

EL CASO MANUELA: LA POLÍTICA CRIMINAL Y LOS SISTEMAS CARCELARIOS DE MUJERES AL BANQUILLO. ESCRUTINIO DE LA LEGISLACIÓN REPRESIVA EN AMÉRICA LATINA A LA LUZ DE LA CADH

THE “MANUELA” CASE: CRIMINAL POLICY AND PRISON SYSTEMS OF WOMEN IN THE DOCK. ANALYSIS OF THE REPRESSIVE LEGISLATION IN LATIN AMERICA IN THE LIGHT OF THE ACHR

Rosaura Chinchilla-Calderón
Profesora de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2021.

Fecha de aceptación: 1 de mayo de 2021.

*A la memoria de **M.**, mi abuela materna, mujer **campesina** costarricense que —en los primeros años del siglo XX, a los **33 años** y con un visible bocio en su cuello producto del [déficit de yodo](#) por la falta de políticas públicas en materia de salud de la época— **murió** a raíz de las complicaciones de un **parto casero**, dejando huérfanos a 5 hijos, entre ellos mi madre, de un año de edad y mi tía, de un día de nacida.*

*A la memoria de mi madre, quien sufrió un **aborto espontáneo** que casi le cuesta la vida, pero que fue atendido oportuna y adecuadamente por las autoridades hospitalarias.*

*A los y las juristas que han defendido garantías pese a las descalificaciones de diversos sectores. Gracias a ellos y ellas **tampoco yo fui criminalizada** por una emergencia obstétrica involuntaria que viví.*

A mis hijas, por todas las luchas que deban emprender.

Los días 10 y 11 de marzo de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó, en San José, Costa Rica, las audiencias del caso Manuela y pronto emitirá una decisión al respecto en donde, se espera, se aborden una serie de cuestiones relevantes, tanto en relación con los sistemas de justicia penal como respecto de los derechos de las mujeres, todo lo cual incidirá en las políticas públicas de los diferentes países de la región.

Los hechos. Según se desprende de los alegatos de los diferentes sujetos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y recogidos en su [informe de fondo 153/18](#), Manuela fue una joven analfabeta, oriunda de [Cacaopera en Morazán](#), El Salvador —una zona rural de ese país conocida turísticamente por la [ceremonia de “lavado de ropa de los santos”](#) que las mujeres humildes hacen, en un río local, respecto a la indumentaria de las imágenes religiosas: un acto de sincretismo cultural entre el catolicismo y las tradiciones de los pueblos indígenas lenca y kakawira—. Ella, desde 2006, habría empezado a desarrollar síntomas de cáncer linfático (tumores en el cuello, vómitos, náuseas, dolor generalizado, cansancio) y aunque recorrió, a pie, más de cinco kilómetros en una zona de difícil acceso para buscar ayuda médica pública, no fue diligentemente abordada ni diagnosticada: solo se le recetaron analgésicos y otros medicamentos contra las náuseas. Conforme su salud empeoraba, quedó embarazada. El 26 de febrero de 2008, refirió haber sufrido una fuerte caída e inició un leve sangrado. Al día siguiente empeoró, sintió un fuerte dolor abdominal y se dirigió a la letrina de su vivienda. Dijo creer que evacuaba (en realidad expulsaba un feto) y se desmayó. Tuvo otros desmayos posteriores. Fue trasladada inconsciente y desangrándose al hospital local en donde, dada la política estatal vigente en dicho país, lejos de brindársele atención oportuna y de calidad por la emergencia obstétrica que presentaba, se le interrogó, denunció, esposó y acusó de haberse practicado un aborto voluntario. Así lo concluyeron las autoridades a partir del hallazgo del feto en la letrina, que estaba bien formado; del resultado de pruebas de ADN que determinaban que el embarazo había sido producto de una infidelidad —su esposo estaba en EUA desde hacía 5 años— y de la consideración que el “instinto maternal” le hubiera obligado a actuar distinto. Su casa fue allanada, sus padres interrogados y amenazados con ser acusados por encubrir el delito y, pese a ser analfabetos, firmaron o plasmaron sus huellas en diversos documentos incriminatorios cuyo contenido dijeron desconocer. Durante su hospitalización (en la que se constató, además, que tenía una preeclampsia grave) estuvo sujeta con grilletes a la camilla y así se le condujo a los tribunales. Fue interrogada por la policía aparentemente sin presencia de su defensor, quien solo se apersonó nominalmente y la conoció hasta el juicio (antes tuvo diversas defensas de oficio). En el juicio se incorporaron declaraciones de la víctima ante personal médico, policial y otros, aparentemente sin advertírsele de sus derechos de no autoincriminación o de abstención por vínculos familiares, las cuales se usaron como indicios. Sin embargo, aún en tales circunstancias negó su responsabilidad: *“no sé si el producto se cayó al suelo o se le reventó el cordón, dice mi hermana que mi mamá cortó el cordón y enterró al niño, según como me dijo mi hermana el niño nació muerto.”*¹ Durante

¹ Anexo 14. Expediente penal TS066/2008. Oficio 2008-5440-0 emitido por el director del Hospital Nacional Dr. Héctor Antonio Hernández Flores de San Francisco Gotera de 29 de febrero de 2008. Anexo 2 a la petición inicial de 21 de marzo de 2012, pág. 19. En: Informe CIDH, párrafo 53.

