención de la niña, niño, adolescente y mujer embarazada*».

---

[https://www.academia.edu/37198729/El\\_estatuto\\_constitucional\\_del\\_no\\_nacido\\_evolutivo\\_y\\_situacion\\_actual\\_en\\_Espana](https://www.academia.edu/37198729/El_estatuto_constitucional_del_no_nacido_evolutivo_y_situacion_actual_en_Espana) consultado el 1 de marzo de 2022.

<sup>36</sup> Decreto legislativo número 839, de fecha 26 de marzo de 2009, publicado en el Diario Oficial número 68, tomo 383 de fecha 16 de abril de 2009, disponible en <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/FC3868B6-5FEA-440B-9949-414222C42FFD.pdf> consultado el 20 de diciembre de 2021.

La segunda ley es la *Ley de igualdad, equidad y erradicación de la discriminación contra las mujeres*, –está vigente desde el 21 de abril del año 2011<sup>37</sup>– en el art. 26 literal *b* prescribe que el Estado debe garantizar el «[a]cceso universal de niñas, niños, adolescentes, adultas y adultos, a información y educación científica y actualizada, adecuada al ciclo vital, oportuna, veraz, suficiente y completa sobre el ejercicio responsable de la sexualidad, autocuidado y prevención de riesgos en salud sexual y salud reproductiva, así como acceso a los servicios públicos de información, atención preventiva y curativa correspondientes» r. a. y en el literal *d* señala que el Estado tiene que «[g]arantizar servicios de salud de calidad durante la etapa de fertilización, implantación, embarazo, parto y puerperio a todas las mujeres, sin discriminación de ningún tipo, incluyendo la garantía de atención a pacientes que acudan a los establecimientos de salud en busca de atención oportuna, por problemas y situaciones que pongan en riesgo la continuidad del embarazo» r. a.

La tercera norma está enfocada en la protección de la madre que se encuentra embarazada, el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida de la persona recién nacida. Así lo señala el objeto de la *Ley nacer con cariño para un parto respetado y un cuidado cariñoso y sensible para el reci[é]n nacido* –emitida el 17 de agosto del 2021<sup>38</sup>–. En el considerando V de esta ley se plasma: «*la salud materna y neonatal es una prioridad del Estado*». Y, uno de los objetivos del Estado para proteger la salud de todos los habitantes se logrará mediante un *sistema nacional integrado de salud*. Dentro de ese sistema se encuentra «*la atención humanizada en el embarazo y el parto*» ya que allí se encuentra el «*importante momento reproductivo, tanto para la madre, como para la persona recién nacida, al igual que para su familia y la sociedad*».

El art. 1 señala: «[l]a presente ley tiene por objeto garantizar y proteger los derechos de la mujer desde el embarazo, parto y puerperio, así como los derechos de las niñas y niños desde la gestación, durante el nacimiento y la etapa de recién nacido, (...)». Asimismo, en su art. 4 numeral 14 y 15 prescribe «[d]erecho a la vida: [d]erecho inherente al ser humano

---

<sup>37</sup> Decreto legislativo número 645, de fecha 17 de marzo del 2011, publicado en el Diario Oficial número 70, tomo 391 de fecha 8 de abril de 2011, disponible en [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2011\\_d645\\_slv.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2011_d645_slv.pdf)

<sup>38</sup> Decreto legislativo número 123, de fecha 17 de agosto del 2021, publicado en el Diario Oficial número 70, tomo 432 de fecha 23 de agosto de 2021, disponible en <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/dictamenes/89AE758D-B086-4764-B1E1-C9D0B24E0D74.pdf> consultado el 20 de diciembre de 2021.

*desde el momento de su concepción, (...). / [e]mbarazo: [p]arte del proceso de la reproducción humana que comienza con la concepción»* r. a.

La aprobación de esta ley fue por setenta y nueve votos de los ochenta y cuatro diputados que integran la Asamblea Legislativa. En el sentido de la ley, los comentarios de los diputados fueron coincidentes. Por ejemplo, SUECY CALLEJAS, una de las diputadas del partido mayoritario (55 diputados) *Nuevas Ideas* y vicepresidenta de la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa, manifestó –en la plenaria que se aprobó esta normativa–: «[l]a ley propone un nuevo modelo de atención que toma en cuenta las necesidades de cada mujer, desde la preconcepción hasta el nacimiento de su beb[e]»<sup>39</sup>; igualmente: «[e]sta ley es para que tratemos con respeto a las madres, sus bebés y sus familias (...)[.] Para los recién nacidos esta ley ofrece un cuidado cariñoso y sensible, estar cerca de su madre y se potencie la lactancia materna»<sup>40</sup>.

Dentro de este marco normativo se insertan –en último lugar– una serie de protocolos de actuación emitidos por los ministerios del Órgano Ejecutivo, que regulan aspectos relacionados a la protección de la vida no nacida, el embarazo y los derechos de la mujer. Por ejemplo, el *Ministerio de salud* ha emitido un protocolo referente a la salud de la mujer, abarcando el momento previo a la concepción hasta el nacimiento de la persona humana.

Este protocolo posee como título «*Lineamientos técnicos para la atención de la mujer en el período preconcepcional, prenatal, parto, puerperio y al recién nacido. Servicios en SSR para atención de emergencias o desastres*» que fue emitido el 19 de agosto del 2021<sup>41</sup>. En él se establecen las indicaciones que deben realizar los médicos en los casos que existan factores de riesgo para la continuación del embarazo<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Véase comunicado en página oficial de la Asamblea Legislativa en el siguiente link: <https://www.asamblea.gob.sv/node/11471> consultado el 20 de diciembre de 2021.

<sup>40</sup> “Gobierno del presidente Nayib Bukele logra aprobación de la Ley Nacer con Cariño para saldar una deuda histórica en el trato de las madres y sus bebés”, *publicación oficial del gobierno de El Salvador*, 17 de agosto del 2021. Disponible en: <https://www.presidencia.gob.sv/gobierno-del-presidente-nayib-bukele-logra-aprobacion-de-la-ley-nacer-con-carino-para-saldar-una-deuda-historica-en-el-trato-de-las-madres-y-sus-bebes/> consultado el 2 de marzo del 2022.

<sup>41</sup> Acuerdo número 517 del Órgano Ejecutivo en el Ramo de Salud, disponible en el siguiente link: [http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/lineamientos/lineamientos\\_atencion\\_preconcepcional\\_v2.pdf](http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/lineamientos/lineamientos_atencion_preconcepcional_v2.pdf) consultado el 22 de diciembre del 2021.

<sup>42</sup> El objetivo general de este protocolo es establecer «*atención integral en salud durante las etapas preconcepcional, prenatal, parto, puerperio y cuidados del recién nacido en el Sistema Nacional Integrado de Salud. Estas disposiciones se enmarcan en el enfoque de género, de igualdad, derechos humanos y determinación social de la salud*».

Desde el sector de educación, existe otro protocolo emitido por el *Ministerio de educación* que tiene por objeto garantizar que las menores de edad embarazadas puedan continuar y finalizar sus estudios. Ese es el objeto del «*protocolo para la permanencia escolar de las niñas y adolescentes embarazadas o que ya son madres*» que fue emitido en julio del año 2018<sup>43</sup>. Según los motivos del protocolo, su objetivo es reducir el abandono escolar de adolescentes embarazadas o madres. Por ello, se diseña un plan de control médico y psicológico a las adolescentes, que vela por su salud física y mental. También, se estructura un plan de notificación a la familia sobre el embarazo. A estos pasos se suman varios aspectos más que son realizados para garantizar la salud de la menor y su hijo, como –por ejemplo– garantizar que el embarazo no sea un obstáculo insuperable para cumplir las metas estudiantiles fijadas<sup>44</sup>.

Este protocolo, protege de manera directa el derecho a la educación, salud y vida de la madre. Igualmente, protege de forma indirecta el derecho a la vida y salud del *nasciturus*, puesto que protegiendo la salud de la madre se protege la salud del no nacido. Finalmente, el Ministerio de Salud establece pautas para la planificación familiar y excluye el uso de métodos anticonceptivos de naturaleza abortiva<sup>45</sup>.

#### 6. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL REFERENTE A LA VIDA NO NACIDA Y EL ABORTO

No existe aún precedente de la Sala de lo Constitucional referente a las leyes de salud sexual y reproductiva. Sin embargo, si existen pronunciamientos referentes al no nacido y sus derechos, los pronunciamientos han sido en casos donde se debatía la interpretación del delito de *aborto consentido y propio* (art. 133 del Código Penal). Existe otro pronunciamiento –uno de los más importantes– referentes al aborto, se conoce como el *caso Beatriz*. Este fue un proceso de amparo en el que se solicitaba que se autorizara a una madre con *lupus*<sup>46</sup> el

---

<sup>43</sup> Disponible en <https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/4.-PROTOCOLO-PARA-LA-PERMANENCIA-VF021019-web.pdf> consultado el 24 de diciembre del 2021.

<sup>44</sup> El protocolo señala: «[p]ese a que se trata de una problemática con múltiples causas y cuyas consecuencias deben ser tratadas por diversas instituciones, las Instituciones Educativas no deben ser ajenas a la misma. Es más, son un actor fundamental para la prevención de embarazos adolescentes, así como atención de los mismos».

<sup>45</sup> Este protocolo se encuentra disponible en la página oficial de *Ministerio de Salud* en [http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/lineamientos/Lineamientos\\_tecnicos\\_para\\_la\\_provision\\_de\\_servicios\\_de\\_anticoncepcion.pdf](http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/lineamientos/Lineamientos_tecnicos_para_la_provision_de_servicios_de_anticoncepcion.pdf) consultado el 1 de marzo del 2022.

<sup>46</sup> Lupus eritematoso sistémico con manifestaciones discoides agravado con nefritis lúpica (en lo sucesivo lupus).

aborto de su bebe anencefálico. La Sala de lo Constitucional abordó el tema del derecho a la vida del no nacido, la relación con el derecho a la vida y salud de la madre, y la ponderación de derechos fundamentales entre madre e hijo.

Otra sentencia importante es la que declaró inconstitucional el art. 72 del Código Civil de 1859 que prescribía «[l]a existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre». En lo que sigue analizaremos estos pronunciamientos, con el objeto de delimitar cuál es –a juicio del Tribunal– el objeto del derecho a la vida del *nasciturus*, cuáles son las obligaciones del Estado frente a este derecho, y cómo se resuelven los conflictos del derecho a la vida del *nasciturus* y su madre mediante la ponderación.

### 6.1. Objeto del Derecho a la Vida del *nasciturus*

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 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*<sup>47</sup>. En ocasiones se confunde *dignidad de vida* con *calidad de vida*. Todas las vidas son dignas, lo que existe son personas con diferentes calidades de vida. Algunos hacen referencia a *vivir una vida digna*, pero la dignidad es inherente a la persona humana, la persona humana tiene dignidad aun cuando su calidad de vida sea precaria. Por ello, lo correcto para hacer referencia a una de las manifestaciones del derecho a la vida es referirse como: *derecho a condiciones de vida adecuadas* o *derecho a tener una buena calidad de vida*, y no el derecho a una vida digna porque –se insiste– *todas las vidas humanas son dignas*<sup>48</sup>.

En otra línea, la Sala ha señalado que el titular del derecho a la vida es la persona humana y que este concepto se extiende al *nasciturus*, quien es considerado persona humana

---

<sup>47</sup> Págs. 12-13 de 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, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/09/92F11.PDF> consultado el 20 diciembre 2021 –en lo sucesivo Amp. **166-2009**–.

<sup>48</sup> ANGELA APARISI sobre la dignidad humana establece: «[p]or más deteriorado que esté un ser humano, nunca será una cosa, sino una persona, con un valor imponderable e insustituible, no sólo para él, sino también para todos los demás». Aparisi, A., “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética*, XXIV, España, 2013, pág. 219. Disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf> consultado el 30 de mayo del 2022.

de conformidad al art. 1 inciso 2 de la Constitución. Por ello, el Estado está obligado a proteger el derecho a la vida de la persona humana que esta 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»*<sup>49</sup> r.a.

La Sala de lo Constitucional también señala que *«[l]a calificación del nasciturus como persona es un juicio de valor, no la descripción de un hecho objetivo»*<sup>50</sup>. Dicho en otras palabras, es una valoración realizada en un contexto histórico, cultural y social, sobre qué debe entenderse como persona y *«(...) no el reflejo inevitable de alguna esencia inmanente o trascendental de lo que es su objeto de regulación»*<sup>51</sup>. Esto anterior no significa que el derecho a la vida del *nasciturus* no sea igualmente valioso que el derecho a la vida de una persona nacida. Esto anterior explica que el reconocimiento de persona al no nacido es un juicio de valor –moral y jurídico– que el constituyente hizo en su momento. La Sala de lo Constitucional prescribe que la Constitución (referente a la expresión *«desde el instante de la concepción»*) no se debe interpretarse como científicamente se entienda, sino a lo que moral y jurídicamente se pretendió establecer.

Para la Sala existen diferencias que no están eliminadas por la equiparación de persona que ya ha nacido y *nasciturus*, *«al menos en cuanto a las capacidades morales de relación consigo mismo –autoconsciencia– y con los demás, inherentes a la persona humana y que el nasciturus solo posee en forma de potencia contingente»*<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Página 11 de Inc. **22-2011**, igualmente página 13 de sentencia de amparo con referencia **310-2013** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 28 de mayo del 2013, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/05/A00CC.PDF> consultada el 20 diciembre 2021 –en lo sucesivo Inc. **310-2013**–.

<sup>50</sup> Página 12 de Inc. **22-2011**.

<sup>51</sup> Página 12 de Inc. **22-2011**.

<sup>52</sup> Sobre esta diferencia es posible abrir el debate en cuanto que los recién nacidos o personas con alguna dificultad de salud mental u otros casos. En dichos supuestos es razonable sostener que tampoco tienen autoconsciencia, sin embargo, son considerados *personas* como un hecho (objetivo) y no como un juicio de valor.

A pesar de los contrastes –relevantes o no– entre el *nasciturus* y la persona ya nacida, ha dicho que «[e]sta diferencia, (...), no desmerece la protección de la vida humana prenatal ni reduce en abstracto<sup>53</sup> la obligación estatal en dicho sentido, (...)»<sup>54</sup>.

## 6.2. Obligación estadual de protección penal de la vida no nacida

La *Convención de los derechos del niño* ordena a los Estados que suscriban este tratado que: art. 6 «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 de (...), el nacimiento o cualquier otra condición del niño, (...)» r. a.

Este último artículo, referente a la igualdad de los derechos sin distinción de «*el nacimiento*», ha sido un criterio retomado por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad con referencia **22-2011**, puntualmente en el romano IV numeral 2. En esta sentencia se declaró inconstitucional el art. 72 que señalaba «[l]a existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre<sup>55</sup>» y art. 75<sup>56</sup> del Código Civil porque estos artículos «(...), contradicen el art. 1 inc. 2º de la Constitución, en cuanto a que este reconoce la existencia jurídica de la persona desde el instante de la concepción, mientras algunas expresiones de los artículos examinados admiten dicha existencia hasta que ocurre el nacimiento» (extracto de numeral 1 del fallo en la sentencia). La Sala de lo Constitucional interpreta la prohibición de diferencia por «*el nacimiento*» que prescribe la Convención, en el sentido que no se puede distinguir el derecho

---

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Página 14 de Inc. **22-2011**.

<sup>55</sup> El inciso siguiente de este artículo establece «[l]a criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás».

<sup>56</sup> «Los derechos que se referirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 72, inciso 2o., pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido».

a la vida porque la persona (o niño) haya nacido o no. Pero como punto importante, establece que el Estado tiene la obligación de proteger igualmente el derecho a la vida del no nacido.

Igualmente, la 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 la medida que comporta un bien jurídico digno de tutela penal*»<sup>57</sup>. En razón a ello, declaró improcedente una demanda de inconstitucionalidad en el año 2011<sup>58</sup> en la que se solicitaba se declarase inconstitucional el artículo 133 del Código Penal que tipifica el aborto con pena de prisión. 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*»<sup>59</sup> r. a.

La Sala justificó esta obligación de proteger la vida humana prenatal con la fuerza de la sanción penal, con base en el reconocimiento constitucional de la persona humana antes de su nacimiento en el artículo 1 inciso 2 de la Constitución<sup>60</sup>. El abogado penalista español PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ respecto al reconocimiento de persona al no nacido señala que «*[l]a personalidad humana por tanto no es un mero dato biológico, ni una afirmación normativa arbitraria, sino la asunción de que cualquier individuo perteneciente a la especie humana ha de gozar del mismo reconocimiento que cualquier otro*»<sup>61</sup>. Por su parte, en cuanto al concepto constitucional de persona, el ex magistrado del Tribunal Constitucional de España

---

<sup>57</sup> Página 4 de resolución de improcedencia de proceso de inconstitucionalidad con referencia **67-2010** de la Sala de lo Constitucional, del 13 de abril 2011, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/04/8F060.PDF> consultado el 20 de diciembre de 2021 –en lo sucesivo Inc. **67-2010**.

<sup>58</sup> Inc. **67-2010**.

<sup>59</sup> Página 5 de 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> consultado el 20 de diciembre de 2021 –en lo sucesivo Inc. **170-2013**–.

<sup>60</sup> Inc. **170-2013**.

<sup>61</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P., ¿[tienen todos derecho a la vida]? Bases para un concepto constitucional de persona”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, 2009, pág. 21. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf> consultado el 2 de mayo del 2022.

ANDRÉS OLLERO TASSARA sostiene: «(...) *el hombre no comienza a ser humano cuando se ve aceptado por sus iguales, sino que deja de serlo cuando se niega a aceptar como igual a uno sólo de ellos*»<sup>62</sup>.

En otra línea, la Sala ha señalado que los conflictos de derechos entre la madre y el *nasciturus* son resueltos por el *estado de necesidad* (art. 27 numeral 3 del Código Penal<sup>63</sup>). El Código Penal salvadoreño contiene en un solo artículo tanto las *causas de justificación* – que se analizan 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 de responsabilidad penal*. Las *causas de inculpabilidad* atienden a si es posible exigir al autor que no cometiera la conducta descrita en el tipo penal, bien por su edad (ser mayor de 12 años de conformidad al art. 2 de la Ley Penal Juvenil), por su capacidad mental para discernir entre lo bueno y lo malo (art. 27 numeral 4 del Código Penal) o porque se encontraba en un estado de necesidad (art. 27 numeral 3 del Código Penal).

A diferencia de las *causas de justificación* que –desde un *sentido formal*– analizan si no existe una norma que expresamente exime de responsabilidad la conducta típica (por ejemplo, el policía que en cumplimiento de sus facultades detiene o realiza un registro a una persona), y –en un *sentido material*– valora si ha existido una verdadera afectación al bien jurídico tutelado con la conducta realizada (por ejemplo, las conductas autorreferentes<sup>64</sup>)<sup>65</sup>.

El profesor de derecho penal SANTIAGO MIR PUIG señala que el *estado de necesidad* disculpa al sujeto, si la conducta la realiza «(...) *bajo una situación de conflicto en la cual no le es exigible que deje sacrificar el interés amenazado. Así sucede cuando se halla en juego la vida o la integridad física, aunque se salve a costa de bienes iguales (vida contra vida) o superiores. Se entiende que cuando peligran bienes personalísimos como aquéllos, exigir su*

---

<sup>62</sup> OLLERO TASSARA, A., “Todos tienen derecho a la vida: ¿hacia un concepto constitucional de la persona?” en VV.AA., *Justicia, solidaridad, paz: estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz. 1995*, volumen 1, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia, España, 1995, pág. 356. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/Colaboraciones/94-JMROJO.pdf> consultado el 2 de mayo de 2022.

<sup>63</sup> «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*».

<sup>64</sup> El consumo de droga. Las conductas que tienen como resultado la afectación propia no tienen una relevancia penal.

<sup>65</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal parte general*, octava edición, editorial Reppertor, España, 2006, pág. 150.

sacrificio sería exigir una heroicidad, y el Derecho no se dirige a héroes, sino al ciudadano medio. Pero, como no se salva un interés esencialmente superior, no cabe justificación, sino sólo exclusión de la culpabilidad (esto es, de la imputación personal): se habla aquí de un estado de necesidad exculpante»<sup>66</sup>.

El máximo tribunal justiciero salvadoreño establece que el estado de necesidad son «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»<sup>67</sup>. Esas situaciones excepcionales son circunstancias donde la interrupción de la vida del *nasciturus* es el único camino posible para el resguardo de otro bien jurídico necesitado –igualmente– de protección. También, la conducta pese a constituir un perjuicio indiscutible (el de quitarle la vida al no nacido) se encuentra *disculpada* en atención a otro bien –también de igual valor– como lo es la vida su la madre.

Igualmente, 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 salvadoreño–<sup>68</sup>. 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 fiscalía general de la república está en la obligación en solicitar la absolución de la persona procesada cuando ella realizó la conducta amparada en un *excluyente de responsabilidad penal* –como el estado de necesidad–. Esto es así, de acuerdo con el art. 295 numeral 6 del Código Procesal Penal<sup>69</sup>. Aunque, el juez puede emitir el sobreseimiento

---

<sup>66</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal parte general*, pág. 456.

<sup>67</sup> Página 6 de Inc. 170-2013.

<sup>68</sup> «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 ésta, (...)».

<sup>69</sup> «Art. 295.- Concluidas las diligencias iniciales de investigación, el fiscal formulará requerimiento dentro de los plazos establecidos. En él podrá solicitar: el sobreseimiento definitivo en los supuestos contemplados en el art. 350 de este código, previa audiencia que deberá otorgarse a la víctima».

definitivo de oficio en la primera audiencia pese que fiscalía no se lo solicite (art. 350 inciso 2 del Código Procesal Penal<sup>70</sup>).

Finalmente, la Sala de lo Constitucional establece que la elección del sistema de penalización común con excepciones generales (o causas) y no otros sistemas (plazos, indicaciones o una mixtura entre ambos), es una elección que depende del margen discrecional del legislador, quien es el encargado de hacer «*las valoraciones político criminales y político sociales que rigen en un país en un determinado momento histórico*»<sup>71</sup>. Es decir, el Estado tiene la obligación de proteger la vida no nacida y dentro de las opciones posibles para cumplir dicha obligación puede elegir un sistema. Solo podría ser controlado constitucionalmente el sistema adoptado en caso se vulneren derechos fundamentales, pero para la Sala el sistema adoptado por el legislador no vulnera derechos fundamentales. De igual forma, si el legislador determinará los *requisitos, proceso, autoridad* que practicará el aborto u otros aspectos más, la conclusión siempre sería la misma, o sea, los médicos deben acreditar que la *única* forma de salvar la vida de una madre es practicándole un aborto.

El máximo tribunal de justicia también señala que la gradualidad o desarrollo vital de la persona pueden justificar la diferencia en la reprochabilidad de una conducta que atenta contra la vida. En concreto señala «*[e]sta diferencia, influida por la gradualidad<sup>72</sup> o progresividad del desarrollo vital, no desmerece la protección de la vida humana prenatal ni reduce en abstracto<sup>73</sup> la obligación estatal en dicho sentido, pero sí puede justificar valoraciones diferenciadas de protección o de los derechos en conflicto, en su caso, a partir de las fases o estadios de dicho desarrollo*»<sup>74</sup>.

En otras palabras, el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la vida desde la concepción. La fuerza de obligación de protegerlo permanece igual en todos los estadios de la vida que está en un proceso de completo desarrollo. La gradualidad o progresividad del

---

<sup>70</sup> «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»

<sup>71</sup> Página 5 de Inc. **67-2010**.

<sup>72</sup> La Sala de lo Constitucional hace mención explícita del criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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*, párrafos 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**.

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> Página 12 de Inc. **22-2011**.

desarrollo vital va enfocada al grado de *reprochabilidad* en la conducta. Por ejemplo, cuando alguien mata a un no nacido, no es lo mismo que se mate en un lapso corto desde que inició su desarrollo vital –3 semanas, por ejemplo– a que se mate en un tiempo amplio –8 meses de gestación–. Aunque en ambos supuestos tiene un reproche jurídico, no tiene un mismo grado reprochabilidad. Las diferencias de protección del derecho a la vida son más claras cuando se coteja la pena de matar a una persona ya nacida (homicidio) a la pena de matar a una persona no nacida (aborto). La diferencia entre las penas no significa –en lo absoluto– que las vidas humanas no tienen un mismo valor, sino que las conductas que atentan contra ellas poseen un grado distinto reprochabilidad.

6.3. *Ponderación: el mecanismo para resolver los casos de conflicto entre el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del no nacido*

El *principio de proporcionalidad* adquiere relevancia cuando se afirma que no existen derechos absolutos (derechos que siempre van a prevalecer sobre otros), que el ejercicio de cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser regulado. La Sala ha reconocido que a pesar de que el derecho a la vida del *nasciturus* es un derecho fundamental, este derecho no es un derecho absoluto –como no lo es ningún otro derecho– porque conllevaría a jerarquizar los derechos fundamentales, lo cual no es posible por la interrelación que poseen entre sí. Por ello, subraya que es «*imprescindible aclarar que, desde un punto de vista constitucional, no cabe una interpretación de la vida humana como un derecho absoluto e ilimitado*»<sup>75</sup>, pues si se entendiera el derecho a la vida del *nasciturus* de forma absoluta «*avalaría una despersonalización y desconocimiento de los derechos de la mujer gestante*»<sup>76</sup>.

En igual sentido, la tesis de la *precedencia condicionada* (ROBERT ALEXY), establece que del caso particular se debe determinar el *peso concreto* y *peso abstracto* de los derechos fundamentales o principios que se encuentra en colisión, siendo así que –en caso de llegar a última instancia (*ponderación*)– se oriente el derecho o principio que prevalecerá sobre el otro. Sin embargo, *solo* en el caso particular el derecho o principio prevalecerá sobre el otro, pues –en otras circunstancias– el derecho o principio que se ve desplazado, puede prevalecer

---

<sup>75</sup> Página 13 de Amp. 310-2013.

<sup>76</sup> Página 13 de Amp. 310-2013.

sobre el otro que lo desplaza. Dicho en menos palabras, *no hay ningún derecho que prevalezca siempre sobre otro derecho o sobre los demás derechos.*

Si los derechos fundamentales pueden verse desplazados en algún momento, entonces, interesa saber *de qué manera y con qué requisitos* se pueden regular. A nadie escapa que ni en el sistema jurídico más preciso o perfecto puede tener prevista una solución para todas las controversias –con independencia de su complejidad o magnitud–. Esta falta de perfección nos lleva a aceptar que el *principio de proporcionalidad* resulta útil para la determinación de qué decisión tomar en esos casos difíciles o trágicos<sup>77</sup>.

El *principio de proporcionalidad* posee tres subprincipios establecidos de manera correlativa, siendo cada uno una condición necesaria para hacer un análisis posterior del otro subprincipio. Esos tres subprincipios son: *i. el subprincipio de idoneidad*, el cual señala que medida debe tener un fin constitucional legítimo y «(...) *debe ser idónea para conseguir un fin reconocido expresa o implícitamente en la Ley Suprema (...)*»<sup>78</sup>; *ii. el subprincipio de necesidad*, que prescribe que la medida adoptada debe ser la menos gravosa. O sea, la medida que produce una afectación menos intensa al derecho fundamental desplazado –no la *más idónea* sino la *menos gravosa*–. Y, *iii. el subprincipio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto* el cual establece que «[c]uanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»<sup>79</sup>. Es decir, *los frutos obtenidos deben ser mayores que los perjuicios ocasionados pues sí se ha vulnerado un derecho el beneficio de ello debe ser mayor que la vulneración al principio o derecho.*

El máximo tribunal de justicia en El Salvador ha señalado que es la *ponderación o principio de proporcionalidad* el mecanismo para los conflictos de derechos del *nasciturus*

---

<sup>77</sup> ATIENZA establece pueden existir 3 tipos de casos: *i. casos fáciles*: en los que la ley ya tiene de forma expresa su solución; *ii. casos difíciles*: supuestos donde el ordenamiento jurídico no ha previsto de forma expresa la solución pero tiene respuesta en los principios generales del derecho; y, *iii. casos trágicos*: “(...) *que serían aquellos que no pueden resolverse respetando tanto el [d]erecho establecido[,] como los principios de la justicia; o dicho en forma quizá más simple: no siempre es posible hacer justicia por medio del [d]erecho*”. ATIENZA, M. *El sentido del derecho*, cuarta edición, Ariel, España, 2012, pág. 196.

<sup>78</sup> Resolución de inconstitucionalidad con referencia **110-2015** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 30 de marzo del 2016 disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2016/03/B7D7F.PDF> consultado el 4 de abril del 2022 –en lo sucesivo Inc. **110-2015**–.

<sup>79</sup> ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2008, pág. 161.

y su madre. La *ponderación* es el método interpretativo que determina el derecho que deberá de «(...) *ceder necesariamente frente al otro si no es posible salvaguardar ambos*»<sup>80</sup>, pero en cualquier caso el médico –o la persona que decida– debe realizar lo necesario «(...) *para garantizar la vida tanto de la madre como la del nasciturus*»<sup>81</sup> r. a.

La solución de conflictos de derechos fundamentales de madre y *nasciturus* con la *ponderación*, obligan aceptar que no es posible regular todos los casos donde no se sancionaría un aborto. Las razones son: *a.* es *impráctico* porque se tendrían leyes extensas e infinitas; y, *b.* porque es *imposible* determinar todos los casos que pueden suceder, ya que no conocemos los numerosos –y diferentes– casos que podrían presentarse a futuro.

El rol protagónico de las circunstancias explica que los médicos sean los titulares del derecho y la obligación de ponderar en primera instancia porque 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*»<sup>82</sup> r. a.

La Sala de lo Constitucional en el Amp. **310-2013** (28/05/2013) sobre un caso de ponderación del derecho a la vida de una madre con *lupus* y el derecho a la vida de su hijo con inviabilidad de vida extrauterina por tener *anencefalia* (caso Beatriz), citó lo dicho en un autoprecedente del año 2007<sup>83</sup> en el que se reconoce que «*parcialmente existe una omisión por parte del legislador*»<sup>84</sup> porque los excluyentes de responsabilidad penal (art. 27 del Código Penal) solo operan ante un hecho ya consumado. La Sala reafirmo que un juez no puede autorizar un aborto porque es el médico el encargado de determinar cuál es el modo más apropiado para salvaguardar la vida de la madre y su hijo, y –en caso excepcional que se deba interrumpir el embarazo (porque corre grave peligro la vida de la madre)– será el médico quien determinará y practicará el aborto sin una autorización judicial<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Página 14 de Amp. **310-2013**.

<sup>81</sup> Página 18 de Amp. **310-2013**.

