

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Nosotros, **Marta María Blandón Gadea**, soltera, psicóloga, con Cédula No. 242-190755-0000W, **Wendy Valeska Flores Acevedo**, casada, Lic. en Derecho, con Cédula No. 127-131281-0001B; **Irela Francyleth Alemán Téllez**, soltera, Lic. en Derecho, con Cédula No. 001-141084-0016Y; *Vilma Núñez Ruiz conocida como Vilma Núñez de Escorcia*, casada, abogada, con Cédula No. 122-251138-0000R; **Bayardo Mercedes Izabá Soliz**, casado, abogado, con Cédula No. 006-110864-0000H; **Guillermo Gonzalo Carrión Maradiaga**, casado, abogado, con Cédula No. 281-100161-0000J; **María Matilde Jirón Gutierrez**, soltera, medica salubrista, Cedula No. 042-041260-0005W, **Pedro Alberto Contreras Zúniga**, soltero, Lic. en derecho, con Cedula No. 001-120583-0005F; **Carlos Leonel Arguello Irigoyen** casado, médico, con Cédula No. 001-211257-0038X, **Carlos Alberto Guadamuz Hernández**, soltero, estudiante, con Cédula No. 001-230283-0020B; **Oscar Fredi Flores Mejía**, casado, médico, con Cédula No. 441-120743-0000H; **María Isabel Maltez Huevo**, casada, arquitecta, con Cédula No. 001-051154-0031Q; **Katty Azalia Navarro**, casada, pedagoga, con Cédula No. 001-171263-0002S; **Karla Vanesa Molina Gutiérrez**, soltera, estudiante, con Cédula No. 001-140883-0003C; **Ericka Vanesa Tórrez Tellería**, soltera, psicóloga, con Cédula No. 001-010777-0030E; **Eva del Rosario Samqui Chang**, soltera, Lic. en Ciencias Sociales, con Cédula No. 041-091054-0001F; **Felix Enrique Picado Álvarez**, casado, trabajador social, con Cédula No. 081-150754-0000T; **María Teresa Ochoa Espinoza**, soltera, trabajadora social, con Cédula No. 321-270377-0006Y; **María Auxiliadora Aguilera Castro**, soltera, psicóloga, con Cédula No. 001-040859-0056T; **Marieliz Belinda Rodríguez Vásquez**, casada, médica, del domicilio de Bluefields y de tránsito por esta ciudad, con Cédula No. 321-010369-0000E; **Marcia Lorena Saavedra Ríos**, casada, comunicadora social, con Cédula No. 284-240866-0003N; **Maribel Elizabeth Uriarte Aburto**, soltera, facilitadora de proyectos, con Cédula No. 001-221284-0025P; **María Cecilia Medal Salaverry**, soltera, socióloga, con Cédula No. 201-150473-0008R; **Martha de los Ángeles Juárez Ponce**, casada, educadora, con Cédula No. 201-070861-0001H; **Martha Isabel Flores Aráuz**, casada, educadora, con Cédula No. 001-200260-0060N; **María de Lourdes Bolaños Ortega**, casada, abogada, del domicilio de Masaya y de tránsito por esta ciudad, con Cédula No. 401-040744-0000P; **Mercedes Fabiola González Miranda**, soltera, médico, con Cédula No. 201-040271-0007P; **Martha Lorena Sánchez Vivas**, soltera abogada, con Cédula No. 001-130966-0073A; **Marta Francisca Gabuardi Castillo**, soltera, bachiller, con Cédula No. 001-041062-0065A; **María Eugenia Delgadillo Meza**, soltera, psicóloga, del domicilio de Masaya y de tránsito por esta ciudad con Cédula No.

401-030266-0010V; **Yader Humberto Otero Tellería**, soltero, contador público, con Cédula No. 001-120474-0011E; **Migdalia Magdalena Tórrez Velásquez**, soltera, educadora, con Cédula No. 001-140772-0079N; **María Virginia Meneces Mendoza**, soltera, egresada de derecho, con Cédula No. 001-110373-0031X; **María Elena Domínguez**, soltera, abogada, con Cédula No. 565-270561-0000L; **Arnoldo Benito Toruño Toruño**; casado, médico, con Cédula No. 281-170346-0002P; **Ena Lizeth Putoy López**, soltera, estudiante, del domicilio de Masaya y de Tránsito por esta ciudad, con Cédula No. 401-240685-0009N; **Gabidia Libertad López Morales**, casada, psicóloga, con Cédula No. 001-010779-0049P; **Elia Margarita Palacios Jiménez**, soltera, abogada y psicóloga, del domicilio de Masaya y de Tránsito por esta ciudad, con Cédula No. 001-290672-0016V; **Ivette Ramona Sánchez Castro**, soltera antropóloga, con Cédula No. 241-161182-0004G; **Alexei Sadot Membreño Estrada**, casado, estudiante, con Cédula No. 241-20270-0012F; **Lesther Alonso Cuaresma Guardado**, soltero, educador, con Cédula No. 001-021185-0012U; **Evelyn Cecilia Flores Mayorga**, soltera, abogada, con Cédula No. 001-210366-0022X; **Lesbia Auxiliadora Gutiérrez Gadea**, soltera, psicóloga, con Cédula No. 241-070960-0005U; **Olga Justina Rocha Ulloa**, soltera, socióloga, con Cédula No. 001-010673-0055W; **Katherine Lucía Saballos Wintham**, soltera, estudiante, del domicilio de Masaya y de tránsito por esta ciudad, con Cédula No. 401-290381-0002T; **Petrona Emelda Somarriba Hernández**, soltera, trabajadora social, del domicilio de León y de Tránsito por esta ciudad, con Cédula No. 281-010849-0005F; **Adelinda Moreno Villegas**, soltera, médica salubrista, con Cédula No. 241-061071-0008S; **María Teresa Blandón Gadea**, casada, consultora, con Cédula No. 443-180561-0000U; **Ximena Cecilia Ramírez González**, casada, comunicadora social, con Cédula No. 001-221157-0050G; **Jaime Ernesto Espinosa Ferrando**, casado, médico, con Cédula No. 888-091050-0000G; **Marta Magali Quintana Pereira**, soltera, educadora, 001-280552-0009N; **Regalada Olimpia Montoya Sánchez**, soltera, ama de casa, del domicilio de Chinandega y de Tránsito por esta Ciudad, con Cédula No. 082-130537-0001M; **Iveth del Carmen Mendoza**, casada, abogada, con Cédula No. 001-101174-0068H; **Carolina del Rosario Mendoza**, casada, administradora de empresa, con Cédula No. 281-020770-0013V; **Gloria Argentina Espinoza Altamirano**, soltera, administradora de empresas, con Cédula No. 001-130263-0046R; **Noelia Tamara Lacayo Espinoza**, soltera, estudiante, con Cédula No. 001-280488-0011N; **Mirna del Socorro Blandón Gadea**, soltera, maestra, con Cédula No. 242-200159-0000N; **Xochilt del Socorro Membreño Estrada**, soltera, administradora de empresas, con Cédula No. 241-280773-0007J; **Fátima Azucena Millón Durán**, soltera, educadora, con Cédula No. 001-230277-0011Y; **Dorotea Louise Wilson Thatum**, casada, Licenciada en Ciencias Sociales, con Cédula No. 607-

150948-0004R; Jennifer **Yahaira Mendoza**, soltera, educadora, con Cédula No. 001-061288-0001G; **Clemen Lorena Altamirano Carcache**, soltera, psicóloga, con Cédula No. 401-231154-0006J; **Susana del Rosario Machado**, soltera, técnica en contabilidad, con Cédula No. 001-181286-0018M; **Georgina Yamileth Mendoza Mendoza**, soltera, estudiante, con Cédula No. 001-121186-0003B; **Karen María Padilla Zuniga**, casada, médica, con Cédula No. 001-160172-0013G, **Boanerge Ojeda Baca**, casado, Abogado, **Denis Alemán Torres**, casado, médico y **Carla Marxela Ortiz Reyes**, soltera, Licenciada en Derecho; todos mayores de edad y de este domicilio, en nuestra calidad de ciudadanos y ciudadanas nicaragüenses, ante ustedes con el debido respeto comparecemos, para interponer un recurso por inconstitucionalidad contra la Ley No 603, en razón de los siguientes argumentos:

I. ANTECEDENTES

El Código Penal de la República de Nicaragua regulaba la figura jurídica del aborto terapéutico, en su artículo 165 que establecía que: «*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.*». El diecinueve de octubre de dos mil seis, la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional dictaminó de manera favorable el Proyecto de Ley de Derogación del artículo 165 del Código Penal vigente y solicitó al plenario su aprobación.

El veintiséis de octubre de dos mil seis fue aprobada por la Asamblea Nacional la Ley No. 603, Ley de Derogación al Artículo 165 del Código Penal Vigente, que fue publicada en La Gaceta – Diario Oficial No. 224, el 17 de noviembre de dos mil seis.

II. RECURSO POR INCONSTITUCIONALIDAD

Por considerar que dicha ley violenta principios y derechos fundamentales del ordenamiento-jurídico constitucional; así como la normativa internacional ratificada por el Estado de Nicaragua y reconocida por nuestra Constitución Política, es que venimos ante ustedes a interponer formal **RECURSO POR INCONSTITUCIONALIDAD** contra la precitada Ley No. 603 dirigido contra el titular del órgano que emitió la referida ley, el Presidente de la Asamblea Nacional, cargo ejercido, al momento de su aprobación, por el Ingeniero EDUARDO GÓMEZ LÓPEZ y contra el titular del Poder Ejecutivo, ejercido al momento del acto de sanción, promulgación y publicación por el Señor Presidente de la República de Nicaragua, Ingeniero ENRIQUE BOLAÑOS GAYER, ambos mayores de edad, casados y de este domicilio. El presente recurso por inconstitucionalidad se presenta al amparo de lo dispuesto en los artos. 187, 164 numeral 4 de la

Constitución, artículo 27 numeral 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 260, así como en los artos. 6, 7 y 8 de la Ley de Amparo Ley No. 49.

III. OBJETO DEL RECURSO

Que se declare la inconstitucionalidad de la mencionada Ley No. 603, porque vulnera los derechos fundamentales y los principios constitucionales que a continuación se indican: el derecho a la vida (art. 23 Cn.), a la salud de las mujeres (arts. 59 y 105 Cn); el derecho a la integridad y a no ser sometidas a tratos crueles e inhumanos (art. 36 Cn.); al derecho al desarrollo humano (art. 4); a la dignidad de las personas (art. 5 y 116 Cn); a la libertad individual (art. 5 y 25 inciso 1 Cn); a la igualdad y a estar libre de discriminaciones (arts, 27, 48 y 50 Cn); a la libertad religiosa, de conciencia y de pensamiento (arts 29 y 30 Cn) y el derecho al libre ejercicio de la profesión (art.86 Cn). Se vulnera, igualmente, el principio constitucional del Estado laico (art. 14 Cn), el derecho de las personas a ser protegidas por el Estado y a que sus derechos sen reconocidos (art. 46) y el derecho a una información veraz (art. 64). La Ley No 603 también viola la protección de la familia (art. 70). Como toda decisión judicial adoptada en el marco de un Estado democrático, resulta imperioso que los Honorables Magistrados, llamados a resolver el presente recurso, reconduzcan el debate al ámbito estrictamente constitucional y ponderen de manera proporcional los derechos y bienes constitucionales en juego en el presente caso.

IV. EL CONFLICTO ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS REGLAS DE LA PONDERACIÓN (O JUICIO DE PROPORCIONALIDAD)

Los principios constitucionales y la posibilidad de conflicto o colisión entre ellos

Los derechos fundamentales son el ejemplo típico de principios constitucionales. Un principio, según Alexy, es una norma que ordena “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”¹. Ello significa que los principios constitucionales pueden entrar en conflicto, pues las Constituciones reconocen, por ejemplo, la libertad de expresión, pero también el derecho a la honra y reputación, la libertad de empresa y también el derecho al trabajo, la libertad de asociación pero igualmente prohíben la discriminación, etc. Si bien entre estas normas no se advierte ninguna contradicción en abstracto (no es contradictorio que el ordenamiento

jurídico proteja la libertad de expresión y el derecho a la honra y reputación), pueden generarse conflictos en supuestos concretos, en dos casos²

a) Cuando en el enjuiciamiento de una conducta particular se confrontan el derecho constitucional que ampara esa conducta con otro bien o derecho constitucional, que resulta afectado o limitado por ella³. Este tipo de conflicto puede presentarse, por ejemplo, cuando un periodista, amparado por el derecho de libertad de expresión, publica una información imputándole la comisión de un delito a una persona que tiene derecho a la honra y reputación.

b) Cuando en el enjuiciamiento de una norma, o medida o decisión pública, se confrontan el derecho o bien constitucionalmente protegida por ella y otro bien o derecho constitucional que resulta afectado o limitado por la misma⁴. Este tipo de conflicto es el que se presenta con la Ley No 603, pues si bien tiene por finalidad proteger al nasciturus colisiona con los derechos a la vida, dignidad, integridad, salud, entre otros, de la mujer.

La técnica que se usa, especialmente por los tribunales constitucionales, para resolver el conflicto entre principios “es la que se conoce con el nombre de ponderación”⁵, “aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad”⁶. Se ha señalado que la ponderación es uno de los rasgos centrales de la aplicación del Derecho en la cultura del constitucionalismo⁷, pues a través de ella se resuelven los conflictos entre normas de un mismo rango o jerarquía, es decir, entre las normas constitucionales.

Según Guastini, la ponderación consiste en atribuir entre los principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil:

a) Instituir una jerarquía axiológica móvil consiste en atribuir –por el intérprete– “a uno de los dos principios en conflicto mayor `peso`, es decir, mayor valor, respecto del otro”⁸. El principio dotado de mayor peso prevalece mientras que el otro se deja de lado. Sin embargo, ello no significa declarar inválido el principio desplazado, sino “lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro”⁹.

Debe indicarse que a través de la ponderación no siempre se logra armonizar o conciliar los principios en pugna, pues ella puede desembocar en el triunfo de alguno de ellos y en el sacrificio de otro¹⁰. Por ello, el Tribunal Constitucional español ha sostenido, en la STC 53/85, que: “El intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”

b) Una jerarquía móvil es una relación de valor mudable, que vale para el caso concreto, pero que puede cambiar o invertirse en un caso concreto distinto. Por ello, si en un caso concreto se ha atribuido mayor peso al principio constitucional X en relación al principio constitucional Y, nada impide que un caso diverso se atribuya mayor peso al principio constitucional Y y menor peso al principio constitucional X.