todo el proceso Manuela sufrió prisión preventiva y fue juzgada por “un delito cometido en flagrancia” a través de una vía sumaria. El 31 de julio de 2008, recibía una condena a 30 años de prisión como autora de homicidio agravado pues las pruebas médico-legales determinaron que el feto habría respirado. Pese a que su defensor pidió absolutoria por duda basándose en las inconsistencias de la prueba y lo referido por el perito, quien habría aceptado la posibilidad de que se tratase de un accidente, no recurrió. Mientras descontaba la condena impuesta sus síntomas originales persistían y se agudizaban: dolor de cabeza, mareos, pérdida de peso (30 libras en tres meses), masa en el cuello que se calificó como adenitis cervical. Finalmente, el 06 de febrero de 2009 se realizó el diagnóstico: padecía cáncer linfático (linfoma de Hodgkins tipo esclerosis nodular) y las masas del cuello eran tumores malignos. Se le prescribió quimioterapia ambulatoria. En prisión tuvo tratamientos intermitentes o discontinuos. Recibió nueve ciclos (seis en 2009 y tres en 2010) pero no tuvo acceso a otros, que reagravaron su estado, producto de lo cual se trasladó a un centro médico. Falleció el 30 de abril de 2010, a los 33 años. Dejó huérfanos a dos hijos pequeños. Luego de su muerte, su padre planteó incidentes de queja en el centro hospitalario ante el no traslado oportuno de ella a algunas sesiones, pero la gestión se declaró inadmisibile.

Contexto sociocultural. El Salvador es uno de los [pocos países del mundo](#) que no acepta ninguna causal para el aborto, ni siquiera cuando peligra la vida o salud de la mujer. Esto fue producto de reformas legales (1998) y constitucionales (1999), última que estableció la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción, fórmula similar a la contemplada en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cuyo alcance, sin embargo, ha sido dimensionado adecuadamente por la Corte IDH según se dirá. Formalmente el Código Penal de ese país tipifica y establece diferencias punitivas significativas entre homicidio y aborto y, además, tanto la Sala de lo Constitucional de ese país como la Corte Suprema aludieron, respectivamente, al roce constitucional por no preverse supuestos de aborto en algunos casos y a los criterios convencionales sobre el inicio de la protección embrionaria. No obstante, en la práctica, con bastante frecuencia, las muertes de embriones (por abortos procurados o hasta espontáneos) terminan juzgándose y condenándose como homicidios agravados.² La duda sobre la edad gestacional opera en contra de la mujer acusada. Además, el personal médico está compelido a denunciar pues, de no hacerlo, es criminalizando como cómplice de aquel delito o por encubrirlo. [El de Manuela no ha sido un caso aislado](#). Múltiples mujeres han sido sentenciadas por homicidio calificado en situaciones similares. En fecha reciente se absolvió —producto de la supervisión de diversas organizaciones de derechos humanos— a [Evelyn Hernández](#), quien fue acusada, también por homicidio agravado por

² En el juicio de Manuela, cuestionado el médico forense al respecto indicó: “*en el presente caso no se puede hablar de aborto porque médicamente el aborto es todo parto que no es mayor de veinte semanas, es decir de cinco meses hacia abajo se considera aborto*” lo que denota la diferencia conceptual que se maneja. Ver párrafo 65 del Informe de la CIDH extraído de Anexo 27. Expediente penal TS066/2008. Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera, Departamento de Morazán el 11 de agosto de 2008. Anexo 2 a la petición inicial de 21 de marzo de 2012, pág. 138.1 – 139.1.

el parentesco, por expulsar extrahospitalariamente un bebé muerto. Estuvo sujeta a proceso por casi cuatro años, con 33 meses de prisión preventiva.

El Salvador se ubica en América Latina y el Caribe, zona geográfica donde las mujeres constituyen más [del 50% de la población](#) (que es una de las mayores del mundo, [estimada a 2020 en 632.9 millones de habitantes](#)) y son un grupo afectado por múltiples condiciones de vulnerabilidad. Aquí, como estipulara la CEPAL, [la pobreza tiene rostro de mujer](#). No en vano el perfil de la mayoría de las sentenciadas es similar: mujeres en extrema pobreza, de zonas rurales, campesinas, indígenas, analfabetas, muy jóvenes...

Las leyes punitivas de la región, en la generalidad de los casos, provienen de una sociedad decimonónica influida por criterios morales y religiosos y con fuertes sesgos de género, lo cual también ha impactado la integración de los poderes del Estado ([menos de un 25% de estos puestos son ocupados por mujeres](#), según datos de la CEPAL) y, por ende, la interpretación de las normas. Asimismo, muchas de estos articulados han surgido, o se han endurecido, durante los [distintos regímenes autoritarios](#) que han socavado la región o han sido permeadas por fuertes [olas de populismo punitivo](#) —que, a su vez, han recibido influencias de concepciones religiosas,³ católicas y [neopentecostales](#), y de movimientos neofacistas— con los cuales se rompen los diques de la razonabilidad de las reacciones estatales.

Por ello, el caso permitirá plantear, por primera vez en una sentencia del tribunal regional de derechos humanos, temas de política criminal, garantías penales y penitenciarias, generales algunos, pero en particular las relativas a las mujeres.

Aportes jurídicos esperables. Algunos de los tópicos que —dados [los planteamientos esbozados por las organizaciones intervinientes](#)— se espera que sean abordados en la decisión final del máximo tribunal regional son los siguientes:

1.- [Las garantías para el juzgamiento penal, con énfasis en los procesos sumarios o de flagrancia](#). Entre la fecha de la emergencia obstétrica de Manuela y su sentencia condenatoria solo mediaron cinco meses. Manuela fue juzgada a través de un proceso sumario previsto en El Salvador para los delitos cometidos en flagrancia. Muchos otros países de la región han implementado mecanismos similares de justicia que, [se ha criticado](#), no cumplen con los estándares convencionales mínimos para garantizar una adecuada defensa ni el ejercicio del debido proceso o un juicio justo. La imposibilidad de ejercer adecuadamente la defensa en lapsos cortos ya había sido abordada por la Corte IDH para otro tipo de procesos (militares) en el caso *Castrillo Petruzzi y otros Vs. Perú*⁴

³ En Nicaragua, por ejemplo, el aborto terapéutico se había permitido desde 1893. Sin embargo, fue eliminado producto de los acuerdos entre el gobierno sandinista y la jerarquía católica y alabado así por Benedicto XVI. La reforma fue votada por 53 diputados, ninguna abstención, ningún voto en contra. Cfr.: Llobet, Javier (2020). *Homicidio, femicidio, aborto*. Editorial Jurídica-Continental, San José, págs. 478-479.