<sup>82</sup> Página 27 de Amp. **310-2013**.

<sup>83</sup> 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 disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2007/11/2EF3.PDF> consultado el 20 de diciembre de 2021 –en lo sucesivo Inc. **18-1998**–.

<sup>84</sup> Página 42 de Inc. **18-1998**. En la página 11 del 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*».

<sup>85</sup> Páginas 27-28 de Amp. **310-2013**.

Casi un año luego de la anterior decisión, la Sala en la Inc. **170-2013** (23/04/2014) reorientó su criterio y señaló que a pesar de que el médico no cuente con una autorización judicial, ello no quiere decir que estemos en presencia de un sistema parcialmente incompleto. Señaló que este sistema no vulnera los derechos de la madre ni obstaculiza que el médico practique 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»*<sup>86</sup>.

En razón a lo anterior, para la Sala de lo Constitucional, de la misma forma que para defender la vida en un caso de *legítima defensa* no se necesita una autorización judicial, igualmente no es necesaria una autorización judicial para practicarse un aborto en caso de grave peligro en la vida de la madre. El *ejercicio legítimo de la profesión* –regulado en el art. 27 numeral 1 del Código Penal– y la *inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho* – regulada en el numeral 5 del mismo artículo<sup>87</sup>– son los *excluyentes de responsabilidad penal* que permiten al personal médico y sanitario que realice el aborto cuando hay una situación de grave riesgo de vida de la mujer embarazada<sup>88</sup>.

### 6.3.1. Ponderación médica: criterios para resolver los conflictos de derechos fundamentales entre la madre Vs. su hijo

La Sala de lo Constitucional ha remarcado tres criterios para resolver el conflicto de derechos fundamentales entre la madre y su hijo. Ellos son: *i.* el derecho fundamental a la vida de la madre y su hijo poseen un mismo valor; *ii.* el médico debe hacer todo lo posible para salvaguardar tanto la vida de la madre como la de su hijo; y, *iii.* en caso excepcional que el médico no pueda salvaguardar ambas vidas, puede prevalecer tanto el derecho de la madre

---

<sup>86</sup> Páginas 7-8 de Inc. **170-2013**.

<sup>87</sup> «Art. 27.- No es responsable penalmente: 1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita; 5) Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó».

<sup>88</sup> Página 8 de Inc. **170-2013**

frente al de su hijo –o viceversa– dependiendo de lo que los médicos señalen como procedente en el caso particular.

Cuando la Sala establece «*[l]as normas de derechos y, extensivamente, los derechos fundamentales en ella consagrados no pueden jerarquizarse en abstracto, ya que, en principio, todos poseen idéntica fuerza normativa: la que les confiere la Constitución*»<sup>89</sup>, «*[e]ste Tribunal sostiene que los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del nasciturus ni viceversa*»<sup>90</sup>. También, «*[e]sta diferencia, influida por la gradualidad o progresividad del desarrollo vital, no desmerece la protección de la vida humana prenatal ni reduce en abstracto*<sup>91</sup> *la obligación estatal en dicho sentido, (...)*»<sup>92</sup>. Esto anterior contiene el criterio que *i.* el derecho fundamental a la vida de la madre y su hijo poseen un mismo valor.

Por otra parte, la Sala cuando prescribe que «*las circunstancias que habilitan la intervención médica y el momento oportuno para ello, son decisiones que corresponden estrictamente a los profesionales de la medicina, quienes, por otro lado, deben asumir los riesgos que conlleva el ejercicio de la profesión y decidir, al amparo de sus conocimientos científicos actualizados y del análisis de los registros, exámenes y del estado físico de la paciente, lo que clínicamente corresponda para garantizar la vida tanto de la madre como la del nasciturus*». En esta decisión plasma con tiene los criterios: *ii.* que el médico debe hacer todo lo posible para salvaguardar tanto la vida de la madre como de su hijo. Y, que *iii.* en caso excepcional que el médico no pueda salvaguardar ambas vidas, puede prevalecer tanto el derecho de la madre frente al de su hijo –o viceversa– dependiendo de lo que los médicos señalen como procedente en el caso particular.

Estas directrices señalan por el máximo tribunal de justicia salvadoreña podrían resumirse en una *ponderación médica*, donde los especialistas de la medicina son los que determinan (en cada caso) la solución de los conflictos de derechos de la madre y su hijo. La *ponderación médica* no quiere decir que siempre cuando corra peligro la vida de la madre o la vida del hijo deberá prevalecer uno sobre el otro. Jurídicamente no existe una preferencia

---

<sup>89</sup> Página 12 de Amp. **310-2013**.

<sup>90</sup> Página 27 de Amp. **310-2013**.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> Página 12 de Inc. **22-2011**.

de derechos fundamentales y médicamente tampoco. La medicina busca solucionar un conflicto de salud eligiendo la opción que mejor convenga al caso en particular con base a los datos científicos que poseen.

## 7. CONCLUSIÓN

En El Salvador el no nacido es persona –titular de derechos fundamentales– y se encuentra protegido expresamente desde el instante de la concepción por parte de la Constitución en el art. 1 inciso 2 y art. 2, y la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos* en el art. 1 numeral 2 y art. 4 numeral 1. Por su parte, los demás tratados internacionales ratificados por El Salvador protegen la vida no nacida de forma implícita. Señalando el derecho a la vida de *todos los seres humanos* o estableciendo que los titulares de los derechos –entre ellos el derecho a la vida– son de las *personas humanas* o *todo ser humano*, lo cual abarca al *nasctirus*.

Igualmente, la legislación salvadoreña en materia *penal* y *leyes de salud sexual y reproductiva* es coherente con la normativa *iusfundamental*, al proteger el derecho a la vida no nacida desde el instante de la concepción. Por su parte, los protocolos y directrices emitidos por el *Ministerio de salud* y *Ministerio de educación* coinciden en proteger el derecho a la vida del *nasciturus* desde su concepción y, el derecho a la salud física y mental de la madre gestante en el proceso de embarazo.

Finalmente, la Sala de lo Constitucional avala la legislación referente a la penalización del aborto. También, expresamente señala que el aborto en caso de que la vida de la madre corra grave peligro está permitido mediante la *ponderación* que conduce a *excluyentes de responsabilidad penal* que evitan a la madre o médico cualquier sanción. En una misma línea, reafirma que el Estado tiene la obligación de proteger penalmente el derecho a la vida del no nacido desde el instante de la concepción. «En términos claros, la vida prenatal es un bien jurídico con relevancia constitucional indiscutible y merecedor por ello de la protección penal»<sup>93</sup>. Asimismo, señalado que el derecho a la vida comprende la obligación del Estado de garantizar *a.* el derecho a evitar la muerte y *b.* el derecho a una vida con buena calidad<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Página 5 de 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> consultado el 20 de diciembre de 2021 –en lo sucesivo Inc. **170-2013**–.

<sup>94</sup> Págs. 12-13 de Amp. **166-2009**.



### III. JERARQUÍA DE TRATADOS INTERNACIONALES EN EL SALVADOR

#### 1. INTRODUCCIÓN

El capítulo segundo de este trabajo estableció la normativa existente referente al derecho a la vida no nacida en El Salvador. Entre esa normativa se encuentran los tratados internacionales, los cuales –a su vez– reconocen, por regla general, órganos encargados de controlar el cumplimiento. En ese sentido, este tercer capítulo analiza la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el sistema de fuentes de Derecho de El Salvador. Igualmente, establece el valor jurídico de las decisiones de los órganos de control referente al Estado salvadoreño.

Este capítulo inicia con una explicación de los diferentes sistemas que un Estado puede adoptar referente a la jerarquía de los tratados internacionales. Seguidamente, explica el sistema que adopta la Constitución salvadoreña, para lo cual se respalda con jurisprudencia del máximo tribunal de justicia salvadoreña. Asimismo, desarrolla el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre su facultad –o jerarquía– de ordenar cambios normativos a los Estados, y –también– analiza si ese criterio es aplicable a El Salvador. Finalmente, se muestra cuál es el valor jurídico que tienen los pronunciamientos de algunos órganos internacionales, para lo cual se explica qué es el *soft law* y la dimensión pragmática de las sentencias.

El desarrollo de este capítulo es importante para preparar el camino del cuarto capítulo, en el cual se estudiarán los pronunciamientos de órganos internacionales y regionales de derechos humanos. En concreto, finalizado este capítulo se dará respuesta a la pregunta ¿Cuál es la fuerza obligatoria que poseen los estándares fijados por los órganos de control jurisdiccional y no jurisdiccional –en general y en relación– con la vida humana no nacida?

#### 2. LA POSICIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL SALVADOR

Existen al menos cuatro niveles de jerarquización de los tratados internacionales, ellos son: *a). supraconstitucional*, jerárquicamente sobre la Constitución; *b). constitucional*, en igual jerarquía a la Constitución o *bloque de constitucionalidad*<sup>95</sup>; *c). supralegal*, en inferior

---

<sup>95</sup> El bloque de constitucionalidad son normas distintas a la Constitución que poseen una igual jerarquía por así establecerlo la misma Constitución. En el caso concreto igualdad de jerarquía entre tratados internacionales y Constitución. ASTULLIDO, C., “El bloque y parámetro constitucional en la interpretación de la Corte Suprema

jerarquía a la Constitución, pero en mayor jerarquía a las leyes; y, *d*). *legal*, en igual jerarquía a las leyes<sup>96</sup>.

Esto anterior, es clasificado igualmente en dos teorías sobre la relación del derecho interno y el derecho internacional, o sea, *1*. el *monismo* y *2*. el *dualismo*. En particular, el *monismo* sostiene que existe un solo sistema jurídico, donde el conflicto de un tratado internacional con una norma de derecho interno se resuelve en función de la validez y fuerza obligatoria que les da la norma superior. Es decir, si la validez y fuerza obligatoria de un tratado internacional y una ley se la otorga la Constitución, entonces, la prevalencia del tratado sobre la ley –o viceversa– dependerá de lo que señale la Constitución. Pudiendo ser una postura *1.1. monista con primacía del derecho internacional*, si la Constitución dice que prevalece el tratado o –por el contrario– *1.2. monista con primacía del derecho interno*, si señala que prevalece el derecho interno (Constitución).

La teoría *dualista* señala que el derecho internacional y el derecho interno pertenecen a dos órdenes normativos distintos. En el derecho interno existe un legislador y se regulan aspectos –por naturaleza– internos del Estado. A diferencia del derecho internacional que no tiene legislador sino voluntades de Estado. Aparte, regula aspectos externos al Estado o relaciones entre Estados. Por ello, el derecho interno no puede influir en el derecho internacional ni viceversa. Finalmente, señala que para que el derecho internacional tenga algún valor en el derecho interno, es necesario que exista un acto del Estado que le de ese valor de norma jurídica interna<sup>97</sup>.

Para responder cuál de estas teorías es la que mejor protege los derechos humanos, PILAR ZAMBRANO y JUAN CIANCIARDO –retomando a CARLOS SANTIAGO NINO– señalan que las razones que se brindan para justificar el uso de cada teoría (la *monista* o *dualista*) son tautológicos o circulares, pues los argumentos que defienden se de preferencia a la

---

de Justicia de la nación”, en CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H., GONZÁLEZ PÉREZ, R. L. y VALADÉS, D. (coords.), *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, primera edición, tomo IV, Volumen 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, págs. 119-122. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/36.pdf> consultado el 2 de marzo del 2022.

<sup>96</sup> AYALA CORAO, C. M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, *Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro*, México, pág. 41. Disponible en <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/jerarqu3ada-de-los-tratados-de-ddhh-ayala-corao-1.pdf> consultado el 27 de marzo del 2022.

<sup>97</sup> MONROY CABRA, M. G., “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”, *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, volumen 1, Colombia, 2010, págs. 111-112. Disponible en <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6812> consultado el 28 de marzo del 2022

Constitución se apoyan en la misma Constitución (porque la Constitución lo dice). Mientras que los que plantean se de preferencia a los tratados internacionales –también– se apoyan en un tratado internacional (porque la *Convención de Viena sobre el derecho los tratados* lo dice en su art. 27). Aparte, existen razones sobre que si se da preferencia a la Constitución su argumento principal es la *soberanía del Estado* y si se da primacía a los tratados internacionales su razón esencial es la *universalidad de los derechos*<sup>98</sup>.

La Constitución salvadoreña opta por un *sistema supralegal o monista con preferencia del derecho interno*. En efecto, la Constitución salvadoreña da a los tratados una jerarquía superior a las leyes, así el art. 144 inciso 2 prescribe: «*[l]a ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado*». Pero una jerarquía inferior a la Constitución, así el art. 145 de la Constitución establece una prohibición de ratificación de tratados que contraríen la Constitución, a menos que esos aspectos que contradicen a la Constitución el Estado haga reserva. En coherencia a dicha prohibición, la Constitución se autoproclama jerárquicamente superior a todas las leyes en el art. 246 inciso 2 «*[l]a Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos*». Sin embargo, la supremacía de la Constitución –según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional– no radica en autoproclamarse superior a otras fuentes del derecho (como lo dice el art. 246 inciso 2 de la Constitución) sino por ser la máxima expresión de consenso en una sociedad. Por ello, el máximo tribunal de justicia salvadoreña dice: «*[l]a supremacía constitucional radica entonces en la legitimidad política cualificada de la Constitución, como emanación directa del Poder Constituyente y como racionalización del poder soberano del pueblo para controlar –y, por tanto, limitar– a los poderes constituidos (...)*»<sup>99</sup>.

En desarrollo de lo anterior, la Sala de lo Constitucional ha establecido tres criterios para explicar la jerarquía de un órgano internacional/regional o tratado internacional con relación a la Sala de lo Constitucional o Constitución.

---

<sup>98</sup> ZAMBRANO, P., y CIANCIARDO, J., *La inteligibilidad del derecho*, primera edición, Marcial Pons, España, 2019, pág. 20.

<sup>99</sup> Página 10 de sentencia de inconstitucionalidad con referencia **71-2012** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 23 de octubre del 2013, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/pdf/71-2012.pdf> consultado el 7 de enero 2022 –en lo sucesivo Inc. **71-2012**–.

## 2.1 Lo supranacional no es supraconstitucional

El primero de los criterios es que «[l]o supranacional no es supraconstitucional»<sup>100</sup>, pues para el máximo intérprete de la Constitución en El Salvador, hay aspectos que no pueden ser delegados por el Estado a un ente regional o internacional, por ser «*competencias nucleares de la identidad del Estado, condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía o funciones básicas de garantía constitucional*»<sup>101</sup>. Por ello, aunque un tratado internacional haya sido ratificado por el Estado de El Salvador, si vulnera la Constitución puede ser declarado inconstitucional. Incluso el control de constitucionalidad sobre el tratado internacional puede ser ejercido por la Sala de lo Constitucional, mediante el proceso de inconstitucionalidad (*control concentrado de inconstitucionalidad*) o el amparo contra ley heteroaplicativa<sup>102</sup> y también por cualquier juez de conformidad al art. 149 de la Constitución, mediante la figura de la inaplicabilidad (*control difuso de inconstitucionalidad*)<sup>103</sup>.

Por ello, los juristas salvadoreños EDGAR GUSTAVO RODRÍGUEZ PARADA y EDER EVELIO QUINTANILLA GARCÍA señalan que en El Salvador existe un sistema monista con prevalencia de norma constitucional, pues los tratados internacionales «(...) *están sujetos a la constitución a tal punto que se regula no solo la declaración de inconstitucionalidad de un tratado[,] sino que también la inaplicabilidad de este por cualquier [j]uez*»<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> Página 13 de Inc. **71-2012**.

<sup>101</sup> Página 12 de Inc. **71-2012**.

<sup>102</sup> El proceso de amparo es un proceso de competencia exclusiva para la Sala de lo Constitucional que tiene por objeto conocer la vulneración de algún derecho fundamental reconocido en la Constitución o tratado internacional (art. 247 de la Constitución y art. 25 Convención americana sobre derechos humanos) a excepción del derecho de libertad ambulatoria o derechos contextualizados en él, ya que en ese caso es el proceso de habeas corpus. En el proceso de amparo se pueden presentar el amparo *autoplicativo* y *heteroaplicativo*, el primero surge cuando la aplicación de una ley vulnera derechos fundamentales y el segundo cuando la simple vigencia de una ley vulnera derechos fundamentales. Véase páginas 2, 3 y 4 de resolución de admisión en proceso de amparo con referencia **430-2015** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 20 de julio del 2016, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2016/07/BCA3D.PDF> consultada el 8 de enero del 2022 –en lo sucesivo Amp. **430-2015**–.

<sup>103</sup> SOLANO, M., “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, número 11, Madrid, 2007, págs. 349-350. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/download/44793/26329/0> consultado el 8 de enero 2022.

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ PARADA, E. G., y QUINTANILLA GARCÍA, E. E., “El control de constitucionalidad y de convencionalidad en El Salvador”, *Universidad Gerardo Barrios. Unidad de investigación*, El Salvador, 2015, pág. 31. Disponible en [https://biblioteca.ugb.edu.sv/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=15027&shelfbrowse\\_itemnumber=43906](https://biblioteca.ugb.edu.sv/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=15027&shelfbrowse_itemnumber=43906) consultado el 8 de enero del 2022.

## 2.2 No existe relación de jerarquía de la Constitución sobre los tratados internacionales sino de compatibilidad. Una distinción sin diferencia

De acuerdo con este criterio, los tratados internacionales sobre derechos humanos no están en una relación de jerarquía con la Constitución sino de «compatibilidad». En concreto, la Sala dice «[e]n conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y[,] por tanto, el derecho interno, y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos»<sup>105</sup>.

En razón a ello, se reafirma que, a pesar de que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen una vinculación muy estrecha con el contenido de la Constitución, «ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema»<sup>106</sup>. O, dicho en otras palabras, los tratados internacionales sobre derechos humanos no forman parte del bloque de constitucionalidad, a pesar de su coincidencia o desarrollo de los preceptos constitucionales.

Lo cierto es que la Sala de lo Constitucional –de forma sutil– establece la supremacía de la Constitución frente a los tratados internacionales, incluso sobre los tratados de derechos humanos, a partir de una *condición de compatibilidad* que, a los efectos prácticos, se reduce a una *relación de jerarquía*.

Distinguir *compatibilidad* y *jerarquía*, tal como lo establece la Sala, lleva a cometer la *falacia de la distinción sin diferencia*<sup>107</sup>, es decir, hacer diferencias de aspectos que no son distintos o, al menos, del aspecto relevante del cual se compara. Para la Sala una *relación de compatibilidad* y una *relación de jerarquía* tienen un uso idéntico (tanto práctico como teórico) porque –finalmente– siempre la Constitución se encuentra sobre los tratados

---

<sup>105</sup> Página 98 de sentencia de inconstitucionalidad con referencia **52-2003/56-2003/57-2003** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 1 de abril del 2004, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2004/04/202E.PDF> consultada el 8 de enero del 2022 –en lo sucesivo Inc. **52/56/57-2003**–.

<sup>106</sup> Página 96 de Inc. **52/56/57-2003**.

<sup>107</sup> BORDES SOLANAS, M., *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, Cátedra Teorema, primera edición, España, 2011, pág. 84. Disponible en <https://www.pdfdrive.com/las-trampas-de-circe-falacias-1%C3%B3gicas-y-argumentaci%C3%B3n-informal-e161914824.html> consultado el 13 de mayo del 2022.

internacionales de derechos humanos, se le llame relación de jerarquía o se le llame relación de compatibilidad.

### 2.2.1 Inconstitucionalidad por vía refleja: La Constitución expulsa del ordenamiento jurídico la norma jurídica y no el Tratado Internacional

Un ejemplo claro de que la Constitución es quien determina si una norma puede o no estar en el ordenamiento jurídico es la figura de la *inconstitucionalidad por vía refleja*<sup>108</sup>. Bajo esta figura es posible declarar inconstitucionales las leyes que son contrarias a los tratados internacionales porque vulneran el orden jerárquico señalado en el art. 144 de la Constitución de las normas jurídicas. La Sala de lo Constitucional ha señalado que cuando una ley vulnera un tratado internacional, esa ley está vulnerando el artículo de la Constitución que posiciona a los tratados internacionales en mayor jerarquía que las demás leyes, por ello, al vulnerarse un tratado internacional se vulnera «*de forma refleja*» a la Constitución. Esta figura de la inconstitucionalidad por vía refleja puede ser ejercida en un *control concentrado de constitucionalidad* –por la Sala de lo Constitucional–, expulsando del ordenamiento jurídico la norma que contraría el tratado internacional o –también– en un *control difuso de constitucionalidad* afectando la eficacia en el caso particular de la norma que contradice el tratado internacional y elevando a la Sala de lo Constitucional esa norma para que analice la expulsión del ordenamiento jurídico por vulnerar el art. 144 de la Constitución.

En cualquier caso, no se expulsa del ordenamiento jurídico la ley por ser contraria al tratado internacional, sino porque la ley vulnera un criterio de jerarquía establecido por la Constitución. Por su parte, en caso de contradicción de la Constitución y un tratado internacional, es el tratado internacional quien ocupa la posición de subordinación frente a la Constitución.

---

<sup>108</sup> Página 51 de sentencia de inconstitucionalidad con referencia **146-2014AC** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 28 de mayo del 2018, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2018/05/CC624.PDF> consultado el 11 de abril del 2022 –en lo sucesivo Inc. **146-2014AC**–.

### 2.3 *Ius Cogens, Derechos Humanos y Constitución*

La Sala de lo Constitucional en una de las sentencias más emblemáticas –conocida como la sentencia de la ley de amnistía<sup>109</sup>–, declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la *Ley de amnistía general para la consolidación de la paz*<sup>110</sup>. Estos artículos establecían amnistía amplia, absoluta e incondicional para todos los delitos cometidos en la guerra interna entre militares y un gran sector de la sociedad salvadoreña –ocurrida en El Salvador en los años 1980 a 1992–. En esta sentencia la Sala utilizó tratados internacionales que El Salvador no había suscrito para justificar su decisión, señalando que su obligatoriedad provenía del *ius cogens*.

La Sala señaló que en la resolución de la ONU número 2840 –de fecha 18 de diciembre de 1971– referida a la *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, se afirmó que «*la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas del derecho internacional universalmente reconocidas*»<sup>111</sup> r. a. Asimismo, dijo que El Salvador es miembro de la ONU desde el 24 de octubre de 1945, por ello –argumenta la Sala–, de conformidad al *principio de buena fe* el Estado salvadoreño está obligado a cumplir las órdenes emitidas en la ONU.

En un mismo sentido, la sentencia establece que hay aspectos (como los crímenes de lesa humanidad) que han sido elevados a categoría de *Principio imperativo de derecho internacional* o *Ius cogens*. En consecuencia, esos aspectos están vinculados a los derechos humanos y no solo deben ser valorados por la justicia salvadoreña sino también son «(...) *obligatorio[s], independientemente de su incorporación en convenciones específicas o en el derecho interno, es decir, sin necesidad de un vínculo específico, derivado de un tratado internacional determinado*»<sup>112</sup> r. a. De esto anterior es razonable afirmar que la Sala de lo

---

<sup>109</sup> Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **44-2013/145-2013** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 13 de julio del 2016, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/44-2013AC.PDF> consultada el 8 de enero del 2022 –en lo sucesivo Inc. **44/145-2013**–.

<sup>110</sup> Decreto legislativo número 486, del 20 de marzo 1993, publicado en el Diario Oficial número 56, tomo número 318, del 22 de marzo de 1993, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1841.pdf> consultada el 8 de enero del 2022.

<sup>111</sup> Punto número 4 de la resolución, citado en página 37 de Inc. **44/145-2013**.

<sup>112</sup> Página 37 de Inc. **44/145-2013**

Constitucional reconoce que hay aspectos vinculados a los derechos humanos que son obligatorios con independencia de su incorporación por un tratado internacional o por el derecho interno (Constitución, leyes y más), a lo cual el Estado de El Salvador está en la obligación de cumplir por ser miembro de la ONU y tener el compromiso de cumplir las órdenes que se emitan al interior de ella.

Esto anterior es posible interpretarse de la siguiente manera: el Estado salvadoreño debe de cumplir las normas de *Principio imperativo de derecho internacional (Ius cogens)* con independencia de que sean reconocidas en un tratado internacional o no, o de que el derecho interno (Constitución, leyes y más) contenga esas normas de *Ius Cogens*. Pero, es importante distinguir la fuente de obligatoriedad del *Ius Cogens*, de su jerarquía. El *ius Cogens* es obligatorio aun cuando sus normas no estén contenidas en la Constitución, Tratado Internacional o ley. No obstante, esta obligatoriedad no conlleva jerarquía supraconstitucional.

### 3. SALA DE LO CONSTITUCIÓN COMO ÚLTIMO INTÉRPRETE DEL DERECHO A LA VIDA

Una vez sistematizados los criterios de prevalencia de fuentes dentro del sistema jurídico de El Salvador, estamos en condiciones de analizar qué tribunal tiene la última palabra respecto del aborto y la vida no nacida en El Salvador.

#### 3.1. *El criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre su supremacía*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en lo sucesivo), quien es el tribunal regional encargado de interpretar la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en la sentencia del caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, en el punto 4 de su decisión, ordenó al Estado de Chile que modificará su ordenamiento jurídico interno –la Constitución– por ser contraría al *derecho a la libertad de pensamiento y de expresión* consagrado en el artículo 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Se atribuyó la facultad de ordenar la modificación de la Constitución chilena con base en los arts. 1.1 y 2 de la *Convención americana sobre Derechos Humanos*. El art. 2 de dicha convención establece que «[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos

constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades» r. a.

De esta decisión, es razonable concluir que, para la Corte IDH, cuando un Estado ratifica la *Convención americana sobre derechos humanos*, asume la obligación internacional de modificar su derecho interno de conformidad al art. 2 de la Convención-. Y, acepta la autoridad de la Corte para ordenar el cumplimiento de esta obligación en relación con cualquier norma interna, (incluida la constitución).

Esta autoridad para ordenar la modificación de las Constituciones de los Estados se infiere a partir de las frases *a. «medidas legislativas»* o *«las medidas (...) de otro carácter que fueren necesarias»*. Es imprescindible mencionar que en cualquiera de los dos supuestos –*a. y b.*–, es una interpretación de carácter extensiva porque una *a. medida legislativa* en estricto sentido no es una *medida constitucional* y, tampoco, la expresión *b. medidas de otro carácter que fueren necesarias* (a pesar de su amplitud) puede interpretarse como –nuevamente– a un aspecto de carácter legal (*medida legislativa o constitucional*), como podría ser la Constitución.

De modo que la interpretación –según la Corte IDH– la expresión *b. medidas de otro carácter que fueren necesarias* hace referencia –nuevamente– a medidas legislativas y, dentro de las *medidas legislativas*, a *medidas constitucionales*, es algo así, –por usar un símil– como *una interpretación extensiva al cuadrado*. Dicho de otra forma, de lo que ya se ha interpretado de forma extensiva (que dentro de *b. medidas de otro carácter que fueren necesarias* hace referencia nuevamente a *medidas legislativas*), se reinterpretaría nuevamente de forma extensiva (que al referirse nuevamente a *medidas legislativas* se refiere a *medidas constitucionales*) hasta concluir que la Convención está sobre las constituciones. Ello llevaría a aceptar que en la Convención existen redundancias normativas, o sea, que la Convención regula dos veces lo mismo (dos veces *medidas legislativas/constitucionales*). Cuando las reglas de interpretación señalan que lo que debe hacer el intérprete es disolver las redundancias o incompatibilidades aparentes que existen en una norma jurídica y no crearlas. Esto es así por exigencias propias de la *teoría de la interpretación*, la cual adjudica a ello el

nombre de *argumento ad coherencia*<sup>113</sup> y en materia constitucional se conoce como el *principio de concordancia práctica*<sup>114</sup>.

Para disolver la redundancia, la expresión *b. medidas de otro carácter que fueren necesarias* debe interpretarse como *aquellas medidas que –aunque no son medidas legales– si afectan a los derechos reconocidos en la Convención*. Por ejemplo, si en la práctica, a pesar de que las leyes complementen y protejan los derechos reconocidos en la Convención (*a. medida legislativa*), la falta de capacitación o conocimiento de los jueces conlleve su falta de eficacia. En tal caso, podría ser razonable que la Corte IDH ordené a un Estado salvar esta deficiencia dando capacitación a los jueces, o sea, una medida de otro carácter, que es necesaria, pero que no es de naturaleza legal.

### 3.2. *Inaplicabilidad del criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a El Salvador*

Cuando el Estado de El Salvador ratificó la *Convención americana sobre derechos humanos* el 30 de marzo de 1995, estableció reservas a dicho tratado mediante el decreto legislativo número 319. En el art. 1 de este decreto se estableció: «(...) con la [reserva] de que los casos en que se reconoce la competencia, comprende única y exclusivamente hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación, respetándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno; y además, siempre y cuando la competencia de la Corte, sea compatible con la Constitución Política de la República»<sup>115</sup> r.a.

---

<sup>113</sup> EZQUIAGA GANUZAS, J. F., *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, primera edición, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, pág. 126. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5109-la-argumentacion-interpretativa-en-la-justicia-electoral-mexicana-coleccion-tepjf> consultado el 31 de mayo del 2022.

<sup>114</sup> HESSE, K., *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios políticos y constitucionales, España, 2012, pág. 67. Disponible en [https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2018/files/5\\_interpretaci%C3%B3n\\_constit\\_k\\_hesse\(1\).pdf](https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2018/files/5_interpretaci%C3%B3n_constit_k_hesse(1).pdf) consultado el 31 de mayo del 2022. También, Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **20-2006** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 7 octubre del 2011, disponible en [https://kipdf.com/queue/inconstitucionalidad\\_5afdd1838ead0e4a178b4649.html](https://kipdf.com/queue/inconstitucionalidad_5afdd1838ead0e4a178b4649.html) consultada el 31 de mayo del 2022 –en lo sucesivo Inc. **20-2006**–.

<sup>115</sup> Todo lo citado se encuentra disponible en la página oficial de la Corte Suprema de Justicia en: [https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=3&data=DocumentosBoveda%2FD%2F3%2F1990-1999%2F1995%2F05%2F88458.PDF&number=558168&fecha=05/05/1995&numero=CONVENCION=AMERICANA=SOBRE=DERECHOS=HUMANOS=\(PACTO=DE=SAN=JOSE,=OEA=1969\)&cesta=0&singlePage=false%27](https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=3&data=DocumentosBoveda%2FD%2F3%2F1990-1999%2F1995%2F05%2F88458.PDF&number=558168&fecha=05/05/1995&numero=CONVENCION=AMERICANA=SOBRE=DERECHOS=HUMANOS=(PACTO=DE=SAN=JOSE,=OEA=1969)&cesta=0&singlePage=false%27) consultado el 2 de marzo del 2022.