De acuerdo con Alexy, la ponderación consiste en determinar cuál de los intereses en colisión, “abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”¹¹. La solución de la colisión consiste en que, “teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras *condiciones*, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”¹².

Como son varios los principios que las Constituciones reconocen, se ha señalado con razón que los supuestos de confrontación entre ellos son múltiples¹³.

2. Las reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad)

En resumen, puede afirmarse que la ponderación consiste “en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”¹⁴.

Si el conflicto entre principios constitucionales se plantea, como en este caso, entre, por un lado los derechos afectados por una ley, y por otro lado, los principios constitucionales que constituyen la razón de ser o fin de esa limitación o afectación, “la estructura de la ponderación implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”¹⁵.

Cuando una ley es enjuiciada por la Corte Suprema, o por un Tribunal Constitucional, la ponderación da lugar a una declaración de invalidez de la norma, cuando se estime que su aplicación resulta injustificadamente lesiva para uno de los principios en juego ¹⁶.

En países como Alemania¹⁷, España¹⁸ o Colombia¹⁹, la ponderación ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial detallada por parte de los tribunales o cortes constitucionales. En detalle, los pasos de la ponderación, que permiten establecer la constitucionalidad o legitimidad de una ley que afecta o limita derechos, son los siguientes²⁰: a) Fin legítimo.- La ley enjuiciada debe presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento para la afectación o limitación de un derecho.

Idoneidad o adecuación.- La ley enjuiciada debe ser idónea, apta o adecuada para la protección del fin legítimo. Si la ley no es adecuada para la realización del fin, ello significa que para este último resulta

indiferente la ley en cuestión, y como sí afecta –en cambio- otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. No se puede afectar un derecho si con ello no se gana nada. El subprincipio de idoneidad es un criterio negativo que permite determinar qué medios no son idóneos. Por ello se afirma que su función no es determinar qué medios son idóneos sino excluir lo no idóneo.

b) Necesidad.- Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que entre dos medios igualmente idóneos, se escoja el más benigno con el derecho fundamental afectado.

c) Test de proporcionalidad en sentido estricto.- Ha de acreditarse que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la ley o medida limitadora examinada, en orden a la protección de un derecho o bien constitucional, y los daños que de esa ley o medida se derivan para el ejercicio de otro derecho o bien constitucional. “En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular (...)”²¹.

De acuerdo con Alexy “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la satisfacción del otro”²².

3. El juicio de proporcionalidad en la legislación penal

Las normas penales también deben sujetarse al juicio de proporcionalidad. Una de las características de los derechos fundamentales, que se deriva de lo anteriormente señalado, es que son limitables (no absolutos); y, en consecuencia, pueden verse sujetos a restricciones en caso de que entren en colisión con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales.

Sin embargo, las restricciones a los derechos fundamentales para ser válidas en un Estado constitucional deben ser, como se ha afirmado, idóneas para conseguir un fin legítimo; necesarias, es decir las menos gravosas entre los medios alternativos para conseguir el fin legítimo; y proporcionadas en sentido estricto, esto es, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce. El juicio de proporcionalidad es el criterio que permite establecer la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales²³, y que busca asegurar que el poder público no se exceda en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, por ejemplo, si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha admitido que toda ley penal es una intervención en el derecho de libertad individual, que toda pena es una intervención en la libertad personal o en el derecho que resulte afectado –la propiedad si se trata de una

multa-, “es función de la Corte Constitucional llevar a cabo un control de constitucionalidad efectivo de estas intervenciones, para establecer su legitimidad y proporcionalidad”²⁴.

En síntesis, cabe señalar que la libertad de configuración del legislador en materia punitiva también está limitada por el juicio de proporcionalidad, y que la legislación penal no está exenta del control de constitucionalidad.

V. EL VALOR DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO NICARAGUENSE

Resulta pertinente aclarar el valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno nicaragüense. El art. 46 de la C.P. ordena que: “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos”. Del anterior precepto de orden constitucional se deriva la obligación del Estado de tomar medidas efectivas en el derecho interno para proteger y respetar los derechos humanos, incluyendo la adecuación de su legislación interna a los tratados internacionales sobre la materia. Por lo tanto, resulta pertinente y relevante hacer alusión a su contenido así como a la interpretación que de ellos han realizado los órganos o comités encargados de supervisar su aplicación, principalmente a través de Observaciones o Recomendaciones Generales. Se ha sostenido que “Los tratados, las declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos, constituyen la plataforma normativa mínima que los Estados deben cumplir y respetar, interpretando y aplicando de conjunto sus principios y disposiciones en consonancia con el derecho interno, especialmente con el derecho constitucional, de tal forma que en cada caso concreto se aplique la norma más favorable al individuo y se garantice en lo máximo posible la tutela judicial efectiva a los derechos y garantías nacional e internacionalmente reconocidos”²⁵.

VI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS

1. Derecho a la vida

1.1. La Ley recurrida violenta el derecho fundamental a la vida, reconocido en el art. 23 Cn Si bien le corresponde a la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua adoptar las medidas para cumplir con

el deber de protección de la vida, esto no significa que estén justificadas todas las normas que se dicten con esa finalidad, porque, a pesar de su relevancia constitucional y al igual que cualquier otro principio, la vida, no tiene carácter absoluto. La protección de la vida del no nacido puede entrar en colisión con la protección del derecho a la vida de la mujer así como con otros principios y derechos constitucionales, tales como la promoción del desarrollo humano (art. 4 Cn.); la dignidad humana (art. 5 Cn.), la libertad individual (art. 25 Cn.), entre otros.

En el Derecho Constitucional, la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el “**derecho a la vida**” de la vida como “**bien jurídico protegido por la Constitución**”. Tal es así que “El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición. (...)”²⁶.

Como se argumentará más adelante, la titularidad del derecho a la vida le corresponde a los nacidos y prevalece, es decir tiene mayor peso en determinadas circunstancias, que la protección constitucional del que está por nacer.

El derecho a la vida está reconocido en un gran número de disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran el artículo 6(1) del PIDCP²⁷ y el artículo 4(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁸ Aunque este derecho ha sido tradicionalmente interpretado de manera restringida para garantizar el derecho al debido proceso cuando las personas han sido condenadas a la pena de muerte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH)²⁹ así como el Comité CEDAW (CCEDAW)³⁰ han afirmado que el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva y que la protección de éste exige que los Estados adopten medidas positivas.³¹ Estos comités, junto con el Comité que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CPIDESC)³²: **a)** Han determinado la responsabilidad estatal por violación del derecho a la vida de las mujeres y del derecho a estar libres de tratos crueles e inhumanos con respecto a las altas tasas de mortalidad materna vinculadas al aborto y a la imposibilidad de que las mujeres accedan a éste en determinadas circunstancias; **b)** Han recomendado que se revisen las normas que penalizan el aborto; **y** **c)** Han establecido que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para evitar que las mujeres pierdan su vida sean sometidas a tratos crueles o inhumanos, como resultado de la legislación restrictiva en esta materia.³³

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁴ ha manifestado que el derecho a la vida impone obligaciones positivas a los gobiernos para prevenir y evitar situaciones que pongan en riesgo la vida de las personas,³⁵ como ocurre con las mujeres que mueren por causas relacionadas con el embarazo y las complicaciones que conlleva un aborto clandestino. Por su parte, la Comisión Andina de Juristas ha afirmado que: “..el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege a todo ser humano de la privación arbitraria de la vida. Por tanto, cabría considerar que ciertos tipos de aborto no se encuentran dentro de la prohibición del dispositivo citado. Así, por ejemplo, los abortos en ciertos tipos de embarazo, como por ejemplo para salvar la vida de la madre o un embarazo producto de una violación no deberían ser criminalizados.”

1.2. La Ley No. 603 viola el derecho a la vida de las mujeres por su claro vínculo con las altas tasas de mortalidad materna³⁶ Como se ha afirmado, los diferentes Comités de Naciones Unidas han señalado que la posibilidad de interrumpir un embarazo para proteger la vida de la mujer está directamente relacionada con el derecho a la vida de la misma, cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna³⁷. Los datos estadísticos junto con los análisis (con perspectiva de género) de las leyes que criminalizan el aborto terapéutico, es decir aquellos que estudian el impacto diferencial de un fenómeno sobre hombres y mujeres, han revelado el devastador impacto que la prohibición de acceder a servicios legales de aborto tiene en la vida de las mujeres. En el caso de Chile, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que: *“La criminalización del aborto sin excepción crea serios problemas especialmente cuando las mujeres arriesgan sus vidas en razón de abortos ilegales. La obligación legal impuesta al personal de salud de reportar los casos en los que las mujeres han pasado por abortos puede inhibir a las mujeres a buscar ayuda médica, lo cual pone en peligro sus vidas. El Estado Parte tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para asegurar el derecho a la vida de todas las personas, incluyendo a las mujeres embarazadas que deciden terminar el embarazo. Así las excepciones a la prohibición general del aborto deberían ser introducidas y la confidencialidad de la información legal debe ser protegida”³⁸*. En 1995 se determinó que el número anual de muertes maternas en el mundo fue de 515,000, es decir una tasa promedio de 1,400 muertes cada día³⁹. En el año 2004, la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁴⁰ calculaba que al año se practican 19 millones de abortos inseguros en el mundo y que por lo menos uno de cada diez embarazos termina en un aborto inseguro⁴¹. De acuerdo con lo anterior, se ha estimado que 68.000 mujeres mueren al año en el mundo por un aborto inseguro. Así según un estudio de la OMS del año 2004 el riesgo de muerte a causa

de abortos legales, está entre 4 y 6 por cada 100.000 casos en los países en desarrollo. En el caso de abortos ilegales, este riesgo aumenta entre 100 y 1.000 por cada 100.000 casos. **1.3. La violación del derecho a la vida es**

particularmente grave cuando se trata de mujeres que no pueden abortar para iniciar un tratamiento

médico Las investigaciones médicas muestran que un embarazo agrava y a la vez se agrava por enfermedades como cáncer, malaria, hepatitis, SIDA, la anemia (incluyendo la anemia drepanocítica)⁴², insuficiencia renal, tuberculosis, enfermedades cardíacas, leucemia, diabetes, miomatosis uterina, trombosis venosa profunda y osteosarcoma⁴³. Si una mujer encinta muere por tales enfermedades, dicha muerte se clasifica como muerte materna indirecta. De acuerdo con la Sociedad Nicaragüense de Ginecología y Obstetricia, las muertes maternas indirectas representan el 30% del total, y son el resultado de enfermedades existentes desde antes del embarazo o de una enfermedad que evoluciona durante el mismo, no debido a causas obstétricas, pero sí agravadas por los efectos fisiológicos del embarazo. El riesgo de muerte durante el embarazo, intensificado por estas causas médicas indirectas, puede reducirse considerablemente con el aborto terapéutico. Por ello, la Norma sobre la atención al aborto del Ministerio de Salud, aprobada por la Dirección de Atención Médica y la Dirección de Atención Integral a la Mujer, en 1989, definía el aborto terapéutico de la siguiente manera: *“Es la interrupción del embarazo antes de las 20 semanas por indicación médica debido a patologías maternas que son agravadas por el embarazo, por patologías maternas que repercuten negativamente sobre el crecimiento y desarrollo fetal y comprometen la vida del binomio madre-hijo. Las condiciones planteadas para recurrir a un aborto terapéutico son las siguientes: 1. Que la vida de la paciente o el feto se encuentren en peligro por una enfermedad causada o agravada por el embarazo, 2. Que no exista otra terapéutica para la paciente o que si existe haya fracasado, 3 Que se tenga la seguridad de que mediante el aborto se evitará un agravamiento y se logrará una mejoría o curación de la paciente.”* Según las cifras oficiales, en Nicaragua ocurren los siguientes abortos:

Clasificación de abortos atendidos en los servicios públicos

Año	Embarazo Ectópico	Mola	Otros productos anormales	Espon táneos	Aborto médico	Otro aborto	No especificado	Intento fallido	Total
2003	332	147	976	210	24	65	5104	5	6863

2004	348	170	1152	147	15	82	5383	4	7301
2005	397	232	1183	211	6	49	5405	5	7488
2006*	196	95	610	88	1	33	2697	3	3723

* Datos enero-junio Fuente: Dirección de Estadística del Ministerio de Salud

A partir de las cifras que aparecen en este cuadro, es posible afirmar que en el país en el 2003 se produjeron 1479 abortos terapéuticos, en el 2004 1685, en el 2005 1818 y en la primera mitad del 2006 902. Ello significa que, según los datos del MINSA, entre el 2003 y el 2006 se presentaron 5884 casos de aborto terapéutico. Estas cifras se obtienen sumando los abortos por embarazo ectópico, mola, otros productos anormales de la concepción y lo que el MINSA denomina aborto médico (los realizados porque la mujer presentaba alguna enfermedad previa al embarazo y que ponía en riesgo su vida o salud), pues legalmente todos ellos se clasifican como abortos terapéuticos. La decisión de esta Honorable Corte Suprema ante este recurso por inconstitucionalidad tendrá innegables efectos para la realidad social de Nicaragua, y por lo tanto éstos deben ser tenidos en cuenta al momento de resolver. En particular, deben considerarse los efectos en la salud pública de las mujeres, pues un número significativo de ellas puede morir por no tener acceso legal al aborto terapéutico; y que debido a que la mayoría de los abortos se hace en la clandestinidad, resulta muy difícil estimar el número real de abortos inducidos y obtener datos confiables. Incluso, según los datos oficiales el mayor número de abortos corresponde a causas “no especificadas”, lo que demuestra que la penalización del aborto no evita su práctica. Resulta relevante mencionar que el producto de la gestación menor de 20 semanas de desarrollo no tiene ninguna probabilidad de sobrevivir si su madre muere, por lo tanto prohibir el acceso al aborto terapéutico para proteger la vida del no nacido, carece de sentido. Igualmente, si la mujer fallece a causa de la enfermedad y el feto tiene más semanas de gestación (hasta la semana 32 en países como los nuestros), sus posibilidades de sobrevivir son mínimas. Por lo tanto, las ventajas que se obtienen penalizando el aborto terapéutico son inexistentes, mientras que los perjuicios son inmensos, pues la penalización del aborto terapéutico le quita a las mujeres la posibilidad de recuperar su salud y preservar su vida. La inutilidad de la penalización del aborto se ilustra con un ejemplo puesto por el diputado José Castillo Osejo el día en que la Asamblea Nacional aprobó la derogación del artículo 165 del Código Penal: “Conozco el caso de un matrimonio granadino muy amigo, en que la joven madre no debía salir embarazada, pero sentía que su matrimonio se hundía y se dejó embarazar, hoy el nene y ella guardan el sueño de los justos y el padre se volvió a casar (...)”⁴⁴. Adicionalmente, debe

señalarse que la penalización del aborto terapéutico vulnera no sólo los derechos de las mujeres, sino en el caso de que tengan hijos, los de éstos, pues no sólo perderán a la madre sino que, si son menores de 5 años y de escasos recursos, está comprobado que sus posibilidades de sobrevivir se reducen significativamente.