⁴ Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 30 de mayo de 1999, párrafos N° 138-141. En ese asunto se analizó el Código de Justicia Militar que establecía un lapso de 12 horas para ejercer la defensa y el proceso tenía otras limitaciones en tal sentido. Se indica en la sentencia: “141. La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han

pero, en esta oportunidad, se haría en el marco de la justicia civil. Las diversas organizaciones intervinientes han planteado tópicos relativos a los alcances del derecho de defensa en estos contextos, en particular, la negativa a evacuar prueba ofrecida (que conduce a cuestionar las limitaciones estructurales de la vía para su evacuación); la forma en que debe darse la imputación de cargos; los parámetros para el ejercicio de la defensa técnica —se alega que el apersonamiento de la defensa técnica fue meramente de papel y tuvo contacto con la acusada solo el día del juicio, ella careció de asesoría legal durante diversos actos procesales iniciales determinantes (entrevistas) y, finalmente, su defensor actuó con desidia pues no ofreció peritajes y no impugnó su condena— y que esta debe ser efectiva durante todo el proceso y no solo en juicio; la posibilidad de recurrir la privación de libertad cautelar en procesos sumarios; los alcances del derecho al recurso contra la sentencia; las implicaciones del principio de inocencia en la valoración de la prueba (duda favorable a la persona acusada, no presunciones, motivación) y la incidencia de los estereotipos de género en el juzgamiento —en la ponderación de la prueba, en el despliegue de diligencias de investigación, etc.: en la condena pesó el hecho de que el embrión fuese producto de una infidelidad y la visión religiosa dominante en su localidad pues el suceso generó “escándalo social”— con el consecuente menoscabo del principio de imparcialidad. También el caso es de importancia porque se cuestiona el concepto de flagrancia y a lo que este conduce (garantías de dos velocidades pues, en tales supuestos, las reglas de juzgamiento cambian, minimizándose). En el [informe de la CIDH](#) se cuestiona la flexibilidad en el uso de la flagrancia y los abusos que eso implica, destacándose:

«81. La Comisión observa que el Código Procesal Penal salvadoreño establecía la posibilidad de detención de una persona sorprendida en flagrante delito indicando que “se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho, o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o sean producto del mismo o cuando se le persiga por las autoridades o particulares”. 82. En el presente caso la Comisión destaca que la presunta víctima fue detenida el 28 de febrero de 2008 mientras se encontraba recibiendo asistencia médica en el Hospital Nacional de San Francisco Gotera. Las autoridades que detuvieron a Manuela argumentaron “flagrancia” e indicaron que realizaron una inspección ocular en el lugar de los hechos donde encontraron el cuerpo sin vida de un recién nacido. 83. La CIDH subraya varios elementos que permiten acreditar que se trató de una detención ilegal que no encuadra en el

quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.”

*supuesto de flagrancia: i) en primer lugar la presunta víctima no fue sorprendida en el momento de la comisión del supuesto delito, pues los hechos imputados habrían ocurrido el 26 de febrero de 2008, esta acudió a la emergencia del Hospital el 27 de febrero de 2008 y fue detenida el 28 de febrero de 2008; ii) en segundo lugar la Comisión hace notar la total falta de inmediación entre los supuestos hechos delictivos y la detención y destaca que las autoridades aplicaron la figura de flagrancia como consecuencia de una inspección ocular realizada dos días después de los hechos, y la cual se originó con base en testimonios y prueba obtenida mientras la presunta víctima recibía atención médica; y iii) el resultado de la inspección ocular tampoco comprueba fehacientemente la comisión de un delito de manera que resulte aplicable la flagrancia, lo cual implicó que la presunta víctima fue detenida bajo dicha figura pero con base en la sospecha de haber cometido un delito. 84. La Comisión considera que las circunstancias del presente caso, tomadas en su conjunto, no pueden en forma alguna equipararse a una situación de flagrancia. **Extender el concepto de flagrancia a casos como el presente implicaría facultar a funcionarios policiales a realizar detenciones sin orden de autoridad competente y sin haber presenciado un hecho delictivo, lo cual se presta a diversos abusos por parte de organismos del Estado.»***

2.- Los límites de los Parlamentos y Cortes en la, respectivamente, creación e interpretación de las leyes punitivas. Dado que en El Salvador, de facto, se reprime con la misma intensidad la privación de la vida humana independiente (homicidio) respecto a la vida humana dependiente (aborto) es esperable que la Corte IDH analice si, en el marco de las garantías convencionales, los estados tienen absoluta libertad para crear y reprimir delitos o si, por el contrario, deben **ponderar la relación de jerarquización que debe darse entre los diversos bienes jurídicos tutelados y la dosimetría penal con que se repriman (tipos y montos de penas).** Además, si el **principio de progresividad aplica a las garantías de criminalización y juzgamiento** cuando las penalizaciones históricamente establecidas, o las formas de juzgamiento más garantistas, se revierten.⁵ En otras palabras, si