Más aún, el Órgano Ejecutivo de El Salvador en el ramo de Relaciones Exteriores, mediante Acuerdo Ejecutivo número 405 de fecha 14 de junio de 1978, al momento de reconocer inicialmente la competencia de la Corte IDH, estableció en el romano III que: «[e]l Gobierno de El Salvador, reconoce tal competencia de la Corte, en la medida en que este reconocimiento es compatible con las disposiciones de la constitución de la República de El Salvador» r. a. Finalmente, el tratado internacional con la reserva fue recibido en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 23 de junio de 1978 y se dio el trámite de notificación de la reserva conforme con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* suscrita el 23 de mayo de 1969<sup>116</sup>.

En sintonía con lo anterior, la *Convención americana sobre los derechos humanos* establece en su art. 75: «[e]sta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (...)». Al momento de realizarse las reservas por El Salvador a la *Convención americana sobre los derechos humanos* no existió ninguna impugnación por parte de algún Estado en la Asamblea General de Estados Americanos, ni existe hasta la fecha algún reclamo o impugnación por la reserva realizada por El Salvador a la *Convención americana*.

Dicho en menos palabras, El Salvador reconoció a la Sala de lo Constitucional como último interprete de la Constitución, por sobre la competencia que puede tener la Corte IDH (último interprete de la *Convención americana de los derechos humanos*). Por efecto de esta supremacía, prevalece la interpretación que hace la Sala de lo Constitucional sobre la protección debida al derecho a la vida no nacida regulada en el art. 1 inciso 2 de la Constitución salvadoreña, por sobre la interpretación que la Corte IDH puede realizar del derecho a la vida no nacida, regulado en el art. 4 numeral 1 de la *Convención americana*.

Como argumento pilar, incluso en el supuesto de no existir la anterior reserva por parte del Estado salvadoreño, la Constitución no reconoce un bloque de constitucionalidad y posiciona al tratado internacional jerárquicamente inferior a la Constitución. En vista de ello,

---

<sup>116</sup> Disponible en la página oficial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en: [https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=3&data=DocumentosBoveda%2FD%2F3%2F1990-1999%2F1995%2F05%2F88458.PDF&number=558168&fecha=05/05/1995&numero=CONVENCION=AMERICANA=SOBRE=DERECHOS=HUMANOS=\(PACTO=DE=SAN=JOSE,=OEA=1969\)&cesta=0&singlePage=false%27](https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=3&data=DocumentosBoveda%2FD%2F3%2F1990-1999%2F1995%2F05%2F88458.PDF&number=558168&fecha=05/05/1995&numero=CONVENCION=AMERICANA=SOBRE=DERECHOS=HUMANOS=(PACTO=DE=SAN=JOSE,=OEA=1969)&cesta=0&singlePage=false%27) consultado el 2 de marzo del 2022.

la *Convención americana*– como cualquier tratado internacional– puede ser declarado inconstitucional si contradice la Constitución salvadoreña.

En otra línea, un tratado internacional no puede otorgar facultades a un tribunal internacional o regional para que las decisiones que emita sean jerárquicamente superiores a la Constitución o superiores a lo que el máximo intérprete de la Constitución salvadoreña establezca, pues esas facultades en el tratado internacional serían inconstitucionales.

Sobre esta base, debe concluirse que el caso de El Salvador es distinto al de Chile, pues el Estado chileno al momento de ratificar la *Convención americana* no hizo ningún tipo de reserva<sup>117</sup>. Por otra parte, la discusión sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno chileno todavía no es una discusión resuelta (incluso la relación jerárquica del tratado internacional Vs. ley)<sup>118</sup>.

Por lo demás, aún en casos como el del Perú, donde la doctrina, la Constitución y el Tribunal Constitucional coinciden en que los tratados internacionales de derechos humanos –como la *Convención americana*–<sup>119</sup> son *bloque constitucional*, se reconoce que es posible *inaplicar* las decisiones que emita la Corte IDH que sean contrarias al derecho constitucional de origen nacional. En palabras de LUIS CASTILLO CÓRDOVA: «[a]sí, el juez nacional estará en condiciones de controlar la validez constitucional, tanto formal como material, de las normas constitucionales de origen convencional, para, de corresponder, inaplicarla en un caso concreto»<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> Decreto ejecutivo 873, del 23 de agosto de 1990, ordena la publicación de la Convención americana sobre derechos humanos, previamente aprobado por el Congreso Nacional de Chile el 14 de agosto de 1990. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022> visto el 2 de marzo del 2022.

<sup>118</sup> El art. 5 de la Constitución chilena no señala de forma clara la jerarquía de los tratados internacionales. ALDUNATE LIZANA, E., “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, vol. 16, número 2, Chile, 2010, págs. 208-209. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26010.pdf> consultado el 4 de marzo de 2022.

<sup>119</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L., “La inaplicación del derecho convencional creado por la corte interamericana de derechos humanos en relación al derecho a la vida del concebido”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 48, número 3, Chile, 2021, pág. 8. Disponible en <http://www.redae.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/45889> consultado el 4 de marzo de 2022.

<sup>120</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L., “la inaplicación del derecho convencional creado por la corte interamericana de derechos humanos en relación al derecho a la vida del concebido”, pág. 21.

#### 4. EL *SOFT LAW* Y LA DIMENSIÓN PRAGMÁTICA DE LAS SENTENCIAS

Dentro de las fuentes del Derecho Internacional existe una clasificación aceptada –casi por unanimidad– respecto al valor jurídico de los instrumentos internacionales emanados de la ONU. La clasificación distingue entre normas de Derecho Internacional consideradas como *hard law* en contraposición al *soft law*. El *hard law* está compuesto por el conjunto de documentos internacionales en los cuales los Estados se obligan de forma expresa al cumplimiento de determinadas obligaciones. Por su parte, el *soft law* son aspectos en los cuales el Estado, a pesar de pronunciarse, no se obliga de forma directa y determinada para su cumplimiento<sup>121</sup>.

En ese mismo hilo argumentativo, PILAR ZAMBRANO<sup>122</sup> explica que una de las diferencias relevantes para identificar qué tipo normas utiliza un juez, parte de identificar el anclaje jurídico de sus argumentos, es decir, por una norma emitida desde un ámbito institucional que crea Derecho –actos del Estado que crean una obligación directa y determinada para él (*hard law*)<sup>123</sup>, como leyes y tratados internacionales– o normas que no han sido emitidas desde un ámbito institucional con competencia para crear Derecho –manifestaciones del Estado que no crean obligación directa ni determinada para él (*soft law*)<sup>124</sup>, como simples declaraciones–. Asimismo, la profesora menciona que para algunos autores<sup>125</sup> la diferencia entre *hard law* y *soft law* se diluye en el uso que los jueces o Estado hacen de uno u otro al momento de resolver sus casos. Por ello, dice «[e]l uso tendría, en este orden de ideas, no solo un poder epistémico, sino también existencial. Desde un punto de vista epistémico, el uso permitiría identificar tanto el conjunto de acciones creadoras/modificadoras y extintoras del Derecho (FS1), como el conjunto de criterios axiológicos válidos y vigentes para tomar decisiones judiciales (FS2)»<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> SÁNCHEZ CÁCERES, L. F., “El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 39, Publicación actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos, España, 2019, págs. 468-469. Disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/issue/view/991> consultado el 19 de marzo del 2022.

<sup>122</sup> ZAMBRANO, P., “Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor”, *Doxa*, España, número 42, 2019, págs. 57-58. Disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99656/1/DOXA\\_42.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99656/1/DOXA_42.pdf) consultado el 20 de marzo del 2022.

<sup>123</sup> En el texto se identifican como FS1.

<sup>124</sup> En el texto se identifican como FS2.

<sup>125</sup> ANDREI MARMOR, JOHN GARDNER y DENNNIS PATTERSON.

<sup>126</sup> ZAMBRANO, P., “Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor”, pág. 58.

Es decir, a pesar de las diferencias que existen entre la vinculación directa y obligatoriedad que tiene un Estado a una determinada norma, para algunos autores la importancia de esa norma dependerá del *uso* que se haga por parte de los jueces o el Estado al momento de tomar sus decisiones. O, dicho de otra forma, cuando un juez o Estado use una recomendación de un órgano no jurisdiccional al momento de tomar una decisión jurisdiccional, el uso de esa recomendación no debería entenderse como un *uso interpretativo de carácter instrumental* sino como un reconocimiento de la existencia de Derecho en ese instrumento (recomendación).

Esa concepción de que las fuentes del derecho se identifican con su *uso práctico*, podría generar problemas para la separación de poderes entre legisladores (encargados de elegir las normas jurídicas del Estado) y jueces (encargados de aplicar las leyes). Desde esta perspectiva, es difícilmente conciliable con el art. 172 inciso 3 de la constitución de El Salvador, que señala «*[l]os [m]agistrados y [j]ueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes*».

Sin embargo, existe jurisprudencia constitucional que indica que dentro del vocablo «*leyes*» deben incluirse tanto las normas creadas por la asamblea legislativa, como las normas creadas por los otros dos órganos (judicial y ejecutivo) en uso de sus facultades reglamentarias o adjudicativas. De este modo, el concepto *ley* se extiende hasta abarcar los reglamentos, tasas y ordenanzas municipales. Incluso la misma jurisprudencia constitucional y jurisprudencia de los tribunales de cierre –Sala de lo Penal, Sala de lo Civil y Sala de lo Contencioso Administrativo– con competencia para interpretar en última instancia leyes, estarían en el concepto *ley*.

La sentencia de inconstitucionalidad **7-2012** emitida por la Sala de lo Constitucional que señaló que jurisprudencia Constitucional y Constitución son una misma norma: «*[l]a jurisprudencia constitucional es también fuente suficiente de derechos fundamentales y se integra en la Constitución, el cuerpo jurídico de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Constitución y jurisprudencia constitucional son un todo armónico en el que las partes no pueden ser vistas de modo independiente: la Constitución sin interpretación es un*

*simple texto carente de imposiciones, prohibiciones y permisiones, y la interpretación sin Constitución carece de objeto, pues no habría texto que interpretar»*<sup>127</sup> r. a.

En coherencia a ello, si la Sala de lo Constitucional es el último interprete de la Constitución y la jurisprudencia constitucional se entiende como un todo armónico con la Constitución, entonces la jurisprudencia de la Sala de lo Penal –último interprete de las normas penales– forma parte de este todo.

Sin embargo, ni la Constitución salvadoreña ni la jurisprudencia constitucional reconocen el valor de normas jurídicas a las recomendaciones emitidas por los órganos internacionales no jurisdiccionales. Por ello, el uso argumentativo que puede hacerse de una recomendación, no constituye una afirmación de su valor de fuente formal, sino meramente un apoyo interpretativo. Lo que puede ser fuente de derecho es la sentencia, y no la recomendación en sí.

Es análogo a lo que ocurre cuando, por ejemplo, la Sala de lo Constitucional utiliza jurisprudencia constitucional de tribunales constitucionales de otros países. Ello en ningún momento supone que la jurisprudencia constitucional de otros tribunales constitucionales es vinculante en El Salvador, sino –más bien– que ha sido utilizada como instrumento para reforzar la autoridad epistémica de la construcción argumentativa en la sentencia. De igual forma, la opinión de la *Comisión de Venecia* –aunque este compuesta por los mejores abogados constitucionalistas– no es de obligatorio cumplimiento para ningún Estado.

Como señala MANUEL ATIENZA, «9. *La motivación de una sentencia puede y debe ser juzgada desde una perspectiva formal, material y pragmática*»<sup>128</sup>. Por ello, es en esa *dimensión pragmática* que los tribunales constitucionales buscan el convencimiento<sup>129</sup> de la

---

<sup>127</sup> Página 33 de sentencia de inconstitucionalidad con referencia **7-2012** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 16 de diciembre del 2013, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/12/A3C4C.PDF> consultada el 16 de febrero del 2022 –en lo sucesivo Inc. **7-2012**–.

<sup>128</sup> Dimensión formal (el argumento cumpla reglas de la lógica formal), material (que los argumentos no solo cumplan un orden lógico formal sino sean verdaderos) y pragmático (que el argumento convenza). ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, primera edición, Editorial Trotta, España, 2013, pág. 680. Disponible [https://0201.nccdn.net/1\\_2/000/000/0e0/b35/ATIENZA\\_Manuel\\_Curso\\_de\\_Argumentacion\\_Ju.pdf](https://0201.nccdn.net/1_2/000/000/0e0/b35/ATIENZA_Manuel_Curso_de_Argumentacion_Ju.pdf) consultado el 2 de abril del 2022.

<sup>129</sup> Convencer y persuadir no son lo mismo. Convencer es que el interlocutor acepta tu argumento como verdadero y persuadir es simplemente que haga lo que quieres. “(...) [M]ientras que la persuasión podría lograr-se de múltiples maneras (por ejemplo, excitando las emociones en nuestros oyentes al ser amenazados o adulados), convencer sería algo poderosamente relacionado al uso de la razón y del razonamiento”. BERMEJO-LUQUE, L., *Falacias y argumentación*, primera edición, Plazas y Váldes editores, España, 2013, pág.

población –apelando a la autoridad (tribunales constitucionales de otros países u órganos internacionales que han resuelto o mencionan algo relacionado al caso)–.

## 5. CONCLUSIÓN

En El Salvador no existe un bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales. Conforme a la Constitución y jurisprudencia constitucional, los tratados internacionales –incluso los referentes a derechos humanos– se encuentran en una jerarquía inferior a la Constitución. Por ello, la Constitución salvadoreña reconoce un sistema monista con supremacía constitucional –o sistema supralegal–. La Corte IDH concibe al sistema como uno monista con supremacía internacional. No obstante, esta interpretación es doblemente extensiva y, por lo mismo, forzada.

En el tema del aborto y vida no nacida, el tribunal que tiene la última palabra –o último interprete– es la Sala de lo Constitucional. Incluso por sobre lo establecido por la Corte IDH, ya que –aparte de que los tratados internacionales se encuentren en jerarquía inferior a la constitución salvadoreña (como la *Convención americana sobre Derechos Humanos*)– El Salvador hizo reservas (fue el único país) cuando dio competencia a la Corte IDH. En concreto estableció: «*siempre y cuando la competencia de la Corte, sea compatible con la Constitución Política de la República*».

---

16. Disponible en [https://www.academia.edu/35221175/Bermejo Luque L 2013 Falacias y argumentaci%C3%B3n Madrid Ed Plaza Vald%C3%A9z](https://www.academia.edu/35221175/Bermejo_Luque_L_2013_Falacias_y_argumentaci%C3%B3n_Madrid_Ed_Plaza_Vald%C3%A9z) consultado el 2 de abril del 2022.

## IV. MONITOREO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONAL ASUMIDAS POR EL SALVADOR, Y SU APLICACIÓN A LA VIDA NO NACIDA

### 1. INTRODUCCIÓN

Identificada la posición de los tratados internacionales, en este capítulo se estudiarán los pronunciamientos de los órganos de control competentes para monitorear el cumplimiento de esos instrumentos internacionales. Este capítulo comienza con una distinción entre los mecanismos de control propios del sistema internacional, y los del sistema interamericano –o regional–. Asimismo, hace una distinción entre los mecanismos de control jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

Seguidamente, se sistematiza los pronunciamientos de los órganos internacionales no jurisdiccionales en materia de aborto en El Salvador, para lo cual se analiza los pronunciamientos a partir del año 2010 hasta la actualidad. Luego se plasma las decisiones de los órganos regionales jurisdiccionales y no jurisdiccionales, referentes al aborto. En último término, se expone la respuesta –a los pronunciamientos– por el Estado salvadoreño y su impacto en el orden jurídico interno.

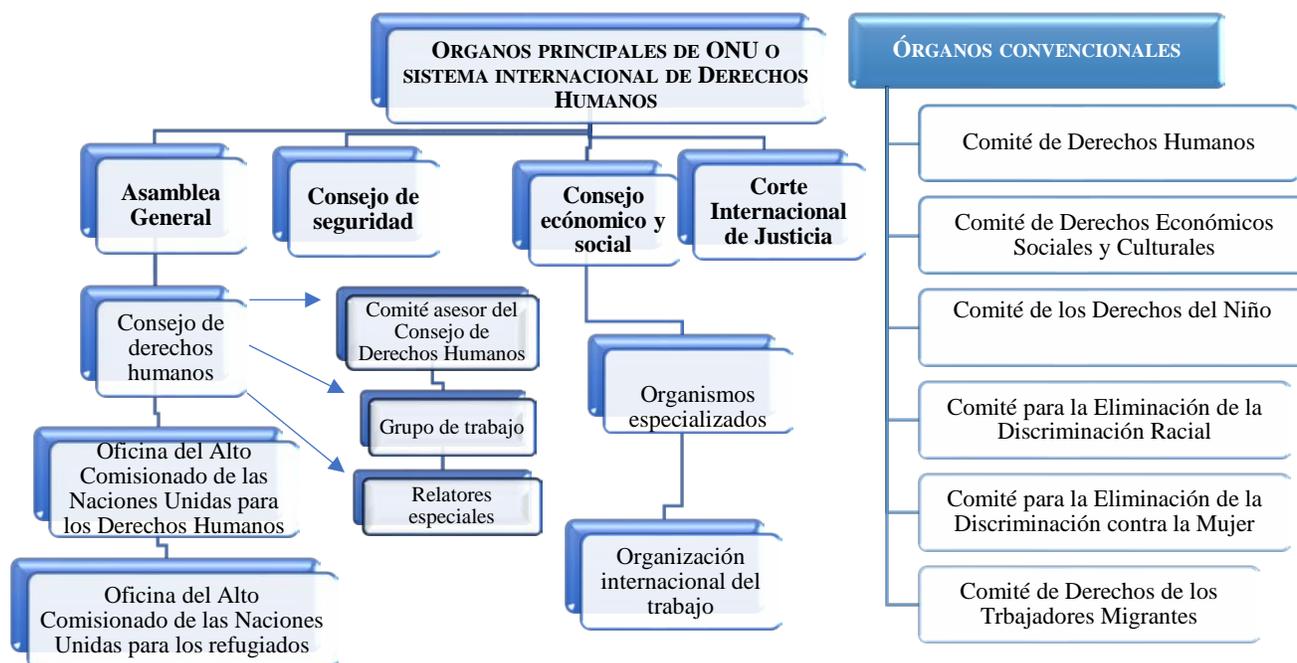
En resumen, este capítulo responde a la pregunta ¿Cuál ha sido el impacto de los pronunciamientos de los órganos de control internacional y regionales de derechos humanos, sobre el orden jurídico interno de El Salvador, con relación a la regulación jurídica de la vida humana no nacida?

### 2. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: CONTROL NO JURISDICCIONAL.

#### 2.1. *Los comités de la Organización de las Naciones Unidas*

Por regla general, los tratados internacionales originados en el contexto de la ONU –bajo el sistema internacional de derechos humanos– establecen (en un protocolo consecutivo) la creación de un órgano que ejercer un control no jurisdiccional de las actuaciones de los Estados referente al tratado. A su vez, la ONU –posee en sí misma– órganos que protegen los derechos humanos directa (o indirectamente). Son órganos *convencionales* los creados

por tratados internaciones y son *extraconvencionales* los creados por órganos principales de la ONU, como la Asamblea General. A continuación, se ofrece un cuadro ilustrativo<sup>130</sup>:



El *Consejo de Derechos Humanos*<sup>131</sup> es la institución –por naturaleza– encargada de investigar sobre las violaciones a los Derechos Humanos –entre ellas las graves y sistémicas vulneraciones–. Es un órgano de control no jurisdiccional *extraconvencional*, puesto que sus facultades derivan de la resolución 60/251 de la Asamblea General y no de un tratado internacional en concreto. Los mecanismos de control son realizados mediante: *a. examen periódico universal*, que se realiza cada cuatro años a todos los Estados miembros de naciones unidas, evaluando su gestión en la protección en los derechos humanos; *b. procedimiento de denuncias*, que consiste en pronunciamientos del Consejo por denuncias de «individuos, grupos u organizaciones[,] que reclaman ser víctimas de violaciones de

<sup>130</sup> BOTERO MARINO, C., GUZMÁ, D. E., *El Sistema de los derechos. Guía práctica del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos*, Dejusticia- Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, Colombia, 2008, pág. 66. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=737693> consultado el 9 de febrero del 2022.

<sup>131</sup> Órgano subsidiario de la Asamblea General que sustituyó al Comité de Derechos Humanos por la resolución 60/251 de la Asamblea General, el 15 de marzo de 2006. Disponible en <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/a.res.60.251.sp.pdf> consultado el 1 de junio del 2022.

derechos humanos o que tienen conocimiento directo y fidedigno de dichas violaciones»<sup>132</sup>. El Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones y el Grupo de Trabajo sobre Situaciones son los encargados de examinar las denuncias que luego son llevadas al Consejo de Derechos Humanos. Y, c. *procedimiento especiales*, que consiste en un control público sobre «situaciones de violaciones de los derechos humanos en un país determinado o territorio (...), o sobre un fenómeno importante relativo a las violaciones de los derechos humanos en todo el mundo (...)»<sup>133</sup>.

A pesar del anterior control, de todos los órganos de la ONU solo la Corte Internacional de Justicia realiza un control judicial<sup>134</sup>. Sin embargo, su control no es referente a solicitudes de particulares por violación a sus derechos humanos, sino a conflictos que surjan entre Estados<sup>135</sup>. En cambio, los comités son los órganos que conocen de denuncias individuales y controlan el respeto a los derechos humanos de manera individualizada.

Los comités poseen tres principales funciones: *i.* analizar los informes periódicos que presentan los Estados que han ratificado las convenciones respectivas; *ii.* interpretar los tratados de derechos humanos que les compete; y *iii.* analizar las denuncias individuales que les presentan, a causa de violación de los derechos humanos prescritos de sus convenciones<sup>136</sup>.

De las tres anteriores facultades la que más interferencia presenta en la actividad de los Estados es la última. Las denuncias individuales por vulnerar los derechos reconocidos en las convenciones son parte de un procedimiento de naturaleza contenciosa, pero no jurisdiccional. Las partes que intervienen en el proceso de denuncia individual son el Estado y la víctima. El comité actúa como sujeto independiente e imparcial encargado de determinar si ha existido –o no– la violación al tratado internacional (luego de recibir los argumentos y

---

<sup>132</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pág. 82. Disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/AboutUs/CivilSociety/Chapter\\_5\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/AboutUs/CivilSociety/Chapter_5_sp.pdf) consultado el 1 de junio del 2022.

<sup>133</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pág. 82. Disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/AboutUs/CivilSociety/Chapter\\_5\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/AboutUs/CivilSociety/Chapter_5_sp.pdf) consultado el 1 de junio del 2022.

<sup>134</sup> Art. 92 de *Carta de las Naciones Unidas*.

<sup>135</sup> Art. 36 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

<sup>136</sup> BOTERO MARINO, C., GUZMÁN, D. E., *El Sistema de los derechos. Guía práctica del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos*, pág. 80.

prueba). Existen ocho comités y –con excepción del *Comité para la eliminación racial*– todos tienen la facultad de emitir medidas cautelares en casos urgentes<sup>137</sup>.

La decisión que emite cada Comité se llama *dictamen*. Es un símil de una sentencia porque indica las medidas que el Estado tendría que realizar para cumplir las obligaciones de la convención<sup>138</sup>. Los dictámenes –en caso de reconocer la vulneración– se componen por una parte *a. declarativa* de la vulneración al derecho humano, garantías de no repetición. Y, otra parte *b. indemnizatoria* a la víctima.

## 2.2. Pronunciamientos de órganos de la Organización de las Naciones Unidas a El Salvador en materia de aborto

Se brinda un cuadro ilustrativo de todos los pronunciamientos de distintos órganos con competencia para controlar al Estado salvadoreño en el sistema internacional referente al aborto, seleccionados en orden cronológico desde el más reciente hasta el más antiguo –como fecha límite al año 2010–:

INSTITUCIÓN	TIPO DE DOCUMENTO	CONTENIDO
<b>Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes</b>	Carta dirigida a El Salvador mediante publicación titulada: <i>El Salvador debe modificar las leyes de salud reproductiva tras la decisión de la Corte Interamericana: expertos de la ONU</i> . Fecha de publicación 6 de diciembre de 2021 <sup>139</sup> .	Se hacen comentarios de los expertos <sup>140</sup> sobre la sentencia <i>Manuel y otros Vs. El Salvador</i> , y particularmente el relator sostiene que «[u]na prohibición absoluta del aborto viola los derechos humanos de las mujeres y las niñas y contraviene las obligaciones de proteger su dignidad y sus derechos a la vida, la salud, la integridad personal y física, la igualdad y la no discriminación, la libertad de violencia, la privacidad y la autonomía reproductiva. La aplicación de prohibiciones y restricciones también contribuye a la <u>privación de su libertad</u> » r.a. En un mismo sentido, señala que en El Salvador existen las leyes del aborto más restrictivas del mundo pues se penaliza desde hace más de 20 años el aborto «en cualquier circunstancia, incluso cuando es necesario para salvar la vida de la mujer». / Al citarse a los expertos se plasma que ellos «instan a El Salvador a que implemente rápidamente la sentencia de la CIDH y reiteran sus recomendaciones a los poderes legislativo y ejecutivo para que despenalicen la interrupción del embarazo y garanticen el acceso a servicios de aborto seguro y legal como mínimo en casos de violación, incesto, cuando

<sup>137</sup> ARIAS RAMÍREZ, B., “Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, volumen 43, Costa Rica, 2006, pág. 122. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08060-3.pdf> consultado el 14 de febrero del 2022.

<sup>138</sup> BOTERO MARINO, C., GUZMÁN, D. E., *El Sistema de los derechos. Guía práctica del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos*, pág. 82.

<sup>139</sup> Disponible en:

<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27913&LangID=S> consultado el 27 de enero del 2022.

<sup>140</sup> Las expertas son: MELISSA UPRETI (Presidenta), DOROTHY ESTRADA TANCK (Vice-Presidenta), ELIZABETH BRODERICK, IVANA RADAČIĆ, y MESKEREM GESET TECHANE, *Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas*; REEM ALSALEM, *Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*; TLALENG-MOFOKENG, *Relatora Especial sobre el derecho a la salud física y mental*; y el experto es NILS MELZER, *Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

		el embarazo suponga un peligro para la vida, salud física o mental de la mujer o la niña y en casos de <u>malformación fetal grave</u> » r. a.
<b>Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial</b>	Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º y 19º combinados de El Salvador. De fecha 29 de agosto del 2019, con referencia <b>CERD/C/SLV/CO/18-19</b> .	«Situación de las mujeres indígenas y afrodescendientes. /26. (...). En materia de salud sexual y reproductiva, le preocupa también al Comité la criminalización del aborto, incluso en todas las circunstancias, con mayor impacto en las mujeres indígenas y afrodescendientes (arts. 1, 2 y 5). 27. A la luz de su recomendación general núm. 25 (2009) sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionada con el género, el Comité insta al Estado parte a: c) Garantizar el acceso a la salud sexual y reproductiva de las mujeres indígenas y afrodescendientes y reconsiderar la legislación sobre el aborto, a fin de asegurar su conformidad con otros derechos humanos, como el derecho a la vida y el derecho a la salud física y mental de las mujeres».
<b>Comité de los Derechos del Niño</b>	Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de El Salvador. De fecha 29 de noviembre 2018, con referencia <b>CRC/C/SLV/CO/5-6</b> <sup>141</sup>	«Salud de los adolescentes / e) La prohibición total del aborto, incluso en los casos en que el embarazo es el resultado de una violación o un incesto, cuando la vida de la madre está en peligro o cuando el feto es inviable, lo que obliga a las niñas a recurrir a abortos en condiciones de riesgo e ilegales que pueden llevarlas a la cárcel; (...). 36. En relación con sus observaciones generales núm. 4 (2003), sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención, y núm. 20 (2016), sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, el Comité insta al Estado parte a: / d) Despenalizar el aborto y garantizar el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de la interesada siempre sea escuchada y se tenga debidamente en cuenta en el proceso de decisión».
<b>Comité de Derechos Humanos</b>	Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de El Salvador. De fecha 9 de mayo de 2018, con referencia <b>CCPR/C/SLV/CO/7</b> <sup>142</sup>	«16. El Comité insta al Estado parte a que revise de manera urgente su legislación con respecto al aborto para garantizar el acceso legal, seguro y efectivo a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la vida o la salud de la mujer o niña embarazada estén en riesgo, y cuando llevar a término el embarazo podría ocasionar un daño o sufrimiento sustancial a la mujer o niña embarazada, especialmente en los casos en que el embarazo sea el resultado de una violación o incesto o cuando no sea viable. El Comité reitera su recomendación anterior e insta al Estado parte a suspender de forma inmediata la criminalización de las mujeres por el delito de aborto. (...) No debe aplicar sanciones penales a mujeres y niñas que se sometan a un aborto ni a proveedores de servicios médicos que las asistan en ello, ya que tales medidas obligan a las mujeres y niñas a recurrir a abortos inseguros, y debe garantizar que se respeten el secreto profesional del personal médico y la confidencialidad de las pacientes».
<b>Relatora Especial de la de sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de Naciones Unidas</b>	Declaración final de misión en El Salvador. AGNES CALLAMARD, de fecha 5 febrero del 2018.	«El Salvador es uno de los pocos países del mundo que todavía tiene una prohibición absoluta del aborto. Esto ha llevado al encarcelamiento injusto de mujeres después de sufrir emergencias obstétricas y abortos espontáneos, después de haber sido injustamente acusadas de haber inducido la interrupción del embarazo. Algunas mujeres han sido acusadas del delito de “homicidio agravado” y han sido condenadas a severas penas de prisión de hasta 40 años. En la actualidad, un total de 27 mujeres cumplen severas condenas de prisión por delitos relacionados con el aborto. / Los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y el sistema interamericano han pedido sistemáticamente la despenalización del aborto para salvaguardar el derecho de las mujeres a la vida, la salud, la autonomía y el bienestar. En febrero de 2017, el Comité de la CEDAW expresó su preocupación “por la absoluta criminalización del aborto”, según el artículo 133 del Código Penal y por el hecho de que las mujeres suelen recurrir a métodos de aborto inseguros y corren un riesgo grave para la salud y la vida. Asimismo, hizo una

<sup>141</sup> Disponible en

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICaQhKb7yhsgtf1aThfVVM05W8AtfqIzW4%2BHbLC89g8nGGEPizkRZh%2BjMZx%2BQtI%2F%2FW6vWjy8VuvB22ybwrcR928TZvVJsqGAegA5TC6GBKjdHmb90iKIdI> consultado el 27 de enero del 2022.

<sup>142</sup> Disponible en

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/SLV/CO/7&Lang=Sp](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/SLV/CO/7&Lang=Sp) consultado el 6 de marzo del 2022.