Por otro lado, la prohibición del aborto terapéutico no desincentiva la realización de esta práctica, y por lo tanto, por su carácter ilícito las condiciones de salubridad y seguridad para las solicitantes suelen ser bastantes precarias, y aún más, para las mujeres de bajos recursos que se someten a tratamientos de abortos inseguros pensando equivocada e ingenuamente que pueden sobrevivir a dicha práctica. Ello ocasiona que la eficacia del derecho a la vida de las mujeres sea distinto según su capacidad económica, lo que resulta en una situación discriminatoria para las mujeres más pobres.

1.4. La protección legal de la vida desde la concepción o el nacimiento no es un argumento aceptable para justificar la penalización del aborto terapéutico

Uno de los argumentos expuestos por los legisladores al debatir la aprobación de la Ley 603, está referido al supuesto derecho absoluto a la vida del non nato. En efecto, el legislador Wilfredo Navarro señaló que "... el principal fundamento de los diputados, que somos los que hacemos las leyes, es proteger la vida del que está por nacer, desde la concepción en el vientre materno, porque tiene derechos y es obligatorio para nosotros los diputados la defensa de esa vida". Por su parte, el diputado Noel Pereira afirmó "...que el ser humano tiene vida que respetar desde el momento en que ha sido concebido. De manera que si vive el niño en el vientre de la madre, matarlo es una brutalidad...". Por el contrario, es generalmente aceptado que las convenciones internacionales de derechos humanos no son aplicables antes del nacimiento de un ser humano. Durante los debates preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), por ejemplo, se rechazaron las reformas propuestas para proteger la vida desde el momento de la concepción, y bajo esta perspectiva se entiende el artículo 6 (1), que afirma el derecho de todo "ser humano" a la vida. La misma cuestión se debatió cuando se redactaba la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC por sus siglas en inglés). En efecto, en el Preámbulo de esta Convención, que invoca los términos de la Declaración que precede a la Convención, se establece que "[tiene] en mente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, 'el niño, en razón de su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluyendo la protección legal apropiada, tanto antes como después del nacimiento'". No obstante, el artículo 1 dispone que, para los propósitos de la CRC, "niño significa cada ser humano antes de

la edad de diez y ocho años, a menos de que, bajo la ley aplicable al niño, la mayoría se alcance antes". En consecuencia, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño se interpretan en el sentido de mantener la noción de que el estatus legalmente protegido de un ser humano comienza con el nacido vivo. La Convención sobre los Derechos del Niño no ofrece orientación alguna para saber qué quiere decir el Preámbulo con "protección legal apropiada, tanto antes como después del nacimiento". Tal protección podría abarcar las indicaciones de la atención prenatal razonable, la nutrición y el cuidado obstétrico esencial para afianzar la seguridad en el parto, así como el cuidado del recién nacido. En cualquier caso se debe tener en cuenta que el preámbulo de la CRC no puede ser interpretado como una restricción total del aborto pues, como sucedió con Colombia, el mismo Comité de los Derechos del Niño (CCRC por sus siglas en inglés) ha expresado su preocupación por la penalización del aborto en ciertos casos.⁴⁵ Algo similar ocurre con la CADH⁴⁶, que dispone que el derecho a la vida "deberá protegerse por la ley y, en general, desde el momento de la concepción". La expresión "en general" indica que la Convención Americana no otorga necesariamente prioridad a la vida del nonato con relación a la vida de las personas ya nacidas. La disposición de la Convención Americana podría exigir, por ejemplo, la protección de la vida no nacida contra lesiones que podrían menoscabar la vida de un ser humano, pero no necesariamente limitar el aborto realizado para preservar la vida o la salud de una mujer o, por supuesto, de otros niños de su familia⁴⁷. Las instancias encargadas de interpretar esta Convención han dado indicaciones claras, en el sentido de que esta provisión no prohíbe a priori el aborto⁴⁸. De hecho los Códigos Penales de distintos países de América Latina, que han ratificado la Convención Americana, despenalizan ciertos supuestos de aborto⁴⁹. Lo anteriormente afirmado se refuerza con la Carta de 10 de noviembre de 2006, remitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua, que recogiendo el criterio de la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la citada Comisión: *"considera importante destacar que el aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres cuya finalidad es salvar la vida de la madre cuando ésta se encuentra en peligro a consecuencia de su embarazo. La negación de este servicio de salud atenta contra la vida, integridad física y psicológica de las mujeres. Igualmente presenta un obstáculo al trabajo de los profesionales de salud, cuya labor es la de proteger la vida y prestar un tratamiento adecuado a sus paciente"*. Del contenido de la referida carta se desprende que no hay lugar a dudas de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no protege la vida desde la concepción de manera absoluta; y, mucho menos cuando los derechos de la mujer están en juego. Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos respaldó

la Ley de Aborto británica de 1967⁵⁰. La Comisión Europea encontró que es contrario al objeto y al propósito de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH) que el derecho a la vida de la persona ya nacida se considere sujeto a limitación a favor del nonato⁵¹. La Ley de Aborto británica de 1967 acepta el aborto sobre los fundamentos del peligro a la vida o la salud de las mujeres y cuando la continuación del embarazo puede perjudicar la salud física o mental de los hijos existentes⁵². La Corte Europea de Derechos Humanos en un pronunciamiento del año 2003 estableció, en un caso en el que un médico por equivocación había realizado una perforación del saco amniótico de una mujer haciendo necesario un aborto terapéutico, que no existía violación al derecho a la vida del no nacido (VO versus Francia). La Corte Europea estableció que la obligación de los Estados respecto del artículo 2 de la Convención Europea (derecho a la vida) consiste, en el contexto de la salud pública, en adoptar todas las medidas posibles para la protección de la vida de la paciente⁵³.

Sobre el mismo tema, la Corte Constitucional Colombiana concluyó recientemente que:

“En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado. Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada”⁵⁴.

Los tribunales de diversos países han determinado que las leyes permisivas de aborto terapéutico también son compatibles con las disposiciones que protegen el derecho a la vida. La jurisprudencia constitucional comparada ha establecido que cuando una Constitución, como la nicaragüense, contiene una enunciación de derechos que reconoce el derecho a la vida (art. 23) y a la dignidad humana (art. 5) entre otros, le está prohibido al legislador optar por posiciones absolutas, bien para proteger la vida del feto o bien para garantizar la libertad de la mujer. A pesar de las diferencias entre las sentencias de los jueces constitucionales en materia de aborto en los distintos países, es sorprendente la coincidencia en el resultado. Todas las sentencias admiten la práctica del aborto y excluyen esquemas legislativos extremos, de penalización total o de liberación absoluta.⁵⁵

A continuación, se extraen algunos argumentos de las Cortes nacionales que han resuelto el conflicto entre los derechos de la mujer y la protección constitucional del no nacido en el caso del aborto terapéutico:

Tribunal Constitucional español:

“Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquellos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus (...). Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos (...).

En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. En este supuesto es de observar que si la vida del “nasciturus” se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamentan de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de grave peligro para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada (...).⁵⁶

Corte Constitucional italiana:

“No existe equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propia de quien es ya una persona como la madre y la salvaguarda del embrión que aún no se ha vuelto persona⁵⁷.

Tribunal Constitucional alemán:

“Hasta ahora, la ley determinaba que, por lo general, el aborto constituía una conducta sancionable. Ciertamente, a más tardar desde la decisión del Tribunal del Imperio de 11 de marzo de 1927 (...) se reconoció por la jurisprudencia – para los casos de la denominada indicación médica – el fundamento justificativo del estado de necesidad, de acuerdo con los principios de la ponderación de los deberes y de los bienes jurídicos. A partir de allí desapareció la ilegalidad del acto cuando se realiza para evitar un peligro serio para la vida o la salud de la mujer embarazada, siempre y cuando ese peligro no pueda ser alejado de otra manera y el aborto sea practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer. Estas

reglas de permisión del aborto por razones médicas adquirieron carácter legal a través del artículo 14, inciso 1, de la Ley para la Prevención de la Descendencia con Enfermedades Genéticas, en la forma que asumió luego de la reforma del 26 de junio de 1935. Estas normas se mantuvieron después de 1945 en distintos Länder. En aquellos Länder que las derogaron, los supuestos mencionados recobraron vigencia con la decisión del Tribunal Supremo Federal del 15 de enero de 1952, en la cual fueron reconocidos como supuestos mínimos para la admisión del aborto, de acuerdo con el principio del estado de necesidad...⁵⁸

Tribunal Constitucional de Portugal:

“Por lo tanto, es constitucionalmente admisible que la vida prenatal tenga que ceder, en caso de conflicto, con otros valores o bienes constitucionales, pero sobre todo con ciertos derechos fundamentales, tales como los derechos de la mujer a la vida, a la salud, al buen nombre y reputación, a la dignidad y a la maternidad consciente⁵⁹.

En resumen, *si bien existen diferencias entre las sentencias proferidas en cada país respecto de varios aspectos como, por ejemplo, el método de interpretación, la definición de la situación del feto, los derechos relevantes de la mujer, el ámbito de configuración del legislador respecto de la situación del feto y los derechos de la mujer, es relevante destacar los elementos comunes en las sentencias reseñadas. Primero, en todas las sentencias el juez constitucional considera que existe una cuestión jurídica de orden constitucional que debe ser resuelta a la luz de la Constitución de cada país. Segundo, ninguno de los jueces constitucionales concluyó que el legislador tiene una competencia absoluta para regular la materia del aborto, puesto que la Constitución de cada país establece límites al poder legislativo, a pesar de que el tema suscite controversia en la sociedad y coexistan visiones diferentes. Tercero, en todas las sentencias se decide que la prohibición del aborto no puede ser absoluta. Aun las sentencias en las cuales se afirmó que el legislador tiene el deber, en virtud de la Constitución respectiva, de criminalizar el aborto, se concluyó que caben excepciones y que algunas de ellas también están ordenadas por la Constitución correspondiente, en especial la del aborto terapéutico, el cual es definido con mayor o menor amplitud en cada país. Cuarto, ninguna sentencia es indiferente al valor de la vida del feto y todas admiten que en algún momento del embarazo –distinto en cada país- la vida del feto justifica sancionar penalmente el aborto. Quinto, todas las sentencias admiten que el valor de la vida del feto es limitable para respetar los derechos de la mujer embarazada, lo cual ha conducido a un resultado común independientemente de la regulación legal vigente: a la mujer se le debe permitir abortar por mandato constitucional. Lo que cambia en cada país*

son las circunstancias y condiciones dentro de las cuales la mujer puede abortar sin que se inicie una investigación penal en su contra, las cuales pueden ser fijadas, definidas y precisadas por el legislador dentro del respeto a los parámetros constitucionales enumerados por el juez constitucional. Sexto, existen tres condiciones que los jueces constitucionales han considerado suficientemente sólidas para justificar que el embarazo sea interrumpido con el consentimiento de la mujer encinta. Estas tres condiciones corresponden a los indicadores terapéutico, eugenésico y ético-criminal⁶⁰.

1.5. En los estados liberales democráticos ningún derecho es absoluto

Una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales puede tener carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues éste es, sin duda, uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios⁶¹.

Ello explica que el legislador haya expedido una serie de normas en el Código Penal que demuestran que el derecho a la vida posee diferentes tratamientos normativos (ej: regulación de la legítima defensa); y, en ese sentido, no tiene un valor absoluto. De otro lado, la penalización diferenciada de las conductas que atentan contra la vida, evidencia la distinción entre el derecho a la vida y la protección constitucional de la vida en formación.

En efecto, la legislación penal vigente castiga de diferentes maneras las diversas conductas que atentan contra la vida, tal como el delito de homicidio y el delito de aborto. El primero, contemplado en el art. 128 Pn, indica que “Comete delito de homicidio el que priva de la vida a otro y tendrá como pena de 6 a 14 años de presidio” (subrayado propio). El segundo, establece en el art. 162 párrafo primero Pn, que “El que causare la muerte de un feto en el seno materno o mediante aborto, será reprimido con prisión de 3 a 6 años (...)”.