⁵ La tendencia que marcan los códigos penales de la región, en diversos tiempos, es la de reprimir la privación de la **vida humana independiente** a través de los tipos penales de homicidio, los cuales se agravaban tanto porque mediara vínculo de parentesco entre el sujeto activo y la víctima, como por el momento de vida de esta y se atenuaba ante diversos supuestos, entre los cuales se incluía las circunstancias que afectarían la capacidad del autor. Como el parentesco por excelencia, históricamente, ha estado determinado por el vínculo de la madre hacia la persona recién nacida y a ella le era dada la obligación de cuidado, la agravación del homicidio de la persona infante, de *facto*, implicó una penalización exclusiva de las mujeres. Sin embargo, también se consideró que la muerte del recién nacido, en cierto lapso inmediato posterior a la expulsión, podía estar atravesado por los cambios hormonales de la mujer desplegados en el proceso de embarazo y eso se ponderó como una atenuante. Por supuesto que la reacción punitiva ante hechos dolosos (queridos) se trató en forma diferente respecto a los hechos culposos. En el caso de Manuela, pese a determinarse que atravesada un período de depresión y que poseía condiciones de deprivación cultural, eso solo pesó para imponerle la pena mínima. No se desprende, del

Parlamentos y Cortes, para crear un delito en una ley los primeros, o para aplicar esta las segundas, requieren que haya un bien jurídico personal vulnerado (principio de lesividad) y que la sanción aplicable responda en proporción con la jerarquía de valores específicos de cada nación (principio de proporcionalidad). Además, es previsible que la Corte IDH puede aludir a la convencionalidad de estipular montos punitivos mínimos fijos, que no permiten ponderar la culpabilidad ni graduar, conforme a esta, las sanciones, propiciando una “presunción de reprochabilidad” de cierto monto.⁶ Asimismo, sería deseable que el

informe de la CIDH, que la sentencia analizara el tema culposo. Para la afectación de la **vida humana dependiente** se crearon los tipos penales de aborto. En estos, la posición tradicional ha implicado distinguir varios aspectos: *a)* el momento de la gestación en que se da la interrupción; *b)* si esta es querida o por faltar al deber de cuidado; *c)* si la interrupción del embarazo la propiciaba la mujer embarazada o un tercero y, *d)* en este último caso, si era con o sin consentimiento de la primera. La conjunción de los criterios antes mencionados hizo que la política criminal de la región considerara, en términos generales y durante siglos: *i)* que la afectación del bien jurídico “vida humana independiente” es más gravoso que la del bien jurídico “vida humana dependiente” y, por ende, se establecieron dosimetrías penales mayores en el primer caso que en el segundo. De allí que los manuales de derecho penal y de medicina legal dedicaran múltiples páginas a determinar cuándo se nacía (si cuando empezaba la labor de parto; si al coronar, si al sacar la cabeza, si al darse la expulsión; si al cortar el cordón umbilical, etc.) pues esto marcaba el punto de distinción entre un tipo penal (homicidio) y otro (aborto); *ii)* que la afectación de la vida humana dependiente implica ponderar el momento de la gestación en que se producía la intervención, generando reacciones más gravosas cuando el embrión estuviese más propenso a la viabilidad independiente, que cuando no; *iii)* que, en cualquiera de los dos casos anteriores, la reacción punitiva debía ser más grave si la cometía un tercero que la propia mujer y más grave si era conocida y querida que si se generaba por faltar al deber de cuidado; *iv)* que la reacción punitiva hacia el tercero debía ser más fuerte si obraba sin consentimiento de la mujer que con el de ella y la sanción también era más gravosa si, además, de la muerte del *nasciturus* se generaban lesiones o muerte de la mujer, ponderándose, entonces, que los tipos penales de aborto son pluriofensivos, es decir, con estos se tutelaban simultáneamente varios bienes jurídicos: la vida humana dependiente; el consentimiento, salud, integridad y vida de la mujer embarazada; *v)* que, en cualquiera de los dos casos, sea ante vida humana nacida o no nacida, existen circunstancias del sujeto activo o momentos de comisión del hecho, que generan la disminución de la sanción: tradicionalmente se aludió al “estado puerperal” de la madre; al “estado de emoción violenta”, etc., lo que implica: *vi)* que ninguno de esos bienes jurídicos, es decir ni la vida humana independiente ni la vida humana dependiente, son valores absolutos, puesto que existen circunstancias en las que, pese a vulnerarse, los Estados deben disminuir la represión o pueden excluirla a través de la creación de las causas de justificación o los estados de necesidad. En el caso de la vida independiente se puede matar cuando el sujeto a quien se le da muerte esté poniendo en peligro bienes propios o ajenos y esa muerte sea la reacción proporcional (la legítima defensa). En el caso de la vida humana dependiente se omite penalizar el aborto (con o sin consentimiento de la mujer, si esta no puede darlo) si el embarazo genera un peligro para la vida o la salud de la mujer (aborto no punible). No obstante, esa tendencia se ha revertido en países como Nicaragua, El Salvador, Honduras y República Dominicana, entre otros. Primero, al excluir como indicador del aborto la afectación de la vida o salud de la mujer. Luego por otros mecanismos como el juzgar por homicidios calificados las muertes de fetos y no considerar los diferentes elementos a conjugar. Sobre el particular ver: Llobet, Javier (2020). *Homicidio, femicidio, aborto*. Editorial Jurídica-Continental, San José, págs. 419 ss.