		<p>llamado a emprender la moratoria en la aplicación de esta ley, así como una revisión de la misma. / En este contexto, acojo con especial satisfacción la propuesta de reforma legislativa que estipula la excepción de la prohibición por cuatro motivos (cuando la vida de la madre corre peligro, cuando el feto no tiene posibilidad de sobrevivir fuera del útero, cuando el embarazo resulta de la violencia sexual o el tráfico de mujeres, y cuando el embarazo es el resultado de la violencia sexual o el tráfico de menores)».</p>
<b>Consejo de Derechos Humanos</b>	<p>Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal* El Salvador. De fecha 17 de diciembre 2017, con referencia A/HRC/28/5.</p>	<p>«II. Conclusiones y/o recomendaciones / 105.49 Introducir las enmiendas constitucionales y legislativas necesarias para despenalizar y eliminar la prohibición del aborto (Australia); / 105.50 Derogar las leyes que tipifican como delito el aborto y eliminar todas las medidas punitivas previstas al respecto (Islandia); / 105.51 Revisar la legislación relativa al aborto en relación con las víctimas de violación, especialmente en los casos de víctimas menores de edad y de riesgo grave para la salud de la madre (Luxemburgo); / 105.52 Modificar la legislación sobre el aborto (Noruega); / 105.53 Aprobar legislación sobre el aborto coherente con las obligaciones internacionales de derechos humanos, teniendo en cuenta los casos de violación, incesto y riesgo médico, y velar por la mejora del acceso a métodos anticonceptivos adecuados (Alemania); / 105.54 Despenalizar el aborto en los casos en que el embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la madre o cuando sea el resultado de una violación (España); / 105.55 Iniciar un debate público abierto sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos y despenalizar el aborto destinado a salvar la vida de la mujer y en los casos de embarazos resultantes de violación o incesto (República Checa); / 105.56 Despenalizar el aborto y garantizar que las mujeres y las niñas embarazadas como consecuencia de una violación o cuya vida o salud corra peligro puedan recurrir a servicios que les permitan abortar de manera segura y legal (Eslovenia); / 105.57 Considerar la posibilidad de revisar la legislación sobre el aborto para tomar en consideración los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación o de incesto, o cuando corra peligro la vida de la mujer embarazada (Suecia)».</p>
<b>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos</b>	<p>Publicación titulada Declaraciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ZEID RA'AD AL HUSSEIN al final de su misión en El Salvador. Del 17 de noviembre del 2017.</p>	<p>«Estoy horrorizado que como resultado de la prohibición absoluta en El Salvador del aborto, las mujeres están siendo castigadas por abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas, acusadas y condenadas de haberse inducido la terminación del embarazo. / Durante la mañana del jueves visité la cárcel de mujeres en Ilopango en las afueras de San Salvador y tuve el privilegio de hablar con mujeres que fueron condenadas por "homicidio agravado" relacionadas con emergencias obstétricas y que están cumpliendo una condena de 30 años en prisión. Rara vez me había sentido tan conmovido como me sentí por sus historias y la crueldad que han tenido que soportar. Parece ser que solamente mujeres de orígenes pobres y humildes son las que están encarceladas, una característica delatadora de la injusticia sufrida. / Hago un llamado a El Salvador a emprender un moratorio a la aplicación del artículo 133 del Código Penal y a revisar todos los casos donde las mujeres han sido detenidas por ofensas relacionadas a aborto, con el objetivo de asegurar el cumplimiento con el debido proceso y estándares de juicios justos. Llegase a descubrirse que sus casos no cumplieran, apelo por la inmediata liberación de estas mujeres. Para establecer el cumplimiento, mi Oficina ha propuesto que dicha revisión podría ser establecida por decreto presidencial y ejecutada por un Comité Ejecutivo Experto compuesto por miembros nacionales e internacionales. Le he pedido al Gobierno que actúe sobre esta propuesta e indique la disposición de mi Oficina de brindar asistencia. Esto se ha alineado con las recomendaciones del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres».</p>
<b>Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental;</b>	<p>Carta de dirigida al gobierno de El Salvador. Del 12 de diciembre del 2016</p>	<p>En atención a una iniciativa de reforma al Código Penal de El Salvador para incluir como causales para abortar i. aborto terapéutico para salvar la vida de la vida, ii. aborto por embarazo a consecuencia de violación o trata de personas, iii. aborto por <u>malformación</u> del feto que haga inviable la vida extrauterina, y iv. aborto por violación y estupro en menores de edad. Por ello, los relatores dicen «(...) lamentamos la persistencia de la total prohibición del aborto y las medidas punitivas contra las mujeres que han sufrido abortos espontáneos, que afectan particularmente a mujeres pobres y</p>

<p><b>Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;</b>  <b>Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias;</b>  <b>Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica</b></p>	<p>con referencia <b>OL SLV 3/2016</b><sup>143</sup></p>	<p><i>con un nivel menor de educación». / En un mismo sentido, señalan que quieren hacer referencia a la declaración conjunta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizada en el marco de la cumbre que lanzó oficialmente la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la cual alentaron a los Estados a la de los derechos de las mujeres, el derecho a la salud sexual y reproductiva de ellas. Y por ello, instaron a los Estados a «considerar con diligencia el impacto discriminatorio y efectos sobre la salud de las leyes que penalizan el aborto en todas circunstancias, eliminar medidas punitivas para las mujeres que interrumpen su embarazo y como mínimo, legalizar el aborto en casos de abuso sexual, violación, incesto y cuando el embarazo pone en peligro la salud mental y física de la mujer o la vida de la mujer» r. a.</i></p>
<p><b>Consejo de Derechos Humanos</b></p>	<p>Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas de El Salvador. De fecha 18 de marzo del año 2015, con referencia <b>A/HRC/28/5/Add.1</b></p>	<p><i>«Revisión de legislación / 20. En relación a las recomendaciones 49 a 58, referidas a la revisión de legislación para la despenalización del aborto y a la provisión de servicios de abortos seguros y legales. El Estado se permite recordar que en El Salvador existe un marco constitucional que reconoce el derecho a la vida desde el instante de la concepción, por lo que toma nota de estas recomendaciones, ya que considera que toda adecuación normativa a este nivel estaría sujeta a la posibilidad de que se genere, como condición previa, un diálogo nacional amplio y participativo sobre estas recomendaciones, a la luz de la regulación normativa interna y de principios contenidos en la normativa internacional que desarrolla derechos fundamentales»<sup>144</sup>.</i></p>
<p><b>Consejo de Derechos Humanos</b></p>	<p>Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 b) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo / El Salvador. De fecha 15 de agosto 2014, con referencia</p>	<p><i>«H. Derecho a la salud / 64. El Comité de Derechos Humanos expresó preocupación por el hecho de que el Código Penal en vigor criminalizara el aborto en todas sus formas y por los procedimientos judiciales incoados contra algunas mujeres que acudían a los hospitales públicos en busca de tratamiento. Recomendó que El Salvador enmendara su legislación sobre el aborto y suspendiera el enjuiciamiento de mujeres por el delito de aborto».</i></p>

<sup>143</sup>

Disponible

en:

<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=22867> consultado el 27 de enero del 2022.

<sup>144</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 307.

<b>HRC/WG.6/20/SL V/2.</b>		
<b>Consejo de Derechos Humanos</b>	Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo. De fecha 21 de julio 2014, con referencia <b>A/HRC/WG.6/20/S LV/3</b>	<i>«70. La JS2 consideró que el Estado no había cumplido con las recomendaciones que había aceptado durante su primer EPU en relación con la revisión de la legislación penal sobre el aborto. La JS2 solicitó a los Estados que reiterasen las recomendaciones realizadas a El Salvador para que revisase su legislación nacional y despenalizase el aborto, permitiéndolo en casos de violación, cuando el embarazo representara un peligro para la salud o la vida de la mujer y en casos de malformaciones incompatibles con la vida. La JS2 recomendó al Estado que impidiese que las mujeres que acudiesen a hospitales públicos por emergencias obstétricas fuesen denunciadas por el delito de aborto y que suspendiese la incriminación contra las mujeres por el delito de aborto hasta tanto el Estado revisase su legislación».</i>
<b>Comité de derechos económicos, sociales y culturales</b>	Recomendación a El Salvador año 2014.	<i>«El Comité reitera su preocupación sobre la persistencia de la total prohibición del aborto, que afecta particularmente a mujeres pobres y con un nivel menor de educación, sin consideración alguna a situaciones excepcionales, lo que ha generado graves casos de sufrimiento e injusticia (...).».</i> <i>«El Comité insta al Estado Parte a que revise su legislación respecto a la total prohibición del aborto para hacerla compatible con otros derechos fundamentales como el de la salud y la vida de la mujer, así como con su dignidad. El Comité insta al Estado que proporcione atención de calidad para el tratamiento de las complicaciones derivadas de los abortos practicados en condiciones de riesgo en lugar de priorizar su persecución penal»<sup>145</sup>.</i>
<b>Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad</b>	Recomendación a El Salvador año 2013	<i>«El Comité recomienda al Estado parte que elimine de su legislación las disposiciones que permiten la esterilización de mujeres con discapacidad sin su consentimiento, y que prevenga e investigue la práctica de abortos como consecuencia de abusos sexuales»<sup>146</sup>.</i>
<b>Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias</b>	Carta dirigida a El Salvador año 2011.	Señala existen problemas relacionados con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, <i>«en particular, las repercusiones y consecuencias de la prohibición total del aborto y la falta de un sistema amplio de reunión de datos para orientar las políticas y vigilar los avances en el ámbito de la violencia contra la mujer».</i> <i>«[E]s esencial que se ponga en marcha un diálogo nacional sobre la legislación en materia de aborto, a fin de considerar la introducción de excepciones a su prohibición general, sobre todo en los casos de aborto terapéutico y de embarazos resultantes de violación o incesto»<sup>147</sup>.</i>
<b>Consejo de Derechos Humanos</b>	Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias,	<i>«La prohibición absoluta del aborto significa que las mujeres y las jóvenes están condenadas a llevar a término el embarazo y enfrentar la victimización reiterada por la familia y la sociedad. También ha llevado a las mujeres y jóvenes embarazadas a consecuencia de una violación o un incesto a recurrir a prácticas de aborto inseguro y clandestino, a veces con consecuencias fatales».</i>

<sup>145</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 101.

<sup>146</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 174.

<sup>147</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, págs. 206-207.

	Sra. RASHIDA MANJOO, del 14 febrero de 2011, con referencia A/HRC/17/26/Add. 2.	
<b>Comité de derechos humanos</b>	Recomendaciones a El Salvador, año 2010.	«El Comité expresa su preocupación por la vigencia de disposiciones del Código Penal que criminalizan el aborto en todas sus formas, dada la circunstancia de que los abortos ilegales tienen consecuencias negativas graves para la vida, la salud y el bienestar de la mujer», «[a]un cuando la Sala de lo Constitucional (...) ha decidido que en el caso de que exista un estado de necesidad imperioso la mujer que enfrenta un proceso penal por aborto puede quedar exculpada de responsabilidad penal, le preocupa al Comité que este precedente judicial no haya sido seguido por otros jueces ni tenido como consecuencia el término de los procesos penales abiertos contra mujeres por el delito de aborto», «[e]l Comité reitera su recomendación en el sentido que el Estado parte revise su legislación sobre aborto para hacerla compatible con las disposiciones del Pacto. (...). Asimismo, en tanto no se revise la legislación en vigor, el Estado parte debe suspender la incriminación en contra de las mujeres por el delito de aborto. El Estado parte debe iniciar un diálogo nacional sobre los derechos a la salud sexual y reproductiva de las mujeres» <sup>148</sup> .
<b>Relatora especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía</b>	Recomendación a El Salvador año 2010.	«[E]s esencial que se ponga en marcha un diálogo nacional sobre la legislación en materia de aborto, a fin de considerar la introducción de excepciones a su prohibición general, sobre todo en los casos de aborto terapéutico y de embarazos resultantes de violación o incesto» <sup>149</sup> .
<b>Comité de los derechos del niño</b>	Recomendación a El Salvador año 2010.	«Preocupa también al Comité que en la legislación penal vigente se criminalice el aborto en todas las circunstancias y que esa prohibición absoluta pueda llevar a las jóvenes a recurrir a métodos de aborto peligrosos y clandestinos, a veces con consecuencias fatales» <sup>150</sup> .
<b>Relatora especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía</b>	Carta dirigida a El Salvador año 2010.	«[E]s esencial que se ponga en marcha un diálogo nacional sobre la legislación en materia de aborto, a fin de considerar la introducción de excepciones a su prohibición general, sobre todo en los casos de aborto terapéutico y de embarazos resultantes de violación o incesto» <sup>151</sup> .

<sup>148</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS EL SALVADOR y PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE EL SALVADOR., *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 43.

<sup>149</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 50.

<sup>150</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, págs. 175-176.

<sup>151</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 217.

<b>Comité de los Derechos del Niño</b>	Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Del 17 de febrero de 2010, con referencia <b>CRC/C/SLV/CO/3-4</b> <sup>152</sup> .	«Salud de los adolescentes / 60. El Comité reitera la inquietud que expresó anteriormente, cuando examinó el segundo informe periódico del Estado parte, por el elevado número de embarazos de adolescentes y por la falta de resultados de las medidas preventivas adoptadas por el Estado parte a ese respecto. Preocupa también al Comité que en la legislación penal vigente se criminalice el aborto en todas las circunstancias y que esa prohibición absoluta pueda llevar a las jóvenes a recurrir a métodos de aborto peligrosos y clandestinos, a veces con consecuencias fatales».
--	---	---

### 2.3. Similares pronunciamientos en materia de aborto de órganos de la Organización de las Naciones Unidas a países vecinos de El Salvador: Guatemala, Nicaragua, Honduras y Costa Rica

Los ordenamientos jurídicos de Guatemala<sup>153</sup>, Nicaragua<sup>154</sup>, Honduras<sup>155</sup> y Costa Rica<sup>156</sup>, al igual que en El Salvador, protegen la vida no nacida desde la concepción, y penalizan el aborto en todos los casos, excepto cuando la vida de la madre corre un grave peligro. Los pronunciamientos de los comités a estos países son similares a los pronunciamientos realizados a El Salvador. Se detalla un cuadro respecto de los pronunciamientos más recientes sobre el aborto realizados a estos países<sup>157</sup>:

PAÍS	ÓRGANO	TIPO DE DOCUMENTO	CONTENIDO
<b>Guatemala</b>	<i>Convención sobre los Derechos del Niño</i>	Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Guatemala, del 28 de febrero de 2018, con referencia <b>CRC/C/GTM/CO/5-6</b>	«Salud de los adolescentes. 33. (...), el Comité recomienda al Estado parte que: (...) b) <i>Despenalice el aborto en todas las circunstancias y garantice el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, (...)</i> ».
<b>Guatemala</b>	<i>Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer</i>	Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de Guatemala, del 22 de noviembre de 2017, con referencia <b>CEDAW/C/GTM/CO/8-9</b> .	«37. El Comité recomienda al Estado parte que: (...) f) <i>Legalice el aborto en los casos de amenaza para la salud de la madre, violación, incesto o malformaciones graves del feto, lo despenalice en todos los demás casos y aplique medidas eficaces para facilitar el acceso al aborto terapéutico</i> » r. a.
<b>Guatemala</b>	<i>Consejo Económico y Social</i>	Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala,	«El Comité insta al Estado Parte a que revise su legislación en materia de aborto y a que estudie la posibilidad de prever excepciones a la prohibición del

<sup>152</sup> Disponible: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8535.pdf> consultado el 4 de febrero de 2022.

<sup>153</sup> Art. 137 del Código Penal de Guatemala.

<sup>154</sup> Art. 165 del Código Penal de Nicaragua.

<sup>155</sup> Art. 24 del Código Penal de Honduras.

<sup>156</sup> Art. 121 del Código Penal de Costa Rica.

<sup>157</sup> Información obtenida de la página oficial de Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina Alto Comisionado <https://www.ohchr.org/SP/Countries/LACRegion/Pages/GTIndex.aspx> consultado el 7 de marzo del 2022.

		del 9 de diciembre de 2014, con referencia <b>E/C.12/GTM/CO/3</b>	<i>aborto, incluyendo para los casos de embarazos resultantes de violación o incesto».</i>
<b>Nicaragua</b>	<i>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Nicaragua, del 11 de noviembre de 2021, con referencia <b>E/C.12/NIC/CO/5</b>	«45. El Comité recomienda al Estado parte que: a) <u>Revise su legislación respecto a la prohibición del aborto para hacerla compatible con otros derechos fundamentales como el de la salud y la vida de la mujer, así como con su dignidad».</u>
<b>Nicaragua</b>	<i>Comité contra la Tortura</i>	Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la convención / Observaciones finales del Comité contra la Tortura / Nicaragua, del 10 de junio de 2009, con referencia <b>CAT/C/NIC/CO/1</b>	«16. El Comité expresa su profunda preocupación por la prohibición general del aborto en los artículos 143 a 145 del Código Penal, incluso en casos de violación sexual, incesto o presuntamente de embarazos que amenazan la vida de la mujer, que en muchos casos resultan directamente de crímenes relacionados con violencia de género».
<b>Honduras</b>	<i>Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer</i>	Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Honduras, del 25 de noviembre de 2016, con referencia <b>CEDAW/C/HND/CO/7-8</b>	«Salud / 36. El Comité acoge con agrado las iniciativas destinadas a reducir la tasa de mortalidad materna, pero le preocupa que el acceso de las mujeres a la salud sexual y reproductiva en el Estado parte sea limitado. Además, le preocupan: a) <u>La penalización del aborto sin excepciones, que conlleva que un gran número de mujeres y niñas recurran a abortos en condiciones de riesgo y supone un aumento de la mortalidad materna»</u> r. a.
<b>Honduras</b>	<i>Comité contra la Tortura</i>	Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras, del 26 de agosto de 2016, con referencia <b>CAT/C/HND/CO/2</b>	«47. Preocupan al Comité las restricciones al <u>acceso al aborto, especialmente para las víctimas de violación</u> , establecidas en la legislación penal del Estado parte, que solo permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando existe riesgo para la vida de la madre. / 48. <u>El Comité recomienda al Estado parte que vele por que las mujeres, especialmente las víctimas de violación, que voluntariamente decidan interrumpir su embarazo tengan acceso a abortos legales y en condiciones seguras»</u> r. a.
<b>Honduras</b>	<i>Comité de Derechos Humanos</i>	Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras, del 22 de agosto de 2017, con referencia <b>CCPR/C/HND/CO/2</b>	«17. El Estado parte debería modificar con carácter urgente su legislación para ayudar a las mujeres a evitar embarazos no deseados y asegurar que no deban recurrir a abortos clandestinos que pudieran poner en peligro sus vidas y salud. En este sentido, el Estado parte debería asegurar el acceso a un aborto legal y seguro incluyendo en los casos de amenaza a la vida o a la salud de la mujer, violación o incesto, y de feto inviable debido a anomalía, y considerar la <u>descriminalización del aborto»</u> r. a.
<b>Honduras</b>	<i>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras, del 11 de julio de 2016, con referencia <b>E/C.12/HND/CO/2</b>	«53. Preocupa al Comité la criminalización del <u>aborto sin excepciones</u> , (...). (...), el Comité recomienda al Estado parte que: a) <u>Revise la actual prohibición del aborto a fin de hacerla compatible con otros derechos fundamentales como el de la salud y la vida de la mujer, así como con su dignidad, (...)</u> » r. a.
<b>Honduras</b>	<i>Comité de los Derechos del Niño</i>	Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Honduras, del 3 de julio de 2015, con referencia <b>CRC/C/HND/CO/4-5</b>	«El Comité también está profundamente preocupado por el hecho de que en ningún caso las niñas puedan tener acceso a los servicios de aborto, incluso en casos de violación o incesto y cuando su salud o su vida corren peligro, lo cual las coloca en la grave situación de recurrir al aborto clandestino a riesgo de perder la vida y de que se las penalice. (...), el Comité recomienda al Estado parte que: d) <u>Despenalice el</u>

			<i>aborto en todas las circunstancias</i> y examine su legislación con miras a garantizar el acceso de las niñas al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto. (...)» r. a.
Costa Rica	Comité de los Derechos del Niño	Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Costa Rica, del 4 de marzo de 2020 con referencia <b>CRC/C/CRI/CO/5-6</b>	«(...), el Comité recomienda al Estado parte que: b) <u>Despenalice el aborto en todas las circunstancias y garantice el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que en todo momento sus opiniones sean escuchadas y tenidas debidamente en cuenta en el proceso de toma de decisiones</u> » r. a.
Costa Rica	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica, del 21 de julio de 2017, con referencia <b>CEDAW/C/CRI/CO/7</b>	«31. El Comité recomienda al Estado parte que: a) <u>Modifique el Código Penal para legalizar el aborto en los casos de violación, incesto o malformación grave del feto y despenalice el aborto en el resto de los casos, y proporcione a las mujeres servicios de atención de alta calidad posterior al aborto</u> » r. a.
Costa Rica	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Costa Rica, del 21 de octubre de 2016, con referencia <b>E/C.12/CRI/CO/5</b>	«53. Preocupa al Comité la legislación excesivamente restrictiva sobre el aborto, ya que únicamente está permitido cuando existe un riesgo grave para la vida y la salud de la mujer. (...) / 54. El Comité recomienda al Estado parte: a) <u>Revisar su legislación sobre el aborto a fin de garantizar su compatibilidad con derechos fundamentales como el de la vida y la salud física y mental de la mujer y ampliar las circunstancias permitidas;</u> » r. a.

Como se advierte, los pronunciamientos son casi idénticos<sup>158</sup> –incluso en las palabras utilizadas–. En los pronunciamientos se solicita, como primer punto, la flexibilización de la penalización absoluta del aborto como forma de evitar el denominado «*aborto clandestino*», en virtud del riesgo que conlleva para la vida de las mujeres. El análisis se sustenta a partir del derecho a la salud y a la no discriminación. En esta línea, se recomienda la despenalización del aborto para casos de violación, incesto y malformación del bebe.

Sin embargo, estos pronunciamientos y recomendaciones no toman en cuenta que en El Salvador –al igual que en Guatemala, Nicaragua, Honduras y Costa Rica– no existe una prohibición absoluta del aborto. En El Salvador el aborto no está penalizado en caso de grave peligro para la vida de la madre. Aparte de ello, el aborto culposo no es penalmente relevante (lo señala de forma expresa el art. 136 inciso 2 del Código Penal).

En igual sentido, Guatemala, Nicaragua y Costa Rica establecen de manera expresa en su Código Penal que cuando se encuentre en peligro la vida de la madre no se sanciona el

<sup>158</sup> El Salvador no ha ratificado el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* que otorga la competencia al *Comité para la eliminación de discriminación contra la mujer* por ello no está sometido a su control (véase cuadro en capítulo I, tema 3).

aborto –art. 137 del Código Penal de Guatemala<sup>159</sup>, art. 165 del Código Penal de Nicaragua<sup>160</sup> y art. 121 del Código Penal de Costa Rica<sup>161</sup>–. Por su parte, Honduras –art. 24 numeral 4 y 5 del Código Penal de Honduras<sup>162</sup>– y El Salvador –art. 27 numeral 1 y 5 del Código Penal de El Salvador<sup>163</sup>– también, eximen de responsabilidad penal (mediante una excluyente de responsabilidad penal) a la madre o médico cuando practican un aborto para salvaguardar la vida de la mujer gestante.

### 3. SISTEMA REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS. DE UN CONTROL NO JURISDICCIONAL A UN CONTROL JURISDICCIONAL

La *Convención Americana sobre los Derechos Humanos* es un tratado internacional que integra dentro de la *Organización de Estados Americanos* –o por sus siglas OEA–, e impera diversos Derechos Humanos con un mecanismo de control de doble naturaleza, no jurisdiccional y jurisdiccional. Ambos controles trabajan de forma escalonada y correlativa.

#### 3.1. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos*

En cuanto al control no jurisdiccional, el art. 34 de la Convención establece la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en adelante). El art. 41 prescribe sus, dentro de cuales se encuentran: *i*. dar recomendaciones a los Estados para la

---

<sup>159</sup> «[aborto terapéutico artículo] 137. No es punible el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, previo diagnóstico favorable de por lo menos otro médico; si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evitar un peligro, debidamente establecido, para la vida de la madre, después de agotados todos los medios científicos y técnicos». Disponible en [https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GTM\\_codigo\\_penal.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GTM_codigo_penal.pdf) consultado el 5 de abril del 2022.

<sup>160</sup> «Art[.]. 165.- El aborto terapéutico será determinado científicamente, con la intervención de tres facultativos por lo menos, y el consentimiento del cónyuge o pariente más cercano a la mujer, para los fines legales». Disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Nicaragua.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Nicaragua.pdf) consultado el 5 de abril del 2022.

<sup>161</sup> «[artículo] 121.- No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios». Disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_costa\\_rica.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_costa_rica.pdf) consultado el 5 de abril del 2022.

<sup>162</sup> «[artículo] 24. Se halla exento de responsabilidad penal: (...) 4) Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro u otros de un peligro no causado por él voluntariamente ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro. / 5) Quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_honduras.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_honduras.pdf) consultado el 5 de abril del 2022.

<sup>163</sup> «E[xcluyentes de responsabilidad] Art. 27.- No es responsable penalmente: 1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita; (...); 5) Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó». Disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_el\\_salvador.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_el_salvador.pdf) consultado el 5 de abril del 2022.

protección de los Derechos Humanos, *ii.* solicitar informes a los Estados de las medidas adoptan en materia de Derechos Humanos, y otras. El art. 44 de la Convención señala la competencia de la CIDH para conocer de denuncias por cualquier persona, grupo de personas, entidades no gubernamentales legalmente reconocidas o por Estados miembros de la OEA referente a violaciones a los Derechos Humanos reconocidos en la Convención.

El art. 46 establece los requisitos *formales* que debe cumplir una denuncia para ser admitida. Si la CIDH considera pertinente y admite el caso, otorga el plazo que considere razonable (art. 48 literal a) para que el Estado denunciado conteste la denuncia. Asimismo, se da la oportunidad a las partes que puedan llegar a una *solución amistosa* (art. 48 literal f).

Seguidamente, de no llegarse a una *solución amistosa*, el art. 42 del *Reglamento de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos* prescribe que «[l]a Comisión deliberará sobre el fondo del caso, a cuyo efecto preparará un informe en el cual examinará los alegatos, las pruebas suministradas por las partes, y la información obtenida durante audiencias y observaciones *in loco*». Posteriormente, emitirá un informe de fondo en el cual, si considera existe vulneración a los derechos humanos de la víctima, «preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones» (art. 43 del Reglamento).

En caso de que la CIDH considere que las recomendaciones del informe de fondo no han sido cumplidas por el Estado, si el Estado denunciado ha aceptado la jurisdicción de la Corte IDH. La CIDH podrá someter el caso a la Corte IDH con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros (art. 50 y art. 51 de la Convención; art. 18 numeral 1 literal C y numeral 2, y art. 44 del Reglamento), pero la CIDH también puede acordar no someter el caso a la Corte IDH con el voto –también– de la mayoría absoluta de sus miembros. En cualquier caso, la CIDH «considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada, entre otros, en los siguientes elementos: a. la posición del peticionario; b. la naturaleza y gravedad de la violación; c. la necesidad de desarrollar o aclarar la

*jurisprudencia del sistema; y d. el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros»*<sup>164</sup>.

Igualmente, la CIDH puede emitir medidas cautelares de conformidad al art. 25 del Reglamento siempre que se cumplan los requisitos establecidos. O, en su caso, puede solicitar medidas provisionales a la Corte IDH en casos de extrema gravedad y urgencia de un proceso que aún no conoce la Corte IDH –art. 72 del Reglamento y art. 63 numeral 2 de la Convención–.

En otra línea, referente al control jurisdiccional, la Corte IDH es el órgano encargado de analizar la vulneración a los derechos humanos reconocidos en la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, de los Estados que han reconocido su competencia. El proceso en la Corte IDH es el siguiente: *a.* fase de presentación de escritos iniciales por las partes (CIDH, Representantes y Estado); *b.* apertura del procedimiento oral y actos preparatorios previos a la audiencia pública; *c.* audiencia pública; *d.* alegatos finales escritos<sup>165</sup>. Y, por último, el proceso finaliza con una sentencia la cual es inapelable y de obligatorio cumplimiento para el Estado (art. 68 de la Convención), en la cual es posible reconocer la responsabilidad del Estado en la vulneración de los Derechos de la víctima. Igualmente, se puede ordenar indemnizaciones por los daños materiales e inmateriales producidos a la víctima, garantías de no repetición entre otros aspectos más.

### 3.1.1. El control no jurisdiccional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Beatriz Vs. El Salvador*

El caso *Beatriz Vs. El Salvador*<sup>166</sup> es un proceso que la CIDH sometió a la Corte IDH el 5 de enero del 2022. El informe de fondo plantea como hechos que Beatriz vivía extrema pobreza y fue diagnosticada a los 20 años de *Lupus*. A los 21 años (4/03/2012) dio a luz a su primer hijo por cesaría, el cual estuvo 38 días ingresado en el hospital<sup>167</sup>. Cuando Beatriz

---

<sup>164</sup> PELAYO MOLLER, C. M., *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, primera edición, Comisión nacional de los Derechos Humanos, México, 2011, pág. 42. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4787/11.pdf> consultado el 6 de febrero del 2022. Igualmente art. 44 del *Reglamento de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos*.

<sup>165</sup> PELAYO MOLLER, C. M., *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pág. 56.

<sup>166</sup> CIDH. Informe No. 9/20. Caso 13.378. Fondo. Beatriz. El Salvador. 3 de marzo de 2020. Disponible en [http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV\\_13.378\\_ES.PDF](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV_13.378_ES.PDF) consultado el 7 de mayo del 2022.

<sup>167</sup> «se le encontr[ó] hipertensión severa por lo que se catalogó como Pre eclampsia severa sobre agregada a lupus (...) por lo que se realizó cesárea el cuatro de marzo (...) en la cual la paciente no aceptó esterilizarse”. El hijo de Beatriz permaneció 38 días internado en dicho hospital al ser diagnosticado como “recién nacido petermito + síndrome de distress respiratorio y enterocolitis necrotizante”» r. a. párrafo 35.

tenía 22 años (18/02/2013) se le diagnosticó que tenía un embarazo de 11 semanas. El 7 de marzo de 2013 se diagnosticó que al bebe de Beatriz *«no se [le] observa calota craneana y la imagen es característica de un anencéfalo»* (párrafo 38). Los médicos le explicaron 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) momento de interrupción por beneficio materno ya que la anencefalia es incompatible con la vida”»* (párrafo 38). Así el 14 de marzo del 2013 luego de realizar todos los exámenes, le comunican a Beatriz el *«nulo pronóstico de sobrevivida del feto”, las complicaciones que surgirían en su embarazo tomando en cuenta la enfermedad de base que padecía y sus antecedentes de complicaciones en el embarazo anterior»* (párrafo 39).