2. La Ley No. 603 que deroga el art. 165 del Código Penal vulnera el derecho a la integridad y a no ser sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 36)

El art. 36 de nuestra Constitución Política establece claramente: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie será sometido a torturas, procedimientos, penas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La violación de este derecho constituye delito y será penado por la ley*”. La protección de este derecho se encuentra garantizada en varios tratados internacionales y regionales de derechos humanos. De esta forma, el artículo 7 del PIDCP estipula: “*Nadie será sometido a*

torturas ni a penas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes ...”, mientras que el artículo 5(2) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) estatuye: *“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente del ser”*. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos que vela por el cumplimiento del PIDCP, ha indicado en el caso K.L vs Perú que, bajo dicho Pacto, *la negación del aborto terapéutico es una vulneración del derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos o degradantes* (subrayado fuera de texto). Este caso fue resuelto mediante Dictamen de 24 de octubre de 2005, (Comunicación No. 1153/2003) del Comité de Derechos Humanos. En el caso K.L vs Perú, la demandante argumentaba que dicho país había violado los artículos 2, 3, 6, 7, 17, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La demandante había quedado embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años. En junio de 2001, después de un examen médico, se enteró de que el feto sufría de anencefalia⁶². En opinión del médico ginecólogo que la examinaba, la continuación de su embarazo ponía en grave peligro su vida y le recomendó la terminación del embarazo⁶³. La demandante decidió terminarlo. Para ello se requería la autorización del director del hospital, quien, cuando fue solicitada la terminación del embarazo por la madre de la menor, se negó a autorizarla, aún cuando las normas penales de Perú permiten la interrupción del embarazo por razones terapéuticas. A pesar de los reportes de una trabajadora social del Estado y de un siquiatra, que recomendaron la terminación del embarazo en razón a las afecciones en la salud mental de K.L, la interrupción del embarazo no fue permitida. El 13 de enero de 2002 la demandante dio a luz una bebé que sólo vivió cuatro días y a la que tuvo que alimentar durante el tiempo que vivió. K.L sufrió una grave depresión después de la muerte de su bebé, además de ciertas complicaciones médicas de tipo físico. El Comité de Derechos Humanos encontró que Perú había violado los artículos 2⁶⁴, 7⁶⁵, 17⁶⁶ y 24⁶⁷ del PIDCP ya que, aun cuando podía haber evitado el sufrimiento psicológico y el daño en la salud de la demandante, no lo hizo. La determinación de no respetar los deseos de K.L de terminar el embarazo fue injustificada. K.L tampoco recibió la protección especial a la que tenía derecho como menor y no tuvo un remedio legal adecuado. En la decisión se dijo: *“La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Ésta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el período en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001, que*

establece el estado de profunda depresión en el que se sumió y las severas repercusiones que esto le trajo, teniendo en cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No.20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores⁶⁸. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto”. Esta decisión constituye el desarrollo más novedoso en el derecho internacional de los derechos humanos frente al aborto, pues establece por primera vez que la negación del aborto por razones terapéuticas vulnera el derecho a estar libre de tratos crueles e inhumanos. Es pertinente recordar que el Comité PIDCP, en su Observación General No 7, que interpreta los alcances del artículo 7 del PIDCP (prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) ha establecido que dicho artículo “claramente protege no sólo a las personas presas o detenidas, sino también a los alumnos de los establecimientos de enseñanza y a los pacientes de las instituciones médicas”⁶⁹. Asimismo, el Comité contra la Tortura, que supervisa el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, expresó en el 2004 su preocupación, en el contexto de su revisión del tercer informe periódico de Chile, sobre el efecto adverso de la penalización del aborto en la relación entre el personal médico y las mujeres que recurren a los hospitales para atención post- aborto: “ El Comité expresa su preocupación por ... el hecho de que, según se informó, se condicione la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de los abortos clandestinos, a que las mismas proporcionen información sobre quienes practicaron dichos abortos. Estas confesiones se utilizarían posteriormente en causas instruidas contra ellas y terceras partes, contraviniendo así lo preceptuado por la Convención”⁷⁰. En el caso del Perú, país en el que sólo está despenalizado el aborto terapéutico, el Comité contra la Tortura ha expresado, en mayo de 2006, lo siguiente: “La legislación actual restringe severamente el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo, incluso en casos de violación, lo cual ha resultado en graves daños, incluso muertes innecesarias de mujeres. Las alegaciones recibidas indican la omisión del Estado Parte en la prevención de actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres y

*que constituyen actos crueles e inhumanos*⁷¹. Por ello, ha recomendado al Perú *“tomar las medidas necesarias, incluyendo medidas legales, para de manera eficaz prevenir actos que perjudican gravemente la salud de las mujeres proporcionando la atención médica requerida, fortaleciendo los programas de planificación familiar así como a través de un mejor acceso a la información y servicios de salud reproductiva, incluso para los adolescentes*⁷². Por lo tanto, en ciertas circunstancias específicas llevar a término el proceso de gestación implica una carga extraordinaria y opresiva que resulta razonablemente inexigible, tal y como lo señaló en 1975 el Tribunal constitucional alemán para despenalizar el aborto en determinadas casos. En igual sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional español, en la ya citada STC 53/85: *“Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constrictión –la sanción penal– para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”*. Ningún Estado, puede entonces, imponer u obligar a conductas heroicas como es la de someter a sus mujeres a culminar un embarazo que pone en riesgo su vida o salud, negándoles, en circunstancias específicas y urgentes, los servicios médicos y/u hospitalarios para contrarrestar los gravísimos efectos adversos que trae la continuación del mismo.

2. Derecho a la salud

2.1. La penalización del aborto terapéutico atenta contra el derecho fundamental a la salud (Artos. 59, 46 y 105 C.P.) incluida la salud física y mental de las mujeres

Consideramos que la Ley No 603 contraviene el derecho fundamental a la salud, establecido en el art. 59 de nuestra Carta Magna, en virtud del cual: **“Los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación”** (negrilla propio). De acuerdo con el artículo 12(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), toda persona tiene derecho **“al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”**⁷³. Adicionalmente, la Organización Mundial de la Salud OMS afirma que la salud es **“un**

completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o incapacidad". El derecho a la salud, al igual que otros derechos de carácter prestacional reconocidos en la Constitución Política, implica el deber del Estado de brindar protección social a todos los nicaragüenses como derecho básico de pertenencia a la sociedad. De esa noción fundamental de pertenencia, se entiende como derecho ciudadano el poder disfrutar de condiciones de vida y salud, educación, trabajo, vivienda dignas, acordes con los niveles de progreso y bienestar de nuestra sociedad. La ciudadanía social, entendida como pertenencia a una comunidad, implica por lo tanto un freno a las desigualdades económicas mediante la acción deliberada del Estado, pues tales desigualdades, más allá de un cierto punto, impiden la real pertenencia a ésta a muchos miembros de la sociedad. En ese sentido, el Estado Nicaragüense debe brindar y proteger deliberadamente las condiciones de salud de sus ciudadanas/os como premisa básica y fundamental para el logro de un país más justo y equitativo socialmente.

Ahora bien, se reitera que debe declararse inconstitucional la Ley No. 603 porque viola el art. 105 de nuestra Constitución Política, que señala en sus párrafos segundo y tercero: "Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligados a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos... se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población; priorizando el cumplimiento de los programas materno – infantil. Los servicios estatales de salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos..." En consecuencia, la negación del servicio de aborto terapéutico para las mujeres que lo requieren de manera urgente para salvar su propia vida o salud, las excluye de la protección que el Estado debe garantizarles, y las somete a servicios ilegales que comprometen aún más su salud, aumentando la probabilidad de muerte por abortos. Partiendo entonces de la obligación del Estado de Nicaragua de brindar el más alto nivel de salud física y mental a las mujeres, como a todos sus ciudadanos, sería contradictorio y desproporcionado someter a las gestantes a culminar un embarazo, en contra de su voluntad, afectando su vida y salud. El derecho a acceder a los servicios de salud, también está reconocido en el art. 8 de la Ley General de Salud. Según afirma catedrático Iván Escobar Fornos, la referida ley "tiene por objeto tutelar el derecho que tiene toda persona para disfrutar, conservar y recuperar su salud, sobre los principios siguientes: gratuidad, solidaridad, integridad, universalidad (a todos), participación social, eficiencia, calidad, equidad, sostenibilidad y responsabilidad de los ciudadanos"⁷⁴. De acuerdo con lo aseverado por la Corte Constitucional de Colombia: *"La protección a la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud*

*física o mental de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional, en este caso la protección a la vida del que está por nacer. En efecto, no resulta proporcionado ni razonable que el Estado le imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes. Asimismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y la libertad de desarrollo personal que reserva al individuo, es decir a la mujer cuando se discute el aborto terapéutico, una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros*⁷⁵. También ha afirmado la referida Corte que el “derecho a la salud además de su contenido prestacional, tiene el carácter de un derecho de defensa, frente a las injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren”.

Debe destacarse que El Informe del Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, Paul Hunt, señala que *“hay que acabar con las disposiciones que castigan a las mujeres que abortan*⁷⁶. Paul Hunt, mediante carta de 25 de octubre de 2006, dirigida al Presidente de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, adhirió la carta de fecha 20 de octubre enviada al citado legislador por las agencias de Naciones Unidas y por embajadores de países donantes, ante la preocupación por el proceso seguido para la aprobación del Proyecto de Ley para derogar el artículo 165 del Código Penal.

2.3. La derogación del artículo 165 del Código Penal desconoce el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres (art. 105)

El derecho a la salud lleva consigo el derecho de tomar decisiones relativas a la misma, que es lo que conocemos como autonomía en materia de salud, como el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva.

En las últimas décadas, se ha dado un proceso de enriquecimiento y clarificación sobre el concepto de los derechos humanos aplicados a las circunstancias particulares de la mujer. De este análisis, surgió el concepto de derechos sexuales y reproductivos. Su discusión empezó, originalmente, en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, cuando se declaró que *“los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales”*, y que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la

erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. Posteriormente, en el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo, llevada a cabo en El Cairo en 1994, se estableció lo siguiente: “Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos (párrafo 7.3). Por su parte, la salud reproductiva es definida como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia (párrafo 7.2). La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing) ratificó la definición de los derechos reproductivos establecida en el Programa de Acción de El Cairo. Nicaragua ha suscrito los documentos emanados de ambas conferencias y ha participado en las reuniones de seguimiento de las mismas. En atención a ello, el Ministerio de Salud, en su Manual de Salud Reproductiva, la define como *“el estado de completo bienestar físico, mental y social y no sólo la ausencia de enfermedad durante el proceso de reproducción así como en el ejercicio de la sexualidad”*⁷⁷.

Por su parte, la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua señala que:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. La salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual responsable, satisfactoria, sin riesgos, con la capacidad de reproducirse y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. El hombre y la mujer tienen el derecho a obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo y a la pareja la oportunidad de tener hijos sanos”.⁷⁸

Desde el punto de vista jurídico, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el derecho a una vida libre de violencia, entre otros⁷⁹.

Además de los instrumentos internacionales incorporados en nuestra Constitución, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer tiene soporte especial en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW-, que entró en vigor en Nicaragua a partir de su publicación en la Gaceta No. 191 de 25 de agosto de 1981.

El Comité de la CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente⁸⁰.

Como ha afirmado recientemente la Corte Constitucional de Colombia, “los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”.⁸¹

2.4. Para la preservación de la vida o salud de la mujer embarazada el estado de necesidad no es suficiente

Podemos ilustrar la insuficiencia de la figura del estado de necesidad para preservar la salud o vida de la mujer como la diferencia que existe entre la posibilidad de invocar el artículo 28 del Código Penal, numerales 4 ó 6, como eximente de responsabilidad penal, versus el derecho al aborto terapéutico para preservar la vida o salud de la mujer embarazada.

La primera hipótesis se da cuando la mujer descubre que su vida o salud se encuentran en peligro y que el aborto terapéutico es la manera de protegerse a sí misma, y decide interrumpir ese embarazo sabiendo que es un delito, sometiéndose a un aborto clandestino Posteriormente es denunciada, es culpada y sindicada de haber cometido un delito, puede incluso ser detenida, y presenta una defensa con base en el artículo 28 inciso

6 del Código Penal, para lograr ser eximida por parte del Juez de su responsabilidad penal, por configurarse el estado de necesidad. Así las cosas, en primer lugar se obliga a la mujer a recurrir a los servicios inseguros y clandestinos, poniendo en riesgo su propia vida. En segundo lugar, si logra sobrevivir a la deficiencia de los servicios ilegales de aborto, es revictimizada mediante el régimen penal que la somete a un proceso de judicialización en el cual debe invocar el estado de necesidad de la conducta, con la esperanza de persuadir al juez sobre la legitimidad de su decisión de interrumpir el embarazo para salvar su propia vida o salud.

En la segunda hipótesis, la mujer descubre el peligro para sí misma pero decide interrumpir su gestación de manera legal porque sabe que tiene derecho a proteger su propia vida o salud. En oposición a la anterior hipótesis, la mujer puede acudir de manera segura y oportuna a los servicios de interrupción del embarazo con el fin de preservar su salud y vida, sin someterse a trabas innecesarias y procesos judiciales que la revictimizan y que pueden culminar en una sanción penal.

Es interesante estudiar lo que los tribunales o cortes constitucionales han establecido sobre el estado de necesidad en relación al aborto. En síntesis, han señalado que cuando se exige que la mujer demuestre una amenaza inmediata y grave a su vida, la excepción del estado de necesidad es inadecuada para resguardar sus derechos fundamentales:

Corte Constitucional italiana:

Sostuvo que el estado de necesidad es insuficiente para proteger la salud materna y exigió la creación de salvaguardas específicas para la mujer embarazada con el fin de asegurarla.⁸² En Italia se habla de la impertinencia e insuficiencia del estado de necesidad. En 1975, la Corte Constitucional de ese país declaró que el estado de necesidad que contiene el Código Penal, y que exige una amenaza inmediata y grave, no proporciona suficiente protección a las mujeres cuando el embarazo representa un grave peligro para su salud:

*“La condición de la mujer embarazada es particular y no está adecuadamente protegida por una norma de aplicabilidad general como lo es el artículo 54 del Código Penal, que exige no sólo que el daño o peligro sea grave y absolutamente inevitable, sino también que sea un peligro o daño presente. Aunque se pueda prever el daño o el peligro de continuar el embarazo, no siempre es inmediato”.*⁸³

Como el tipo de amenaza que significa la no-interrupción del embarazo podría no satisfacer el requisito de inmediatez de la defensa por necesidad, tal como lo define el Código Penal, la Corte pidió la creación de protecciones específicas para los tipos de riesgos que puede plantear un embarazo. Además, declaró expresamente que el estado de necesidad es conceptualmente inapropiado para el contexto del aborto.

Según la Corte, la aceptación de esta defensa interpretaría erróneamente el peso dado a los derechos de la mujer a la vida y la salud y el interés del feto a la protección. El Artículo 54 del Código Penal [sobre el estado de necesidad] parte del supuesto de que hay una equivalencia entre:

*“[el bien violado por el autor del] delito con el fin de proteger otro bien. Sin embargo, no hay equivalencia entre el derecho, no sólo a la vida, sino también a la salud de alguien que ya es persona, como lo es la madre, y salvaguardar el embrión que aún tiene que llegar a ser persona”.*⁸⁴

Como la salud de la mujer tiene mayor peso que los intereses fetales, la Corte sostuvo que el estado de necesidad es inadecuado para ser tomado en consideración en el análisis de la permisividad del aborto cuando la vida o la salud de la mujer está amenazada.⁸⁵

Corte Constitucional colombiana:

Como ha sostenido esta Corte en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud.