⁶ Algunos autores han establecido que esos límites mínimos (no los máximos que sí son garantía de cara al principio de legalidad) implican una presunción de reproche y son contrarios al principio de culpabilidad: “...del principio de culpabilidad extraemos un doble nexo: el primero entre el hecho y la persona, el segundo entre el grado de culpabilidad y la intensidad de la reacción estatal (...) si bien es admisible el establecimiento legal del máximo de la pena porque ello es una de las consecuencias principales del principio

tribunal regional aludiera a los diversos criterios de vulnerabilidad de distintas personas como factores a contemplar para fijar las penas tanto abstractas como concretas. En momentos en que los poderes legislativos reprimen penalmente una amplia gama de conductas sin bienes jurídicos subyacentes y fijan la reacción estatal sin ningún criterio razonable⁷ y cuando las Supremas Cortes de la región son integradas sin criterios de idoneidad y con una amplia influencia partidaria de los grupos detentadores del poder (lo que se traduce, muchas veces, en criterios irracionales en las sentencias), un pronunciamiento sobre estos aspectos permitirá fijar límites a las actuaciones de unos y otras, a fin de proteger los derechos de las personas. Recuérdese que, a raíz del holocausto nazi de la II Guerra Mundial, se comprendió el rol que pueden jugar los juristas en la vulneración de derechos y que el principio de legalidad, aunque necesario, no es

*de legalidad (...) no ocurre lo mismo con el establecimiento de límites mínimos a la reacción punitiva. Si la culpabilidad es esencialmente graduable, es decir, sólo existen grados de culpabilidad y ella debe ser la medida de la pena (además de las exigencias que surgen del principio de proporcionalidad, que conectan a la pena con el hecho) entonces el establecimiento de un mínimo de pena, implica establecer una presunción de un determinado grado de culpabilidad y toda presunción de culpabilidad está prohibida (...) Por lo tanto, los jueces (sic) así como están obligados a realizar un discernimiento fundado del grado de culpabilidad no están obligados a aplicar la presunción de culpabilidad que implica el establecimiento de mínimos obligatorios en las escalas de pena. Aquí el legislador ha excedido su competencia y ese mínimo puede cumplir una función indicativa pero nunca obligatoria. Así que por más que la previsión de esa reacción punitiva mínima sea expresa en la legislación penal, ello no implica la imposibilidad de autorizar una reacción menor a esa previsión, fundándose en el grado real de culpabilidad y no en el que surge de una presunción legal de culpabilidad.” BINDER, Alberto (2004). *Introducción al derecho penal*. Ad-hoc, 1ª edición, Buenos Aires, pág. 252. En igual sentido: "...la pena no puede ir más allá de la medida de la culpabilidad en su duración, tampoco cuando intereses de tratamiento, de seguridad, o de intimidación hicieran parecer deseable un encarcelamiento más prolongado. En tales casos, se quiebra el poder de injerencia del estado frente al interés de la libertad del condenado, el cual debe someterse a las necesidades del estado no según su libre arbitrio, sino sólo en el marco de su culpabilidad. El principio de culpabilidad tiene, por lo tanto, una función liberal, independientemente de toda retribución, y, en favor de la libertad del ciudadano, debe ser conservado también en un derecho penal moderno (...) se admite incluso que una pena que superara la medida de la culpabilidad lesionaría la dignidad del hombre (sic) (...) de modo tal que el principio de culpabilidad tendría rango constitucional, de acuerdo con esto, en su función limitadora de la pena (...) El sentimiento de justicia, al que se atribuye gran importancia para la estabilización de la conciencia jurídica general, exige que nadie sea penado más allá de lo que se merece; y 'merecida' es solamente una pena que se corresponde con la culpabilidad.” ROXIN, Claus (1993). "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad". En: AAVV. *Determinación judicial de la pena*. Editores del Puerto Buenos Aires. Págs. 37-39. Por último, el artículo 10 del convenio 169 de la OIT para pueblos indígenas y tribales obliga a fijar una amplia gama de reacciones punitivas para esta población, lo que no se cumple. En el caso, el tribunal que juzgó a Manuela estipuló que las condiciones culturales de ella hacían que se decantara por la sanción mínima de 30 años, pero no analizó si ese monto obedecía a su reprochabilidad o si sus múltiples vulnerabilidades (mujer, analfabeta, de zona rural-indígena, con hijos a su cargo, etc.) hubiesen implicado la valoración de otras posibilidades sancionatorias, de fijarse válidamente alguna conducta delictiva.*

⁷ En Costa Rica, por ejemplo, destazar una res puede estar reprimido penalmente en forma más gravosa que la muerte de un sr humano en ciertas condiciones: Ver: Chinchilla (2019: <https://delfino.cr/2019/04/leyes-la-tica-paroxismo-del-absurdo>)

suficiente para contener el poder punitivo⁸. No en vano, en Nüremberg, una vez finalizado el conflicto, uno de los juicios fue contra los juristas encargados de aplicar esas normativas.

3.- La exclusión de la punición ante hechos no humanos (casos fortuitos, actos de la naturaleza o hechos de fuerza mayor). La mayoría de los países signatarios de la CADH son de tradición continental-europea y siguen un modelo de juzgamiento que aplica la Teoría del Delito y valora la prueba siguiendo principios de libertad probatoria y libre convicción, pero hay otros estados con tradición del *common law* (juicio por jurados, decisiones por íntima convicción). Aunque la CADH no estipula un sistema en particular y hay “un margen de apreciación”⁹ de los estados para adoptar el mecanismo que estimen conveniente, la sentencia tiene frente a sí el desafío de generar parámetros, comunes a ambas cosmovisiones, que permitan excluir del sistema punitivo hechos no humanos, sucesos de la naturaleza, casos fortuitos o de fuerza mayor o circunstancias en que el sujeto no actúe con conocimiento de lo que hace. Nótese que el hecho de que, dentro de las circunstancias de vida de Manuela (campesina, analfabeta), ella acudiera a una letrina a efectuar lo que creía era una deposición, formaba parte de su normalidad de vida, de modo que una expulsión fetal en tales condiciones pudo tratarse de un resultado no querido y propio de lo que, en la dogmática de tradición alemana, sería una “no acción” o, en el peor de los casos, una “falta de dolo”. Pese a ello, fue condenada.