Posteriormente, a partir del 20 de marzo del 2013 se inició un dialogo entre diversas instituciones (Comité Médico, Unidad Jurídica del hospital, Unidad de Vida de la Procuradora General de la República y Ministerio de Salud) las cuales de forma coordinada solicitaban opinión sobre el estado de Beatriz. El 22 de marzo del 2013, Beatriz fue dada de alta del hospital por *«mejora con diagnóstico de embarazo de 15 semanas»* (párrafo 42), solicitándose el reingreso en 3 semanas. El 2 de abril de 2013 fue internada nuevamente por la enfermedad que adolecía. El 4 de abril de 2013 fue dada nuevamente de alta con un *«plan obstétrico de evolución espontánea»* (párrafo 43). Fue el 11 de abril del 2013 que se presentó una demanda de amparo ante la Sala de lo Constitucional contra el director, el jefe de la unidad jurídica y el jefe del servicio de perinatología del Hospital Nacional de Maternidad. En la demanda se solicitó que se ordenará a las autoridades del hospital que realizaran el aborto a Beatriz para salvaguardar su vida. El 17 de abril de 2013 la Sala de lo Constitucional admitió la demanda y emitió como medida cautelar que *«garanti[cen] la vida y la salud – física y mental- de la señora [Beatriz], brindando el tratamiento médico necesario e idóneo para la preservación de tales derechos, mientras se tramita este amparo»* (párrafo 49). El 29 de abril del 2013 la CIDH emitió como medida cautelar que el Estado de El Salvador *«1. Adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital Nacional Especializado de Maternidad “Dr. Raúl Arguello Escalón”, con el objetivo de salvaguardar la vida, integridad personal y salud de [Beatriz]»* (párrafo 55).

El 27 de mayo de 2013 la CIDH solicita a la Corte IDH que adopte medidas provisionales a favor de Beatriz y el 29 de mayo de 2013 la Corte IDH emite como medida provisional *«1. Requerir 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., conforme a lo expresado en los párrafos considerativos 11 a 17 de la presente Resolución»*<sup>168</sup>.

Sin embargo, un día antes de las medidas provisionales de la Corte IDH, el 28 de mayo del 2013 –luego de suprimir y acelerar actuaciones procesales– la Sala de lo Constitucional emite una decisión final donde declara sin responsabilidad a los funcionarios del hospital nacional de maternidad donde se encontraba Beatriz. La CIDH cita el pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional en el cual establece: *«[l]as autoridades de salud demandadas están obligadas a continuar monitoreando el estado de salud de la peticionaria y a brindarle el tratamiento que en cada momento resulte idóneo para su condición médica, así como a implementar procedimientos que, según la ciencia médica, se estimen indispensables para atender las futuras complicaciones que se presenten. (...) [E]n definitiva, son los especialistas en el campo de la medicina los únicos con el conocimiento y la experiencia necesaria para determinar, según las circunstancias que acontecen en cada caso concreto, la medida idónea para aliviar los padecimientos y las complicaciones experimentadas por los pacientes (...). Este Tribunal sostiene que los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del nasciturus ni viceversa; asimismo, que existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana ‘desde el momento de la concepción’. (...) Bajo tales imperativos, las circunstancias que habilitan la intervención médica y el momento oportuno para ello, son decisiones que corresponden estrictamente a los profesionales de la medicina, quienes, por otro lado, deben asumir los riesgos que conlleva el ejercicio de la profesión y*

---

<sup>168</sup> Punto número 1 de la decisión, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B\\_se\\_01.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf) consultado el 9 de mayo del 2022.

*decidir, al amparo de sus conocimientos científicos actualizados y del análisis de los registros, exámenes y del estado físico de la paciente, lo que clínicamente corresponda para garantizar la vida tanto de la madre como la del nasciturus»* (párrafo 72).

Por su parte la CIDH señala que el Estado de El Salvador vulneró el derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la vida privada y el derecho a la salud –física y mental– de Beatriz. Pero, en resumen, el argumento central por el cual la CIDH señala que debió practicarse un aborto es: *«(...) la criminalización de la interrupción del embarazo aun cuando existe incompatibilidad del feto con la vida extrauterina y por ese motivo la mujer decide dicha interrupción, no logra satisfacer el requisito de idoneidad. La Comisión entiende que la inviabilidad de la vida del feto rompe la relación de medio a fin entre la criminalización y la finalidad que supuestamente persigue, ya que el interés protegido, vida del feto, indefectiblemente no podrá materializarse en la realidad pese a la prohibición penal de la conducta. Esta consideración es suficiente para que la CIDH establezca la inconvencionalidad de la justificación estatal en situaciones de inviabilidad del feto, y por tanto se hace innecesario, en este supuesto, el análisis de las siguientes etapas del test de proporcionalidad»* (párrafo 148). Es decir, para la CIDH no es admisible la protección del derecho a la vida del no nacido que indefectiblemente morirá.

Igualmente, concluye que la vulneración ocasionada a los derechos de Beatriz es consecuencia de la prohibición absoluta del aborto que existe en El Salvador (párrafos 152 y 156). También, para la CIDH que Beatriz continuara con el embarazo de un bebe anencefálico la sometió a un trato discriminatorio por ser mujer y estar en una condición de pobreza<sup>169</sup> (párrafos 203 a 205), ya que encontrarse en pobreza no le permitió acceder a un aborto por otros medios, como salir del país (párrafo 209).

En cuanto al argumento de la CIDH sobre la prohibición absoluta del aborto, de debe aclarar (como en el caso de las recomendaciones a El Salvador por otros órganos internacionales), que *en El Salvador no existe una prohibición absoluta del aborto porque el Código Penal salvadoreño reconoce –y jurisprudencia constitucional avala– excluyentes de*

---

<sup>169</sup> *«La Comisión considera que el marco normativo desarrollado en torno a la criminalización absoluta del aborto en El Salvador también se fundamenta en estereotipos discriminatorios contra las mujeres y genera situaciones de violencia contra ellas, en particular, a partir del rol de maternidad y función reproductiva de las mujeres. La CIDH resalta que Beatriz se vio forzada a mantener el embarazo de un feto anencefálico incompatible con la vida y que le generaba un real riesgo a su vida, a pesar de su solicitud para su interrupción, debido al marco legislativo y de políticas estatales en El Salvador»* párrafo 205.

*responsabilidad penal a favor de la madre o médico que practican un aborto para salvaguardar la vida de ella cuando corre grave peligro. Argumentar contra algo que no es el objeto del debate es un error de razonamiento denominado como la falacia de la falsa pista<sup>170</sup>, puesto que los argumentos parten de una discusión irreal, o sea, que en El Salvador existe prohibición absoluta del aborto (lo cual no es cierto).*

Aparte, contrario a lo que señala la CIDH, en el caso de Beatriz lo determinante fue que los médicos lograron estabilizar su estado de salud, ellos realizaron lo que –según sus conocimientos en la medicina– era lo correcto, tomando la decisión que ante las circunstancias particulares del caso era incensario practicarle un aborto. Incluso, la Corte IDH posteriormente –el 19 de agosto 2013<sup>171</sup>– decide levantar las medidas provisionales otorgadas a favor de Beatriz porque el Estado salvadoreño cumplió con su obligación de proteger el derecho a la vida y salud de Beatriz.

En concreto, la decisión establece: *«[a]l respecto, la Corte [IDH] estima relevante resaltar que valora positivamente la labor adecuada y oportuna de las autoridades estatales para dar cumplimiento a las medidas provisionales que fueron ordenadas a favor de la señora B. Por otra parte, la Corte observa que después de realizada la cesárea la señora B. se encontraría estable (...), el Tribunal considera que los posibles riesgos a su vida y a la integridad personal que pudieran surgir por la continuación de dicho embarazo, y por los cuales se adoptaron las medidas provisionales en el presente asunto, no subsisten actualmente. El Tribunal destaca que las representantes hicieron referencia a que tendrían información relacionada con posibles problemas de salud de la señora B. que continuarían después de que se llevó a cabo la cesárea, sin embargo, las representantes no presentaron documentación médica alguna que sustentara dicha afirmación (...). Por ello, la Corte no cuenta con información suficiente que permita determinar que actualmente la señora B. se encuentra en una situación de extrema gravedad, más aún, si se tiene en cuenta que no subsiste la situación fáctica que dio origen a estas medidas provisionales»* r. a. (párrafo 14).

Esto anterior, sin señalar que una semana después (10/06/2013) del parto del hijo de Beatriz fue dada de alta del hospital<sup>172</sup>, pues luego del parto «*evolucionó “satisfactoriamente, con mejoría en el cuadro de su disnea. Signos vitales estables y diuresis normal. Pruebas de*

---

<sup>170</sup> BORDES SOLANAS, M., *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, pág. 82

<sup>171</sup> Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B\\_se\\_02.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_02.pdf) consultado el 8 de mayo del 2022.

<sup>172</sup> Párrafo 6 literal f de pronunciamiento de la Corte IDH sobre levantamiento de medidas provisionales.

laboratorio en límites normales, [por lo que] se decid[ió] su traslado nuevamente a servicio de perinatología, donde continua[ron las] evaluaciones”»<sup>173</sup> y Beatriz solicitó ser dada de alta para ver a su primer hijo.

En este contexto argumentativo, el Comisionado de la CIDH EDGAR STUARDO RALÓN ORELLANA en su voto disidente señaló: «(...) *el razonamiento del voto de mayoría asumió, sin cuestionamientos, que Beatriz se encontraba, en los hechos, en una situación de riesgo vital cierta 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*» r. a. (pág. 51).

En otra línea, el argumento central referente a no proteger el derecho a la vida del no nacido porque indefectiblemente morirá, llevara a posturas –argumentando por *reducción al absurdo*<sup>174</sup>– como que una persona con una enfermedad *crónica-terminal* (o que los médicos le diagnostican que morirá en horas, días o meses) no tiene derecho a la vida o derecho a la salud porque –igualmente como la persona anencefálica– indefectiblemente morirá, lo cual es absurdo.

Esto anterior lleva a conclusiones –también– como que el derecho a la vida de las personas discapacitadas (por ejemplo, una persona anencefálica) se encuentra en desigualdad o no tiene el derecho a la vida como las personas que no tienen discapacidad. Esto anterior no solo transgrede<sup>175</sup> el art. 24 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* que prescribe el *principio de igualdad* y el *derecho a igualdad* en relación con el derecho a la vida del art. 4.1 de la misma Convención, sino también vulnerara el art. 10 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* que prescribe el *derecho a la vida* de las personas con discapacidad o el derecho a la vida de todos los seres humanos. La *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* fue ratificada por El Salvador en el año 2007 e igualmente, desde ese mismo año, el *Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad* tiene competencia de controlar a El Salvador en el

---

<sup>173</sup> Párrafo 6 literal e.

<sup>174</sup> VEGA REÑÓN, L. y OLMOS GÓMEZ, P., *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, primera edición, Editorial Trotta, España, 2011, pág. 23.

<sup>175</sup> Aparte de ir contra la universalidad de los derechos fundamentales, que es una característica de los derechos fundamentales conforme a la teoría de los derechos fundamentales.

cumplimiento de ella. Esto sin mencionar que el razonamiento de la CIDH iría contra la *universalidad y paridad* de los derechos fundamentales (características de los derechos fundamentales conforme a la *teoría de los derechos fundamentales*).

En resumen, es inaceptable excluir del derecho a la vida a los más débiles por el simple hecho de no poder encontrarse en las mismas circunstancias físicas que otros. No se debe olvidar que uno de los fundamentos de los derechos fundamentales es la *ley del más débil* – en oposición a la *ley del más fuerte* (teoría evolutiva de CHARLES DARWIN)–. Es decir, los derechos fundamentales existen por aquellos que son más fuertes en algún aspecto. Por ejemplo, el *derecho a la vida* existe por quienes son más fuertes físicamente, los *derechos de inmunidad y libertad* por quienes son más fuertes políticamente, y los *derechos sociales* por quienes son más fuertes social y económicamente<sup>176</sup>.

Una madre no tiene derecho a reclamar –por ejemplo–una indemnización al Estado porque su hijo nació en X o Y circunstancia o características, cuando los médicos han tomado la decisión conforme a sus conocimientos. También, no es un trato discriminatorio, degradante o inhumano que un médico tome una decisión –conforme a sus conocimientos en la medicina– y que su decisión no coincida con lo que el paciente quiere. Como tampoco podría ser un tratado discriminatorio, degradante o inhumano que un fumador consuetudinario, ingresado en un hospital público, señale que su médico lo trata de forma discriminatoria porque no le proporciona cigarrillos para fumar o no le permite fumar –en el hospital– porque de acuerdo con el médico ello es malo para su salud. Los expertos son los médicos y no el paciente.

Como punto final, la dignidad humana plantea límites infranqueables, inaccesibles, intransitables, en fin, no negociables para el Estado. Al considerar que todo ser humano –por la trascendente razón de ser un individuo de la especie humana– posee dignidad humana y que ello conlleva al Estado a protegerle su vida. Por esa razón, no es atribuible responsabilidad al Estado que una madre se sienta deprimida porque se proteja el derecho a la vida de su hijo, cuando ella quiere abortarlo porque su hijo tiene discapacidades especiales. No es atribuible al Estado que el hijo de Beatriz fuese anencefálico o que alguien tenga un hijo con *síndrome*

---

<sup>176</sup> FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cuarta edición, Editorial Trota, S.A., España, 2009, pág. 276.

*down*, enanismo u otra enfermedad y el Estado salvadoreño protege su derecho fundamental a la vida.

No es responsable el Estado –ni nadie– porque no pudo –ni puede– intervenir o prever que una vida humana tenga A o B características. El Derecho no permite hacer discriminaciones del derecho a la vida a una persona por tener algún tipo de discapacidad, porque –según la Constitución salvadoreña– solo es admisible la interrupción del embarazo cuando los médicos (después de analizar proteger tanto el derecho a la vida de la madre como su hijo) determinan que el aborto es la única forma de salvaguardar la vida de la madre. Sin embargo, esto anterior no fue el caso de Beatriz porque ella no se encontró (a pesar de su enfermedad) en una circunstancia en la cual ameritaba –de acuerdo con los médicos– la interrupción del embarazo.

### 3.1.2. El control jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Manuela y otros Vs. El Salvador*

El 2 de noviembre del 2021 la Corte IDH emitió la sentencia del *caso Manuela y otros Vs. El Salvador*. En dicha sentencia se estableció que el Estado de El Salvador vulneró algunos derechos humanos de *Manuela*. En concreto, de los 7 jueces que conforman la Corte IDH, existieron tres votos concurrentes por parte de los jueces H. PORTO, E. ZAFFARONI y R. MANRIQUE y un voto parcialmente diciente por el juez E. GROSSI.

Los hechos en resumen fueron: «[e]l 27 de febrero de 2008, a las 3:25 p.m., “Manuela” ingresó de emergencia al Hospital Nacional de San Francisco Gotera, donde fue atendida a las 4:00 p.m., (...) Manuela, señalando: “no sé si cayó en el suelo o si se reventó el cordón, o si mi mamá se lo cortó. Dice mi hermana que mi mamá cortó el cordón y enterró al niño, según me dijo mi hermana el niño nació muerto”. Además, se registró que la paciente fue poco colaborativa con el interrogatorio y que se le informó que se iba a notificar a la fiscalía» (párrafo 53), se le hizo un reconocimiento médico genital y se determinó que «[e]l cordón umbilical [...] con un corte limpio, no reventado» (párrafo 59).

Es decir, se trataba de un caso de parto extrahospitalario. Luego, por solicitud de fiscalía se autorizó un registro con prevención de allanamiento en la casa de *Manuela* y en la fosa séptica de esa casa encontraron un «(...) bebé (...) muerto y lleno de gusanos» (párrafo 142). En un mismo sentido, el Instituto de Medicina Legal realizó una autopsia y se concluyó que el recién nacido tenía entre 30 y 32 horas de fallecido «(...) la docimasia hidrostática fue

*positiva para aire. Lo que demuestra que el niño nació vivo y respiró. Siendo la causa de su muerte asfixia mecánica por obstrucción de la vía aérea superior con heces y hemorragia severa del ombligo»*» (párrafo 62, pie de página 128). Asimismo, consta la «denuncia del padre de Manuela, en la que indicó que “siente vergüenza porque el esposo de [su hija] está [...] en Estados Unidos, pero [...] su hija le comentó que salió embarazada de otro hombre” (...)» (párrafo 62).

La Corte IDH delimita el objeto del proceso y señala este caso no es referente al tema de la legalización del aborto, «92. [l]o que está en discusión es la alegada responsabilidad estatal por la detención, juzgamiento y condena de la presunta víctima por homicidio agravado tras una emergencia obstétrica sufrida por esta, al igual que el tratamiento médico recibido por la presunta víctima, y la alegada violación del secreto profesional por parte del personal médico que la atendió. Tomando en cuenta que el presente caso no se refiere a la ocurrencia de un aborto voluntario, el contexto establecido supra solo será tomado en cuenta en la medida que se relacione con el objeto de la controversia». Es decir, el tema trascendente en esta sentencia fue *i.* la responsabilidad estatal por la detención, juzgamiento y condena; *ii.* el tratamiento médico recibido en razón que fue diagnosticada con cáncer; y, *iii.* la violación del secreto profesional.

Por ello, la Corte IDH hace un desarrollo del *derecho a la libertad personal* y el *derecho a la presunción de inocencia* de conformidad a la *Convención americana sobre los derechos humanos* (art. 8.2), estableciendo que su detención provisional «no contenía fundamento jurídico razonado y objetivo» (párrafo 112) (art 7.1 y 7.2). Asimismo, señaló que se vulneró el *derecho a la defensa* –entre otras cosas– porque 30 minutos antes de la audiencia preliminar el abogado o defensa pública solicitó ser sustituido por tener audiencia en otro tribunal. Por ello, «la Corte ha considerado que nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica» (párrafo 122). Por otra parte, la Corte IDH explica que los argumentos del tribunal en la condena se hicieron «(...) utilizando estereotipos de género para fundamentar su decisión» (párrafo 159), en una misma línea, estableció que la pena del delito es excesiva y no toma en consideración las circunstancias particulares del caso.

Como punto trascendente, la Corte IDH estableció que los médicos deben mantener en secreto la información que les brinden sus pacientes salvo excepciones, la sentencia coloca

en pie de página como referencia el *Código internacional de ética médica de la asociación médica mundial* y *Declaración de Lisboa de la asociación médica mundial*, los cuales plasman como excepción la revelación del secreto profesional cuando corra riesgo la seguridad o salud del paciente o tercero. En el caso particular, (bajo el razonamiento de la Corte IDH) *Manuela* dijo a los médicos que el niño nació muerto, por ello, los médicos no debieron revelar el secreto profesional pues no corría riesgo la vida de nadie.

En suma, se estableció que el *derecho a la salud* no puede estar bajo el riesgo que el médico revele el secreto profesional, «[p]or tanto, *Manuela* fue obligada a decidir entre no recibir atención médica o que dicha atención fuese utilizada en su contra en el proceso penal» (párrafo 211). Finalmente, la sentencia ordena al Estado salvadoreño –entre otras cosas<sup>177</sup>– la capacitación de defensores públicos, fiscales, jueces y otros funcionarios judiciales «destinad[o] a eliminar el uso de estereotipos discriminatorios sobre el rol de las mujeres». Por otra parte, también ordenó que exista una regulación distinta en la pena por casos de infanticidios al delito de homicidio agravado.

Por su parte, el juez E. GROSSI en su voto parcialmente dicente señaló que «(...) se puede concluir que las alusiones respecto del aborto que la Sentencia formula, resultan improcedentes e innecesarias e incluso, debilitan la argumentación que proporciona sobre la ilicitud del proceder estatal respecto de la víctima del caso» (párrafo 17 de voto parcialmente disidente). En conclusión, como se advierte, este caso mediáticamente se relacionó al tema del aborto, pero nada –o poca– relación tiene con el tema.

### 3.1.3. El caso *Karen Noelia Llantoy Huamán Vs. Perú* del sistema internacional de Derechos Humanos y el caso *Beatriz Vs. El Salvador* del sistema regional de Derechos Humanos.

Bajo el sistema internacional, el Comité de Derechos Humanos el 22 de noviembre del año 2005 emitió un informe de fondo del caso *Karen Noelia Llantoy Huamán Vs. Perú*<sup>178</sup>,

---

<sup>177</sup>Que otorgue becas de estudio y manutención a los dos hijos de *Manuela*, incluso para recibir educación de postgrado en el centro académico público o privado que ellos decidan. Asimismo, ordenó que se pague en concepto de *daño material* a la madre y padre de *Manuela* 10 mil dólares a cada uno y 30 mil dólares a cada hijo; como *daño inmaterial* 20 mil dólares a la madre y padre, y 30 mil dólares a cada hijo. También, como *daño producido a los proyectos de vida* de la familia de *Manuela* se ordenó el pago de 10 mil dólares cada uno de sus hijos, padre y madre.

<sup>178</sup> Disponible en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FFPPRiCAqhKb7yhstcNDCvDan1p>

un caso en apariencia idéntico al caso de *Beatriz vs El Salvador*. Los hechos fueron los siguientes: KAREN NOELIA «(...) *quedó embarazada [de 17 años] (...)[, siendo] un feto anencefálico. / 2.2 (...), el Doctor (...), médico gineco-obstetra del Hospital Nacional (...), informó a la autora sobre la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo. El doctor (...) le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción (...). La autora decidió interrumpir el embarazo, (...). El 19 de julio de 2001, (...), el Doctor (...) le informó que debía solicitarse la autorización por escrito al Director del hospital. (...)(...) [E]l Doctor (...), Director del Hospital, respondió por escrito, que no era posible realizar la interrupción de la gestación, (...) [puesto que la normativa penal solo permite] “la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente”. / 2.4 El (...), la Señora (...), Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, realizó una evaluación del caso y concluyó que se recomendaba la intervención m[édica para interrumpir el embarazo «ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia». Sin embargo, la intervención no se realizó (...). (...) / 2.6 El [parto se dio] (...) con una demora de tres semanas (...) previst[o] para el parto, (...) dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; periodo durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la autora se sumió en un estado de profunda depresión. Así lo diagnosticó la psiquiatra (...))» r. a.*

El Comité estableció que «6.3 (...) *La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, (...), la causa [d]el 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 / 6.4 (...). En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto. / 6.5 (...) El Comité observa la vulnerabilidad especial de la autora por ser menor de edad. Nota además que, ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora en el sentido de que no recibió,*

---

[XU7dsZDBaDUczAnaR4IHcz8a0P%2BoOgLwA8uuhj0x2ZVGxkXprSuJPXZNZEyd3NO7cFEDXd%2BLp0OW66MaPoQ%2B51My3jCsiuxZB8OJS9q5UVp5SI5NqjQ05JiyWEcsqq0ueCXUdDIEDVM%3D](https://www.refworld.org/docid/4d9d9d9d.html)  
consultado el 12 de febrero del 2022.

*ni durante ni después de su embarazo, el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas de su caso. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 24 del Pacto».*

Este caso, es similar al caso *Beatriz Vs. El Salvador*, pues igualmente el hijo de KAREN tenía anencefalia, aunque ella no tenía una enfermedad como la de Beatriz (*lupus*). El Código Penal salvadoreño ante un caso en el que se encuentre en peligro la vida de la madre y la *única* forma de salvaguardarle sea interrumpir el embarazo, no sanciona la práctica del aborto, en justificación de un *excluyente de responsabilidad penal*.

Sin embargo, el caso de KAREN no se adecua en algún *excluyente de responsabilidad penal* que señala el Código Penal salvadoreño, porque lo dicho por el doctor fue una *recomendación médica* no enfocada a una situación de *única* solución o de grave peligro a la vida. Es decir, el médico no señaló que la vida de KAREN corría un grave riesgo y que la *única* forma de salvaguardar su vida era practicando un aborto. Es imprescindible diferenciar que no es una cuestión de qué es *mejor* o qué es lo que *recomienda* el médico como posibles opciones validas, sino cual es la *única* opción para salvaguardar la vida de la madre. En este caso se advierte que el médico le manifiesta a la madre que tiene dos opciones –no se trata de una *única* solución– y que él le *recomienda* que realice una de esas dos opciones: «*[e]l doctor (...) le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción (...). La autora decidió interrumpir el embarazo»* r.a. Incluso, lo pronunciado por la asistente social adscrita al *Colegio de Asistentes Sociales del Perú*, establece que «*recomendaba la intervención médica para interrumpir el embarazo “ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia”*» r. a.

En síntesis, el médico no señaló que existía un peligro a la vida de la madre con una magnitud que determinara que la *única* solución fuese la interrupción del embarazo. Más bien, el médico señala dos opciones y recomienda una de ellas, e incluso la Asistente Social del *Colegio de Asistentes Sociales del Perú* reconoce que es la «*angustia e inestabilidad emocional*» lo que se puede ver afectado si se continua con el embarazo y no la vida de la madre.

El Comité de Derechos Humanos se extralimita ya que no toma en cuenta que el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* también protege el derecho a la vida del

*nasciturus* en el art. 6.1 al prescribir: «[e]l derecho a la vida es inherente a la persona humana. (...)». Aparte que el art. 16 reafirma: «[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica», es decir, ser titular de derechos – entre ellos el derecho a la vida–. Esto sin mencionar, que Perú protege la vida humana no nacida desde la concepción al haber ratificado la *Convención americana sobre derechos humanos* (art. 4.1) y sus arts. 1 y 2.1 de la Constitución protegen los derechos del no nacido<sup>179</sup>.

En resumen, el comité debió valorar que la opinión médica no habilitaba para que se practicara un aborto. No se encontraban los presupuestos para que –de conformidad al principio de proporcionalidad– desplazará el derecho a la vida del *nasciturus* por el derecho a la integridad –por el sufrimiento moral– (ni si quiera el derecho a la vida porque no se encontró en peligro) de su madre.

#### 4. REACCIÓN DEL ESTADO DE EL SALVADOR A RECOMENDACIONES, E IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA POR LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ÓRGANOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

##### 4.1. *Respuesta de Estado salvadoreño a pronunciamientos de países que sugieren legalización del aborto*

Se ofrece un cuadro respecto de algunas de las respuestas a las recomendaciones que órganos internacionales no jurisdiccionales de derechos humanos hacen al Estado de El Salvador:

AÑO DE RECOMENDACIÓN	RESPUESTA DE RECOMENDACIÓN DE EL SALVADOR
<b>2016</b>	El Comité de derechos humanos mediante el <i>Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto con arreglo al procedimiento facultativo de presentación de informes. Séptimos informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2016. El Salvador</i> , del 23 de diciembre del 2016, con referencia <b>CCPR/C/SLV/7</b> . Recibió el informe del Estado salvadoreño en el que informa que la legislación referente al aborto guarda relación al art. 1 de la Constitución que reconoce a la persona humana desde el momento de la concepción, « <i>sin embargo, ha sido presentada una propuesta de reforma legislativa para establecer casos en los que el aborto no sea punible</i> », y se verificará el proceso de reforma de la ley. Por otra parte, se señala que « <i>[m]ás allá del marco normativo existente y propuestas de adecuación realizadas, el Gobierno está comprometido con la garantía de los derechos humanos de las mujeres y dentro del marco de la ley ha impulsado importantes medidas de política pública, que han generado impactos importantes en la vida de las mujeres, como el acceso a los servicios integrales de la salud materna, (...)</i> ». Finalmente, establecen que en los lineamientos del Ministerio de Salud no hay ningún protocolo que ordene al personal médico denunciar a las mujeres que se presume han sufrido un aborto extrahospitalario.
<b>2014</b>	« <i>El Salvador examinará las recomendaciones que figuran a continuación y les dará respuesta a su debido tiempo, pero a más tardar en el 28º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, que se celebrará en marzo de 2015: / 105.51. Revisar la legislación relativa al aborto en relación con</i>

<sup>179</sup> Disponible en [https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf) consultado el 31 de mayo del 2022.

las víctimas de violación, especialmente en los casos de víctimas menores de edad y de riesgo grave para la salud de la madre (**Luxemburgo**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.52. Modificar la legislación sobre el aborto (**Noruega**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.53. Aprobar legislación sobre el aborto coherente con las obligaciones internacionales de derechos humanos, teniendo en cuenta los casos de violación, incesto y riesgo médico, y velar por la mejora del acceso a métodos anticonceptivos adecuados (**Alemania**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.54 Despenalizar el aborto en los casos en que el embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la madre o cuando sea el resultado de una violación (**España**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.55. Iniciar un debate público abierto sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos y despenalizar el aborto destinado a salvar la vida de la mujer y en los casos de embarazos resultantes de violación o incesto (**República Checa**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.56. Despenalizar el aborto y garantizar que las mujeres y las niñas embarazadas como consecuencia de una violación o cuya vida o salud corra peligro puedan recurrir a servicios que les permitan abortar de manera segura y legal (**Eslovenia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.57 Considerar la posibilidad de revisar la legislación sobre el aborto para tomar en consideración los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación o de incesto, o cuando corra peligro la vida de la mujer embarazada (**Suecia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.58. Asegurar el acceso al aborto en condiciones seguras, como mínimo en los casos en que corra peligro la vida o la salud de la mujer o niña embarazada y cuando el embarazo sea consecuencia de una violación (**Islandia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.61. Asegurar que todas las mujeres, especialmente las jóvenes, tengan acceso a métodos anticonceptivos y a servicios de salud sexual y reproductiva de manera anónima, no discriminatoria y confidencial (**Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Aceptada”]. / 105.62. Garantizar el acceso a una educación sexual completa y a servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la anticoncepción (**Islandia**). [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Aceptada”]»<sup>180</sup> r. a.