La referida Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el argumento en virtud del cual cuando la vida o la salud de la madre gestante estén en peligro por alguna causa relacionada con el embarazo, el artículo 32, numeral 7 del Código Penal, admite que se invoque el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal. La Corte Constitucional ha señalado que el estado de necesidad en su regulación actual no resuelve la tensión constitucional, en esencia, por dos razones. Primero, porque su aplicación parte del supuesto de que el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible porque como se advirtió anteriormente, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de éste sin atender ninguna otra circunstancia; y segundo, por cuanto el artículo 32 numeral 7 citado, exige que se reúnan ciertas condiciones para demostrar la existencia de un estado de necesidad como que se trate de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, las que no permiten comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante.⁸⁶

La Ley No. 603 desconoce el derecho al desarrollo humano (art. 4) y a la dignidad personal (art. 5)

La inconstitucional Ley No. 603 viola los derechos fundamentales del desarrollo humano y a la dignidad de las mujeres, consagrados en los artículos 4 y 5 de la Constitución como principios fundamentales. La dignidad humana cumple, al interior del ordenamiento constitucional de un país democrático, distintas, pero relacionadas funciones, a saber: i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional; (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter de derecho fundamental autónomo⁸⁷. Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico, y adicionalmente constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema jurídico nicaragüense. Sobre la dignidad personal el Tribunal Constitucional español ha afirmado que: *“Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”* (STC 53/85). Cuando la vida del ser humano no está garantizada y regulada bajo el principio de la dignidad humana, el hombre y la mujer quedan expuestos a la instrumentalización de su existencia; y, como consecuencia de ello, a ser reducidos a la degradante condición de objetos, de los cuales se sirven o sobre los cuales deciden los demás. La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno, y por tanto no puede convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o utilizarla, en ciertos casos, contra su voluntad, para servir de herramienta efectivamente útil para procrear.⁸⁸ Por todo lo anterior, se entiende que el derecho a la dignidad humana protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad

moral (vivir sin humillaciones)⁸⁹. Como es obvio, estos contenidos se vulneran desproporcionadamente con la Ley No 603.

La Ley No. 603 de 2006 vulnera el derecho de la libertad individual (art. 5 Cn) La facultad de elegir entre distintas opciones de vida, define a la persona en el mundo moderno, toda vez que los fundadores teóricos de la modernidad consideraron a esa facultad como inherente a la condición humana. Sin libertad, esto es, sin la posibilidad de que la persona opte por la clase de vida que prefiera no hay dignidad humana, puesto que sin el ejercicio autónomo de la voluntad para pensar y actuar en la vida, la persona piensa y actúa bajo imperativos ajenos, lo que la convierte en medio para que los demás realicen su designios. En este punto, se produce la concurrencia inseparable entre la dignidad humana y la libertad, ya que sin la existencia de ésta, el ser humano sería inexorablemente instrumentalizado. Es así como la libertad es también uno de los principios fundamentales de la Nación nicaragüense conforme lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución Política: “Son principios de la nación nicaragüense: la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana (...)”. Adicionalmente, el artículo 25 de la Carta Magna establece que toda persona tiene derecho a la libertad individual. Cuando el Estado reconoce la libertad de la persona, garantiza un ámbito en el que el individuo es soberano. La decisión de tener un aborto terapéutico, que está vinculada con el ejercicio de otros derechos, es un asunto que le concierne a quien decide sobre su propia vida. Así las cosas, penalizar esta conducta no es coherente con la doctrina de la libertad individual y la autonomía como máxima expresión de la dignidad humana. En otras palabras, al considerar a la persona como autónoma y libre, como lo preceptúa la Constitución, se hacen inviables todas aquellas normas legales que desconocen la condición del ser humano como ser capaz de decidir sobre su propio rumbo y opción de vida. El derecho a la libertad posee un contenido positivo y negativo. El aspecto positivo consiste en que el hombre o la mujer pueden, en principio, hacer todo lo que deseen en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho. En ese orden de ideas, la libertad individual protege aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo no garantizados en forma especial por otros derechos. La condena a muerte que impone a las mujeres nicaragüenses la penalización del aborto terapéutico, vulnera el principio de la libertad, pues se traduce en la imposición de una concepción particular sobre la vida. A su vez, ello implica una vulneración al principio de mínima injerencia y ultima ratio del derecho penal en la vida de los ciudadanas/os⁹⁰. Derecho a la igualdad La Ley No. 603 de 2006 vulnera el derecho a la igualdad y a estar libre de discriminación (arts. 27, 48, 59 y 73) La Ley No. 603

representa una violación clara y directa a los artículos 27, 48, 59 y 73 de la Constitución Política, que dan contenido al derecho a la igualdad y a estar libre de discriminación en general, en materia política, familiar y de salud. La Constitución regula expresamente la igualdad entre hombres y mujeres. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema *“el principio de igualdad ante la ley (...) no tiene más objetivo que el garantizar a plenitud la igualdad de derechos y obligaciones a todas las personas que se encuentren en una determinada situación jurídica”*⁹¹. La penalización del aborto terapéutico viola el derecho a la igualdad y a estar libre de discriminación por razones de sexo, posición económica y condición social, porque ignora los efectos diferenciales que un embarazo tiene no sólo entre hombres y mujeres, sino dentro de las mujeres entre aquellas que tienen mayor acceso a información y recursos, y las más jóvenes, pobres, rurales y/o de distinto origen étnico. El aborto terapéutico ilegal es una violación del derecho a la igualdad en el acceso a la salud. La Ley General de Salud No. 423, en desarrollo de la Constitución Política y de los tratados internacionales ratificados por Nicaragua, reconoce en su artículo 8, numeral 6, que uno de los derechos de los usuarios del sector salud es a estar libres de discriminación por cualquier razón⁹². Si se tiene en cuenta que el sexo es uno de los criterios por los que está prohibida la discriminación, la negación de la práctica de un aborto terapéutico constituye un claro ejemplo de discriminación a la mujer que vulnera su derecho a la salud y a la vida. En efecto, a los hombres en ninguna circunstancia se les niega la protección de su derecho a la vida o a la salud cuando requieren un procedimiento quirúrgico. Por lo anterior, la prohibición de la realización de un aborto terapéutico es una medida discriminatoria, que vulnera el derecho a la igualdad, el derecho a la salud y el derecho a la vida de las mujeres y las obligaciones de derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia. Las barreras legales que impiden el acceso a tratamientos médicos que sólo requieren las mujeres para proteger su vida o su salud constituyen una violación del derecho a la igualdad en el derecho internacional. En el derecho internacional el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo está regulado en diferentes tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁹³ el PIDCP,⁹⁴ el PIDESC⁹⁵ y la CADH⁹⁶. Nicaragua al ratificar la CEDAW que entró en vigor a partir de su publicación en la Gaceta No. 191 del 25 de agosto de 1981, asumió la obligación de tomar las medidas necesarias para eliminar las bases legales y materiales discriminatorias de la mujer y poner en práctica el principio de igualdad a nivel interno⁹⁷. La CEDAW define la discriminación contra la mujer como “la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la

mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera⁹⁸. Esta definición determina el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres. Por otro lado, la CEDAW exige la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales e impone a los Estados la obligación de dictar medidas para prevenir y sancionar los actos discriminatorios.⁹⁹ Adicionalmente, exige la protección contra la discriminación mediante la prevención y sanción de las conductas discriminatorias que son ejercidas desde el Estado, haciéndolo incluso responsable por la falta de diligencia para prevenir violaciones en la esfera privada.¹⁰⁰ Según el artículo 12 de la CEDAW, los Estados miembros acuerdan “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en el campo de la atención a la salud con el fin de asegurar, con base en la igualdad de hombres y mujeres, el acceso a servicios de salud, incluyendo los relacionados con la planificación familiar”¹⁰¹. Con el fin de verificar el cumplimiento de esta obligación por parte de los Estados, la Recomendación General 24 del CCEDAW establece la obligación de los Estados de proporcionar en sus informes periódicos datos del efecto de las leyes y políticas de salud sobre las mujeres en contraste con sus efectos sobre los hombres¹⁰². La Recomendación General 24 del CCEDAW No. establece: “14. La obligación de respetar los derechos exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud... **El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.**”¹⁰³

La Observación General sobre la Equidad entre Hombres y Mujeres del Comité de Derechos Humanos, exhorta a los Estados a que proporcionen datos sobre “muertes de mujeres relacionadas con el embarazo y el parto”¹⁰⁴. En esta misma Observación General se establece la obligación de los Estados de respetar, proteger y satisfacer los derechos a la atención de la salud de las mujeres. La obligación de respetar estos derechos demanda la eliminación de las barreras que impiden el acceso a la atención, incluyendo “**leyes que penalizan los procedimientos médicos que sólo necesitan las mujeres y que castigan a las mujeres que llevan a cabo esos procedimientos**”. Las leyes que penalizan procedimientos médicos a los que sólo las mujeres recurren incluyen, por definición, las leyes penales de aborto. (La negrilla y el subrayado no son originales). Consecuentes con la referida Observación General, los tribunales nacionales

están comenzando a reconocer que la negación de los servicios de aborto constituye discriminación por sexo. En condiciones de necesidad terapéutica, los hombres no están expuestos a la negación legal de los servicios médicos ni al castigo penal por recurrir a ellos, mientras que las mujeres con frecuencia afrontan obstáculos legales y prácticos cuando buscan un aborto terapéutico. Los servicios de aborto están únicamente dirigidos a mujeres, pues como es evidente son las únicas que biológicamente los requieren. Dentro de la misma lógica, a los hombres nunca se les ha negado el acceso a la salud en los casos en que se trata de procedimientos quirúrgicos o medicamentos que sólo ellos necesitan para proteger su vida o salud.

4.4 Los derechos de las mujeres de bajos ingresos son vulnerados en mayor medida con la penalización del aborto, lo que constituye discriminación por condición socio-económica

Aunque la Constitución Política, en el artículo 27, es clara al establecer la igualdad por razones socio-económicas, la eliminación del aborto terapéutico discrimina a las mujeres que no tienen recursos frente a las que sí los tienen. Las mujeres con más recursos pueden viajar donde el aborto no está prohibido y si abortan en el país lo hacen en condiciones de atención médica óptimas y confidenciales. En cambio, las que no cuentan con recursos suficientes, que además son la gran mayoría, no pueden hacer ninguna de las dos cosas. Adicionalmente, se viola el derecho a estar libre de discriminación en relación con la situación económica y/o al estado civil, cuando la única opción frente al aborto, compromete la capacidad de la mujer de poder mantener a los hijos ya nacidos. Por ello, en el enfoque sudafricano de la reforma de la ley del aborto se reconoció que las élites socioeconómicas y las mujeres de las familias influyentes han sido inmunes a las leyes restrictivas de aborto, mientras que éstas han afectado directamente la capacidad de decisión, la salud y la propia vida de las mujeres sin poder, pobres, jóvenes y marginales. La OMS estima que cada año se practican en el mundo aproximadamente 19 millones de abortos en condiciones de riesgo, de los cuales 68.000 terminan con la muerte de la mujer. El riesgo de muerte a causa del aborto inseguro en los países en desarrollo es de 370 por cada 100.000 casos.¹⁰⁵

El artículo 26 del PIDCP contempla el derecho a no ser discriminado por motivos de posición económica. Al mismo tiempo el artículo 12 del PIDESC contempla el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, mencionado anteriormente. La Observación General No 14 del CPIDESC, que interpreta el artículo 12 del PIDESC, estableció que el derecho a la salud abarca unas libertades y unas titularidades. Las libertades contemplan el derecho al control de la salud y del cuerpo, incluyendo la libertad sexual y reproductiva *así como el derecho a estar libre de cualquier interferencia en dicho contexto*. Las titularidades incluyen el derecho a un sistema de protección de la salud que provea la igualdad de oportunidades para las personas de disfrutar el

más alto nivel de salud. También se establece que el derecho a la salud toma en consideración las condiciones individuales biológicas y socio-económicas.

Dentro de los elementos esenciales para la satisfacción del derecho a la salud, la Observación General No 14 reconoce cuatro niveles definidos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En el mismo sentido, la Observación General consagra cuatro dimensiones superpuestas de la accesibilidad: (i) La no discriminación, según la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles *“a los sectores más vulnerables y marginados de la población”*, sin que pueda haber discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/sida), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud; (ii) La accesibilidad física, componente que obliga, de un lado, a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deban estar al alcance, desde el punto de vista geográfico, a todos los sectores de la población, en especial los que han sido tradicionalmente excluidos; y del otro, que *“los sectores médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua potable y los servicios sanitarios adecuados, se [encuentren] a una distancia geográfica razonable;*(iii) La accesibilidad económica, también denominada asequibilidad, entendida como la obligación de fijar los costos del servicio de salud bajo un criterio de equidad, bien si la atención es suministrada por entidades públicas o por privadas. La asequibilidad, igualmente, *“exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”;* (iv) El acceso a la información, consistente en el *“derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”*. El ejercicio de este derecho, a juicio del Comité, se realizará sin perjuicio de la protección de la confidencialidad de los datos personales relativos al estado de salud de las personas.¹⁰⁶