4.- La despenalización parcial del aborto (y de algunas formas de contracepción) en América Latina como producto del caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. Aunque a Manuela se le aplicó el tipo penal de homicidio agravado, dado que El Salvador penaliza también el aborto (sin estipular ninguna causal para no hacerlo) el estado podría sostener la tesis de que, al margen del nombre del delito o suprimida hipotéticamente la referencia al homicidio, subsistía la responsabilidad penal de ella. Por tanto, es previsible y deseable que la Corte IDH aborde la legitimidad, o no, de su condena sobre la base del análisis integral de la legislación, incluyendo las previsiones sobre el aborto y las implicaciones que, en esta temática, ha tenido la propia sentencia en el caso de Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, específicamente en lo atinente a la fecha de gestación y la ausencia de indicadores legislativos para la interrupción del embarazo. Recuérdese que, en aquella decisión, la Corte IDH analizó el inicio de la vida humana, decantándose por el criterio científico intermedio (de que iniciaba con la implantación del óvulo, no con la concepción —que es la posición seguida por El Salvador en su carta fundamental— ni con el inicio de la actividad neurológica y sensitiva al surgir la cresta

⁸ En ese momento podían haberse cumplido las formalidades previstas para emitir leyes penales, pero se dio un abuso de esto para reprimir conductas inocuas (vgr. matrimonios arios-judíos).

⁹ Se usa el término entrecomillado pues se conoce que no forma parte del sistema interamericano, sino del europeo de protección de derechos humanos, pero se utiliza en el sentido de respetar las decisiones de política estatal que no sean contrarias al texto suscrito de la CADH.

neural¹⁰), interpretó a qué se refería la frase “*en general a partir de la concepción*” estipulada en la CADH y reiteró que ningún derecho humano es absoluto, sino que deben ser interpretados en las circunstancias específicas de colisión que, entre ellos, se puedan presentar. En el caso de Manuela si bien ella ya habría podido superar el límite de gestación establecido en dicho pronunciamiento, una eventual condena sobre ese marco implicaba examinar la edad gestacional y las circunstancias de salud que mediaron en su caso, que podían influir en la penalización del resultado o, de haber existido una, en la conducta, nada de lo cual se hizo. Por ello, ese pronunciamiento podría impactar profundamente legislaciones como la de El Salvador, pero también la de Nicaragua, Honduras y República Dominicana que tutelan la vida humana no nacida por sobre la vida independiente, como derecho absoluto, e impedir que la tendencia a emularlas crezca, pero también podría contener los intentos de criminalizar en la región temas como el uso de dispositivos o mecanismos de contracepción.

5.- La reiteración de la exclusión de la alta penalidad y la alarma social como criterios para la imposición de la prisión preventiva: América Latina es, también, una de las regiones con niveles altos de “presos-as” sin condena. Aunque la CIDH, en diversos informes, ha reiterado que los criterios convencionales solo admiten causales procesales (fuga y obstaculización del proceso) para el dictado de la detención provisional, sigue siendo una práctica usual en la región que se dicte la medida a partir de factores como el

¹⁰ En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región, se acepta que la vida humana termina cuando se da el cese irreversible de la función encefálica (“muerte neurológica”) no con la cardiopulmonar. Esto ha sido aceptado, inclusive, por la Iglesia Católica. Ver Llobet, Javier (2020). *Homicidio, femicidio, aborto*. Editorial Jurídica-Continental, San José, págs. 99-100 y a partir de ese consenso se aceptan todas las leyes de donación de órganos las cuales posibilitan tener cuerpos ventilados (que mantienen actividad cardiopulmonar producto de aparatos mecánicos) para efectos de su adecuada conservación. En ese sentido la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos de Costa Rica N° 9222. Si científica, ética y legalmente se considera que la vida humana cesa cuando finaliza la actividad cerebral, no parece existir inconveniente lógico ni argumentativo en admitir que inicia cuando esa actividad cerebral se genera. Sin embargo, algunos ignoran los argumentos para sostener sus tesis. Así, en un artículo aparecido en el periódico costarricense La Nación el 17 de octubre de 2020, “Falacias sobre el aborto”, su autor, el abogado Campos Calderón tergiversa o ignora los diversos argumentos científicos y jurídicos y pretende imponer su visión religiosa (que como tal es respetable para su ámbito privado, pero no para pretender generalizarla como política pública) diciendo: “*Es injustificable no resguardar penalmente la vida humana desde el momento de la “concepción”, a pesar que sectores progresistas de la ciencia, de la bioética e ideas neoliberales (sic) nos quieran imponer que la vida se inicia en etapas más avanzadas del embarazo (...)* El ámbito de cobertura de los derechos fundamentales debe ser interpretado con amplitud y no restrictivamente, por ello la salvaguarda penal de la vida debe darse desde la “concepción” como lo estipula la normativa supranacional.” El autor da su opinión, sin razonamiento ulterior (no nos dice por qué; no analiza diversos derechos humanos interrelacionados, la colisión de derechos, etc.) y se apoya en una norma convencional que no ha sido interpretada (por el único intérprete autorizado para ello que es la Corte IDH) como él pretende. Como si fuera poco, más adelante agrega: “*Otro argumento falaz que se esgrime como pauta para considerar la existencia de vida humana es el inicio de la “actividad cerebral” en el nasciturus, a pesar de que no podría llegar a existir dicha actividad sin vida previa. Tanto es así que hay casos de seres humanos sin actividad cerebral (en estado de coma) y no por ello se considera que no tienen vida.*” (el destacado es suplido!). La confusión conceptual (estados comatosos y muerte neurológica) salta a la vista y la Medicina Legal constantemente se ocupa de diferenciar dichos términos.