2014

«El Salvador examinará las recomendaciones que figuran a continuación y les dará respuesta a su debido tiempo, pero a más tardar en el 28º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, que se celebrará en marzo de 2015: / 105.49. Introducir las enmiendas constitucionales y legislativas necesarias para despenalizar y eliminar la prohibición del aborto (**Australia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.50. Derogar las leyes que tipifican como delito el aborto y eliminar todas las medidas punitivas previstas al respecto (**Islandia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.51. Revisar la legislación relativa al aborto en relación con las víctimas de violación, especialmente en los casos de víctimas menores de edad y de riesgo grave para la salud de la madre (**Luxemburgo**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.52. Modificar la legislación sobre el aborto (**Noruega**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.53. Aprobar legislación sobre el aborto coherente con las obligaciones internacionales de derechos humanos, teniendo en cuenta los casos de violación, incesto y riesgo médico, y velar por la mejora del acceso a métodos anticonceptivos adecuados (**Alemania**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.54. Despenalizar el aborto en los casos en que el embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la madre o cuando sea el resultado de una violación (**España**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.55. Iniciar un debate público abierto sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos y despenalizar el aborto destinado a salvar la vida de la mujer y en los casos de embarazos resultantes de violación o incesto (**República Checa**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.56. Despenalizar el aborto y garantizar que las mujeres y las niñas embarazadas como consecuencia de una violación o cuya vida o salud corra peligro puedan recurrir a servicios que les permitan abortar de manera segura y legal (**Eslovenia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.57. Considerar la posibilidad de revisar la legislación sobre el aborto para tomar en consideración los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación o de incesto, o cuando corra peligro la vida de la mujer embarazada (**Suecia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.58. Asegurar el acceso al aborto en condiciones seguras, como mínimo en los casos en que corra peligro la vida o la salud de la mujer o niña embarazada y cuando el embarazo sea consecuencia de una violación (**Islandia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.59 Poner en libertad inmediata e incondicionalmente a todas las mujeres y niñas que han sido encarceladas por someterse a abortos inducidos o por sufrir abortos espontáneos (**Islandia**); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.60. Poner en libertad a todas las mujeres y niñas encarceladas por haberse sometido a un aborto, o por haber sufrido uno espontáneamente, y cancelar los antecedentes penales por estas causas (**España**); [Respuesta de Estado 18 de marzo:

<sup>180</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 170.

	<p>“Toma nota”]. / 105.61. Asegurar que todas las mujeres, especialmente las jóvenes, tengan acceso a métodos anticonceptivos y a servicios de salud sexual y reproductiva de manera anónima, no discriminatoria y confidencial (<b>Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte</b>). [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Aceptada”]. / 105.62. Garantizar el acceso a una educación sexual completa y a servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la anticoncepción (<b>Islandia</b>). [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Aceptada”]»<sup>181</sup> r. a.</p>
<b>2010</b>	<p>«82.37. Iniciar un diálogo nacional sobre el derecho de la mujer a la salud reproductiva, incluso con respecto a las consecuencias de las leyes restrictivas del aborto, incluida la tipificación del aborto como delito (<b>Luxemburgo</b>); ACEPTADO según informe A/HRC/14/5/Add.1 / 20. Nos permitimos expresar que tal como se ha recomendado (Recomendación 37) se promoverá la creación del diálogo nacional amplio y participativo, con los distintos sectores sociales y las entidades públicas relacionadas, sobre el derecho de las mujeres a la salud reproductiva y <u>sobre las implicaciones de las leyes restrictivas del aborto</u>»<sup>182</sup> r. a. / «El Salvador examinará las recomendaciones que figuran a continuación y les dará respuesta a su debido tiempo, pero a más tardar en el 28° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, que se celebrará en marzo de 2015: / 105.54. Despenalizar el aborto en los casos en que el embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la madre o cuando sea el resultado de una violación (<b>España</b>); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.56. Despenalizar el aborto y garantizar que las mujeres y las niñas embarazadas como consecuencia de una violación o cuya vida o salud corra peligro puedan recurrir a servicios que les permitan abortar de manera segura y legal (<b>Eslovenia</b>); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.57. Considerar la posibilidad de revisar la legislación sobre el aborto para tomar en consideración los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación o de incesto, o cuando corra peligro la vida de la mujer embarazada (<b>Suecia</b>); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]. / 105.58. Asegurar el acceso al aborto en condiciones seguras, como mínimo en los casos en que corra peligro la vida o la salud de la mujer o niña embarazada y cuando el embarazo sea consecuencia de una violación (<b>Islandia</b>); [Respuesta de Estado 18 de marzo: “Toma nota”]»<sup>183</sup> r. a.</p>
<b>2010</b>	<p>«El Salvador examinará las recomendaciones siguientes, a las que dará respuesta en su debido tiempo, pero a más tardar en el 14° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, en junio de 2010: / 82.36. Aprobar y aplicar todas las medidas necesarias para alentar y garantizar el acceso de las niñas, las adolescentes y las mujeres a servicios de salud sexual y reproductiva adecuados, incluidos el suministro de anticonceptivos, la planificación de la familia, la información y la prestación de servicios obstétricos adecuados, asignando especial atención a la prevención del embarazo temprano y <u>de los abortos inseguros</u> (<b>Alemania</b>); ACEPTADO según informe A/HRC/14/5/Add.1 / 30. 15/ En ese contexto se sitúa la educación y la salud sexual y reproductiva (Recomendación 36), atención enfocada especialmente a las mujeres adultas y adolescentes, así como a la prevención de la mortalidad materna»<sup>184</sup> r. a.</p>

Como se observa en el primer apartado del cuadro, el Estado salvadoreño argumenta que la normativa penal referente al aborto tiene su justificación en el art. 1 de la Constitución –que reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción–. Seguidamente, agrega que se han realizado políticas públicas para proteger los derechos de las mujeres a la salud materna. También, aclara que no hay ningún protocolo que ordene al personal médico

<sup>181</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, págs. 199-200.

<sup>182</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 100.

<sup>183</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 100.

<sup>184</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., y otros, *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, pág. 143.

denunciar a las mujeres que se presume han sufrido un aborto extrahospitalario. En cuanto a las recomendaciones de otros Estados –Australia, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Alemania, España, República Checa, Eslovenia, Suecia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte–, El Salvador solo manifiesta que *examinará las recomendaciones que figuran a continuación y les dará respuesta a su debido tiempo*, también responde diciendo que *toma nota o acepta las sugerencias*.

La afirmación utilizada por el Estado salvadoreño –como respuesta– es bastante abierta, pero en ningún caso conlleva compromiso alguno de cambio normativo. Lo propuesto por los Estados parte de la premisa equivocada que en El Salvador el aborto está penalizado siempre –aun cuando la vida de la madre corra peligro– lo cual no es cierto. Igualmente, algunos países solicitan se permita el aborto en caso de violación e incesto, aunque ningún Estado solicita se permita el aborto en caso de malformación o inviabilidad extrauterina del bebe.

Las recomendaciones van enfocadas concretamente a modificarse la normativa penal para que se permita el aborto por indicaciones, y se proporcionen métodos anticonceptivos a las mujeres. Los métodos *anticonceptivos* no están prohibidos por el ordenamiento jurídico salvadoreño, sino únicamente en el caso que sean *abortivos*<sup>185</sup>.

#### 4.2. *Impacto en la legislación por los pronunciamientos de Órganos Internacionales de Derechos Humanos*

En consonancia con el *sistema monista con supremacía constitucional* asumido por El Salvador, las recomendaciones por parte de los comités, relatores y otros organismos internacionales no jurisdiccionales de derechos humanos, no han tenido un impacto en la legislación respecto del delito de *aborto consentido y propio*.

El diputado JOHN WRIGHT SOL, el 18 de agosto del 2017<sup>186</sup> presentó una iniciativa de ley para reformar el código penal y se permitiera el aborto «*cuando exista una violación a menor y del aborto terapéutico. Es decir, el que se practica cuando se encuentra en riesgo la vida de la embarazada*». Sin embargo, dicha iniciativa de ley no produjo ningún cambio

---

<sup>185</sup> Se subraya que abortivo y anticonceptivo no son lo mismo. dichas infracciones se encuentran reguladas como *faltas* en los artículos 373 (venta ilegal de abortivos) y 374 (anuncio de abortivos) del Código Penal salvadoreño

<sup>186</sup> “Johnny Wright presenta iniciativa para despenalizar el aborto”, *La Prensa Gráfica*.

en el código penal. Aparte de esa iniciativa de ley, existieron otros comentarios realizados por algunos parlamentarios. Por ejemplo, la expresidenta de la Asamblea Legislativa –Lorena Peña<sup>187</sup>– de forma insistente solicitaba se reformará el código penal. Incluso señalaba que – en próximas elecciones de diputados– no podrían reformar el delito de aborto sino se hacía en ese momento, «*será más difícil porque llegará gente muy retrógrada, fundamentalmente los de ARENA*» señaló. A pesar de esa y otras opiniones de diputados, no existió ningún tipo de reforma legal, ni si quiera pasó a debate legislativo alguna propuesta.

#### 4.3. *Impacto en la jurisprudencia por los pronunciamientos de Órganos Internacionales de Derechos Humanos*

Aunque no ha existido un cambio legal sobre el delito de aborto, si se ha tratado de introducir de forma indirecta el tema del aborto. Así fue con el movimiento de “*Las 17*”<sup>188</sup>, en el cual se exponía que en El Salvador había 17 mujeres (y más) que habían sido condenadas a 30 años de prisión por el delito de aborto, cuando sufrieron complicaciones obstétricas al momento del embarazo y sus hijos fallecieron a consecuencia de ello. Sin embargo, todos los casos se trataban de infanticidios o delitos de homicidio agravado. El bebe recién nacido lo asesinaba su misma madre, incluso –en la mayoría de los casos– los bebés eran lanzados a letrinas o fosas sépticas momentos después de nacer y –en otros más trágico– eran asfixiados. Esto anterior sin mencionar casos particulares de situaciones más graves como el caso EVELYN DEL CARMEN SÁNCHEZ CABRERA (una de las 17), quien apuñaló a su hijo recién nacido y lo confesó en su audiencia final<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> “Se desata polémica en El Salvador por la petición de diputada de despenalizar el aborto”, *La Prensa Gráfica*, 13 de marzo 2018, El Salvador. Disponible en: <https://historico.elsalvador.com/historico/460305/se-desata-polemica-en-el-salvador-por-la-peticion-de-diputada-de-despenalizar-el-aborto.html> consultado el 1 de febrero de 2022.

<sup>188</sup> Disponible en: <https://www.feministas.org/las-17-el-salvador-libertad-para.html> y <https://las17.org/> consultado el 2 de febrero de 2022.

<sup>189</sup> Sentencia condenatoria emitida a las 14 horas del 26 de febrero del 2010, por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, por los jueces Delfino Parrilla Rodríguez, Cecilia Margarita Turcios Barraza y Vilma Adela Melara. Proceso con referencia judicial **19-C2-2010**. Disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2010/02/B0D3B.PDF> y <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/4-sentencia-evelyn-del-carmen-sc3a1nchez-cabrera.pdf> consultado el 6 de abril del 2022. Existe una investigación en la cual se analizó todas las sentencias de los tribunales de justicia de El Salvador en los cuales habían condenado a mujeres por asesinar a su hijo recién nacido. CASTALDI, L. y LARÍN, S., “El caso Manuela y las 17+ contra El Salvador: un fraude ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la comunidad internacional”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, volumen 10, número 1, Argentina, 2020. Disponible en: [revistaidh.org](http://revistaidh.org), <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ridh/index> o <https://international.vlex.com/vid/caso-manuela-17-salvador-842509715> consultado el 6 de abril del 2022.

A pesar del movimiento de *Las 17*, no ha existido pronunciamientos de jueces que consideren que el delito de aborto sea inconstitucional, es decir, que inapliquen o hagan control difuso del delito de aborto. Esto tiene sentido pues todos han sido casos de infanticidio u homicidio agravado y no de aborto. El único caso donde un juez deliberadamente –a pesar de la responsabilidad penal– absolvió a una mujer –que lanzó a una fosa séptica a su hija recién nacida– fue el caso de IMELDA ISABEL CORTEZ PALACIOS. Una mujer mayor de edad, quien dijo que su hija fue producto de violación de su padrastro. En este caso sucedieron cosas muy distintas a otros procesos, entre esas particularidades fiscalía solicitó el cambio de calificación del delito de homicidio agravado en grado de tentativa (15 a 25 años, arts. 129 y 68 del Código Penal) al delito de abandono y desamparo (1 a 3 años, art. 199 Código Penal). También, solicitó la aplicación del procedimiento abreviado, es decir, que la procesada confesará que cometió el delito y obtuviera una pena menor (entre 4 meses a 1 año, art. 417 inciso 2 literal a Código Procesal Penal) en comparación a realizarse el proceso con normalidad y fuese condenada (1 a 3 años). Igualmente, fiscalía no interpuso recurso de apelación de la sentencia del juez, a pesar de que la imputada confiesa el delito y –contrario a la solicitud de fiscalía– el juez la absuelve<sup>190</sup>.

La decisión del juez se basa en las circunstancias que se encontraba IMELDA, a quien (argumentos del juez) por la situación de haber sido violada por su padrastro, la dependencia de su familia –a pesar de ser mayor de edad–, la vergüenza que pasaría con su madre, entre otros aspectos más. Eso habilitaba o permitía que IMELDA lanzará a una fosa séptica a su hija. Más allá de los aspectos que hagan aún más dramático el caso, el argumento esencial del juez está viciado de la *falacia de dos errores no hacen un acierto*<sup>191</sup>. Esta falacia argumentativa –o error de razonamiento– consiste en que cuando se ha cometido un error, otro error sumado a él harán un acierto. Sin embargo, porque algo se ha hecho mal, ello no quiere decir que seguir haciendo las cosas mal harán un acierto o es lo correcto.

Esta falacia argumentativa, es equiparable a *dos delitos no hacen una conducta justa*. Es decir, que alguien sea víctima de un delito (IMELDA) no le habilita para cometer un delito

---

<sup>190</sup> Dictamen de acusación de Fiscalía General de la República y sentencia disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/08/sentencia-imelda-isabel-cortez-palacios.pdf> y análisis del caso disponible en <https://vidasv.org/2019/05/26/las17-imelda/> consultado el 6 de abril del 2022

<sup>191</sup> BORDES SOLANAS, M, M., *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, págs. 237-238.

(intentar matar a su hija)<sup>192</sup>. Con mucha más razón cuando quien sufre el delito (su hija) no es quién le cometió con anterioridad el delito (el violador), puesto que –aparte de realizar una venganza– lo haría contra quien no tiene ningún tipo de responsabilidad del daño que le causaron.

#### 4.4. Panorama y contexto político

Hoy por hoy, quien posee el máximo poder en El Salvador es el presidente de la República NAYIB BUKELE. El partido político al que pertenece el presidente (Nuevas ideas) posee cincuenta y cinco de ochenta y cuatro diputados en el parlamento, y junto a otros aliados políticos fácilmente obtiene una mayoría absoluta en la Asamblea Legislativa de El Salvador. Con esa mayoría absoluta de votos, el 1 de mayo del 2021 se emitió un decreto legislativo (en las inaugurales 2 horas de sesión de la primera plenaria) que destituyó a todos los magistrados de la Sala de lo Constitucional<sup>193</sup> y designó a otros magistrados que se consideraban harían mejor trabajo para el pueblo. En esa sesión se hizo lo mismo con el Fiscal General de la República.

Meses después, la Asamblea Legislativa liderada por el partido del presidente NAYIB BUKELE, eligió a cinco magistrados más de la Corte Suprema de Justicia. En vista de ello, los cinco de la Sala de lo Constitucional nombrados en la primera sesión más los otros cinco elegidos posteriormente, generaron una mayoría de votos (diez de quince) en el poder judicial, lo cual ha sido suficiente para gobernar en la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Por ello, el partido político liderado por el presidente de la república de El Salvador posee el control tanto del órgano ejecutivo, legislativo y judicial.

El presidente NAYIB BUKELE ha sido claro con el tema del aborto y ha dicho que: *«[p]or lo tanto, he decidido, para que no quede [ninguna duda], [no proponer ningún tipo de reforma] a [ningún artículo] que tenga que ver con el D[erecho a la vida] (desde el momento de la concepción), con el matrimonio (manteniendo únicamente el diseño original,*

---

<sup>192</sup> Una legítima defensa no es considerada un delito. Por ello, actuar en legítima defensa no sería responder ante un delito con otro delito.

<sup>193</sup> “La Asamblea controlada por Bukele destituye al Constitucional de El Salvador”, *El País*, 2 de mayo 2021, España. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2021-05-02/la-asamblea-controlada-por-bukele-destituye-al-constitucional-de-el-salvador.html> consultado el 4 de febrero del 2022.

*[un hombre y una mujer]) o con la eutanasia»<sup>194</sup>. Asimismo, ha reiterado que «[u]stedes me conocen desde hace muchos años y saben que no propondría ninguna de esas cosas, por más presiones internacionales que tenga».*

Por ello, este contexto político –y muchos más pronunciamientos emitidos por el presidente de El Salvador<sup>195</sup>– permiten concluir que el aborto en El Salvador no se modificará mientras el presidente NAYIB BUKELE se encuentre en el poder.

Sobre este último punto de la continuidad en el poder, la nueva conformación de magistrados de la Sala de lo Constitucional emitió –4 meses después de sus nombramientos– una resolución<sup>196</sup> en la que establecía que se permitía la reelección presidencial a pesar de que la jurisprudencia constitucional ya había establecido que la reelección presidencial es inconstitucional (sentencia de inconstitucionalidad **163-2013** del 25 de junio del 2014)<sup>197</sup>. También, a pesar de que la Constitución salvadoreña lo prohíbe expresamente en sus arts. 154 «*[e]l período presidencial será de cinco años y comenzará y terminará el día primero de junio, sin que la persona que haya ejercido la Presidencia pueda continuar en sus funciones ni un día más*» r. a., art. 152 «*[n]o podrán ser candidatos a Presidente de la República: / 1º.- El que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial*» r.a., art. 88 «*[l]a alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político establecidos. La violación de esta norma obliga a la insurrección*» r.a., art. 75 «*[p]ierden los derechos de ciudadano: / 4º- Los que suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República, o empleen medios directos encaminados a ese fin*» r.a., y art. 248 inciso 4 «*[n]o podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se*

---

<sup>194</sup> 17 de septiembre de 2021, página oficial del presidente de El Salvador, NAYIB BUKELE. Publicación disponible en [https://m.facebook.com/story.php?story\\_fbid=411021887049287&id=100044244378596&\\_\\_entstream\\_source=timeline](https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=411021887049287&id=100044244378596&__entstream_source=timeline) consultado el 31 de enero 2022

<sup>195</sup> Como la entrevista que le realizó el cantante RENE PÉREZ «Residente» al presidente NAYIB BUKELE en marzo del 2020. Disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=O\\_AWaVehS5E](https://www.youtube.com/watch?v=O_AWaVehS5E) consultado el 6 de abril del 2022.

<sup>196</sup> Véase el sobreseimiento definitivo de la Sala de lo Constitucional del proceso de pérdida de derechos de ciudadanía con referencia **1-2021**, del 3 de septiembre del 2021. Disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/portal/apls/2021/09/1-2021PerdidaDerechosCiudadania.pdf> de marzo del 2022.

<sup>197</sup> Disponible en [https://archivo.tse.gob.sv/laip\\_tse/documentos/Amparos/163-2013-Inc.pdf](https://archivo.tse.gob.sv/laip_tse/documentos/Amparos/163-2013-Inc.pdf) consultado el 26 de marzo del 2022.

refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República» r. a.

## 5. CONCLUSIÓN

A) En el *control no jurisdiccional del sistema internacional de derechos humanos*, existen pronunciamientos de comités y relatores de la ONU que piden a El Salvador se permita el aborto porque para ellos existe una prohibición absoluta del aborto –a pesar de que no lo existe–. Las sugerencias de algunos países para que se permita el aborto son similares –desde el mismo error de considerar que existe prohibición absoluta del aborto–. Ningún Comité se pronuncia sobre el aborto en casos de malformaciones del *nasciturus*, pero algunos relatores<sup>198</sup> si lo solicitan. Las recomendaciones a El Salvador son coincidentes con las realizadas a los países vecinos de Guatemala, Nicaragua, Honduras y Costa Rica<sup>199</sup>, países en los cuales se prohíbe el aborto, pero está permitido excepcionalmente –como en El Salvador– cuando la vida de la madre corre grave peligro. Inclusive, Costa Rica y Nicaragua regulan expresamente en sus códigos penales el caso en que corre peligro la vida de la madre.

El Comité de Derechos Humanos en el *caso Karen Noelia Llantoy Huamán Vs. Perú* –caso con similitudes al *caso Beatriz Vs. El Salvador*, pero no en el sistema regional de derechos humanos– estableció que al no permitirle un aborto terapéutico a KAREN –porque su hijo era anencefálico (es decir, el bebe moriría en un tiempo corto después al nacer)– le vulneraron, principalmente, su derecho a la integridad –por causarle sufrimiento moral (art. 7 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*)–. El Comité se extralimita y no valora que el mismo pacto también protege el derecho a la vida del *nasciturus* en el art. 6.1 y art. 16. Aparte, Perú protege la vida humana no nacida desde la concepción al haber ratificado la *Convención americana sobre derechos humanos* (art. 4.1) y que su Constitución de Perú (arts. 1 y 2.1) protegen la vida del *nasciturus*, por tanto, son normas legales a las cuales Perú también está sometido. Pero como punto trascendente, el Comité no valoró que la opinión médica no habilitaba para que se practicará un aborto porque no estaban los

---

<sup>198</sup> *Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica.*

<sup>199</sup> *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* (Comité que no tiene competencia para controlar a El Salvador) es el único Comité que expresamente solicita a Costa Rica se permita el aborto en casos de malformación del *nasciturus*.

presupuestos para que –de conformidad al principio de proporcionalidad– se desplazará el derecho a la vida del *nasciturus* por el derecho a la integridad –por el sufrimiento moral– (ni si quiera el derecho a la vida porque no se encontró en peligro) de su madre.

B) En el *control no jurisdiccional del sistema regional de derechos humanos*, la CIDH establece que no es posible proteger el derecho a la vida de los *nasciturus* con malformaciones que hagan inviable su vida extrauterina (informe de fondo de *caso Beatriz Vs. El Salvador*). Igualmente, señala –de forma errónea– que en El Salvador existe una prohibición absoluta del aborto.

C) En el *control jurisdiccional del sistema regional de derechos humanos*, Corte IDH no ha realizado pronunciamientos de fondo sobre el aborto en El Salvador. Se emitió sentencia en el *caso Manuela y otros Vs. El Salvador* pero no se trata –ni la Corte IDH hizo mención expresa– del aborto, sino más bien se trataba del derecho a la presunción de inocencia, secreto profesional y más aspecto. Sin embargo, se encuentra en trámite el *caso Beatriz Vs. El Salvador* en el cual puede existir un pronunciamiento sobre el tema del aborto.

D) Los efectos de las decisiones de órganos internacionales y regionales no han tenido un impacto en la legislación, jurisprudencia ni política. A nivel legislativo no ha existido ni si quiera una iniciativa de ley que pase a discusión en la Asamblea Legislativa. Tampoco, ha existido ningún tipo de impacto en la jurisprudencia porque las decisiones del máximo tribunal de justicia de El Salvador –en los casos en los que ha tenido que decidir sobre el tema del aborto– ha reafirmado la protección del derecho a la vida del no nacido. Por su parte, en el contexto político, todo indica que el aborto no será un tema que se modificará mientras el presidente NAYIB BUKELE se encuentre en el poder. Esto último podrían ser muchos años, ya que se ha abierto la puerta a la reelección presidencial a pesar de que la Constitución no lo permite.

## V. DEBATE JURÍDICO Y POLÍTICO SOBRE LA VIDA NO NACIDA Y EL ABORTO EN EL SALVADOR

### 1. INTRODUCCIÓN

Luego de analizar el estatus jurídico de la vida no nacida, jerarquía de los tratados internacionales y el monitoreo de los órganos internacionales y regionales a El Salvador, como apartado final, se estudiarán los argumentos usados para solicitar que se permita el aborto en El Salvador. Por ello, este capítulo investigará si existe o no un derecho a abortar o derecho al propio cuerpo que justifique la práctica del aborto. También, abordará el debate sobre qué debe interpretarse de la expresión en la Constitución salvadoreña que prescribe que se «reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción» (art. 1 inciso 2). Esta afirmación es casi idéntica a la redacción del art. 4 numeral 1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, por ello se estudiará igualmente.

Finalmente, se analizará si jurídicamente es posible reformar la Constitución para permitir el aborto en causas distintas al grave peligro de la vida de la madre.

Finalmente, se responderá a las preguntas ¿Qué debe interpretarse sobre que se reconoce a la persona humana desde la concepción?, ¿Existe un derecho a abortar? Y si ¿Es posible legalizar el aborto en El Salvador?

### 2. LA INEXISTENCIA DEL DERECHO AL ABORTO Y QUÉ DEBE INTERPRETARSE DE LA FRASE: «DESDE EL INSTANTE DE LA CONCEPCIÓN» DEL ART. 1 INCISO 2 DE LA CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA

#### 2.1 Criterio de Tribunales Constitucionales de Argentina, Chile y Perú sobre la protección de la vida desde la Concepción

El momento en que empieza el Derecho a la vida es objeto de discusión por parte de algunos Tribunales Constitucionales de países pertenecientes al sistema interamericano de derechos humanos, y de la propia Corte IDH. El debate gira, fundamentalmente, en torno a la interpretación del concepto «concepción», contenido en el artículo 4.1. de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*. Mientras unos sostienen que la obligación estadual de proteger el derecho a la vida se inicia con la unión de espermatozoide y óvulo en la fecundación, otros aducen –por el contrario– que se inicia con la implantación del espermatozoide y óvulo (embrión) en el cuerpo de la madre.

El primer tribunal latinoamericano en decidir esta cuestión interpretativa fue la Corte Suprema de la Nación Argentina en el *caso Tanus*<sup>200</sup> (2001) y –posteriormente– en el *caso Portal de Belén*<sup>201</sup> (2002). En ambo reconoció la existencia de la vida humana desde la concepción, y afirmó que ésta comienza con la unión del espermatozoide con el óvulo, y no necesariamente con la implantación del embrión. La Corte Argentina dijo: «*es un hecho científico que la 'construcción genética' de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues 'El ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles'*»<sup>202</sup>.

PILAR ZAMBRANO apunta que de la anterior decisión se concluye que «*[e]l debate científico acerca de la distinción entre pre-embryones y embryones; o entre embryones viables e inviables, carece, pues, de toda relevancia jurídica*»<sup>203</sup> puesto que al unirse un espermatozoide con un óvulo inicia la vida de la persona titular de derechos.

Posteriormente, la Corte argentina (con una composición parcialmente distinta) declaró en el *caso F.A.L.*<sup>204</sup> la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en casos de embarazos a causa de violación. Las razones utilizadas (que fueron incoherentes<sup>205</sup> con lo dicho en el *caso Tanus* y *caso Portal de Belén*) no modificaron el criterio del reconocimiento de la persona humana desde el instante de la concepción. La Corte argentina usó –más bien– como argumento que el derecho internacional prohibía sancionar el aborto en casos de

---

<sup>200</sup> Caso de inducción al parto en el octavo mes de embarazo de un bebe anencefálico. Sentencia de Amparo de Corte Suprema de Justicia de Argentina caso “*Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*”, 11 de enero del 2001. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=5166011> consultada el 1 de junio del 2022.

<sup>201</sup> Caso de uso de métodos anticonceptivos que no permiten la implantación del embrión. Sentencia de Amparo de Corte Suprema de Justicia de Argentina en caso “*Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*”, 5 de marzo de 2002. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=5166011>

<sup>202</sup> Página 3, argumento 7° de sentencia de Amparo de Corte Suprema de Justicia de Argentina en *caso Portal de Belén*.

<sup>203</sup> ZAMBRANO, P., “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia argentina”, *Abeledo Perrot*, fascículo 13, Argentina, 2011, pág. 5. Disponible en <https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/EI%20valor%20de%20la%20vida%20del%20embrión%20en%20la%20jurisprudencia%20argentina.pdf> consultado el 21 de marzo del 2022.

<sup>204</sup> Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en caso “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*” del 13 de marzo del 2022, disponible en <http://www.mpd.gov.ar/users/admin/FAL.pdf> consultado el 1 de junio del 2022.

<sup>205</sup> PILAR ZAMBRANO argumenta de forma precisa los errores cometidos en la sentencia del *caso F.A.L.* en ZAMBRANO, P., “A Moral Reading of Argentine Constitutional Case Law on the Right to Life before Birth” en VV.AA., *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, págs. 192-200.

violación. Aparte de un contradictorio argumento, el de interpretar que la obligación del Estado argentino de proteger el derecho a la vida no nacida consiste –paradójicamente– en la obligación de permitir el aborto. Dicho en otras palabras, para ellos proteger es desprotegerle.

Posteriormente, Chile –el 18 de abril del 2008– en una sentencia de su máximo tribunal de justicia, prescribió que el derecho a la vida surgía desde la concepción –también– desde la unión del espermatozoide con el óvulo y no con la implantación. El proceso que se llevó en el Tribunal Constitucional de Chile es conocido como el *caso de la pastilla del día siguiente*<sup>206</sup>. Seguidamente, el Tribunal Constitucional de Perú –el 16 de octubre del 2009– en el *caso de la píldora del día siguiente*, en idéntico sentido, reconoció la vida humana desde la concepción, bajo las mismas características<sup>207</sup> que el Tribunal Constitucional de Chile.

Para el caso de Chile, en el año 2017<sup>208</sup> el Tribunal Constitucional de Chile expresamente permitió el aborto en caso de violación<sup>209</sup> e inviabilidad extrauterina. El tribunal se pronunció también sobre el aborto en caso de peligro de vida o salud de la madre, pero esa causal ya se encontraba permitida. En esta sentencia el Tribunal Constitucional de Chile señaló que el *nasciturus* no es persona sino «*un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. (...) El que está por nacer no necesita del estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga esta posibilidad*»<sup>210</sup>.

Lo contradictorio de esa afirmación es que –a pesar de decir que el *nasciturus* no es persona y que no necesita ser persona para que se le proteja su vida– posteriormente evidencia

---

<sup>206</sup> MIRANDA, A. y CONTRERAS, S., “Commentary on the Constitutional Court of Chile’s Decision Concerning the So-Called [«]Morning after Pill[»]” en VV.AA., *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, págs. 212-213. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en proceso de inconstitucionalidad referencia **740-07**. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=914> consultado el 21 de marzo del 2022.

CASTILLO CÓRDOVA, L., “Legal Status of Unborn Human Life: A Case from Peru” en VV.AA., *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, págs. 250-252. Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en proceso de amparo con referencia **02005-2009-PA/TC**. Disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf> consultado el 21 de marzo del 2022.

<sup>208</sup> Sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional de Chile, caso con referencia **Rol 3729-17**, del 28 de agosto del 2017. Disponible en <http://mileschile.cl/wp-content/uploads/2017/09/Sentencia-Tribunal-Constitucional-Ley-Aborto-Tres-Causales-1.pdf> consultada el 1 de junio del 2022.

<sup>209</sup> Hasta las 14 semanas si es menor de 14 años y si es mayor de 14 años hasta las 12 semanas. Página 107 de la sentencia.