4.5 El aborto ilegal afecta particularmente los derechos de las mujeres jóvenes y niñas, violando su derecho a no ser discriminadas por razones de edad El artículo 71, párrafo 2 de la Constitución de Nicaragua protege los derechos de los niños y niñas de manera especial y da vigencia constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño. La discriminación por motivos de minoría de edad está tratada extensamente en la mencionada Convención, según la cual los Estados acuerdan *“esforzarse por asegurar que ningún niño o niña serán privados de su derecho al acceso a (...) servicios de atención a la salud”*. Los riesgos de las mujeres jóvenes se acentúan cuando los servicios de

aborto terapéutico no están disponibles para ellas, siendo este grupo el más vulnerable a episodios de violencia sexual resultantes en embarazos riesgosos. Las estadísticas demuestran que el problema es mayor y más frecuente para las jóvenes; y, por lo tanto, penalizar el aborto terapéutico implica una discriminación contra ellas. Está probado científicamente que las adolescentes entre 15 y 19 años tienen el doble probabilidad de morir a causa de complicaciones durante el embarazo que las mujeres entre 20 y 24 años. Las menores de 15 años tienen un riesgo cuatro veces mayor¹⁰⁷. Se sabe que la cuarta parte de las muertes maternas en Nicaragua, entre el año 2000 y 2005, fueron de menores de 20 años¹⁰⁸. El Programa de El Cairo reconoce que “hasta ahora los servicios de salud reproductiva existentes han descuidado en gran parte las necesidades en esta esfera de los adolescentes como grupo”. Como resultado, en muchos países, como Colombia, son epidémicas las altas tasas de embarazos de adolescentes no casadas, y en otros parecen endémicas. En sus Comentarios Conclusivos sobre el Informe sometido por el gobierno de San Vicente y las Granadinas, el CCEDAW advertía la *“muy alta tasa de embarazos de pre-quinceañeras y quinceañeras”* y recomendaba el mejoramiento de los servicios de información y salud reproductiva para estos grupos de edad.¹⁰⁹ En el caso peruano, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado -en el 2006- su preocupación *“por la elevada tasa de embarazos precoces y por el número de adolescentes que fallecen por someterse a un aborto”*¹¹⁰. Por ello, ha recomendado que el Estado peruano adopte *“todas las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de niñas a causa del aborto”*¹¹¹. Los textos de El Cairo y Beijing exhortan a eliminar las barreras sociales y regulatorias de la información y la atención de la salud reproductiva de las adolescentes. Recomiendan que los países aseguren que los programas y actitudes de los proveedores de atención a la salud no restrinjan el acceso de las personas adolescentes a servicios apropiados, y que a cambio protejan y promuevan sus derechos a la educación, la información y la atención con el fin de reducir el número de embarazos adolescentes¹¹². El Comité de los Derechos del Niño ha recomendado al estado peruano que: *“teniendo en cuenta la Observación general del Comité sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención (CRC/GC/2003/4), garantice el acceso a los servicios de salud reproductiva a todos los adolescentes y lleve a cabo campañas de sensibilización para informarles plenamente a los adolescentes sobre sus derechos en materia de salud reproductiva, y en particular sobre la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos precoces. Además, el Estado Parte debe adoptar todas las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de niñas adolescentes a causa del aborto”*¹¹³

5. Derecho a la libertad religiosa y de conciencia (arts. 29 y 69) La ley recurrida, es igualmente inconstitucional por violar los artículos 29 y 69 de nuestra Carta Magna,

que establecen que “toda persona tiene derecho a la **libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión**. Nadie puede ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar estos derechos ni a ser obligado a declarar su credo, ideología o creencias” y “[t]odas las personas, individual o colectivamente tienen derecho a manifestar sus creencias religiosas en privado o en público, mediante el culto, las prácticas y su enseñanza. Nadie puede eludir la observancia de las leyes, **ni impedir a otros el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, invocando creencias o disposiciones religiosas**”. Este derecho también se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁵, y la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹⁶. La Corte Suprema de Nicaragua ha señalado, además, que “...El Estado garantiza la libre emisión y difusión del pensamiento dentro del territorio nacional, sin que nadie que ejercite tal derecho pueda ser perseguido, ni siquiera inquietado por ello, a menos que se abusen o cometan delitos en la forma y casos que la ley determina; y como una consecuencia de aquel ejercicio, la conciencia de los hombres es también libre en Nicaragua y además, la manifestación de todas las creencias y la práctica de todos los cultos morales, sujetos a las buenas costumbres y al orden público, también son esencialmente libres...”¹¹⁷. Consideramos que la ley recurrida, impuso a todos los ciudadanos, y particularmente a las ciudadanas, un determinado código religioso. Si bien un Estado constitucional debe garantizar la libertad de religión, no es menos cierto que debe distinguir entre la esfera del pecado y la esfera del delito. Por ello, el Tribunal Constitucional español ha sostenido, en relación a la despenalización del aborto, que: *“Se trata de un caso límite en el ámbito del Derecho; en primer lugar, porque el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social, y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro, ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales.*

El Tribunal no puede menos que tener en cuenta, como una de las ideas subyacentes a su razonamiento, la peculiaridad de la relación entre la madre y el nasciturus a la que antes hemos hecho mención; pero ha de hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico, ya que otra cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenas a los del análisis jurídico” (STC 53/85).

6. La Ley No. 603 de 2003 vulnera el derecho al libre ejercicio de la profesión (art. 83 C.P.)

Hasta el momento hemos expuesto los argumentos por los cuales la penalización del aborto terapéutico vulnera, principalmente, los derechos constitucionales de las mujeres. Sin embargo, existe otro grupo de personas que también encuentra sus derechos vulnerados con este cambio legislativo: los profesionales del sector salud. Para ellos, la total penalización del aborto cuando se practica para preservar la vida y salud física o mental de la mujer, es una clara restricción a su derecho a ejercer libremente su profesión y a su deber de proteger la vida de sus pacientes. En efecto, el artículo 86 de nuestra Constitución indica que “[t]odo nicaragüense tiene derecho a elegir y ejercer libremente su profesión u oficio (...)”. El derecho al libre ejercicio de la profesión garantiza a los médicos: a) A ejercer la profesión en forma libre y sin presiones. El médico tiene derecho a que se respete su juicio clínico y su libertad prescriptiva, así como su probable decisión de declinar la atención de un paciente, siempre que tales aspectos se sustenten en bases éticas, científicas y normativas; b) A contar con lugares de trabajo e instalaciones que cumplan con medidas de seguridad e higiene, incluidas las que establece la ley, de conformidad con las características del servicio a otorgar. El médico debe asegurar la mejor calidad de atención al enfermo, brindándole la más adecuada al caso, de acuerdo a los medios a su alcance, que tengan la mayor efectividad, cause el menor sufrimiento y produzca los más reducidos efectos colaterales adversos e inconvenientes, con el menor costo posible para el paciente y la sociedad que integra¹¹⁸. Por ello, el Código Internacional de Ética Médica establece la obligación del médico de considerar lo mejor para la paciente cuando presta atención médica, y de mantener el más alto nivel de conducta profesional, utilizando todos los recursos científicos disponibles para ello. Estas obligaciones incluyen la defensa de sus pacientes tanto como grupo (por ejemplo en asuntos de salud pública) y como personas¹¹⁹. La derogación del aborto terapéutico obliga a los médicos a violar sus propios principios, deberes éticos y fines a los cuales se consagran. La imposibilidad legal de practicar un aborto cuando peligra la vida o la salud de la mujer, puede incluso generar sentimientos de impotencia en la vida del profesional y por ende afectaciones en la misma. Al recibir el título profesional los médicos no sólo tienen el derecho sino el deber de ejercer su profesión, hasta el punto de que en el caso de practicar un aborto para salvarle la vida a su paciente, no podrían ser responsables penalmente con base en la eximente de responsabilidad establecida en el artículo 28, numeral 9¹²⁰. Sin embargo, esta eximente de responsabilidad no es suficiente para los médicos pues su aplicación dependerá siempre de la interpretación que de este artículo pueda hacer el juez. Es necesario, entonces, una clara excepción dentro del Código Penal Vigente, que les permita a los médicos cuidar de sus pacientes y a las mujeres proteger

sus propias vidas. Caso contrario, reiteramos, las consecuencias del precepto derogado solo traerá graves consecuencias para la vida, la salud, la integridad física y todos los derechos fundamentales que hemos relacionado y cuyo perjuicio directo es contra las mujeres, sus hijos y entorno familiar. Perjuicio que será también en contra de los y las profesionales de la medicina, por cuanto la naturaleza de su servicio es salvar vidas y éstas son expuestas a mayor peligro precisamente con la Ley que deroga el aborto terapéutico, razón por la cual es que recurrimos con amplio fundamento.

VII. CONCLUSION Sabemos y no es nuestra intención solicitarlo, que a la Corte Suprema de Justicia no le corresponde determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana. Así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional comparada, como en el caso colombiano y español: “(...) considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al que se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”¹²¹. A lo largo del recurso se han dado los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad de la Ley No 603, Ley de Derogación al Artículo 165 del Código Penal Vigente . Sin embargo, y a modo de conclusión, aplicaremos las reglas de la ponderación al presente caso: 1) La Ley No 603, Ley de Derogación al Artículo 165 del Código Penal Vigente, tiene por objeto proteger la vida del ser en formación, lo que constituye una finalidad legítima. 2) Sin embargo, la penalización del aborto terapéutico no constituye una medida idónea para proteger al no nacido pues, como se ha afirmado, en muchos casos si la mujer muere el feto no tiene posibilidades de sobrevivir. También está demostrado que la penalización del aborto no evita su práctica. El subprincipio de idoneidad impide afectar tan intensamente los derechos de la mujer si con ello no se logra nada. 3) En un estado constitucional de derecho el legislador no puede optar por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal. Qué duda cabe que el Estado puede dictar otras medidas menos gravosas, de naturaleza social, para proteger la vida en formación. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia “El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de última ratio. En consecuencia, resulta inconstitucional aquellas penalizaciones que sean innecesarias”¹²². 4) Finalmente, y como lo han señalado las distintas cortes y tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre el aborto, penalizar el aborto terapéutico supone una afectación desproporcionada en

los derechos de la mujer, pues en esas circunstancias no se le puede exigir una conducta distinta. Los y las recurrentes, ciudadanos y ciudadanas en pleno ejercicio de nuestros derechos constitucionales, con la presente acción constitucional estamos cumpliendo el deber y derecho, de hacer uso de los mecanismos jurídicos que nuestro sistema constitucional nos provee para salvaguardar los intereses y derechos frente a leyes que constituyen un atentado para éstos, como es en el presente caso la ley recurrida. El control ejercido a través del Recurso por inconstitucionalidad, tiene por finalidad preservar la Supremacía Constitucional, traducido en el cumplimiento del mandato de la Carta Magna que dice que Ninguna Ley, disposición, decreto o resolución tendrá valor alguno si se opone a nuestra Constitución Política; máxime que en el presente caso, la Ley que recurrimos no solo se opone a dicha Carta fundamental, sino también, viola una serie de derechos fundamentales aquí relacionados; con lo cual también se violenta el Estado Social de Derecho instituido en nuestro país. En consecuencia, estamos completamente convencidas y convencidos que la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, cumplirá fielmente su rol esencial de ser garante del espíritu, sentido, esencia y alcance de nuestro ordenamiento constitucional, haciendo realidad esa máxima que dice que el Poder Judicial garantiza el principio de legalidad y la tutela de los derechos humanos. Asimismo, la decisión que adoptarán al conocer nuestro recurso por inconstitucionalidad, redundará en el fortalecimiento de nuestra institucionalidad democrática, haciendo también realidad esa máxima que dice que no hay democracia sin derechos humanos, y éstos están expuestos gravemente al peligro con la recurrida Ley 603, Ley de Derogación al Artículo 165 del Código Penal Vigente.

En consecuencia, confiamos en que la Corte Suprema de Justicia restituirá la situación jurídica derogada mediante la Ley 603, aquí recurrida, toda vez que ésta constituye una ley lesiva para los derechos humanos de las mujeres, sus hijos y demás entornos sociofamiliar. **VII. PETICIÓN:** En razón de los fundamentos expuestos, habiendo demostrado fehacientemente las razones jurídicas, constitucionales y de derechos humanos que nos asisten a todas y todos los recurrentes, estando en el término previsto por el Artículo 10 de la Ley de Amparo vigente, con todo el respeto, las y los recurrentes SOLICITAMOS a la Honorable Corte Suprema de Justicia, admita de inmediato el presente recurso, lo tramite oficiando a las autoridades recurridas y a la Procuraduría General de Justicia, para que rindan el informe correspondiente. Recibidos dichos informes o sin ellos, con el debido respeto PEDIMOS EXPRESAMENTE a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia que analice el fondo de nuestra acción constitucional y como lo manda la Ley de Amparo y nuestra Carta Magna, declaréis la inconstitucionalidad de la Ley No. 603, Ley de Derogación al Artículo 165 del Código Penal Vigente, aquí recurrida, toda vez que ésta constituye un

atentado a derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política y por ende contraria a las disposiciones de ésta.

Para notificaciones señalamos la oficina del Centro Nicaragüense de Derechos Humanos CENIDH que sita de Texaco Montoya, una y media cuadra al sur, en esta ciudad.

Se adjuntas notas bibliográficas.

Managua, ocho de enero de dos mil siete.