“peligro de reiteración”, el tipo de delito acusado, el monto abstracto de la pena con que se sanciona, la forma de comisión (flagrancia o delincuencia organizada), etc. Inclusive, a nivel legislativo se han estipulado imposibilidades de enfrentar el proceso en libertad en cierto tipo de delitos.¹¹ Así se alegó en el asunto de Manuela y, por eso, ella fue detenida en el hospital y sufrió prisión preventiva durante todo el proceso, solo por ser aprehendida “en flagrancia”, por el monto de la pena prevista para el delito acusado (homicidio calificado) y por la “alarma social” que el hecho provocaba. Dado que en la mayoría de los países de la región operan sistemas de control de constitucionalidad concentrados y los tribunales constitucionales o las supremas cortes han avalado esas normas y prácticas,¹² el caso representa una oportunidad para disminuir los niveles de hacinamiento generados por esa razón y presionar por una justicia pronta, pero no atropellada y con respeto a la libertad.

6.- La selectividad del sistema punitivo y la consideración de las distintas vulnerabilidades de las mujeres como criterios para diversificar las reacciones punitivas: En un mundo globalizado, en donde muy pocos países penalizan el aborto sin contemplar excepciones, el establecimiento de altas penas exclusivamente de prisión (sin ninguna diversificación en la reacción punitiva allí donde la represión del aborto esté dentro de los “márgenes de apreciación”) implica condenar solo a un grupo de personas: las mujeres pobres que no pueden cruzar las fronteras para practicarse un proceso de interrupción del embarazo donde sí esté regulado y previsto. Adicionalmente, si la CADH establece el principio de intrascendencia de la sanción y, por los patrones culturales imperantes, las labores de cuidado han estado históricamente a cargo de mujeres, su represión con altas penas de prisión implica dejar sin soporte a niños, niñas, personas con condiciones de discapacidad, personas de la tercera edad a su cargo, etc. o el trasladar a estos grupos a centros penitenciarios. Por ello, es esperable que la Corte IDH aluda a la especial consideración que, en estos casos, deban tener las [Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad \(Reglas de Tokio\)](#) así como las [Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes \(Reglas de Bangkok\)](#) pese a que no forman parte del sistema regional sino del universal y solo tienen carácter de *soft law*.

¹¹ En el caso de Manuela el tribunal se amparó en el artículo 294.2 del Código Procesal Penal de El Salvador que dispone: “(...) *no procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado* (...)”. Una disposición similar, de prisión preventiva automática por tipo de delito (en este caso por psicotrópicos) fue declarada dos veces inconstitucional en Costa Rica (votos 688-91 y 193-92) pero, posteriormente, la existencia de la tramitación vía flagrancia como causal para la prisión preventiva (artículo 239 bis inciso a del Código Procesal Penal de Costa Rica) fue avalada por la Sala Constitucional (voto 9346-2009). Si bien originalmente se matizó la aplicación automática de esa causal, en el país se suele utilizar como única causal.

¹² Así ha sido en Costa Rica, por ejemplo, a través de los votos 1438-92 y 1739-92 de la Sala Constitucional. Inclusive en Corte Plena se pretendió sancionar a un juez por aplicar criterios de convencionalidad y no los del órgano constitucional en esta materia. Ver acta de Corte Plena, sesión N° 5-16, celebrada el 8 de febrero de 2016, artículo XVII.

7.- La instauración de políticas públicas en materia penitenciaria respecto de mujeres y la posición de garante del Estado ante relaciones de sujeción. Es esperable que la Corte IDH articule líneas de acción sobre la aplicabilidad de las [Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes \(Reglas de Bangkok\)](#) en particular, sobre los alcances del derecho a la salud y del tratamiento médico bajo custodia estatal y el hacinamiento penitenciario. En el caso no solo se alega que Manuela no recibió diversos tratamientos médicos producto de su padecimiento, sino que, desde antes, no fue diagnosticada en forma oportuna y su familia, en particular su madre, fue sometida a requisas profundas y vergonzosas al acudir al centro penal a visitarla, que desincentivaban el contacto, a más de la distancia que mediaba entre el lugar de detención respecto al sitio de residencia.

8.- El alcance de los derechos sexuales y reproductivos; el derecho a una vida libre de violencia estructural (incluyendo la violencia obstétrica) y las diversas formas de manifestación y normalización de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. La mayoría de las legislaciones punitivas del mundo se crearon y aplicaron antes de que las mujeres lograran el reconocimiento de la ciudadanía y, con ella, de sus otros derechos. Por ello, los derechos sexuales y reproductivos no suelen formar parte de los manuales jurídicos tradicionales, de los textos legislativos ni de los pronunciamientos judiciales. El voto en el caso de Manuela permitirá reafirmar estos como derechos humanos de las mujeres y contextualizar adecuadamente la violencia obstétrica¹³ como parte de la violencia estructural contra la mujer que debe ser erradicada por los Estados, máxime a partir de los compromisos asumidos en la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar de la Violencia contra la Mujer* (Convención de Belém do Pará) y, a nivel universal, en la *Convención para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres* (CEDAW por sus siglas en inglés). Nuevamente surge la oportunidad de articular los diversos sistemas de protección (universal y regional) de derechos humanos en una sentencia, como ya se ha efectuado antes, con ocasión de los derechos de la niñez y de otros pronunciamientos relativos a mujeres. Rechazar tratos crueles, inhumanos o degradantes que se han normalizado como prácticas habituales en nosocomios, cárceles u otras instituciones totales será, sin duda alguno, uno de los grandes aportes que puede tener el pronunciamiento.