<sup>210</sup> Página 103 de la sentencia.

las verdaderas intenciones de no reconocer que el *nasciturus* es persona. Es decir, el fin de no proteger su derecho a la vida y habilitar el aborto porque –si no hay persona– no hay ningún derecho que se vulnere. Como se ve en la afirmación «(...) *el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona*»<sup>211</sup>. A pesar de que la misma Constitución de Chile prescribe en su art. 19 la protección del derecho a la vida del no nacido «[l]a Constitución asegura a todas las personas: 1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer»<sup>212</sup>.

Esta sentencia es diferente a la decisión de la Corte Suprema de Argentina, pero –finalmente– llevan a la misma conclusión. O sea, no reconocer el derecho fundamental a la vida del no nacido, a pesar de que el ordenamiento jurídico se lo reconoce. En lo que coinciden –tanto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina como la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile– es que están influenciadas –en gran (o toda) parte– por los pronunciamientos que se realizan en el sistema internacional de derechos humanos<sup>213</sup>. En resumen, no hay nada más paradójico que hacer lo que opuestamente es el sentido de protección a un derecho, es decir, desprotegerle.

#### *2.2 Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 4.1 de la Convención en el Caso Artavia Murillo (“Fecundación in vitro”) y otros vs. Costa Rica*

En el sistema regional de Derecho Humanos, la Corte IDH en el *Caso Artavia Murillo (“Fecundación in vitro”) y otros vs. Costa Rica*<sup>214</sup>, estableció que el derecho a la vida del *nasciturus* no iniciaba con la unión del espermatozoide y óvulo, sino hasta que esa unión –de espermatozoide y óvulo– se implanta en el cuerpo de la mujer. Para la Corte IDH la *Convención americana sobre derechos humanos* cuando en el art. 1 señala «2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano» y luego en el art. 4 reafirma «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. (...)» r. a., ello no reconoce el

---

<sup>211</sup> Pág. 115 de la sentencia.

<sup>212</sup> Constitución disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf) consultada el 1 de junio del 2022.

<sup>213</sup> Véase página 65 en sentencia de Chile y –básicamente– todo (págs. 6, 11, 12, 25 y 26) el hilo argumentativo de la sentencia *F.A.L.* de Argentina

<sup>214</sup> Sentencia del 28 de noviembre del 2012. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf) consultada el 2 de junio del 2022.

derecho a la vida del no nacido inicia con la unión del espermatozoide y óvulo porque «(...) la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción» r. a. (párrafo 186).

Esta exclusión de protección de la vida del no nacido, la Corte IDH la justificó en que: i). «(...), si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas» r. a. (párrafo 186). Aparte que ii). «, (...) s[o]lo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella» r. a. (párrafo 187).

Otro argumento fue que iii). la expresión «*en general*» del art. 4.1 según Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa “*en común, generalmente*” o “*sin especificar ni individualizar cosa alguna*” y, por ello, «*se debe interpretar que se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular*» (párrafo 188); y que iv)., en 1969 al momento de discutir, redactar, emitir y suscribirse la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* no era posible científicamente la unión del espermatozoide y óvulo fuera del cuerpo de la mujer. «*Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado*». r. a. (párrafos 179 y 246). Es decir, es una interpretación evolutiva el no considerar la vida humana desde la unión del espermatozoide y óvulo sino hasta la implantación.

Esta sentencia ha sido muy criticada, primero a). por los saltos lógico en el proceso interpretativo para redefinir el derecho a la vida desde la concepción<sup>215</sup> en la *Convención americana sobre derechos humanos*; segundo b) por la interpretación restrictiva<sup>216</sup> del

---

<sup>215</sup> DE JESÚS CASTALDI, L., OVIEDO ÁLVAREZ, J. A., SILVA ABBOTT, M., ORNELAS DUARTE, A., HERRERA FRAGOSO, A., SÁNCHEZ BARROSO, J. A., SAÚL RAMÍREZ, H., y RAMOS-KURI, M. *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre Fertilización in vitro*, págs. 30-38

<sup>216</sup> CIANCIARDO, J., “The Specification of the Right to Life of the Unborn in the Inter-American Human Rights System A Study of the Artavía Murillo Case” en VV.AA., *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, págs. 172-182.

derecho a la vida del no nacido, en contradicción al *principio pro homine* que ordena que de todas las interpretaciones posibles se debe elegir la que más proteja los derechos de las personas<sup>217</sup>; tercero c) por la injerencia en aspectos que atañen al sistema republicano y democrático de cada Estado, los cuales son elementos esenciales de un Estado de derecho. En el caso concreto «*la Constitución [chilena] de 1949 (...) impide que una sentencia de la Corte Interamericana enerve la discusión y el debate costarricense, pues el sistema, per se, reclama la posibilidad de los costarricenses de debatir, en su propio contexto, los temas de interés nacional*»<sup>218</sup>. Esto sin mencionar otras más críticas o contrargumentos. En la sentencia, la Corte IDH no hace mención sobre si la decisión que toma la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica o –concretamente– la Constitución de Costa Rica se encuentra en jerarquía inferior a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o los pronunciamientos que emite la Corte IDH.

La cuestión relevante –a los efectos de este trabajo– es determinar, en qué medida, la interpretación de la Corte IDH sobre el inicio del derecho a la vida del *nasciturus* es vinculante para los Estados parte de la Convención y –más importante– para El Salvador en particular. Para ello se estudiará la solidez argumentativa de la interpretación del art. 4.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

### 2.2.1 Incoherencias en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Especialmente el juez EDUARDO VIO GROSSIO –en su voto disidente de la sentencia– contraargumento lo dicho por la Corte IDH y argumento sobre el sentido del art. 4.1 de la Convención. Sus razones fueron las siguientes: i). La *Convención de Viena sobre el Derecho*

---

<sup>217</sup> «(...) cualquier limitación al derecho a la vida del no nacido supuestamente contenida en la expresión “en general” debería ser sumamente restringida, prevaleciendo aquella interpretación que otorgue mayor y mejor protección de la vida desde la concepción sobre aquellas que intenten limitarla o condicionarla». DE JESÚS CASTALDI, L., OVIEDO ÁLVAREZ, J. A., SILVA ABBOTT, M., ORNELAS DUARTE, A., HERRERA FRAGOSO, A., SÁNCHEZ BARROSO, J. A., SAÚL RAMÍREZ, H., y RAMOS-KURI, M. *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre Fertilización in vitro*, pág. 51.

<sup>218</sup> DE JESÚS CASTALDI, L., OVIEDO ÁLVAREZ, J. A., SILVA ABBOTT, M., ORNELAS DUARTE, A., HERRERA FRAGOSO, A., SÁNCHEZ BARROSO, J. A., SAÚL RAMÍREZ, H., y RAMOS-KURI, M. *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre Fertilización in vitro*, pág. 75.

de los *Tratados* en sus artículos 31<sup>219</sup> y 32<sup>220</sup> plasman directrices para la interpretación de los tratados internacionales.

Por ello, bajo la regla de *interpretar los términos utilizados como se entendían en la época que fueron usados*, la expresión «*en general*» del art. 4.1 –exactamente como se entendía en la época en que se emitió la *Convención americana* (art. 32.1 *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*)–, dicha expresión significaba –incluso significa lo mismo actualmente– lo siguiente: «*común, frecuente, usual*» y «*común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente*». También sus sinónimos son «*en común, generalmente*» y «*sin especificar ni individualizar cosa alguna*» r.a. Por el contrario, su antónimo es «*tal como se entendían a la época de la Convención [americana] y se entienden en la actualidad[:]*» (...)“*particular*”, que significa “*propio y privativo de algo, o que le pertenece con singularidad*”, “*especial, extraordinario, o pocas veces visto en su línea*”, “*singular o individual, como contrapuesto a universal o general*”; “*singular*”, cuyas acepciones son “*solo (único en su especie)*”, “*extraordinario, raro o excelente*”; e “*inusual*”, que implica “*no usual, infrecuente*”»<sup>221</sup> (art. 31 numeral 1, 2, 3 y 4 de *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*).

Sobre esta base, el juez arguye que la expresión «*en general*» debe interpretarse como una verdadera amplitud de protección del derecho a la vida y no como una excepción de protección o reducción de protección al derecho a la vida. Ello en razón al significado que tenía y tiene el vocablo «*en general*» y, además, en concordancia a la regla de interpretación

---

<sup>219</sup>Art. 31 «*Regla general de interpretación. / 1. Un 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. / 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. / 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes*» r. a.

<sup>220</sup>«*Medios de interpretación complementarios. / Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable*» r. a.

<sup>221</sup> Pág. 7 de voto disidente.

del «objeto y fin» que tiene la *Convención americana*, que consiste en *el respeto de los derechos humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio* (arts. 1.1. y 4.1.). Así, «*las referidas palabras “y, en general” deben ser entendidas en tal perspectiva, es decir, con “efecto útil” a tal propósito, de modo que efectivamente contribuyan al objeto y fin general perseguido y no que constituyan una excepción a ello ni menos, en particular, una negación del derecho a la vida*»<sup>222</sup>, dice el juez VIO GROSSIO.

Seguidamente, el juez de la Corte IDH agrega que *ii*). que en la *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos* que aprobó la *Convención americana*, existieron tres países que propusieron, para que no se prohibiera el aborto, que se eliminará del art. 4.1 «*y, en general, a partir del momento de la concepción*», pero «*la Comisión estimó que “por razones de principio era fundamental consagrar la protección del derecho a la vida en la forma como lo había recomendado al Consejo de la Organización de Estados Americanos en su dictamen (primera parte)”*. Por tanto, *decidió mantener sin cambios el texto (...)*» (párrafo 205 sentencia). Por ello, para el juez VIO GROSSIO es evidente que no se quiso dejar dudas sobre la protección de la vida que debe darse al derecho de toda persona, aun cuando no haya nacido. «*En otras palabras, esa protección debe ser “común” para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, “aunque sean de naturaleza diferente”, dado que “constituyen un todo”, en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona*»<sup>223</sup>, remarca en su voto disidente.

Respecto del vocablo *concepción*, *iii*) sostiene que, según la versión de 1956 del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española que estaba vigente al momento de la discusión del texto de la convención, el término *concepción* se entendía como «*la “acción y efecto de concebir”; el de “concebir” como “quedar preñada la hembra”; el de “preñada” como “dícese de la mujer y de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre”; el de “preñar” como “empreñar”; el de “empreñar” como “hacer concebir a la hembra”; y el de “fecundar” como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”*»<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Página 7 de voto disidente.

<sup>223</sup> Página 8 de voto disiente.

<sup>224</sup> Página 8 del voto disidente.

Casi al mismo tiempo de la suscripción de la *Convención*, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española –versión del año 1970–, definía «*el término “preñar” como “empreñar, fecundar o hacer concebir a la mujer”*». Ese término, es el mismo utilizado en la actualidad. O sea, *fecundar* significaba (y significa) que el ser humano se origina al «*unirse el elemento reproductor masculino al femenino*» y –cuando ello acontece– se entiende que ese ser humano, que está en un proceso total de formación, se encuentra en el vientre de una mujer. En consecuencia, los términos *fecundar* o *hacer concebir* a la mujer fueron utilizados como *sinónimos*. Ello es así, pues no se debe olvidar que fue hasta 1979 –10 años después emitirse la *Convención americana*– que en el mundo se dio el primer caso donde se pudo «*generar vida humana fuera del cuerpo de la mujer*» r. a. –vocablo usado por el perito FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD (pie de página 265 en párrafo 179)–. Por tanto, el término *concepción* del artículo 4.1 de la *Convención americana* jurídicamente debe ser interpretado como *la fecundación del óvulo por el espermatozoide*. «*Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término e incluso parte muy importante, por no decir mayoritaria, de la ciencia médica así también lo estima. Con esto no se está sosteniendo que lo que exprese la ciencia médica no deba ser tenido en cuenta, sino que ello lo debe hacer en la medida que el Derecho lo incorpore en su acervo*»<sup>225</sup>, subraya el juez en su voto disidente.

Sobre este último punto es importante robustecer el hilo argumentativo del juez VIO GROSSIO. Particularmente las justificaciones de la Corte IDH sobre *iii*). lo que significa –o significó– según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la expresión *en general* o *concepción*; y *iv*). que –en 1969– al momento de discutir, redactar, emitir y suscribirse la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, no era posible científicamente la unión del espermatozoide y óvulo fuera del cuerpo de la mujer. En razón a ello, para la Corte IDH «*(...), la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado*». r. a. (párrafos 179 y 246).

En cuanto a dichos argumentos –si bien es cierto– como punto de partida es admisible analizar cuál es el significado según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de las expresiones *en general* o *concepción*, lo dicho por el diccionario no puede

---

<sup>225</sup> Página 9 de voto disidente.

ser el punto de llegada en la interpretación final del art. 4.1 de la *Convención americana*. Aunque el significado de las palabras es –por regla general– un buen instrumento para plasmar nuestras ideas –o intenciones–, *el significado de las palabras no es el único –ni mejor instrumento– para interpretar qué se quiso plasmar en una norma jurídica porque – muchas veces– la intención de lo que se pretende decir cambia al usar un lenguaje no técnico. O –como lo fue en este caso– cuando el lenguaje usado para ese momento histórico se encontraba limitado a lo que era posible científicamente*. Por ello, el significado tajante de las palabras –a veces– no permite interpretar la verdadera intención y, en consecuencia, no puede ser el mejor –ni el único– parámetro de interpretación.

Para saber a qué se referían los Estados cuando plasmaron y ratificaron las expresiones *en general* y desde la *concepción* –del art. 4.1 la *Convención americana*–, se debe valorar el contexto (cultural y científico) en que se discutió y se aprobó dicha Convención.

Pues bien –en 1969– al momento de discutirse, redactarse y emitirse la *Convención americana* no era posible científicamente la unión del espermatozoide y óvulo fuera del cuerpo de la mujer. La propia Corte IDH advierte que «(...), *la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado*». r. a. (párrafos 179 y 246). O –mejor dicho– la Corte IDH *cambió* la definición e intención, puesto que la intención de los Estados es un acto histórico inmodificable, lo único que es posible es descubrir o reconocer lo que ellos deseaban, no es posible crear ni cambiar lo que los Estados pretendían.

En contexto histórico-científico de la *Convención americana*, la *concepción* era el primer momento en que iniciaba la vida, *sin imaginar la posibilidad de crear vida humana fuera del cuerpo de la mujer al unir un espermatozoide y un óvulo*. Fue hasta 10 años después de emitirse la Convención que existió la posibilidad de «*generar vida humana fuera del cuerpo de la mujer*» r. a. – se remarca que «*vida humana*» es el vocablo usado por el perito FERNANDO ZEGERS-HOCHSCHILD el cual retoma la Corte IDH (pie de página 265 en párrafo 179)–.

Por tanto, si los Estados tenían una intención al momento de ratificar la *Convención americana*, esa intención fue la de proteger el proceso vital de formación de la vida humana desde que iniciaba, que –en su momento histórico– se entendía era en la *concepción*, expresión usada a modo de matiz para expresar la idea «*desde que inicia la vida humana*»,

es decir, con la unión del espermatozoide y óvulo. En resumen, la *vida humana inicia* –o el *proceso vital de formación del ser humano*– desde la unión del espermatozoide y óvulo, el no nacido debe ser protegido de su derecho a la vida desde ese momento. Incluso, la misma Corte IDH lo reconoce en el párrafo 186 al decir «(...), *si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”*» r.a. Por ello, las expresiones concepción y fecundación, jurídicamente deben ser entendidas como sinónimas a la luz de la *Convención americana*.

El lenguaje usado por los Estados fue el que mejor expresaba lo que ellos querían. Los Estados se expresaron con acierto para ese momento histórico, y como señala el filósofo –además profesor de poética y retórica– ADELINO CATTANI: «(...), *la forma de expresar un acto o una idea tiene un poder inmenso, casi mágico: las palabras crean imágenes, las imágenes crean ideas y las ideas crean comportamientos*»<sup>226</sup>. Las palabras usadas por los Estados nos hacen ver la imagen de proteger la vida humana desde que inicia y ahora la ciencia ha permitido crear vida fuera del cuerpo de la madre, es entonces a ese momento a lo que los Estados querían referirse. Fue la imagen que crearon con sus palabras.

#### 2.2.2 Análisis de la argumentación sistemática y teleológica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la argumentación sistemática –argumentando por *reducción al absurdo*<sup>227</sup>– de aceptarse lo dicho por la Corte IDH en su argumento *i*). en el que señala «(...), *si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”*», *lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas*» r. a. (párrafo 186). Si se admite esto anterior, obligaría a admitir que el óvulo fecundado, aunque no este implantado en el cuerpo de la mujer, genéticamente contiene información suficiente para desarrollarse como un *ser humano* –es un ser humano–. Sin embargo, esa característica de *dependencia* o *necesidad* para desarrollarse es asumida (bajo el razonamiento de la Corte IDH) como causal de pérdida de la condición de persona titular de derechos o –lo que podría

---

<sup>226</sup>«Además de significado, la palabra posee un poder y produce un efecto. El poder se pone en marcha al pronunciarla; el efecto es lo que se obtiene por medio de ella. Lo curioso es que pueden tener poder y efecto incluso las palabras que carecen de significado; en eso reside parte del misterio de la magia» CATTANI, A., *Expresarse con acierto. Una ocasión para cada palabra, una palabra para cada ocasión*, primera edición, Alianza Editorial, España, 2010, pág. 25.

<sup>227</sup> VEGA REÑÓN, L. y OLMOS GÓMEZ, P., *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, pág. 23.

ser más contradictorio e insostenible aún— como causal de pérdida —o exclusión— del derecho a la vida. Esta conclusión es inaceptable —o absurda argumentativamente— a la luz de la *teoría de los derechos fundamentales* por ir contra la universalidad y paridad de los derechos fundamentales, que es una característica de los derechos fundamentales.

La *necesidad o dependencia* de un ser humano en desarrollo no puede ser el criterio para reconocer o negar la existencia de la persona humana. Esta premisa normativa conduce a conclusiones abiertamente contrarias al fin inherente a todo sistema de derechos humanos, que consiste en proteger a todo ser humano y, especialmente, a quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Llevaría incluso al absurdo —por coherencia del razonamiento anterior— de aceptar que un niño recién nacido cuyos órganos no terminaron de desarrollarse dentro del vientre materno y quien, para su proceso normal o final de formación, *necesita o depende* de una incubadora —ni si quiera de una persona sino de una máquina (*cosa*)—, no sería una persona humana o no tendría derecho a la vida, debido a su *necesidad o dependencia*.

En otra línea, el argumento de la Corte IDH sobre qué *ii*). «, (...) *s[o]lo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “gonodotropina coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella*» r. a. (párrafo 187), elude la discusión o comete la *falacia de la falsa pista*<sup>228</sup>. En efecto, el debate interpretativo del artículo 4.1 de la *convención americana* no se refiere a que se deba proteger la vida humana «*hasta que científicamente se pueda probar que una mujer está embarazada*», sino —más bien— a que sí el término *concepción* —al que alude la *convención americana*— hace referencia a la unión del espermatozoide con el óvulo o —por el contrario— la implantación. O, dicho de otra forma, si acaso los estados querían proteger la vida humana desde que inicia estableciendo *concepción* como sinónimo de unión de espermatozoide o —por el contrario— se pretendía proteger la vida humana después que iniciará (hasta que se implantará en el cuerpo de la mujer). La estructura del argumento encierra una petición de principios y simplemente elude el tema de debate. Se asume que la concepción ocurre con el embarazo, y luego nos lleva al problema de determinar cuándo ocurre el embarazo. Sin embargo, el

---

<sup>228</sup> BORDES SOLANAS, M., *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, pág. 82

objeto de discusión era, precisamente, si el embarazo es o no condición necesaria de la concepción.

Pero incluso, aunque científicamente fuese *difícil* de probar que un embrión –aún no se ha implantado– está dentro del cuerpo de la mujer, ello, no conlleva la negación de su vida y/o de su naturaleza humana. Una cosa es: *a*. Probar que un embrión *es un ser humano* en proceso de desarrollo, otra *b*. Probar que *hay* un embrión *dentro el cuerpo* de una mujer, y –otra diferente– *c*. Probar que el embrión se ha *implantado en el cuerpo* de una mujer.

Dicho de otra forma, lo determinante no es probar que dentro del cuerpo de una mujer hay un embrión vivo no implantado, sino si un embrión no implantado es persona en los términos de la convención y –por ende– si su vida es objeto de la obligación estadual de protección.

De este modo, la corte comete un error argumentativo en –lo que podría ser– la piedra angular de su construcción interpretativa, porque argumenta acerca de la prueba sobre el lugar de la concepción, cuando lo correcto era argumentar si las *características específicas* del embrión permiten conceptualizarlo o no como persona titular de derechos. Por ello, el argumento de la Corte IDH incurre en un error de razonamiento –*falacia argumentativa de falsa pista*– porque la dificultad de probar la implantación no anula ni contraargumenta la naturaleza personal del embrión.

En la argumentación teleológica, la Corte IDH, de todas las interpretaciones posibles –o al menos sostenibles–, elige la que más restringe –o menos protege– los derechos fundamentales del no nacido. Esta interpretación va contra los mismos lineamientos que la Corte IDH ha sostenido cuando reconoce el *principio pro persona* en el art. 29 de la *convención americana*<sup>229</sup>, o sea, interpretar los derechos humanos de forma extensiva y de forma restrictiva sus limitaciones.

En resumen, sobre la base de lo anterior, la interpretación de la Corte IDH sobre el significado del artículo 4.1. *Convención americana* se encuentra en –lo que podríamos llamar– la «*zona de penumbra*» del enunciado. Es una interpretación que ni ahora, ni mucho menos al momento de redactarse y acordarse el texto definitivo de la convención, puede asumirse que los Estados se comprometieron a ajustarse, al firmar y ratificar la convención.

---

<sup>229</sup> Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos *caso federación nacional de trabajadores marítimos y portuarios (femapor) vs. Perú*, del 1 de febrero del 2022, párrafo 107. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_448\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_448_esp.pdf) consultado el 2 de junio del 2022.

### 2.3 El Salvador: «desde el instante de la concepción» es igual a «el máximo de protección posible a la persona humana en su proceso vital de formación»

El anterior criterio por parte de la Corte IDH del art. 4.1 de la *Convención americana* no es la última palabra respecto a la vida no nacida en el salvador, principalmente porque: a) es insostenible interpretar la superioridad jerárquica de la *Convención americana* de cualquiera de sus artículos; b) en El Salvador no existe bloque de constitucionalidad y los tratados se encuentran en jerarquía inferior a la Constitución; y c) El Salvador hizo reserva cuando dio competencia a la Corte IDH diciendo que prevalecería la Constitución.

La Sala de lo Constitucional –máximo tribunal de justicia de el salvador (incluso sobre la Corte IDH)– ha sido enfática en que no existe en lo absoluto un *derecho a abortar* y que el constituyente al reconocer a la persona humana desde el momento de la concepción «pretende evitar que se disponga y se atente contra la vida humana en gestación, aduciendo un "derecho al propio cuerpo" o cualquier otra causa, a fin de garantizar y brindar al nasciturus la oportunidad de completar el ciclo biológico requerido para desarrollarse y adquirir la plena personalidad como sujeto jurídico»<sup>230</sup> r.a. En una misma línea reafirma que «existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana "desde el momento de la concepción", art. 1 inc. 2° cn»<sup>231</sup>. En igual sentido, la sala establece que no existe un «derecho al propio cuerpo o al propio vientre», «derecho a la interrupción del embarazo» o

---

<sup>230</sup> Página 13 de Amp. 310-2013.

<sup>231</sup> Página 38 de Amp. 310-2013.

«derecho a abortar»<sup>232</sup>, y que –incluso– eso es algo que ya fue resuelto desde el año 1998 en la sentencia de inconstitucionalidad con referencia **18-98** del 20 de noviembre de 2007<sup>233</sup>.

Por otra parte, la sala de lo constitucional ha señalado que la expresión «desde el instante de la concepción» tampoco se debe interpretar en un sentido científico o médico. En concreto ha dicho: «(...) no puede interpretarse en el sentido de que el constituyente haya pretendido definir o resolver un asunto científico, sobre los tiempos del proceso biológico que determina el comienzo de una nueva vida humana, que aún hoy es objeto de debate en ese ámbito del conocimiento. Se trata más bien de una expresión utilizada, a modo de matiz lingüístico, para remarcar o enfatizar la idea de máxima protección posible de la persona, siempre en relación interdependiente con los derechos de los demás»<sup>234</sup> r. a. Es decir, la interpretación sobre qué debe entenderse que «se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción», no es un tema que los científicos lo van a determinar, ya que la frase «desde el instante de la concepción» es una expresión que se debe entender como: «el máximo de protección posible a la persona humana en su proceso vital de formación». Por ello, si la vida humana inicia desde la unión del espermatozoide con el óvulo, el estado salvadoreño está obligado a dar el máximo de protección posible desde ese instante.

---

<sup>232</sup> Página 11 de Amp. **310-2013**. CARLOS BERNAL PULIDO en su voto razonado de la sentencia de inconstitucionalidad del proceso con referencia **C-088/20** de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 2 de marzo 2020 señaló: «[n]o existe un derecho fundamental a abortar, ni un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, ni a decidir con libertad acerca de la práctica del aborto», consultada el 20 diciembre 2021, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-088-20.htm>. En igual sentido, EDUARDO VIO GROSSI en su voto parcialmente disidente de la sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso *Manuela y otros Vs. El Salvador* de fecha 2 de noviembre del 2021 estableció: «no existe norma jurídica interamericana ni internacional alguna, sea convencional, costumbre internacional o principio general de derecho, que reconozca al aborto como un derecho», consultada el 20 de diciembre 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf). Más recientemente, EDGAR STUARDO RALÓN ORELLANA en su voto disidente del informe fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del caso *Beatriz Vs. El Salvador* reafirma que «no existe un derecho al aborto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así lo reconocen implícitamente incluso aquellos que son, efectivamente, partidarios del aborto» pág. 52 y pie de página 257. Disponible en [http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV\\_13.378\\_ES.PDF](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV_13.378_ES.PDF) consultado el 7 de mayo del 2022

<sup>233</sup> Esto anterior es citado en página 11 de Amp. **310-2013**.

<sup>234</sup> Página 11 de Inc. **22-2011**.

Dicho de forma más corta, en sentido opuesto a STEFANO RODOTÀ y su famoso libro *el derecho a tener derechos*: el no nacido más bien tendría el derecho a que su madre no tenga derechos sobre su vida o la madre tendría *el derecho a no tener derecho*<sup>235</sup>.

3. NO ES POSIBLE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN PARA PERMITIR EL ABORTO. IR EN REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VA CONTRA UNA CLÁUSULA PÉTREA

Puede existir una visión errada sobre la omnipotencia de las mayorías, puesto que la democracia no son solo las mayorías ni es una especie de simple operación matemática de sumar de votos por encima de las minorías. Contra ese paradigma LUIGI FERRAJOLI, ofrece un concepto de *democracia constitucional*<sup>236</sup> y explica que de donde deriva esta expresión, o sea, el *Estado de derecho*, posee dos acepciones diferentes. Por una parte, Estado de derecho en *sentido formal*, donde el poder es conferido por la ley y se ejerce conforme al proceso que la ley establece o –en otras palabras– una democracia de *formas o procesos*. La segunda acepción de Estado de derecho es en *sentido sustancial*, en este caso el poder igualmente es otorgado por la ley bajo los procesos establecidos, pero aparte, el poder se encuentra sometido a los *contenidos* de la democracia. Esos contenidos son: la *división de poderes* y los *derechos fundamentales*.

Esas dos visiones de Estado de derecho (*formal* y *sustancial*) producen implicaciones –particularmente la *sustancial*– en tres aspectos: en *la naturaleza del derecho*, *la naturaleza de la ciencia jurídica* y *la jurisdicción*. En cuanto a *la naturaleza del derecho*, cambia la teoría de la validez las normas jurídicas porque para que la ley sea válida en un sistema jurídico no depende solo de su fuente formal (los *sujetos* que la crean, el *proceso* que usan y la *materia* que regulan) sino también de su justicia *sustancial* –que respete la *división de poderes* y *derechos fundamentales*–. Por su parte, en *la naturaleza de la ciencia jurídicas* su repercusión es con el *objeto* de la ciencia jurídica, pues ese *objeto* ya no es solo el derecho de leyes sino el derecho creado<sup>237</sup> por los jueces en sus sentencias. Por último, en *la*

---

<sup>235</sup> SOLÍS JIMÉNEZ, J. G., “El derecho a no tener derecho”, *Revista Derecho y Negocios*, edición 72, El Salvador, 2017, págs. 16-17. Disponible [https://issuu.com/derechoynegocios/docs/edici\\_n\\_72](https://issuu.com/derechoynegocios/docs/edici_n_72) consultado el 15 de febrero del 2022.

<sup>236</sup> FERRAJOLI, L., *Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional*, primera edición, Editorial Trotta, España, 2020.

<sup>237</sup> Sobre este tema autores como MANUEL ARAGÓN establecen que los jueces no «crean» sino más bien «recrean» el derecho (no crean de la nada sino crean a partir de algo ya creado) porque el órgano judicial tiene

*jurisdicción* su consecuencia es en la aplicación del derecho ya que el juez no aplica la ley como si fuese matemática porque ahora valora aspectos de justicia sustancial<sup>238</sup>.

Estas implicaciones en el Estado de derecho han influido en la constitucionalización de principios y derechos fundamentales que –a su vez– ha transformado el concepto de *democracia* –antes entendido como un exclusivo cumplimiento de *formas*– a un concepto que hoy por hoy posee una dimensión *sustantiva*, es decir, *límites* que son prohibiciones a las mayorías. En igual sentido, ha generado una garantía al pueblo para que se tomen decisiones en busca del interés general<sup>239</sup>. Por ello, FERRAJOLI establece que «[u]na constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente [o contra] la voluntad popular»<sup>240</sup>. Esos «derechos de todos» los denomina «derechos vitales» y constituyen límites para las decisiones emitidas por las mayorías.