Marta María Blandón Gadea

Cédula No. 242-190755-0000W,

Wendy Valeska Flores Acevedo

Cédula No. 127-131281-0001B

Irela Francyleth Alemán Téllez

Cédula No. 001-141084-0016Y

Vilma Núñez de Escorcía

Cédula No. 122-251138-0000R

Bayardo Mercedes Izabá Soliz

Cédula No. 006-110864-0000H

Guillermo Gonzalo Carrión Maradiaga

Cédula No. 281-100161-0000J

Maria Matilde Jirón Gutierrez

Cedula No. 042-041260-0005W

Pedro Alberto Contreras Zúniga

Cedula No. 001-120583-0005F

Carlos Leonel Arguello Irigoyen

Cédula No. 001-211257-0038X

Carlos Alberto Guadamuz Hernández

Cédula No. 001-230283-0020B

Oscar Fredi Flores Mejía

Cédula No. 441-120743-0000H

María Isabel Maltez Huevo

Cédula No. 001-051154-0031Q

Katty Azalia Navarro

Cédula No. 001-171263-0002S

Karla Vanesa Molina Gutiérrez

Cédula No. 001-140883-0003C

Ericka Vanesa Tórrez Tellería

Cédula No. 001-010777-0030E

Eva del Rosario Samqui Chang

Cédula No. 041-091054-0001F

Felix Enrique Picado Álvarez

Cédula No. 081-150754-0000T

María Teresa Ocho Espinoza

Cédula No. 321-270377-0006Y

María Auxiliadora Aguilera Castro

Cédula No. 001-040859-0056T

Marieliz Belinda Rodríguez Vásquez

Cédula No. 321-010369-0000E

Marcia Lorena Saavedra Ríos

Cédula No. 284-240866-0003N

María Cecilia Medal Salaverry

Cédula No. 201-150473-0008R

Martha Isabel Flores Aráuz

Cédula No. 001-200260-0060N

Mercedes Fabiola González Miranda

Cédula No. 201-040271-0007P

Marta Francisca Gabuardi Castillo

Cédula No. 001-041062-0065A

Yader Humberto Otero Tellería

Cédula No. 001-120474-0011E

María Virginia Meneces Mendoza

Cédula No. 001-110373-0031X

Arnoldo Benito Toruño Toruño

Cédula No. 281-170346-0002P

Gabidia Libertad López Morales

Cédula No. 001-010779-0049P

Ivette Ramona Sánchez Castro

Cédula No. 241-161182-0004G

Lesther Alonso Cuaresma Guardado

Cédula No. 001-021185-0012U

Maribel Elizabeth Uriarte Aburto

Cédula No. 001-221284-0025P

Martha de los Ángeles Juárez Ponce

Cédula No. 201-070861-0001H

María de Lourdes Bolaños Ortega

Cédula No. 401-040744-0000P

Martha Lorena Sánchez Vivas

Cédula No. 001-130966-0073A

María Eugenia Delgadillo Meza

Cédula No. 401-030266-0010V

Migdalia Magdalena Tórrez Velásquez

Cédula No. 001-140772-0079N

María Elena Domínguez

Cédula No. 565-270561-0000L

Ena Lizeth Putoy López

Cédula No. 401-240685-0009N

Elia Margarita Palacios Jiménez

Cédula No. 001-290672-0016V

Alexei Sadot Membreño Estrada

Cédula No. 241-20270-0012F

Evelyn Cecilia Flores Mayorga

Cédula No. 001-210366-0022X

Lesbia Auxiliadora Gutiérrez Gadea

Cédula No. 241-070960-0005U

Olga Justina Rocha Ulloa

Cédula No. 001-010673-0055W

Katherine Lucía Saballos Wintham

Cédula No. 401-290381-0002T

Petrona Imelda Somarriba Hernández

Cédula No. 281-010849-0005F

Adelinda Moreno Villegas

Cédula No. 241-061071-0008S

Ximena Cecilia Ramírez González

Cédula No. 001-221157-0050G

Jaime Ernesto Espinosa Ferrando

Cédula No. 888-091050-0000G

Marta Magali Quintana Pereira

Cédula No. 001-280552-0009N

Regalada Olimpia Montoya Sánchez

Cédula No. 082-130537-0001M

Iveth del Carmen Mendoza

Cédula No. 001-101174-0068H

Carolina del Rosario Mendoza

Cédula No. 281-020770-0013V

Gloria Argentina Espinoza Altamirano

Cédula No. 001-130263-0046R

Noelia Tamara Lacayo Espinoza

Cédula No. 001-280488-0011N

Mirna del Socorro Blandón Gadea

Cédula No. 242-200159-0000N

Xochilt del Socorro Membreño Estrada

Cédula No. 241-280773-0007J

Fátima Azucena Millón Durán

Cédula No. 001-230277-0011Y

Dorotea Louise Wilson Thatum

Cédula No. 607-150948-0004R

Jennifer Yahaira Mendoza

Cédula No. 001-061288-0001G

Clemen Lorena Altamirano Carcache

Cédula No. 401-231154-0006J

Susana del Rosario Machado

Cédula No. 001-181286-0018M

Georgina Yamileth Mendoza Mendoza

Cédula No. 001-121186-0003B

Karen María Padilla Zuniga

Cédula No. 001-160172-0013G

Maria Teresa Blandon Gadea

Cedula No. 443-180561-0000U

Denis Aleman Torres

Cedula No. 001-120254-0030V

Boanerge Ojeda Baca

Cedula No. 287-171265-0000D

Carla Marxela Ortiz Reyes

Cédula No. 001-230683-0014V

Anexos

Notas Bibliográficas

-
- ¹ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, traducido por Ernesto Garzón Valdés, p. 86. Alexy afirma que los principios no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie, ibid, p. 99.
- ² Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, La argumentación en el Derecho, segunda edición corregida, Palestra, Lima, 2005, p. 304.
- ³ Ibid., p. 304.
- ⁴ Ibid., p. 304.
- ⁵ Guastini, Riccardo, Derecho constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, D.F, primera reimpresión, 2003, p. 145.
- ⁶ Prieto Sanchís Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, p. 189.
- ⁷ Zagrebelsky, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Trotta, Madrid, 2002, pp. 147-150.
- ⁸ Guastini, R., Derecho constitucional, op. cit., p. 145.
- ⁹ Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 89.
- ¹⁰ Prieto Sanchís, L., Justicia constitucional y derechos fundamentales, op. cit., p. 189.
- ¹¹ Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 90.
- ¹² Ibid., p. 92.
- ¹³ Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A., La argumentación en el derecho, op. cit., p. 304.
- ¹⁴ Bernal Pulido, C., El Derecho de los derechos, op. cit., p. 97.
- ¹⁵ Ibid., pp. 308-309. Si el conflicto se planteara entre el derecho fundamental que avala la conducta de A y el derecho fundamental afectado por esa conducta, la estructura de la ponderación implica sólo el principio de proporcionalidad en sentido estricto.
- ¹⁶ Prieto Sanchís, L., Justicia constitucional y derechos fundamentales, op. cit., p. 194.
- ¹⁷ Alexy, Robert, Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, traducido por Carlos Bernal Pulido, Fundación Beneficencia et Peritía Iuris, 2004, pp. 39 y ss.
- ¹⁸ Prieto Sanchís, L., Justicia constitucional y derechos fundamentales, op. cit., p. 199 y ss.
- ¹⁹ Bernal Pulido, Carlos, El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera reimpresión, 2005, pp. 132 y ss.
- ²⁰ Véanse Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., pp. 111 y ss; Prieto Sanchís, L., Justicia constitucional y derechos fundamentales, op. cit., pp. 199 y ss; y, Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A., La argumentación en el derecho, op. cit, pp. 308 y ss.
- ²¹ Bernal Pulido, C., El Derecho de los derechos, op. cit., p. 67.
- ²² Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 161.
- ²³ Bernal Pulido, C., El Derecho de los derechos, op. cit., p. 82.
- ²⁴ Ibid., p. 123.
- ²⁵ Meléndez Florentín, Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio Constitucional comparado, Imprenta Crierio, Cuarta edición, El Salvador, mayo 2006, p. 22.
- ²⁶ Ver Jurisprudencia comparada, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 355 de Mayo 10 de 2006.
- ²⁷ El artículo 6(1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos indica que “[e]l 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”, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entrada en vigor el 23 de marzo, 1976), [en adelante Pacto de Derechos Civiles].
- ²⁸ En adelante se referirá a la Convención Americana de Derechos Humanos como CADH. El artículo 4(1) de la CADH establece que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida [...]”, CADH, art. 4(1).
- ²⁹ El CDH creado en los artículos 28 a 45 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, está encargado de vigilar el cumplimiento de los Estados parte de las obligaciones contenidas en dicho tratado y como tal emite recomendaciones y evalúa informes periódicos presentados por los Estados. El artículo 40(4) establece la facultad del Comité de emitir recomendaciones, la cual ha sido ejercida desde 1981. El Protocolo Adicional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece además la posibilidad de que los individuos de un país signatario puedan presentar peticiones individuales ante la Comisión.
- ³⁰ Este Comité, bajo los poderes conferidos por el artículo 21 de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, tiene la facultad de formular recomendaciones y directrices sobre cómo deben ser interpretados e implementados los artículos de la Convención igualmente tiene la facultades jurisdiccionales en virtud de su Protocolo Opcional.
- ³¹ Ver CDH (CDH), Observación general no. 6: El derecho a la vida (artículo 6), N.U. Doc. CCPR/C/21/Rev.1, 30 de julio, 1982, par. 5 [en adelante, Observación general sobre la vida] y Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general no. 19: La violencia contra la mujer, Doc. N.U. A/47/38, 30 de enero, 1992, par. 7(g).
- ³² En adelante se referirá al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como PIDESC y al Comité que lo monitorea como CDESC
- ³³ En el caso de Chile, país en el que también está penalizado el aborto terapéutico, el CDH formuló el siguiente lineamiento: “El Estado parte está en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo.” Observaciones finales del CDH: Chile, 30 de marzo, 1999, CDH, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.104, par. 15, [CDH, Observaciones finales de Chile]. Ver también Observaciones finales del CDH: Colombia, 1 de abril, 1997, CDH, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.76, par. 24 [en adelante, CDH, Observaciones finales de Colombia]; Observaciones finales del CDH: Perú, 18 del noviembre, 1996, CDH, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.72, pars. 15 y 22, [CDH, Observaciones finales del Perú]; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Argentina, 23 de julio, 1997, CEDAW, Doc. N.U. A/52/38 Rev.1, parte II, pars. 304 y 318-319 [en adelante, CEDAW, Observaciones finales de Argentina]; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Colombia, 4 de febrero, 1999, CEDAW, Doc. N.U. CEDAW/C/1999/I/L.1/Add.8, pars. 57-58 [en adelante, CEDAW, Observaciones finales de Colombia]; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Perú, 8 de julio, 1998, CEDAW, Doc. N.U. CEDAW/C/1998/II/L.1/Add.7, pars. 48-49 y 52 [en adelante, CEDAW, Observaciones

finales del Perú]; y Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: México, 8 de diciembre, 1999, CDESC, Doc. N.U. E/C.12/1/Add.41, pars. 29 y 43 [en adelante, CDESC, Observaciones finales de México].

³⁴ En adelante se referirá a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como CIDH. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es uno de los dos órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Estudia casos que previamente han sido presentados a la Comisión. Ver CADH, arts. 52-73.

³⁵ Caso Saúl Godínez Cruz c. Honduras, informe no. 8097, sentencia el 20 de enero, 1989, en Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/III.21, doc.14, rev., 13 de agosto, 1989, par. 185.

³⁶ La OMS define la muerte materna como: “La muerte de una mujer mientras que está embarazada o dentro de los 42 días que siguen a la interrupción del embarazo, con independencia la duración o el sitio de la gestación, debido a cualquier causa relacionada o agravada por el embarazo pero no por causas accidentales o por el manejo del mismo”. (f. 48, p. 18)

³⁷ Las siguientes son observaciones de conclusión a diferentes Estados en las que se expresa cómo las normas restrictivas en materia de aborto generan altas tasas de mortalidad materna: Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Colombia, 1999; Observaciones del CDH: Peru, ICCPR, A/52/40 vol. I (1997) 28 at paras. 160 and 167: .(Es también de gran preocupación que el aborto sea penalizado aún cuando las mujeres resultan embarazadas a causa de violación, y que la mayor causa de mortalidad materna es causada por abortos clandestinos. Esas disposiciones no sólo significan que las mujeres se encuentran sometidas a tratos inhumanos sino que además son incompatibles con los artículos 3, 6 y 7 del tratado. El Estado peruano debe garantizar que las normas relativas a violación, abuso sexual y violencia contra las mujeres provean una efectiva protección al igual que las medidas necesarias para que las mujeres no arriesguen sus vidas por la existencia de provisiones restrictivas sobre el aborto. (Traducción libre) Texto original: Paragraph 160. It is also of concern that abortion gives rise to a criminal penalty even if a woman is pregnant as a result of rape, and that clandestine abortions are the main cause of maternal mortality. Those provisions not only mean that women are subject to inhumane treatment but are possibly incompatible with articles 3, 6 and 7 of the Covenant. Paragraph 167. Peru must ensure that laws relating to rape, sexual abuse and violence against women provide women with effective protection and the necessary measures must be taken to ensure that women do not risk their lives because of the existence of restrictive legal provisions on abortion

³⁸ Chile, ICCPR, A/54/40 vol. I (1999) 44 at para. 211: (Traducción libre). Texto original: The criminalization of all abortions without exception, raises serious issues, especially in the light of unrefuted reports that many women undergo illegal abortions which pose a threat to their lives. The legal duty imposed upon health personnel to report on cases of women who have undergone abortions may inhibit women from seeking medical treatment, thereby endangering their lives. The State party has a duty to take measures to ensure the right to life of all persons, including pregnant women whose pregnancies are terminated. Therefore, exceptions to a general prohibition of all abortions should be introduced and the confidentiality of medical information should be protected. En el mismo sentido: Mongolia, ICCPR, A/55/40 vol. I (2000) 49 at para. 323; Guatemala, ICCPR, A/56/40 vol. I (2001) 93 at para. 85(19). Mexico, ICESCR, E/2000/22 (1999) 62 at para. 383, 391, 399 and 405 Observaciones del Comité de la CEDAW: Chile, CEDAW, A/50/38 (1995) 35 at para. 158: . La extrema legislación restrictiva sobre el aborto debe ser revisada tomando en consideración la relación entre los abortos clandestinos y la mortalidad materna. (Traducción libre). Texto original: The extremely restrictive legislation on abortion should be revised, taking into account the relationship between clandestine abortion and maternal mortality. Peru, CEDAW, A/50/38 (1995) 79 at paras. 446 and 447: El gobierno debe tomar en consideración las causas de la alta mortalidad materna que surge de la práctica de abortos clandestinos y por lo tanto debe revisar las leyes de aborto, tomando en consideración las necesidades en relación con la salud de las mujeres y debe considerar la suspensión de la penalidad de cárcel a las mujeres que han llevado a cabo abortos. (Traducción libre) Texto original: The Government should look into the causes of high maternal mortality rates arising from clandestine abortions and review the law on abortion, taking into consideration the health needs of women, and consider suspending the penalty of imprisonment for women who have undergone illegal abortion procedures. Namibia, CEDAW, A/52/38/Rev.1 part II (1997) 82 at paras. 103, 105, 108 and 127: Medidas necesarias deben ser tomadas para revisar las leyes que contienen medidas punitivas en contra de mujeres que han llevado a cabo procedimientos de abortos ilegales. (Traducción libre). Texto original: The necessary measures should be adopted to review the laws containing punitive measures against women who had undergone illegal abortions. Jordan, CEDAW, A/55/38 part I (2000) 16 at paras. 180, 181, 184 and 185: La prohibición del aborto también aplica a los casos en que el embarazo se da por violación o incesto y debe ser reconsiderada. La acción legislativa debe ser considerada para permitir el aborto seguro para víctimas de violación e incesto. (traducción libre) Texto original: That the prohibition of abortion also applies to cases where pregnancy is due to rape or incest is a matter of concern. Paragraph 181. Legislative action should be initiated in order to permit safe abortion for victims of rape and incest.

³⁹ OMS, Décima Revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades (ICD-10) (1992) (Traducción Libre) Texto original: WHO, The Tenth Revisión of the International Classification of Diseases (ICD-10) (1992)

⁴⁰ En adelante se referirá a la Organización Mundial de la Salud como OMS

⁴¹ OMS, Aborto inseguro. Estimaciones globales y regionales de incidencia del aborto inseguro y su asociación con la mortalidad materna. Cuarta edición, Ginebra 2004, p. 1 (traducción libre). Texto original: Unsafe Abortion. Global and Regional Estimates of the Incident of Unsafe Abortion and Assiated Mortality in 2000, Fourth Edition, Geneva 2004, p. 1.