9.- El alcance del secreto profesional y la no obligación de denuncia. La legislación salvadoreña reprime al personal de salud que no denuncie los hechos que se le ponen en su conocimiento, con lo que deja sin efecto el secreto profesional, afecta el derecho a la

¹³ Tradicionalmente esta se define como la violencia ejercida en el momento del parto. Sin embargo, esta visión es insuficiente y limitada, pues excluye el campo de la salud sexual y reproductiva en forma amplia, lo cual comprendería el tratamiento del personal médico hacia la mujer antes y después del parto. En el caso, lo relacionado con la emergencia obstétrica de Manuela y la forma en que fue abordada por el centro médico, haciendo predominar lo punitivo por sobre su derecho a la salud.

intimididad de los y las pacientes¹⁴ y pone en riesgo la vida y salud de diversas personas, en especial mujeres. En el caso de Manuela ella interesó, primero, como evidencia de una causa penal antes que como ser humano a punto de morir. Dimensionar estos derechos será otro de los grandes retos del voto que se llegue a emitir.

10.- Las implicaciones de la objeción de conciencia. Aunque no se menciona en el informe de la CIDH ni se ha alegado expresamente, es deseable que la Corte IDH —en virtud del principio *iura novit curia*— aborde este tema pues ha surgido una tendencia a alegarlo para desconocer derechos humanos inclusive a partir de los servicios públicos que debe garantizar el Estado. Si bien la objeción de conciencia es un derecho humano derivado de la libertad religiosa y estipulado en el artículo 12 de la CADH no es —como tampoco lo es el derecho a la vida ni ningún otro— un derecho absoluto. No obstante, ha pretendido ser erigido como tal y se ha convertido en una licencia para discriminar, al punto que muchos parlamentos de la región ya [tramitan proyectos](#) de ley en ese sentido. Además, algunos tribunales constitucionales, por ejemplo, el de Costa Rica¹⁵, [le](#) han dado predominio aún frente al deber estatal de actuar producto de políticas públicas universales. En el caso, tiene relevancia en tanto que el personal de salud que atienda a “futuras Manuelas” podría invocarlo para denunciarlas o no suministrarles atención médica, pese a tratarse de servicios públicos. Igual podría ser invocado por el personal policial, del Ministerio Público o jurisdiccional para justificar sus actuaciones de punir con severidad y sin analizar causas de justificación o exculpación. Estipular los alcances de [la objeción de conciencia](#) en el sector público, específicamente del personal médico, policial y jurisdiccional frente al tema del aborto y de los [derechos sexuales y reproductivos](#) de las mujeres será de particular relevancia en este momento histórico, para no dejar sin contenido otras estipulaciones convencionales.

Medidas de reparación. Es conocido que el sistema interamericano de protección de derechos humanos destaca, entre otras cosas, por las medidas de reparación amplias que suele adoptar en sus resoluciones, inclusive más allá de las peticiones concretas que se realicen (aunque esto último haya sucedido de modo excepcional). De darse una condena al estado salvadoreño en este caso, la oportunidad sería propicia para que, dentro de las medidas simbólicas pero claves que se adopten, algunas tengan que ver con la educación, en sus diversas aristas: *a)* la educación sexual desde fases tempranas para conocer métodos anticonceptivos, síntomas de embarazo, búsqueda de atención médica, etc.; *b)* la educación jurídica a operadores médicos (en materia de derechos humanos y garantías) y la educación médica (sobre el surgimiento y tutela de la vida humana) a operadores jurídicos para que desplieguen sus labores conforme a criterios científicos rigurosos. Sin embargo, sin duda alguna la sentencia será clave para emitir directrices tendientes a mejorar los alcances y profundidad de los sistemas de defensa pública o defensorías sociales en la región.

¹⁴ Ver: Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016; párr.237; Corte IDH. Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr.101.

¹⁵ Sala Constitucional de Costa Rica (votación dividida 5-2), voto número [2020-1619](#).

Coda. En definitiva, el voto de la Corte IDH de este caso es susceptible de generar avances en los sistemas de juzgamiento penal y en los sistemas penitenciarios de la región, así como incidir en la protección de los derechos de las mujeres. Sin embargo, también es posible que pueda tener réditos populistas no queridos, según el momento en que se emita. No es papel de las sentencias o cortes efectuar cálculos en este sentido. Empero, es deseable que la Corte IDH pondere criterios de oportunidad respecto de la fecha para dar a conocer su decisión y su impacto en distintos países. No debe olvidarse que la nuestra es una región lacerada por graves problemas sociales, por la explotación inmisericorde de los recursos naturales y signada por una profunda desigualdad que impacta con mayor rigor a las minorías o poblaciones históricamente vulnerabilizadas, mujeres incluidas, por lo que el uso populista de criterios jurídicos podría generar escenarios más propicios a esas violaciones, ante la inminencia de los procesos electorales en diversos países.¹⁶ Por eso, es importante que, al margen de la decisión que se llegue a adoptar, las ONG's y los estados comprometidos con el respeto de los derechos humanos efectúen campañas para recordarle a la población que las decisiones de tribunales internacionales son vinculantes (artículo 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y CADH) y que lo resuelto no queda sin efecto porque los estados denuncien la CADH o elijan candidaturas para sus parlamentos o ejecutivos que así lo pretendan.

¹⁶ La sentencia se espera para finales de 2021. En Costa Rica el proceso electoral para la escogencia de la presidencia y las diputaciones se efectuaría en febrero de 2022. El proceso electoral costarricense de 2018 estuvo impactado por la posición de las candidaturas frente a lo resuelto por la Corte IDH en la opinión consultiva sobre el matrimonio de personas del mismo sexo.