Así, el poder del pueblo se ve redefinido en dos puntos: *i.* la *soberanía popular* es del pueblo entero, por ello existe una prohibición a cualquiera de expropiarlo, no puede pertenecer a nadie más que el pueblo en su totalidad –ni al parlamento o presidente–; y, *ii.* la *soberanía popular* es el resultado de sumar todos los derechos fundamentales de cada uno de los integrantes del pueblo. En consecuencia, *al existir una vulneración a los derechos fundamentales de un sector del pueblo, no solo se afecta a los titulares del derecho sino, también, a la soberanía popular porque ella está compuesta por la suma de cada uno de los derechos de las personas que integran el pueblo.* Por tanto, FERRAJOLI señala que existe una «esfera de lo no decidible» ya que los derechos fundamentales constituyen límites intraspasables para la ficticia *omnipotencia* de las mayorías porque si la suma de los derechos

---

límites *teóricos, normativos y argumentativos.* ARAGÓN, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, tercera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2013, págs. 309 a 310. Pese a esa idea, es posible sostener que en algunos casos el vocablo apropiado puede ser «reconocer» porque en temas de derecho humanos el juez no *crea* o *recrea* el derecho sino más bien *reconoce el derecho* o reconoce algo que ya fue creado y es inherente al ser humano, esto último es el sentido del preámbulo de la *Declaración universal de derechos humanos*, que en su primer párrafo establece *el reconocimiento* de derechos inherente a la persona.

<sup>238</sup> Parfraseando otro autor: *hay que eliminar de la jurisdicción todo lo que es solo «legisdicción» y no «jurisdicción».* ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, décima edición, Editorial Trotta, España, 2012, pág. 149.

<sup>239</sup> Hay otros autores que señalan diferencias entre el *interés de las mayorías* e *interés general*. El *interés general* busca decisiones «preferentes» a todos y el *interés de las mayorías* decisiones «preferibles» a un sector en particular. CARBONELL, M., *Elementos de derecho constitucional*, cuarta edición, Doctrina jurídica contemporánea, México, 2013, pág. 97.

<sup>240</sup> FERRAJOLI, L., *Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional*, pág. 48.

de todas las personas es la *soberanía popular*, al existir una vulneración a los derechos de integrantes del pueblo, entonces, se atentaría contra la *soberanía popular*. Por tanto, la vulneración de los derechos fundamentales son un aspecto excluido de decidir para las mayorías –ni si quiera por unanimidad–.

Esta idea de la *democracia constitucional* se materializa en la práctica constitucional en dos principios: el *principio de progresividad de los derechos fundamentales* y el *principio de prohibición de regresividad de los derechos fundamentales*. La Sala de lo Constitucional de El Salvador en relación con el *principio de progresividad de los derechos* ha establecido que consiste en la obligación de desarrollar los derechos «(...) *en el tiempo y [...] hacerlo de manera gradual, de acuerdo con los contextos históricos, culturales y jurídicos*»<sup>241</sup>. Por su parte, en cuanto al *principio de prohibición de regresividad de los derechos* ha señalado que consiste en «(...) *la prohibición de adoptar medidas políticas y, por consiguiente, de sancionar disposiciones jurídicas que desmejoren desproporcionadamente la situación actual de los derechos fundamentales*»<sup>242</sup>. Igualmente, señaló que ambos principios están vinculados al *sistema político* que es «*republicano, democrático y representativo*»<sup>243</sup> r. a. Por ello, el máximo tribunal de justicia en El Salvador prescribió que ir en regresividad de los derechos fundamentales atenta contra el *sistema político* (el cual es democrático) y, en consecuencia, «(...) *si la asamblea legislativa suprime o debilita un derecho fundamental (...) se estaría transgrediendo el sistema político (...), por tanto, modificando una cláusula pética, lo que conllevaría la violación del art. 248 inc. 4° cn*»<sup>244, 245</sup>.

En definitiva, estos dos principios prohíben la vulneración a los derechos fundamentales con acciones –*regresividad*– u omisiones –*no progresividad*–, lo cual busca la protección de la *democracia constitucional*, la cual está compuesta por la suma de derechos de cada uno de los integrantes del pueblo en su totalidad. En el tema del aborto, sí se extiende (aparte del caso del peligro a la vida de la madre) a causas como malformaciones del bebe,

---

<sup>241</sup> Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **53-2005/55-2005** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 1 de febrero del 2013, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/pdf/53-2005-55-2005.pdf> consultada el 16 de febrero del 2022 – en lo sucesivo Inc. **53/55-2005**–.

<sup>242</sup> Inc. **7-2012**

<sup>243</sup> Art. 85: «[e]l Gobierno es republicano, democrático y representativo».

<sup>244</sup> «*No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, (...)*» r. a.

<sup>245</sup> Inc. **7-2012**.

inviabilidad extrauterina, embarazos producto de violación o el simple deseo de la madre de no tener su hijo. Entonces, se estaría yendo en regresividad al derecho a la vida del no nacido porque se reduce el margen de protección desproporcionadamente.

Esto anterior vulneraría el *principio de prohibición de regresividad de los derechos fundamentales*, que según la Sala constitucional está esencialmente vinculado al *sistema político democrático*. Por ello, la regresión atentaría contra una cláusula pétrea de la constitución salvadoreña prescrita en el art. 248 inciso 4, que prohíbe reformar artículos relacionados a la *forma y sistema de gobierno*. En conclusión, el acuerdo de reforma constitucional sería inconstitucional. Esto demuestra que es razonable que existan límites a las decisiones de las mayorías, ya que evitan abusos que se pueden cometer alterando el concepto de democracia en lo que GIOVANNI SARTORI llamó una *tiranía de las mayorías*<sup>246</sup> o JORGE LUIS BORGES denominó *un abuso de las estadísticas*<sup>247</sup>.

El *principio de prohibición de regresividad de los derechos fundamentales* es un principio reconocido en el sistema interamericano de los derechos humanos. La CIDH hace referencia a este principio en diferentes decisiones. Por ejemplo, en el informe de fondo número 38/09 caso 12.670 *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras Vs. Perú*<sup>248</sup> (27 de marzo de 2009) párrafos 139 y 140. Igualmente, la Corte IDH hace mención a este principio en la sentencia del caso *Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala* (23 de agosto de 2018)<sup>249</sup> párrafos 141 a 149. «*Este principio se relaciona de forma estrecha con la prohibición de retrocesos o marchas atrás injustificadas a los niveles de cumplimiento alcanzados, la “no regresividad” en la protección y garantía de derechos humanos*»<sup>250</sup>  
r. a.

---

<sup>246</sup>SARTORI, G., *¿Qué es la democracia?* Primera edición, Editorial Patria S.A. de C.V, México, 1993, pág. 89.

<sup>247</sup>Entrevista a BORGES. "La democracia es una superstición", El País, España, 1976. Disponible en [https://elpais.com/diario/1976/09/08/cultura/210981602\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1976/09/08/cultura/210981602_850215.html) consultado el 16 de febrero del 2022.

<sup>248</sup> Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm> consultado el 6 de junio del 2022.

<sup>249</sup> Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf) consultado el 6 de junio del 2022.

<sup>250</sup> CNDH, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*, primera edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2016, pág. 12. Documento oficial en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37023.pdf> consultado el 6 de junio del 2022.

#### 4. CONCLUSIÓN

La sala de lo constitucional ha sido enfática en que el constituyente al reconocer a la persona humana desde el momento de la concepción *«pretende evitar que se disponga y se atente contra la vida humana en gestación, aduciendo un "derecho al propio cuerpo" o cualquier otra causa, a fin de garantizar y brindar al nasciturus la oportunidad de completar el ciclo biológico requerido para desarrollarse y adquirir la plena personalidad como sujeto jurídico»*<sup>251</sup>. También que *«existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana "desde el momento de la concepción", art. 1 inc. 2° cn»*<sup>252</sup>. En igual sentido, reafirma que no existe un *«derecho al propio cuerpo o al propio vientre», «derecho a la interrupción del embarazo»* o *«derecho a abortar»*<sup>253</sup>.

Por otra parte, señala que la expresión *«desde el instante de la concepción»* no se debe interpretar en un sentido científico o médico. Ha dicho que *«[s]e trata más bien de una expresión utilizada, a modo de matiz lingüístico, para remarcar o enfatizar la idea de máxima protección posible de la persona (... )»*<sup>254</sup> r. a. Por ello, la interpretación sobre qué debe entenderse que *«se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción»* es una expresión que se interpreta como: *«el máximo de protección posible a la persona humana en su proceso vital de formación»*. Por ello, si la vida humana inicia desde la unión

---

<sup>251</sup> Página 13 de Amp. **310-2013**.

<sup>252</sup> Página 38 de Amp. **310-2013**.

<sup>253</sup> Página 11 de Amp. **310-2013**. CARLOS BERNAL PULIDO en su voto razonado de la sentencia de inconstitucionalidad del proceso con referencia **C-088/20** de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 2 de marzo 2020 señaló: *«[n]o existe un derecho fundamental a abortar, ni un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, ni a decidir con libertad acerca de la práctica del aborto»*, consultada el 20 diciembre 2021, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-088-20.htm>. En igual sentido, EDUARDO VIO GROSSI en su voto parcialmente disidente de la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos en el caso *Manuela y otros Vs. El Salvador* de fecha 2 de noviembre del 2021 estableció: *«no existe norma jurídica interamericana ni internacional alguna, sea convencional, costumbre internacional o principio general de derecho, que reconozca al aborto como un derecho»*, consultada el 20 de diciembre 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf). Más recientemente, EDGAR STUARDO RALÓN ORELLANA en su voto disidente del informe fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del caso *Beatriz Vs. El Salvador* reafirma que *«no existe un derecho al aborto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así lo reconocen implícitamente incluso aquellos que son, efectivamente, partidarios del aborto»* pág. 52 y pie de página 257. Disponible en [http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV\\_13.378\\_ES.PDF](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/SV_13.378_ES.PDF) consultado el 7 de mayo del 2022

<sup>254</sup> Página 11 de Inc. **22-2011**.

del espermatozoide con el óvulo, el estado salvadoreño está obligado a dar el máximo de protección posible desde ese instante.

Como punto más importante, la constitución salvadoreña reconoce una *cláusula pétrea* en su art. 248 inciso 4, o sea, un artículo que declara *irreformable* o prohíbe la reforma constitucional de aspectos relacionados a la regresividad de los derechos fundamentales. Por tanto, el acuerdo de reformar constitucional que pretendiese ir en regresividad del derecho fundamental a la vida del no nacido sería inconstitucional.

## VI. CONCLUSIÓN

Respecto a las preguntas del primer capítulo de este trabajo sobre ¿Cuál es el estatus jurídico de la vida no nacida en el sistema jurídico de El Salvador, bajo el prisma de la Constitución salvadoreña, los tratados internacionales ratificados por El Salvador, el código penal, y las leyes de salud sexual y reproductiva?, ¿Cuáles son las obligaciones constitucionales y convencionales del Estado salvadoreño respecto a la vida no nacida? Y ¿En qué medida aparecen recogidas estas obligaciones en el conjunto de fuentes jurídicas *infra-constitucionales* más directamente vinculadas a la continuidad de la vida humana no nacida? Las conclusiones son las siguientes:

A.-En El Salvador el no nacido es persona –titular de derechos fundamentales– y se encuentra protegido expresamente desde el instante de la concepción por parte de la Constitución en el art. 1 inciso 2 y art. 2, y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en el art. 1 numeral 2 y art. 4 numeral 1. Otros tratados internacionales ratificados por El Salvador protegen la vida no nacida de forma implícita. Señalando el derecho a la vida de *todos los seres humanos* o estableciendo que los titulares de los derechos –entre ellos el derecho a la vida– son de las *personas humanas* o *todo ser humano*, lo cual abarca al *nasctirus*. Por su parte, la legislación penal salvadoreña y las *leyes de salud sexual y reproductiva* son coherentes con la normativa *iusfundamental*, al proteger el derecho a la vida no nacida desde el instante de la concepción.

B.-La Sala de lo Constitucional avala la legislación referente a la penalización del aborto. Expresamente señala que el aborto está permitido en caso de que la vida de la madre corra grave peligro, mediante la *ponderación* que conduce a *excluyentes de responsabilidad penal*. Igualmente, reafirma que el estado tiene la obligación de proteger penalmente el derecho a la vida del no nacido desde el instante de la concepción. «En términos claros, la vida prenatal es un bien jurídico con relevancia constitucional indiscutible y merecedor por ello de la protección penal»<sup>255</sup>. Asimismo, ha señalado que el derecho a la vida conlleva la obligación del Estado de garantizar *a. el derecho a evitar la muerte* y *b. el derecho a una buena calidad de vida*<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> Página 5 Inc. 170-2013.

<sup>256</sup> Págs. 12-13 Amp. 166-2009.

En cuanto al segundo capítulo, el cual pretendía dar respuesta a la incógnita ¿Cuál es la fuerza obligatoria que poseen los estándares fijados por los órganos de control jurisdiccional y no jurisdiccional –en general y en relación– con la vida humana no nacida? Las conclusiones son:

A.-En El Salvador no existe un bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales. Conforme a la Constitución y jurisprudencia constitucional, los tratados internacionales –incluso los referentes a derechos humanos– se encuentran en una jerarquía inferior a la constitución. Por ello, la constitución salvadoreña reconoce un sistema monista con supremacía constitucional –o sistema supralegal–. La Corte IDH concibe al sistema como uno monista con supremacía internacional. No obstante, esta interpretación es doblemente extensiva y, por lo mismo, forzada e insostenible.

B.-En el tema del aborto y vida no nacida, el tribunal que tiene la última palabra –o último interprete– es la Sala de lo Constitucional. Incluso por sobre lo establecido por la Corte IDH ya que –aparte de que los tratados internacionales se encuentren en jerarquía inferior a la Constitución salvadoreña (como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*)– El Salvador hizo reservas (fue el único país) cuando dio competencia a la Corte IDH. En concreto estableció: «*siempre y cuando la competencia de la Corte, sea compatible con la constitución política de la república*».

En el tercer capítulo en relación con la pregunta ¿Cuál ha sido el impacto de los pronunciamientos de los órganos de control internacional y regionales de derechos humanos, sobre el orden jurídico interno de El Salvador, con relación a la regulación jurídica de la vida humana no nacida? Las conclusiones son:

A.-En el *control no jurisdiccional del sistema internacional de derechos humanos*, existen pronunciamientos de comités y relatores de la ONU que piden a El Salvador se modifique la prohibición absoluta del aborto (a pesar de que no existe una prohibición absoluta del aborto). Las sugerencias de otros países de la región son similares –desde el mismo error de considerar que existe prohibición absoluta del aborto–. Ningún comité se pronuncia sobre el aborto en casos de malformaciones del *nasciturus*, pero algunos relatores<sup>257</sup> si lo solicitan. Las recomendaciones a El Salvador son coincidentes a las

---

<sup>257</sup> *Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; Relatora*

realizadas a los países vecinos de Guatemala, Nicaragua, Honduras y Costa Rica<sup>258</sup>, países en los cuales se prohíbe el aborto, pero está permitido excepcionalmente –como en El Salvador– cuando la vida de la madre corre grave peligro.

B.-El Comité de Derechos Humanos en el *Caso Karen Noelia Llantoy Huamán vs. Perú* –caso con similitudes al *caso Beatriz vs. El Salvador*– estableció que al no permitirle un aborto terapéutico a KAREN –porque su hijo era anencefálico (es decir, el bebe moriría en un tiempo corto después al nacer)– le vulneraron su derecho a la integridad –por causarle sufrimiento moral (art. 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*)–. El comité se extralimitó y no valoró que el mismo *Pacto* también protege el derecho a la vida del *nasciturus* en los artículos 6.1 y 16, Aparte, Perú protege la vida humana no nacida desde la concepción al haber ratificado la *Convención americana sobre derechos humanos* (art. 4.1). Además, su Constitución (arts. 1 y 2.1) protege la vida del *nasciturus*, por tanto, son normas legales a las cuales Perú también está sometido. Como punto trascendente, el Comité no valoró que la opinión médica no habilitaba para que se practicara un aborto porque no se daban los presupuestos para que –de conformidad al principio de proporcionalidad–, habilitaban a desplazar el derecho a la vida del *nasciturus* por el derecho a la integridad –por el sufrimiento moral– (ni si quiera el derecho a la vida porque no se encontró en peligro) de su madre.

C.-En el *control no jurisdiccional del sistema regional de derechos humanos*, la CIDH establece que no es posible proteger el derecho a la vida de los *nasciturus* con malformaciones que hagan inviable su vida extrauterina (informe de fondo de *caso Beatriz vs. El Salvador*). Igualmente, reitera el error según el cual en El Salvador existe una prohibición absoluta del aborto.

D. En el control jurisdiccional del sistema regional de derechos humanos, la Corte IDH no ha realizado pronunciamientos de fondo sobre el aborto en El Salvador. Se emitió sentencia en el *caso Manuela y otros vs. El Salvador*, pero no se trata –ni la Corte IDH hizo mención expresa– del aborto, sino más bien del *derecho a la presunción de inocencia, derecho a la libertad personal, derecho a la defensa*, de una condena donde se hicieron «(...)

---

*Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica.*

<sup>258</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité que no tiene competencia para controlar a El Salvador) es el único Comité que expresamente solicita a Costa Rica se permita el aborto en casos de malformación del *nasciturus*.

*utilizando estereotipos de género para fundamentar su decisión»*<sup>259</sup>, de la desproporcionalidad en la pena del *infanticidio*, pero como punto más importante, la sentencia aborda el tema del secreto profesional.

A pesar de que no existe, hasta este momento, un pronunciamiento de la Corte IDH sobre el aborto, se encuentra en trámite el *caso Beatriz vs. El salvador* en el cual la Comisión encuadra la cuestión en torno al aborto y la Corte IDH deberá pronunciarse.

E.-Las decisiones de órganos internacionales y regionales no han tenido un impacto en la legislación ni jurisprudencia. A nivel legislativo no han existido ni reformas, ni iniciativas de ley que pasen a discusión en la Asamblea Legislativa. Tampoco, ha existido ningún tipo de impacto en la jurisprudencia porque las decisiones del máximo tribunal de justicia de El Salvador –en los casos en los que ha tenido que decidir sobre el tema del aborto– han reafirmado la protección del derecho a la vida del no nacido.

En el último capítulo se da respuesta a las preguntas ¿Qué debe interpretarse sobre que se reconoce a la persona humana desde la concepción?, ¿Existe un derecho a abortar? Y ¿Es posible legalizar el aborto en El Salvador?

A.-La Sala de lo Constitucional ha sido enfática en que el constituyente al reconocer a la persona humana desde el momento de la concepción *«pretende evitar que se disponga y se atente contra la vida humana en gestación, aduciendo un "derecho al propio cuerpo" o cualquier otra causa, a fin de garantizar y brindar al nasciturus la oportunidad de completar el ciclo biológico requerido para desarrollarse y adquirir la plena personalidad como sujeto jurídico»*<sup>260</sup>. También que *«existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana "desde el momento de la concepción", art. 1 inc. 2º Cn»*<sup>261</sup>. En igual sentido, reafirma que no existe un *«derecho al propio cuerpo o al propio vientre»*, *«derecho a la interrupción del embarazo»* o *«derecho a abortar»*<sup>262</sup>.

B.-Para el máximo tribunal de justicia de El Salvador la expresión *«desde el instante de la concepción»* no posee un sentido científico o médico. Ha dicho que *«[s]e trata más*

---

<sup>259</sup> Párrafo 159 de sentencia de Corte IDH.

<sup>260</sup> Página 13 de Amp. **310-2013**.

<sup>261</sup> Página 38 de Amp. **310-2013**.

<sup>262</sup> Página 11 de Amp. **310-2013**.

bien de una expresión utilizada, a modo de matiz lingüístico, para remarcar o enfatizar la idea de máxima protección posible de la persona (...)»<sup>263</sup> r. a. Por ello, entendérsela expresión «se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción» debe interpretarse en clave normativa, como: «el máximo de protección posible a la persona humana en su proceso vital de formación». Por ello, asumiendo el dato científico de que la vida humana inicia desde la unión del espermatozoide con el óvulo, el estado salvadoreño está obligado a dar el máximo de protección posible desde ese instante.

C.-Como punto final, si el aborto se extendiese (aparte del caso del peligro a la vida de la madre) a causas como malformaciones del bebe, inviabilidad extrauterina, embarazos producto de violación o el simple deseo de la madre de no tener su hijo; se estaría reduciendo su nivel de protección.

Esto vulneraría el *principio de prohibición de regresividad de los derechos fundamentales*, recogido en el sistema interamericano en los casos *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras Vs. Perú* (Informe de fondo de CIDH número 38/09 caso 12.670 del 27 de marzo de 2009, párrafos 139-140) y caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (sentencia de Corte IDH 23 de agosto de 2018, párrafos 141-149). Igualmente, atentaría contra una cláusula pétrea de la Constitución salvadoreña prescrita en el art. 248 inciso 4, que prohíbe reformar artículos relacionados a la *forma y sistema de gobierno*. En conclusión, el acuerdo de reforma constitucional sería inconstitucional.

---

<sup>263</sup> Página 11 de Inc. 22-2011.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aparisi, A., “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética*, XXIV, España, 2013.
- ALDUNATE LIZANA, E., “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, vol. 16, número 2, Chile, 2010.
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2008.
- ARIAS RAMÍREZ, B., “Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, volumen 43, Costa Rica, 2006.
- ARAGÓN, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, tercera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2013.
- ASTULLIDO, C., “El bloque y parámetro constitucional en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la nación”, en CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H., GONZÁLEZ PÉREZ, R. L. y VALADÉS, D. (coords.), *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, primera edición, tomo IV, Volumen 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.
- ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, primera edición, Editorial Trotta, España, 2013.
- ATIENZA, M. *El sentido del derecho*, cuarta edición, Ariel, España, 2012.
- AYALA CORAO, C. M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, *Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro*, México.
- BERMEJO-LUQUE, L., *Falacias y argumentación*, primera edición, Plazas y Váldes editores, España, 2013.
- BOTERO MARINO, C., GUZMÁN, D. E., *El Sistema de los derechos. Guía práctica del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos*, Dejusticia- Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, Colombia, 2008.
- BORDES SOLANAS, M., *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, Cátedra Teorema, primera edición, España, 2011.
- CATTANI, A., *Expresarse con acierto. Una ocasión para cada palabra, una palabra para cada ocasión*, primera edición, Alianza Editorial, España, 2010.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., “la inaplicación del derecho convencional creado por la corte interamericana de derechos humanos en relación al derecho a la vida del concebido”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 48, número 3, Chile, 2021.
- CASTALDI, L. y LARÍN, S., “El caso Manuela y las 17+ contra El Salvador: un fraude ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la comunidad internacional”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, volumen 10, número 1, Argentina, 2020.

CARBONELL, M., *Elementos de derecho constitucional*, cuarta edición, Doctrina jurídica contemporánea, México, 2013.

CIANCIARDO, J., “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, Colombia, 2016.

CORIA PÁEZ, A. L., VALDERRAMA SANTIBÁÑEZ, A. L., CASTILLO IGOR, O. N. y RIVERA GONZÁLEZ, A., “Aplicación del modelo de Lewin a una ocs: cambio organizacional y liderazgo”, *Gestión y Estrategia*, edición número 49, México, 2016.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, segunda edición, Ariel Derecho, España, 1989.

DE JESÚS CASTALDI, L., OVIEDO ÁLVAREZ, J. A., SILVA ABBOTT, M., ORNELAS DUARTE, A., HERRERA FRAGOSO, A., SÁNCHEZ BARROSO, J. A., SAÚL RAMÍREZ, H., y RAMOS-KURI, M. *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre Fertilización in vitro*, primera edición, CISAV, México, 2016.

EZQUIAGA GANUZAS, J. F., *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, primera edición, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.

FERRAJOLI, L., *Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional*, primera edición, Editorial Trotta, España, 2020.

FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cuarta edición, Editorial Trotta, S.A., España, 2009.

FEUSIER, O. E., “Desde el dogmatismo hacia la exclusión: Apuntes sobre el delito de aborto en El Salvador”, *Revista Redbioética / UNESCO*, año 6, volumen 2, número 12, 2015.

FEUSIER, O. E., “Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador”, *Unidad de investigaciones, departamento de ciencias jurídicas universidad centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA)*, El Salvador, 2012.

GARZA GUERRA, M. T., “El derecho al sufragio de la mujer”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades SOCIOTAM, M.T.*, volumen 26, número 2, México, 2016.

GÓMEZ MONTORO, A. J., “El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España”, *Revista de Derecho Político*, número 102, España, 2018.

HESSE, K., *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios políticos y constitucionales, España, 2012.

MÉNDEZ, J. M., *Historia Constitucional de El Salvador, disolución de la república federal y primeras constituciones de El Salvador*, tomo séptimo, Tecno Impresos, El Salvador, 1998.

MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L., *Código Penal de El Salvador comentado*, tomo I, primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, El Salvador.

- MIR PUIG, S., *Derecho Penal parte general*, octava edición, editorial Reppertor, España, 2006.
- MONROY CABRA, M. G., “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”, *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, volumen 1, Colombia, 2010.
- OLLERO TASSARA, A., “Todos tienen derecho a la vida: ¿hacia un concepto constitucional de la persona?” en VV.AA., *Justicia, solidaridad, paz: estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz. 1995*, volumen 1, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia, España, 1995.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS., SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS EL SALVADOR y PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE EL SALVADOR., *Compilación de recomendaciones de Derechos Humanos emitidas a El Salvador por los mecanismos de Naciones Unidas (2006-2014)*, impresión oficial de las instituciones, El Salvador, 2014.
- PEÑAS DEFAGO, M. A., “El aborto en el salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres”, *Península*, volumen 13, número 2, México, 2018.
- PELAYO MOLLER, C. M., *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, primera edición, Comisión nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.
- RODRÍGUEZ PARADA, E. G., y QUINTANILLA GARCÍA, E. E., “El control de constitucionalidad y de convencionalidad en El Salvador”, *Universidad Gerardo Barrios. Unidad de investigación*, El Salvador, 2015, pág. 31.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “¿[tienen todos derecho a la vida]? Bases para un concepto constitucional de persona”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, 2009.
- SÁNCHEZ CÁCERES, L. F., “El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 39, Publicación actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos, España, 2019.
- SOLANO, M., “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, número 11, Madrid, 2007.
- SARTORI, G., *¿Qué es la democracia?* Primera edición, Editorial Patria S.A. de C.V, México, 1993.
- SOLÍS JIMÉNEZ, J. G., “El derecho a no tener derecho”, *Revista Derecho y Negocios*, edición 72, El Salvador, 2017.
- VEGA REÑÓN, L. y OLMOS GÓMEZ, P., *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, primera edición, Editorial Trotta, España, 2011.
- WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, primera edición, Ariel, México, 2013.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, décima edición, Editorial Trotta, España, 2012.

ZAMBRANO, P. y SAUNDER, L. W., *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, primera edición, Peter Lang, Estados Unidos, 2019.

ZAMBRANO, P., y CIANCIARDO, J., *La inteligibilidad del derecho*, primera edición, Marcial Pons, España, 2019.

ZAMBRANO, P., “Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor”, *Doxa*, España, número 42, 2019.

ZAMBRANO, P., “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia argentina”, *Abeledo Perrot*, fascículo 13, Argentina, 2011.

### JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Sentencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* caso *Manuela y otros Vs. El Salvador* de fecha 2 de noviembre del 2021, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf)

Sentencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* de fecha 23 de agosto de 2018, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf)

Sentencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* caso *Artavia Murillo (“Fecundación in vitro”) y otros vs. Costa Rica*, de fecha 28 de noviembre del 2012, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

Sentencia de inconstitucionalidad del proceso con referencia **C-088/20** de la *Corte Constitucional de Colombia* de fecha 2 de marzo 2020, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-088-20.htm>

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en proceso de amparo con referencia **02005-2009-PA/TC**, 16 de octubre del 2009, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile en proceso de inconstitucionalidad referencia **740-07**, 18 de abril del 2008, <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=914>

Sentencia de Amparo de Corte Suprema de Justicia de Argentina caso “*Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*”, 11 de enero del 2001, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=5166011> consultada el 1 de junio del 2022.

Sentencia de Amparo de Corte Suprema de Justicia de Argentina en caso “*Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*”, 5 de marzo de 2002, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=5166011>

Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en caso “*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*” del 13 de marzo del 2022, <http://www.mpd.gov.ar/users/admin/FAL.pdf>

Sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional de Chile, caso con referencia **Rol 3729-17**, del 28 de agosto del 2017, <http://mileschile.cl/wp-content/uploads/2017/09/Sentencia-Tribunal-Constitucional-Ley-Aborto-Tres-Causales-1.pdf>

### **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Resolución de sobreseimiento definitivo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en el proceso de pérdida de derechos de ciudadanía con referencia **1-2021**, del 3 de septiembre del 2021, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/portal/apls/2021/09/1-2021PerdidaDerechosCiudadania.pdf>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **146-2014AC** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 28 de mayo del 2018, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2018/05/CC624.PDF>

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, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/02/BF4C5.PDF>

Resolución de admisión en proceso de amparo con referencia **430-2015** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 20 de julio del 2016, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2016/07/BCA3D.PDF>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **44-2013/145-2013** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 13 de julio del 2016, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/44-2013AC.PDF>

Resolución de inconstitucionalidad con referencia **110-2015** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 30 de marzo del 2016, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2016/03/B7D7F.PDF>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **23-2015** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 27 de mayo del 2015, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2015/05/B01F5.PDF>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **163-2013** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 25 de junio del 2014, disponible en [https://archivo.tse.gob.sv/laip\\_tse/documentos/Amparos/163-2013-Inc.pdf](https://archivo.tse.gob.sv/laip_tse/documentos/Amparos/163-2013-Inc.pdf)

Resolución de improcedencia de proceso de inconstitucionalidad con referencia **170-2013** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 23 de abril 2014, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2014/04/A6A34.PDF>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **7-2012** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 16 de diciembre del 2013, disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/12/A3C4C.PDF>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **71-2012** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 23 de octubre del 2013, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/pdf/71-2012.pdf>

Sentencia de amparo con referencia **310-2013** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 28 de mayo del 2013, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/05/A00CC.PDF>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **53-2005/55-2005** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 1 de febrero del 2013, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/pdf/53-2005-55-2005.pdf>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **20-2006** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 7 octubre del 2011, [https://kipdf.com/queue/inconstitucionalidad\\_5afdd1838ead0e4a178b4649.html](https://kipdf.com/queue/inconstitucionalidad_5afdd1838ead0e4a178b4649.html)

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, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/09/92F11.PDF>

Resolución de improcedencia de proceso de inconstitucionalidad con referencia **67-2010** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 13 de abril 2011, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/04/8F060.PDF>

Sentencia condenatoria emitida del 26 de febrero del 2010, por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, por los jueces Delfino Parrilla Rodríguez, Cecilia Margarita Turcios Barraza y Vilma Adela Melara. Proceso con referencia judicial **19-C2-2010**, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2010/02/B0D3B.PDF> y <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/4-sentencia-evelyn-del-carmen-sc3a1nchez-cabrera.pdf>

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, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2007/11/2EF3.PDF>

Sentencia de inconstitucionalidad con referencia **52-2003/56-2003/57-2003** de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, del 1 de abril del 2004, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2004/04/202E.PDF>