⁴² La anemia drepanocítica, propia de las mujeres de raza negra, por ejemplo, vuelve el embarazo y el parto muy riesgosos, dolorosos y difíciles.

⁴³ Fichas de muerte materna del Ministerio de Salud de Nicaragua, 2000-2005.

⁴⁴ Diario de Debate de la aprobación de la Ley No 603 de la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

⁴⁵ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia. 16/10/2000. CRC/C/15/Add.137.

⁴⁶ CADH, firmada el 22 de noviembre de 1969, O.A.S. T.S No.36 O.A.S. OF. REC OEA/Ser LV/II.23 doc.21 rev. 6 en 25 (1979) (eIntrada en vigor el 18de julio de de 1978) Reimpreso en los Documentos Básicos Relativos a Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (1992) En adelante la CADH.

⁴⁷ COOK, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. “Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform.” February 2003. P. 25.

⁴⁸ Véase el caso Baby Boy vs Estados Unidos (caso 2141), resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante Resolución No 23/81 de 6 de mayo de 1981.

⁴⁹ Ejemplos: El aborto terapéutico está despenalizado en el Perú, Costa Rica y Guatemala; el aborto por violación está despenalizado en todos los estados mexicanos, Brasil y Bolivia; el aborto por malformación congénita está despenalizado en

Colombia y en algunos estados mexicanos; y, el aborto por razones socioeconómicas está despenalizado en el estado de Yucatán (México).

⁵⁰ Paron vs. United Kingdom, 3 E.H.R.R. 408 (1980) (Eur. Comm'n Hum. Rts.).

⁵¹ Principles of Medical Law 643-44 (Ian Kennedy and Andrew Grubb eds., 1998).

⁵² COOK, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. "Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform." February 2003. p. 24-25.

⁵³ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso VO v Francia (aplicación No. 53924/00) en www.echr.coe.int.

⁵⁴ Corte Constitucional Colombiana C-355 del 10 de Mayo de 2006.

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de Mayo 10 de 2006.

⁵⁶ Tribunal Constitucional español. Sentencia No. 53 de 1985.

⁵⁷ Corte Constitucional italiana. Sentencia 27 de 1975. Texto original "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute propria di chi è già persona come la madre e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare."

⁵⁸ Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 39, 1. Febrero 25 de 1975. Control abstracto del Artículo 218 del Código Penal. Interrupción del embarazo I (Schwangerschaftsabbruch I) Votación: 6:2.

⁵⁹ Tribunal Constitucional portugués Decisión 85-085-P. 1985. Votación: 6-3. Texto original: "'meros pareceres"; são decisões com natureza identica (embora com diversos efeitos) a dos restantes acordãos. E o Tribunal Constitucional pode pronunciar-se, em fiscalização abstracta sucessiva, sobre a constitucionalidade de normas que ja apreciara em fiscalização preventiva. Isto decorre directamente da natureza do controlo da constitucionalidade, que consiste em apreciar e declarar (ou não) a inconstitucionalidade e não em declarar a constitucionalidade. Por isso, as unicas decisões do Tribunal Constitucional em materia de controlo de constitucionalidade que impedem que a questão venha a ser novamente apreciada são as que, em fiscalização sucessiva abstracta "declara a inconstitucionalidade"; mas e pela simples razão de que então as normas deixam de vigorar, desaparecendo portanto a possibilidade de virem a ser de novo fiscalizadas.

II - A vida intra-uterina e um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral a vida humana enquanto bem constitucional objectivo.

III - So as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais, pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito a vida, como um dos "direitos, liberdades e garantias pessoais", não vale directamente e de pleno para a vida intra-uterina.

IV - E, então, constitucionalmente admissível que a vida pre-natal tenha de ceder, em caso de conflito, não apenas com outros valores ou bens constitucionais, mas sobretudo com certos direitos fundamentais, tais como os direitos da mulher a vida, a saúde, ao bom nome e reputação, a dignidade, a maternidade consciente.

V - Os casos previstos nos preceitos impugnados configuram situações típicas de conflito entre a garantia da vida intra-uterina e certos direitos fundamentais da mulher e outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos, e em nenhuma dessas situações de colisão e ilegítima ou inaceitável, em termos constitucionais, a solução legal de não penalizar o aborto que, nessas circunstâncias, seja praticado para fazer prevalecer os direitos e interesses constitucionais legítimos da mulher.

VI - As medidas penais so são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas a protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido, e so serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importancia e essa protecção não possa ser garantida de outro modo.

VII - Nos casos contemplados pelas normas impugnadas esta-se perante situações de conflito, de tal natureza e gravidade, que não se pode defender ser apropriado ou proporcionado impor a mulher gravida, mediante instrumentos penais, que sacrifique os seus direitos ou interesses constitucionalmente protegidos a favor da persistencia da gravidez."

⁶⁰ En cambio, no existen coincidencias en cuanto al indicador basado en la necesidad socioeconómica, puesto que algunos jueces constitucionales lo han admitido y otros no. Sin embargo, cuando no ha sido admitido, el énfasis del argumento constitucional ha recaído en la amplitud de dicho indicador, lo cual puede conducir a la desprotección injustificada de la vida del feto.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.

⁶² La anencefalia es la malformación congénita que consiste en la falta de formación del cerebro frontal, de las meninges, de la cúpula del cráneo y del cuero cabelludo. Es letal porque, sin excepción, acaba con el recién nacido muerto o con una muerte neonatal. El recién nacido no tiene nunca posibilidades de sobrevivir. Es una de las patologías más graves incompatibles con la vida, pero no es la única.

⁶³ La vida y salud física de la mujer corren riesgo en un embarazo anencefálico porque, por ejemplo, se altera en un alto porcentaje la cantidad de líquido amniótico, lo cual tiene repercusiones sobre la dinámica respiratoria, que también puede estar asociada a la presencia de hipotensión postural porque se comprime la vena cava inferior. Además, se han descrito cuadros de embolia del líquido amniótico y presencia de coagulación intravascular diseminada, que pueden ocasionar la muerte de la gestante. Todos estos cuadros van acompañados de hemorragia severa que también puede conducir a la muerte de la gestante. Respecto a la salud mental, la mujer experimenta una mezcla de sentimientos como angustia, desesperación, incertidumbre, tristeza y frustración del ideal de tener un hijo/a saludable, véanse Award I.T, Sorteen G.D, Embolia del líquido amniótico y coagulación aislada: presentación atípica de embolismos del líquido amniótico, Eur Journal Anaesthrsiol, junio, 2001, pp. 410-413; y Távara, Luis, Por qué la anencefalia debe justificar el aborto terapéutico, PROMSEX, Lima, 2006.

⁶⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 2. "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

- ⁶⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.
- ⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 17. “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”
- ⁶⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”
- ⁶⁸ Observaciones General No. 20 del Comité de Derechos Humanos: Prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5.
- ⁶⁹ Observación General No 7 del Comité de Derechos Humanos: Prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev7 at 145 (1982).
- ⁷⁰ Comité contra la Tortura, “Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile,” UN. Doc. CAT/C/CR/32/5, 14 de junio de 2004, párrafo 6(j).
- ⁷¹ Comité contra la Tortura, “Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Perú,” U.N. Doc. CAT/C/PER/CO/4, 18 de mayo de 2006, párrafo 23.
- ⁷² Ibid.
- ⁷³ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) indica en su artículo 12(1): Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- ⁷⁴ Escobar Fornos, Iván, Los derechos humanos y su defensa, primera edición, Hispamer, 2003. Pág. 336
- ⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.
- ⁷⁶ Informe del Relator Especial Paul Hunt, UN. E/CN.4/2004/49 de 16 de febrero de 2004, párrafo 30.
- ⁷⁷ Manual de Salud Reproductiva, Dirección de Atención Integral de la Mujer, Ministerio de Salud, Managua, 1996.
- ⁷⁸ Flores Mejía, Oscar y otros, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Facultad de Ciencias Médicas, *Salud sexual y reproductiva en ginecología y obstetricia*, UNAN, UNFPA, Managua, 1997, p. 3.
- ⁷⁹ Véase Villanueva Flores, Rocío, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, en la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos No 46, pp. 391-450.
- ⁸⁰ Recomendación General No. 24, para el cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –la mujer y la salud.
- ⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.
- ⁸² Corte Costituzionale, 18 de febrero, 1975, no. 27, Raccolta Ufficiale delle Leggi e dei Decreti della Repubblica Italiana, pp. 204-205.
- ⁸³ Ibid.
- ⁸⁴ Ibid.
- ⁸⁵ Corte Constitucional italiana. Sentencia 27 de 1975. La decisión se dio en los siguientes términos: Traducción libre: “L’art. 546 c.p., nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l’ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi della motivazione, e non altrimenti evitabile per la salute della madre, e’ costituzionalmente illegittimo per contrasto con l’art. 32, primo comma, della Costituzione. L’attuale disciplina dell’aborto della donna consenziente, secondo cui v’e’ penale responsabilita’ anche quando sia accertata la pericolosita’ della gravidanza per il benessere fisico o per l’equilibrio psichico della gestante - senza che ricorrano gli estremi dello stato di necessita’ di cui all’art. 54 c.p. - contrasta con un’adeguata tutela della salute della donna gestante. Invero il danno o il pericolo conseguente al potersi di una gravidanza puo’ essere previsto ma non e’ sempre immediato, e inoltre la scriminante dell’art. 54 c.p. si fonda su una equivalenza del bene sacrificato rispetto a quello che si vuole salvare, laddove tale equivalenza non vi e’ tra la vita o la salute della madre e la salvaguardia dell’embrione. Il peculiare stato di necessita’ della donna incinta in pericolo di grave compromissione alla salute richiede idonea tutela. E’ comunque obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realta’ e gravita’ del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò’ la liceita’ dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla.”
- ⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.
- ⁸⁷ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de inconstitucionalidad C- 355 de 2006.
- ⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.
- ⁸⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-881 de 2002.
- ⁹⁰ El caso *Casey*, la Corte Suprema de los Estados Unidos destaca la manera en que la libertad de las mujeres resulta afectada por el embarazo:
“Aunque el aborto es una conducta penal, esto no significa que el Estado tenga derecho a proscribirlo en todos los casos. Esto se debe a que la libertad de la mujer está en juego en un sentido único para la condición humana y, por tanto, único para la ley. La madre que lleva su embarazo a término está sometida a angustias, a constreñimientos físicos, a dolor que sólo ella debe soportar. El que estos sacrificios hayan sido soportados desde el principio del género humano con un orgullo que la ennoblece a los ojos de los demás y da a la criatura un lazo de amor, no es razón para que el Estado insista en que la mujer tiene que sacrificarse. Su sufrimiento es demasiado íntimo y personal para que el Estado insista, sin más, en su propia visión del rol de la mujer, por muy dominante que haya sido esta visión en el transcurso de nuestra historia y nuestra cultura. El destino de la mujer se debe configurar en buena medida de acuerdo con su propia concepción de sus imperativos espirituales y de su lugar en la sociedad”.
- ⁹¹ Sentencia No 131 de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del 29 de noviembre de 1991
- ⁹² Ley General de Salud No 423, República de Nicaragua, América Central, art.8, num. 6.
- ⁹³ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2(1).
- ⁹⁴ Pacto de Derechos Civiles, arts. 2(1) y 3.
- ⁹⁵ Pacto de Derechos Económicos, arts. 2(2) y 3.
- ⁹⁶ CADH, art. 1.

⁹⁷ Ibid., art. 2. Los Estado Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, conviene en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; y g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

⁹⁸ Convención de la Mujer, art. 1.

⁹⁹ Ver Recomendación general sobre violencia, par. 9.

¹⁰⁰ Ver *ibid.*, par. 9.

¹⁰¹ Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Art. 12

¹⁰² Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 24, 20º período de sesiones, 1999, pár. 19.

¹⁰³ CCEDAW. Recomendación No. 24 Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer - La mujer y la salud. 20 período de sesiones, 1999.

¹⁰⁴ CDH. Recomendación General No. 28: Igualdad de Derechos para Hombres y Mujeres. Adoptada el 10 de octubre de 2000. UN GAOR 2000, UN doc. A/55/40, Anexo VI, en 153, párrafo 10.

¹⁰⁵ OMS, Aborto inseguro. Estimaciones globales y regionales de la incidencia del aborto inseguro y su asociación con la mortalidad materna. Cuarta Edición, Ginebra 2004. P. 1. (Traducción libre). Texto original: OMS, “Unsafe Abortion. Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000.” Fourth Edition. Geneva 2004. P. 1.

¹⁰⁶ Observación General, CPIDSCE, Comentario No. 14. sesión No. 22, 2000.

¹⁰⁷ National Center for Health Statistic Births: Final Data for 2002, Nacional Vital Statistic Raports 12/17/2003. The Nacional Campaign to Prevent Teen Pregnancy. Teen Pregnancym, So What? Updated, 2/04, accessed 5/11/04.

¹⁰⁸ Fuente: fichas de muerte materna del Ministerio de Salud.

¹⁰⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. Recomendación General No. 24.

¹¹⁰ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, Perú, párrafo 52. U.N. Doc. CRC/C/PER/CO/3, de 14 de marzo de 2006.

¹¹¹ *Ibid.*, párrafo 53.

¹¹² Organización de Naciones Unidas. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la población y el desarrollo, El Cairo, 1994; Organización de Naciones Unidas. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Plataforma de Beijing, 2000.

¹¹³ U.N. CRC/C/PER/CO/3 de 14 de marzo de 2006, párrafo 53.

¹¹⁴ Artículo 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”

¹¹⁵ Artículo 18:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia o de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”

¹¹⁶ Artículo 12: “Libertad de conciencia y de religión:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica toda la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.”

¹¹⁷ Sentencia del 19 de Junio de 1953.

¹¹⁸ Maylle Antaurco, Lincoln, Derechos de los profesionales de salud, Lima, 2006; y Confederación de Asociaciones Médicas de los Estados Unidos Mexicanos, Carta General de los Derechos de los Médicos, D.F., 2006.

¹¹⁹ Código Internacional de Ética Médica, adoptado por la 46 Asamblea Médica Mundial en Pilanesberg, Sudáfrica, octubre, 2006.

¹²⁰ Código Penal, Artículo 28: “Están exentos de responsabilidad penal: 9. El que obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.”

¹²¹ Sentencia 355-06 de la Corte Constitucional de Colombia. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que: “La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí” (STC 53/85).

¹²² Sentencia de C-370 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia.