

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**LA PENALIZACION DEL ABORTO, AVANCE O RETROCESO EN LA
LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS
PRESENTADO POR:**

**AGUILLON AZUCENA FATIMA JEANNETTE
GUTIERREZ GUTIERREZ EVELYN ABIGAIL
TICAS DE UMAÑA EVELYN PATRICIA**

**DOCENTE ASESOR:
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO DE 2018.

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERÓN
(PRESIDENTE)**

**LIC. MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ
(SECRETARIO)**

**LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**MAESTRO ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO
RECTOR**

**DOCTOR MANUEL DE JESÚS JOYA ABREGO
VECERRECTOR ACADEMICO**

**INGENIERO NELSON BERNABE GRANADOS ALVARADO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**LICENCIADO CRISTÓBAL HERNAN RIOS BENÍTEZ
SECRETARIO GENERAL**

**LICENCIADO RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA**

**DOCTOR JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ
VICEDECANO**

**MAESTRO JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO**

**LICENCIADO RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ
DIRECTOR
DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**LICENCIADA DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO
DIRECTORA
DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**LICENCIADA MARÍA MAGDALENA MORALES
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

A MI AMADO PADRE CELESTIAL, quien en su gran amor y misericordia me ha concedido la oportunidad de culminar esta etapa en mis estudios, brindándome la vida, la salud y el apoyo incondicional de mis padres. *“Porque todas las cosas proceden de él, y existen por él y para él. ¡A él sea la gloria por siempre!” (Rom. 11:36).*

A MIS AMADOS PADRES SERAFÍN GUTIÉRREZ Y CATALINA DE GUTIÉRREZ, por su amor y apoyo incondicional, quienes me han animado a luchar por este objetivo en mi vida, por lo cual comparto este logro que no es mío solamente; sino también de esos dos seres maravillosos que Dios me ha podido prestar como padres y que siempre han estado dispuestos acompañarme en cada una de las etapas vividas y por vivir.

A MIS HERMANOS Enrique y Kervy, por quienes siempre me he motivado para culminar mis estudios y ser un buen ejemplo de perseverancia para ellos.

A TRES PERSONAS ESPECIALES: mis hermanos Geovanny y Marvin, y a mi abuela María, que aunque hayan partido de esta vida, siempre les guardo en mi corazón y les dedico este logro.

MIS AMIGAS Y COMPAÑERAS DE TESIS Fatima Aguillon y Evelyn Ticas, por permitirme formar parte de este proyecto, por su comprensión, y porque con la confianza en Dios y dedicación hemos logrado culminar este trabajo.

A NUESTRO ASESOR por su dedicación, paciencia y por todos sus consejos orientados a la elaboración de este proyecto, muchas gracias y que Dios lo bendiga.

EVELYN ABIGAIL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO que en su infinita misericordia me ha dado la vida, las fuerzas para no decaer, por cuidarme durante todo este tiempo para culminar esta meta en mi vida, así mismo ha dado las fuerzas a mis padres para apoyarme en todo momento de este camino.

A MIS PADRES IRMA NORA Y EUGENIO por ser mi fuerza, por su apoyo, por su comprensión y confianza en mí al emprender este camino, sin ustedes no hubiese llegado a cumplir mi meta, porque en cada momento estuvieron conmigo animándome y apoyándome a seguir adelante y que no me rindiera, por el amor incondicional que siempre me han dado, por sus consejos, por todo muchas gracias, no alcanzan las palabras para agradecerles todo lo que han hecho por mí.

A MI HERMANA Claudia María te agradezco todo tu apoyo que me has brindado siempre, gracias por estar para mí cuando te he necesitado, por tus consejos, Gracias por estar conmigo en las buenas y en las malas.

A MIS AMIGAS, gracias por permitirme formar parte de su vida, por estar ahí apoyándome, por estar ahí cuando las he necesitado, durante todo este tiempo.

A MI QUERIDA HERMANA NELY gracias por su apoyo incondicional, por seguir creyendo en mí.

A NUESTRO ASESOR, gracias por su apoyo y tiempo, por su guía, por sus consejos, gracias por los ánimos para poder dar este paso hacia nuestra meta.

FATIMA JEANNETTE AGUILLON AZUCENA.

AGRADECIMIENTO

A DIOS. Por prestarme la vida, por darme sabiduría y fuerzas necesarias para seguir adelante con mis estudios, por nunca desampararme en los momentos difíciles y por permitirme obtener un triunfo más en mi vida.

A MIS PADRES. JOSE TICAS APARICIO Y MILAGRO SARAVA DE TICAS, por haberme apoyado en mi vida personal y en mi formación como profesional, por darme el mejor ejemplo, por guiarme y enseñarme principios y valores. Por brindarme su amor incondicional y desinteresado, por ayudarme a levantar después de sufrir un fracaso y sobre todo les doy gracias por ser los padres más responsables que una hija puede tener.

A MI HERMANA. ESMERALDA TICAS SARAVIA, gracias por ser una amiga leal, por tus consejos, por tu apoyo, confianza y por siempre alentarme a ser mejor cada día.

A MI ESPOSO E HIJA. HENRY ALEXANDER UMAÑA Y BRISA ALESSANDRA UMAÑA TICAS, por estar a mi lado compartiendo buenos y malos momentos, por brindarme las palabras necesarias para no dejarme vencer por los obstáculos. Gracias hija por ser mi motor para seguir luchando cada día y por permitirme ser un ejemplo para ti.

A MIS AMIGAS. Por permitirme culminar junto a ustedes esta etapa de mi vida, por su comprensión y sinceridad. La unidad hizo la fuerza para que pudiéramos alcanzar la meta que nos trazamos.

A NUESTRO ASESOR. Agradecemos por su amabilidad, por habernos guiado en este proceso fundamental para nuestras vidas y por su apoyo.

EVELYN PATRICIA TICAS DE UMAÑA

INDICE

RESUMEN	i
SIGLAS.....	iii
INTRODUCCIÓN	v

CAPITULO I

REFERENCIA HISTORICA DEL ABORTO

1.1. Antecedentes Históricos	1
1.1.1. Edad Media	1
1.1.2. Edad Moderna.....	3
1.1.3. El Aborto en El Salvador	5
1.1.3.1. Código Penal de 1974	10
1.1.3.2. Código Penal de 1998	12

CAPITULO II

CRITERIOS DOCTRINARIOS, RELIGIOSOS Y SOCIALES DEL ABORTO Y SUS TIPOS ÉTICO, EUGENÉSICO Y TERAPÉUTICO

2.1. Fundamento Doctrinal.....	26
2.1.1. Definición Etimológica de Aborto	26
2.2. Definición del Aborto	26
2.2.1. Desde un punto de vista médico legal.....	26
2.2.2. Desde un punto de vista Jurídico	29
2.2.3. Desde un punto de vista Social o Doctrinal	29
2.3. Clasificación del Aborto	30
2.3.1. Aborto natural o espontaneo.....	30
2.3.2. Aborto accidental, causal u ocasional	33
2.3.3. Aborto provocado o intencional	34
2.3.3.1. El aborto eugenésico	35
2.3.3.2. Aborto Terapéutico.....	36

2.3.3.3. Aborto ético	38
2.3.3.4. Otros tipos de aborto provocado	39
2.4. El objeto Jurídico en el delito de Aborto	40
2.5. El objeto material en el delito de Aborto	43
2.6. El Aborto como delito doloso	45
2.7. El Aborto desde el punto de vista religioso	47

CAPITULO III

TRATAMIENTO DEL ABORTO A NIVEL NACIONAL SEGÚN LOS CÓDIGOS PENALES DE 1974 Y 1998; Y DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES

3.1. Fundamento Jurídico.....	50
3.1.1. Código Penal de El Salvador 1974	51
3.1.1.1. Artículos que regulaban la tipificación del aborto	51
3.1.2. Anteproyecto del Código de 1998.....	57
3.1.3. Código Penal de El Salvador 1998	61
3.1.3.1. Disposiciones legales que tipifican el aborto.....	62
3.1.4. Excluyentes de Responsabilidad Penal en el Código Penal vigente	65
3.1.5. Reforma del artículo 1 en la Constitución de 1983 y reconocimiento de derechos	68
3.1.5.1. Derecho a la vida	69
3.1.5.2. El Derecho a la Salud.....	71
3.1.5.3. Derecho a la Integridad Física y Moral	75
3.1.5.4. Derecho a la Libertad	76
3.1.5.5. Derecho a la Seguridad.....	77
3.1.5.6. Derecho a la Igualdad y no Discriminación	78
3.1.5.7. Derecho a la Presunción de Inocencia.....	81

CAPITULO IV

LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO Y LA JURISPRUDENCIA

4.1. El Aborto en el derecho comparado.....	83
4.1.1. Convenios y Tratados Internacionales	83
4.2. Jurisprudencia Nacional.....	104

CAPITULO V

ANALISIS DE LA PENALIZACION DEL ABORTO POR CAUSAS: TERAPEUTICAS, ETICAS Y EUGENÉSICAS

5.1. Perspectiva actual del Aborto en el ámbito Político.....	116
5.2. Perspectiva del Aborto desde el ámbito de la Medicina.....	130
5.2.1. La Responsabilidad de los Médicos en los casos de Aborto	130
CONCLUSIÓN.....	138
RECOMENDACIONES	143
BIBLIOGRAFÍA.....	147

RESUMEN

Este Trabajo de Investigación, parte de un tema extremadamente polémico en algunos países como El Salvador, en el cual hablar de “Aborto” es referirse a un acto totalmente criminalizado independientemente de la causa que lo haya provocado, lo cual trae consecuencias como la trasgresión de muchos derechos de las mujeres, iniciando con la presunción de inocencia, y además la represión se vuelve ineficaz, ya que no logra erradicar el índice de abortos; si no por el contrario aumenta dicha práctica por otras vías inseguras que pueden atentar hasta con la vida misma de dichas mujeres.

Es importante que las disposiciones que regulan el aborto vayan de acorde a la realidad actual del país y en función del avance de la medicina, precisamente para buscar mejores alternativas de salud física y en algunos casos de salud mental para las mujeres, y así garantizar los referidos derechos, tanto fundamentales como humanos, reconocidos a nivel nacional e internacional. Cuando se cumpla con un verdadero respeto a dichos derechos, se podrá decir que existe un avance en sentido positivo.

Por lo anterior, esta investigación expone las razones por las cuales no se debería criminalizar a las mujeres que aborten por razones de carácter terapéutico, ético y eugenésico, considerando que en la actualidad la opinión médica avala dicha práctica en condiciones seguras, sin embargo la misma no se lleva a cabo, por motivos de temor que existe por parte de los médicos que no quieren incurrir en algún tipo de responsabilidad penal, ya que existe un sistema penal muy cerrado, creado por legisladores que con respecto a este tema, han resuelto con doble moral enfocado en sus intereses políticos. Por lo cual se concluye que la falta de regulación expresa de las

circunstancias excluyentes de responsabilidad penal para los casos de los abortos ya mencionados, no ha representado un avance dentro de la normativa penal, ya que en lugar de generar protección de derechos, esta genera la vulneración de los mismos.

SIGLAS

ADN // Ácido Desoxirribonucleico

AI // Amnistía internacional

ARENA // Alianza Republicana Nacionalista

ASOGOES // Asociación de Ginecología y Obstetricia de El Salvador

BELEM DO PARA // Convención Interamericana para la Prevención y Castigo de todas las Formas de Violencia contra la Mujer

CEDES // Conferencia Episcopal de El Salvador

CSJ // Corte Suprema de Justicia

CEDAW // Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres.

CERD // Convenio de los Derechos del Niño

DIGNAS // Asociación de Mujeres para la Dignidad y la Vida

E.E.U.U // Estados Unidos

FMLN // Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional

ICCPR // Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

ICESCR // Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

OMS // Organización Mundial de la Salud

ONG´s // Organizaciones No Gubernamentales

SEGO // Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia

SIDA // Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

UNAM // Universidad Nacional Autónoma de México

UNESCO // Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

VIH // Virus de Inmunodeficiencia Humana

INTRODUCCIÓN

Hablar del aborto, conlleva a relacionar muchos derechos que se ven vulnerados al considerarlo como un delito independientemente las circunstancias en que se haya dado, y más aún en aquellos casos que incluso el aborto se da de una forma espontánea. A pesar de existir en nuestro país antecedentes sobre investigaciones inclinadas a una despenalización del aborto ya sea por causas terapéuticas, éticas o eugenésicas, y además iniciativas de grupos que proclaman por dicha despenalización, aun no se ha logrado avanzar en ese tema ya que poco valor le dan los grupos legisladores; es por ello que se hace necesario insistir sobre el mismo, puesto que a mucha mujeres con embarazos de alto riesgo, embarazos producto de violaciones sexuales, se les obliga a llevar a término su preñez a costa del menoscabo de sus derechos que se encuentran amparados en la Constitución de la República al igual que en tratados internacionales ratificados por El Salvador y por lo cual considerados leyes de la República.

Esta investigación se basa en el análisis de los Códigos Penales de El Salvador de 1974 en comparación con el actual de 1998, de los cuales en consideración con la opinión o diagnóstico médico se puede establecer que las disposiciones que penalizan el aborto en un sentido absoluto, representan un retroceso muy evidente, el cual da lugar a la vulneración de muchos derechos de mujeres adultas e incluso niñas en aquellos casos de violaciones que en lugar de brindarles ayuda son sometidas a una revictimización por parte del estado que las obliga a dar a luz, sin hacer siquiera una investigación sobre la situación psicológica-emocional, económica y sobre el entorno familiar de dichas niñas. Con la reforma del

Código penal en 1998 las mujeres son encarceladas y consideradas culpables incluso antes de existir una sentencia condenatoria firme, ya que son denunciadas por el personal médico del hospital donde son atendidas, porque los mismo sienten temor de enfrentar responsabilidad penal, por lo cual dicha legislación penal les hace incluso incurrir en la violación del secreto profesional a los cuales dichos médicos se deben.

Se debe comprender que la penalización del aborto en un sentido absoluto no resuelve el problema, más bien genera efectos negativos ya que hay muchas mujeres que buscan practicarlos de una forma clandestina en clínicas o lugares poco confiables en los cuales corre riesgo su salud e incluso su vida.

Es por lo anterior que se toma a bien titular esta investigación como “La Penalización del Aborto: avance o retroceso en la Legislación Penal Salvadoreña” y se desarrolla en cinco capítulos que se puntualizan continuación:

Capitulo uno: Se lee sobre los antecedentes del aborto en un sentido general y para no ir muy atrás inicia desde la edad media hasta la edad moderna, para luego hablar del aborto en El Salvador y su primera regulación como delito en el código penal de 1826, después del cual hubieron otros tres códigos donde se seguía regulando casi de forma similar, hasta llegar al código de 1974 en el cual se incluyeron los indicadores del aborto en los cuales se especificaba en qué casos el mismo no iba a ser objeto de responsabilidad penal, hasta allí se había logrado un gran avance, sin embargo con su posterior reforma en 1998 todo cambio y por cuestiones meramente políticas según se lee en el desarrollo de la investigación,

deciden quitar dichos indicadores para dejar una norma cerrada en la cual penaliza el aborto en todos sus casos, excepto el aborto culposo que en la actualidad hasta ese tipo no se escapa de la responsabilidad penal.

Capitulo dos: Se desarrolla el concepto y definición de aborto según la doctrina, la medicina y desde el punto de vista jurídico, además se escribe sobre las generalidades del mismo como sus tipos, clasificación y el aborto visto como un delito.

Capitulo tres: Trata sobre el Fundamento Jurídico del aborto a nivel nacional según los códigos penales de 1974 y 1998, derechos reconocidos en la Constitución de El salvador de 1983 y a nivel Internacional Derechos reconocidos en Tratados o Convenios Internacionales.

Capitulo cuatro: Se establece la forma de cómo se regula el aborto en el Derecho Comparado y la Jurisprudencia; puntualizando los Tratados y Convenios Internacionales que han sido ratificados por El Salvador y en los cuales están amparados varios derechos que se encuentran vulnerados con la penalización absoluta del aborto. Luego se habla del trato del aborto en Europa, Estados Unidos, y algunos países Latinoamericanos como Argentina, México, Bolivia, Colombia, Cuba, entre otros; en los cuales sus legislaciones penales admiten causales bajo determinadas circunstancias en las que el aborto no es punible. Por último se menciona a El salvador como uno de los países que penaliza el aborto en un sentido absoluto.

Capitulo cinco: Se analiza la penalización del aborto en El Salvador con base en la entrevista realizada al especialista en Ginecología y Obstetricia el Doctor Miguel Antonio Guidos Serrano, quien además es Presidente de la Asociación de Ginecología y Obstetricia de El salvador, que justifica la

práctica del aborto entre los primeros tres meses de gestación en embarazos por razones terapéuticas, éticas y eugenésicas; incluso hace referencia a que estas no deberían ser penalizadas porque generan un problema y no una solución.

CAPITULO I

REFERENCIA HISTORICA DEL ABORTO

El presente capítulo tiene como propósito el desarrollo de los antecedentes del aborto en el ámbito internacional y nacional, el aborto en la edad media y la edad moderna, la regulación del aborto como delito en los códigos penales de El Salvador y los tipos de abortos no punibles que el Estado Salvadoreño reconoce en el periodo de 1974 – 1998.

1.1. Antecedentes Históricos

El aborto es un tema polémico y existe desde tiempos antiguos en todas las sociedades y con diferentes características; es necesario comprender el contexto histórico y la evolución o retroceso que se ha obtenido en las distintas épocas tanto a nivel internacional como nacional.

1.1.1. Edad Media

El aborto se considera como delito en la edad media, en la época de la humanización del derecho; época en la cual la religión juega un papel muy trascendental, ya que el aborto se convirtió en delito y era severamente castigado.

En Alemania la Constitución Criminales Carolina, promulgada por el emperador Carlos V en 1533, fijó en el punto medio del embarazo el momento de animación del feto, es decir, desde que la madre percibe sus movimientos, este fue fijado porque era complicado determinar cuando el feto estaba formado y se convertía en ser humano; si la madre podía percibir los movimientos eso significaba que tenía un ser en el claustro materno.

A pesar de que se obtuvo un mínimo avance para atenuar la pena del aborto, en 1588 la penitencia por aborto se convirtió en excomunión. Preocupado sobre la prostitución en Roma, el Papa Sixto V enunció el edicto papal *Effraenatam* (Sin Restricción) y lo aplicó tanto a la anticoncepción como al aborto. Para cualquier tiempo del embarazo, la pena diseñada para el homicidio era: la excomunión. No había excepción para el aborto terapéutico. Aunque esa decisión no tuvo mucho auge ya que tres años después de haber publicado *Effraenatam*, el papa Sixto V murió. Su sucesor Gregorio XIV, pensó que la posición de Sixto era muy dura y se encontraba en conflictos con prácticas de penitencia y puntos de vistas teológicos sobre la humanización, posteriormente en Francia Enrique II publicó un edicto en el cual impuso la pena de muerte a las mujeres que ocultaban un embarazo, en estos casos, con mayor razón se castigaba el aborto.

En Inglaterra se arrastraba y ahorcaba a quien golpease y produjese el aborto a una embarazada.¹ En Francia se castigaba, indistintamente, todos los atentados contra la vida, tanto intrauterinos como extrauterinos, sin establecer diferencia en cuanto esté o no inanimado, es decir cuando se consideraba que el feto no estaba formado o si lo estaba.

En España, muchas fueron las normas que estaban inspiradas en los principios del Derecho germánico, castigaban con dureza el aborto. La *Lex Romana Visigotorum*² establecía penas tanto para la mujer que consiente el aborto, y para las personas que inducen o contribuyen al aborto. En este mismo contexto existían siete leyes que contenían penas que iban desde el azote, la multa, confiscación, pérdida de la libertad, ceguera, hasta la muerte.

¹Casimiro Cháves Cháves, *El aborto según la Historia, la Razón y el Derecho*, (Madrid: sin editorial, 1958), 17.

² *Ibíd.* 18.

Las leyes también castigaban a los padres que, antes o después de nacer mataban a sus hijos.

Fueron muchas las medidas que se dictaron para evitar el aborto, pues se deseaba obtener aumento de población porque habían sufrido guerras y por lo cual mucha gente había muerto.

Contra esta severidad que se imponía a las mujeres se manifiestan los filósofos del siglo XVIII Beccaria, Voltaire, Rousseau, entre otros, consiguiendo así que los castigos y penas en el aborto fueran menos crueles, ya que se deja de aplicar la pena de muerte y queda únicamente reprimido el delito como pena privativa de libertad.

1.1.2. Edad Moderna

La iglesia tuvo un rol importante y formó una oposición dominante en cuanto al tema del aborto, la iglesia mantuvo y sigue manteniendo un juicio arraigado de la práctica abortiva independientemente del caso del cual se tratase. Pese a todo lo anterior algunos países que frenaron al aborto y lo castigaron severamente comenzaron a cambiar y a proponer que se excluyera de responsabilidad a las mujeres que practicaban el aborto.

En las colonias norteamericanas en 1607 y luego en 1828, el derecho permitía a las mujeres el aborto libremente. El aborto no se consideraba una ofensa siempre y cuando se practicara con el consentimiento de la mujer antes de que el feto se moviera.³

En 1900 se declaró ilegal el aborto en todos los estados de la unión norteamericana, no obstante en la mayoría de los estados se practicó pero cuando la vida de la mujer embarazada estaba en riesgo.

³ José Garrido Calderón, "El aborto en la historia", *Acta Medica Dominicana*, n° 1 (1995): 32.

Los distintos avances históricos, culturales e ideológicos de los pueblos traen como consecuencia legislaciones diferentes. A principios del siglo XIX⁴ la legalización o proceso de legalización del aborto se origina en la Ex Unión Soviética. En 1920 un decreto permite el aborto libre, en el Código penal se establece que no es punible el aborto, si un médico lo lleva a cabo en los tres primeros meses y con petición previa a las instancias de salud pública; posteriormente, se propone la despenalización en países como Inglaterra, Alemania y España.

En 1935, Islandia promulgó una ley que permitía al médico provocar el aborto para proteger la vida o la salud de la mujer en cinta. Se trataba pues, del clásico “aborto terapéutico”, ya que se consideraban validas todas las que alteraban no solo la vida y la salud física, sino que también la psíquica y social de la madre.

En 1948 Japón adoptó la ley de protección eugenésica, permitiendo la práctica del aborto por una amplia variedad de razones, la legislación del aborto se flexibilizo, en la mayor parte del mundo.⁵

En la década de los 60 se empezó a obtener algunos cambios en las legislaciones de algunos Estados como Canadá y Estados Unidos se declara que la decisión de abortar era una decisión propia y personal de la mujer.

En el año de 1989, se presentó una iniciativa de ley en uno de los estados de la unión Americana, se establece que no es punible el aborto realizado antes de la octava semana de embarazo. En varios de los estados de la Unión

⁴Liliana Damaris Pabón Giraldo, *Aborto y Jurisprudencia Constitucional*, (Medellín, Colombia: Universidad de Medellín, 2008), 16.

⁵ *Ibíd.*

Americana hay iniciativas de ley en los cuales se establecen las condiciones a cumplir para practicar un aborto.

En América Latina y El Caribe dos son las legalizaciones nacionales en las cuales puede afirmarse que el aborto ha sido liberalizado de manera amplia y por tanto, su práctica es considerada legal, estas son: la legislación penal y sanitaria cubana y la jurisprudencia puertorriqueña.⁶

El aborto es ilegal en la mayoría de países de América Latina, aunque en algunos lo prohíben de manera absoluta, otros en cambio lo fundamentan en causas justificables y determinadas, como se menciona antes son escasos los países que tienen vía libre para practicar el aborto de forma segura.

A pesar del severo castigo que se le da a la mujer por llevar a cabo una práctica abortiva, no se ha obtenido mayor avance porque los abortos siguen latentes y los casos son alarmantes pues las mujeres se los practican en lugares inseguros, sin el menor cuidado que ellas necesitan.

1.1.3. El Aborto en El Salvador

En El Salvador las disputas políticas se percibieron con claridad en lo referente a la penalización absoluta del aborto, cuando se llevó a cabo una reforma que se dio en el marco de la reapertura de un nuevo capítulo institucional logrado en el país, luego de ratificados los acuerdos de paz a principio de la década de los 90. El cambio de la regulación legal del aborto fue logrado, después de años de conflictos armados, gracias a la coalición de fuerzas conservadoras como la jerarquía católica, ONG's a fines a esta y el

⁶Violeta Bermúdez Valdivia, *La regulación Jurídica del aborto en América Latina y El Caribe, estudio comparativo*, (Perú: CLADEM, 1998), 19.

partido conservador Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), mayoritario y en el poder para entonces.⁷

Con la reforma del Código Penal en 1997, El Salvador se convirtió en uno de los siete países de la región que estipula una prohibición absoluta del aborto. Una de las consecuencias de este cambio legal contempla una fuerte persecución y condena penal a las mujeres que practican los abortos, incluso por causa de emergencias obstétricas. Ante este contexto, en los últimos años organizaciones feministas y de mujeres salvadoreñas han privilegiado dentro de su accionar político estrategias de litigio e incidencia desde el campo de lo político y legal, por las vías posibles para la reforma de la legislación actual.

Clasificación punitiva del aborto en Latinoamérica⁸, en el siglo XIX se encuentran las legislaciones penales, distinguen la “moral familiar”, donde el delito de aborto recibe grandes privilegios cuando se protege el honor o la reputación de la gestante o su familia, en el siglo XX encontramos a partir de las codificaciones donde comienza a desaparecer la figura del aborto honoris causa y la ampliación de supuestos no punibles como el aborto terapéutico, eugenésico, el ético y social.

Según el profesor Alberto Trejo⁹, la legislación salvadoreña ha tenido seis códigos penales: a) El de 1826, b) El de 1859, c) El de 1881, d) El de 1904, e) El de 1974, y el actual de 1998.

⁷María Angélica Peñas Defago, “Estrategias para resistir la penalización absoluta del aborto en El Salvador. Movimiento de mujeres y cambio legal”, (Argentina: Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad Nacional de Córdoba), acceso el 24 septiembre 2016, <https://www.google.com.sv/search?q=Estrategias%20para%20resistir%20la%20penalización%20absoluta%20del%20aborto%20en%20El%20Salvador>.

⁸ Bermúdez Valdivia, *La Regulación Jurídica del aborto*, 26-28.

⁹Oswaldo Ernesto Feusier, *Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador*, (Universidad Centro Americana José Simeón Cañas), 2.

El código penal de 1826, se creó cuando El Salvador aún formaba parte de la Federación Centroamericana, el cual fue una copia fiel del Código Penal de España de 1822, y se encuentra en la recopilación de leyes de Isidro Menéndez. En este código se encuentra el nacimiento del delito de aborto, con respecto a nuestra legislación y las primeras disposiciones punitivas en los artículos 654 y 655.

También, el mismo ya dispensaba alguna consideración especial al producto de la concepción, en el sentido que en aquellos casos que la gestante fuese condenada a pena de muerte¹⁰, establecía en su artículo 72 que “ninguna sentencia, en la que se imponga a la mujer embarazada, se notificará a esta, ni se ejecutará hasta que pasen cuarenta días después del parto, a no ser que ella misma lo permita expresamente, pero la ejecutoria, no se le notificará nunca, hasta que se verifique el parto y pase la cuarentena”.

Por su parte, el artículo 654 indicaba: “El que empleando voluntariamente y a sabiendas, mediante alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio análogo, procure que aborte alguna mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá una reclusión de 2 a 6 años. Si lo hiciera con consentimiento de la mujer, será la reclusión de 1 a 4 años”. “Si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo una reclusión de 6 a 10 años en el primer caso, y de 4 a 8 años en el segundo caso. Pero si es médico, cirujano, boticario, comadronas o parteras, que a sabiendas administren, proporcionen o faciliten los medios para el aborto, sufrirá si esto no tuviera efecto, la pena de 5 a 9 años de obras públicas con inhabilitación perpetua en ambos casos para volver a ejercer la profesión”.¹¹ El artículo 655 concluía: “La mujer

¹⁰ Santos Guardado, “Retrospectiva del Delito de Aborto en la Legislación Salvadoreña”, *Enfoque Jurídico*, Primera parte (2015).

¹¹ Código Penal de la Republica de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1826), artículo 654.

embarazada que para abortar emplee a sabiendas alguno de los medios expresados, y aborte efectivamente, sufrirá una reclusión de 4 a 9 años. Pero si fuera soltera o viuda no corrompida y de buena fama anterior, y resultare que a juicio de los jueces que el único y principal móvil de la acción fue encubrir su fragilidad, se le impondrá únicamente de 1 a 5 años de reclusión”.¹²

El honor o la buena fama era un interés apreciado, aunque no absolvía de responsabilidad, pero si tenía valor importante como para disminuir la pena de hasta un año de prisión en el caso del aborto.

Por su parte el código penal de 1859, que fue editado nuevamente en 1877, y contemplaba el delito de aborto en sus artículos 262 al 265, en forma bastante similar a la del código ya estudiado de 1826.

El código penal de 1881 repetía el trato especial para el no nacido ante la eventual condena de la gestante, regulando en el artículo 73 que “todo castigo de la madre por el cual pudiera peligrar la vida o salud de la criatura que tuviere en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”, y con respecto a la pena de muerte, repetía la regulación de suspender la misma hasta cuarenta días posteriores al alumbramiento.

Asimismo, cabe recalcar que este código en el artículo 366 regulaba la figura del infanticidio, según el cual “la madre que para ocultar su deshonra matare al hijo que no ha cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión menor”, las cuales, según el mismo código, tenían una duración de dos años a cuatro años de reclusión.

¹² Ibíd. artículo 655

En el caso del aborto, tenía valor el consentimiento de la madre, cuando la mujer se causaba el aborto la pena de prisión era menor, la sanción aumentaba la pena de prisión mayor cuando un tercero le causaba el aborto sin violencia y sin autorización, pero cuando existía violencia por parte del tercero se enfrentaba a una pena de prisión superior.

La valoración del honor sigue presente y es importante, se castigaba con prisión correccional aquellos casos de aborto en los cuales la madre tenía la intención de ocultar su deshonor.

El código penal de 1904, continúa conservando las consideraciones sobre el bebé en gestación al regular en el artículo 26 que “no se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en la que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento”.

El artículo 364 de este código mencionaba: “El que a propósito causare un aborto será castigado: 1) Con seis años de presidio si ejerciere violencia en la mujer embarazada; 2) Con cinco años de presidio si, aunque no ejerciere violencia obrare sin consentimiento de la mujer; 3) Con cuatro años de presidio si la mujer lo consintiese”.

Asimismo se repite el aborto culposo en el artículo 365 al regular, “Será castigado con dos años de prisión el aborto ocasionado violentamente cuando no hubiere propósito de causarlo”.

Por su parte, el honor o la honra continúan jugando un papel fundamental, ya que según dicho código, cuando el aborto causado por la gestante tuviese por finalidad “ocultar su deshonor”, la pena se reducía a dos años de “prisión

mayor”, los cuales se cumplían en cárceles departamentales, y su duración oscilaba entre seis meses a tres años.

De igual manera el infanticidio era una figura que se manejaba en torno a la idea de “honor”, pues consistía en la muerte del recién nacido, causada por su madre “para ocultar su deshonor” aun dentro de las 48 horas posteriores a su nacimiento, siendo por tal razón un supuesto beneficiado con pena de tres años de “prisión mayor”.

También, otorgó un valor atenuante al consentimiento, castigando con tres años de prisión el caso de la mujer que causaba su propio aborto, o bien consintiera que un tercero destruyese el producto de la concepción.

Como se puede ver hasta el año de 1973, El Salvador en su legislación penal, no contemplaba ninguna de las figuras del aborto no punible; todos los casos que se encontraban contemplados en las disposiciones respectivas, ya estudiadas, se refieren exclusivamente a casos donde el aborto, sin ninguna excepción, estaba castigado con prisión.

1.1.3.1. Código Penal de 1974

El código de 1974¹³ representó un adelanto dentro del desarrollo de la ciencia penal y la técnica legislativa, y por primera vez en la legislación salvadoreña aparecieron contempladas las clases de aborto no punibles y en el Libro Segundo, Título I, Capítulo II, se encuentra regulado todo lo relacionado al ABORTO (artículos del 161-169), el capítulo en mención comienza dando un

¹³ En 1973, mediante Decreto Legislativo N°. 270 de fecha 13 de febrero de ese año, publicado en el Diario Oficial N°. 63, Tomo 238, de fecha 30 de marzo, se aprobó el quinto Código Penal, el cual entró en vigencia el 15 de junio de 1974.

concepto de aborto, continúa regulando todas las formas que están penalizadas, hasta llegar a los tipos de aborto que se consideraban legales. Los tipos de aborto no punible que reconoció el Estado Salvadoreño en el período 1974-1998 son las indicaciones abortivas terapéutica, criminológica y eugenésica, que esencialmente son situaciones excepcionales bajo las cuales el delito de aborto queda sin pena.

Asimismo regulaba los siguientes Tipos de abortos:

a) Aborto Propio o Procurado, b) Aborto Consentido, c) Aborto sin consentimiento, d) Aborto Agravado, e) Aborto Atenuado, f) Aborto de consecuencias mortales, g) Aborto Preterintencional, h) Aborto culposo.

Aborto no punible (legal): en los siguientes casos el aborto estaba permitido, y se podían realizar en cualquier hospital público o privado, siempre y cuando se reunieran los siguientes requisitos:

1. Que la vida de la madre estuviera en peligro, para lo cual se necesitaba: Que fuere practicado por un médico facultado, que no hubiera otro medio para salvar la vida de la madre, que hubiera un dictamen médico previo que garantice la situación y que la mujer prestara su consentimiento, si la mujer era menor de edad, incapaz o estaba imposibilitada para dar su consentimiento, lo daba su cónyuge, el representante legal o un pariente cercano.

2. Cuando se presumía que el embarazo era consecuencia de un delito de Violación o Estupro, lo que se requería era:

Que fuere practicado por un médico facultado, que se realizaren las investigaciones previas para determinar que era producto de una violación (el código no lo dice pero se presume), y que la madre prestare su consentimiento.

3. Por malformación en el feto, al igual que los casos anteriores era necesario:

Que lo practicare un facultativo, que la malformación en el feto fuera previsible y grave; y que la madre prestare su consentimiento.

El Salvador con el Código Penal de 1974, logro importantes avances en el tema del aborto y sus eximentes de responsabilidad, pero con el deseo de actualizar la legislación penal se realizaron modificaciones esenciales que cambiarían la vida de mujeres Salvadoreñas, estos cambios se plasmaron en el Código Penal de 1998.

En 1994 se elaboró un anteproyecto, que serviría de base para la aprobación del Código Penal de 1997. Todos los avances como las indicaciones abortivas terapéutica, eugenésica y criminológica o ético como eximente de pena cambiaron con la intervención de la iglesia católica que rechazaba el aborto en cualquiera de sus formas argumentando que no se debía atentar contra el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Posteriormente a los cambios que se realizaron y los cuales se han mencionado con anterioridad la Asamblea Legislativa aprueba la modificación del artículo 1 de la Constitución incluyendo un inciso en el cual se reconoce como persona a todo ser humano desde el instante de la concepción.

1.1.3.2. Código Penal de 1998

Con el código penal de 1998 se realizan cambios esenciales con relación a la legislación de 1974, y de forma específica, a la manera en que se había legislado sobre el delito de aborto en los últimos 150 años; curiosamente, esto sucedió sin que dicho código fuese diseñado para tales propósitos¹⁴.

¹⁴ Feusier, “*Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador*”, 10.

Los redactores del código penal de 1998 no tenían como propósito trastocar sustancialmente la regulación del delito de aborto. Al menos eso deja ver la exposición de motivos del proyecto del código penal de enero de 1994, realizada bajo la guía del Ministerio de Justicia, exposición de motivos según la cual “La regulación del aborto mantiene las pautas marcadas por el derecho vigente, modificándose un poco en cuanto a los abortos no punibles”¹⁵.

Consecuentemente, el aborto realizado por la gestante, el realizado con o sin el consentimiento de esta última y el aborto realizado por profesionales de la salud, seguían siendo modalidades penalizadas por el código penal, tal como sucedía en el código de 1974.

Respecto a las indicaciones abortivas, es decir, aquellas situaciones excepcionales que provocaban la impunidad del aborto, su regulación se mantuvo casi intacta, salvo pequeñas modificaciones. Para el caso, la indicación terapéutica del código de 1974 quedaba sin modificación alguna, y por ende sin referencia a plazo para su realización, esto último cambiaba en la indicación criminológica y eugenésica, donde sí se regulaban plazos a diferencia de la legislación anterior, en dicho sentido la indicación criminológica establecía como termino de realización doce primeras semanas de gestación, mientras que la eugenésica hasta la vigésima segunda semana de gestación. Por otra parte, la indicación criminológica extendió su aplicación a los embarazos producto de inseminación artificial, y no solamente los que no son producto de violación o estupro tal como establecía la legislación de 1974.

¹⁵ *Ibíd.*

En todos los supuestos era necesario que el aborto se llevara a cabo por un médico y debía de practicarse en un centro o establecimiento sanitario, público o privado y con el consentimiento de la mujer embarazada.

Luego de 150 años de vigencia, el anteproyecto hacia desaparecer el aborto atenuado honoris causa, mismo que ya parecía inadecuado y poco aceptado para la época, pero lo plasmado en el anteproyecto no fue lo que conformo el código penal de 1997 que entro en vigencia en 1998, el tema del aborto fue lo que causo más polémica para ese entonces en la Asamblea Legislativa, polémica que vino fundamentalmente de la iglesia católica y su aliado más fuerte representado por el partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA).

El 23 de diciembre de 1996¹⁶ casi 4 meses antes de la aprobación del código, el entonces jerarca de la iglesia católica, Fernando Saenz Lacalle, denunció que el anteproyecto del código penal de 1998 establecía una serie de medidas que otorgarían la carta de ciudadanía al aborto, lo cual crearía un caos espantoso. Pocos días después, la Conferencia Episcopal de El Salvador (CEDES), jerarquía de la iglesia católica Salvadoreña constituida por los obispos de nuestro país, también rechazaban el código penal, por atentar contra el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Estos pronunciamientos, sin duda serian el detonante para que se diera una lluvia de opiniones sobre el delito de aborto, algunas opiniones eran a favor del código penal, otras eran en contra de la práctica abortiva. Las opiniones escritas fueron publicadas en El Diario de Hoy, que solo en enero y junio de 1997 realizo aproximadamente 27 publicaciones, entre noticias y opiniones. Con el pasar del tiempo la presión aumento, y para el 17 de abril de 1977, el tema del aborto se identificaba como problemático dentro del proyecto del

¹⁶ Ibíd.

código penal. Para el 21 de abril de 1997, el tema era tan marcado, que la Comisión de Legislación y puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa decidió someter esta discusión al debate público, es decir, someterlo a la sesión plenaria donde se aprobara el código penal de 1998, el 24 de abril de 1997.

Por falta de consenso la plenaria fue prorrogada hasta el sábado 26 de abril de 1997, en la cual se llevó a cabo la votación definitiva aproximadamente a las cinco de la tarde, se aprobó el código penal vigente, pero esto trajo consigo la más cruel de todas las realidades, el artículo que generaba polémica, el 137 había desaparecido y con él desaparecieron las indicaciones abortivas que se venían regulando con anterioridad. El artículo 137 del código penal término regulando el delito de aborto culposo (originalmente el artículo 136 del anteproyecto lo regulaba), y como inciso final del mismo, se conservó la exclusión del castigo para el aborto culposo y el aborto tentado cuando estos fuesen realizados por la gestante.

Finalmente sin importar la legislación anterior de 1974 y el anteproyecto de 1994 en materia de aborto los lineamientos de la actual legislación no reconocían el valor eximente del aborto por motivos de honor.

Pero no fue suficiente con el cambio en la legislación secundaria para la Asamblea Legislativa, órgano fundamental donde se consideró que la protección a la vida no estaría suficientemente resguardada sino contaba con un blindaje constitucional. Es así, que el treinta de abril de 1997, en los últimos 20 minutos de la última sesión plenaria de la Asamblea Legislativa elegida para el periodo de 1994-1997, se aprobó el acuerdo de modificación de la constitución Política, mismo que pretendía agregar un inciso intermedio según el cual el Estado Salvadoreño “reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instantes de la concepción”.

En los considerandos del acuerdo, la reforma se fundamentó en una valoración muy elevada del derecho a la vida, y se consideró como el derecho más elemental y bien jurídico máspreciado. La Asamblea valoró que el orden jurídico salvadoreño debía proteger la vida humana desde su concepción, todo esto en concordancia con normas internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la convención Americana de Derecho Humanos, y de la Convención de Derechos del Niño, aunque hoy en día esto parece un poco contradictorio porque como se podrá observar más adelante en el año 2010 es el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la que acuse de incongruente la legislación penal por el delito de aborto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud de que la penalización absoluta viola derechos de las mujeres por tal razón se hizo una recomendación por parte del comité a El Salvador.

Aunque la modificación, recaía sobre el cuerpo legal más importante, ya que se trataba de un cambio a un artículo de la Constitución de la Republica, el debate en cuanto a ese tema realmente no tuvo la ponderación adecuada y tampoco la deseada, porque la reforma se introdujo de manera apresurada con otro grupo de reformas parecidas. No se le dio la respectiva importancia que este tema ameritaba, no era una decisión de un sí o un simple no, era algo más, algo que se debía de estudiar a profundidad para saber si dicha reforma convenía o no.

Posteriormente una diputada del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), trató de introducir, una pieza de correspondencia, con dispensa de trámite que buscaría ser discutida en la Asamblea Legislativa, y que pretendía que se permitiera el delito de aborto en aquellos casos que la vida de la madre corre peligro, pero no fue hasta el 25 de noviembre de

1998, que sería discutida y no alcanzó suficiente apoyo para escucharse en la Asamblea Legislativa. Para esta época las elecciones presidenciales estaban cerca y se dijo que no querían que el tema se volviera político electoral.

El tema del aborto terapéutico nunca volvería a la Asamblea Legislativa con intensidad, pues el siguiente tema que ocuparía la atención del primer órgano de Estado, sería la ratificación del acuerdo de reforma del artículo uno de la Constitución Política. La ratificación que se llevó a cabo el día tres de febrero de 1999, esto fue un poco inesperado pues el partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), había abanderado posiciones más modernas en cuanto a la punición del aborto, esta institución política dividió sus votos y de esa manera se aprobó la reforma¹⁷.

Algunos sectores no tomaron a bien la reforma constitucional, dentro de estos tenemos a los miembros de la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de El Salvador, aunque estaban en contra de una permisión general del aborto, hicieron una diferencia de los casos de aborto como el terapéutico, en palabras del presidente de dicha sociedad, Henry Agreda, “existen situaciones especiales, cuando el feto crece fuera del útero”, o “cuando una madre tiene un cáncer invasivo y recibe cobalto. El mismo cobalto causa la muerte del niño”

De igual manera se manifestó Jorge Morán Colato, para ese entonces coordinador de Atención a la Mujer del Ministerio de Salud, quien expuso lo

¹⁷El decreto de ratificación Constitucional fue publicado en el diario oficial N° 32, tomo 342 del 16 de febrero de 1999, y así quedó modificada la Constitución de los Salvadoreños, que ahora reconoce la calidad del ser humano “desde el instante de la concepción”.

siguiente “los abortos provocados deben de ser permitidos cuando el embarazo pone en peligro la vida de la madre o cuando el mismo es anormal y él bebe no tiene probabilidades de sobrevivir”.

Las objeciones no tuvieron mayor relevancia, y la reforma constitucional se mantuvo, todo para la completa satisfacción de algunos funcionarios de gobierno, grupos próvida, la jerarquía de la iglesia católica.

Después de un tiempo la regulación del aborto sería atacada, desde el Órgano Judicial a través de procesos de inconstitucionalidad. Procesos que en última instancia lograrían declaraciones jurídicas con poco impacto.

En una demanda planteada la Fiscalía General de la Republica consideraba que la legislación penal había omitido el delito de aborto en los supuestos de aborto criminológico, eugenésico y terapéutico, pero se le había dado un tratamiento en el artículo 27 del Código Penal.

En el año 2000¹⁸ los movimientos feministas y de mujeres se autocensuran y dejan de lado el tema del aborto. En el periodo comprendido del 2002 al 2006 se llevan a cabo procesos de investigación del aborto y son publicados, siendo esto algo sin mayor relevancia, posteriormente el tema aborto toma vida por un artículo publicado en el New York Times y con mayor realce ya que denunciaban a El Salvador como una Nación próvida.

Años más tarde se da la despenalización del aborto en otros países, tal es el caso del Distrito Federal de México promueve posiciones de diferentes actores políticos del país, es ahí donde las organizaciones feministas vuelven a motivar los debates públicos en materia de aborto.

¹⁸ Morena Herrera y Ana Landa, *La Penalización Absoluta del Aborto en El Salvador: Del Hospital a la Cárcel*, 2° ed. (El Salvador: 2011), 18.

El tema aborto vuelve con mayor fuerza en el año 2013¹⁹ con el caso de Beatriz de 22 años de edad, diagnosticada con lupus, quien además tenía dieciocho semanas de embarazo de un feto con anencefalia (ausencia de cráneo y cerebro), anomalía incompatible con la vida extrauterina, en este caso se manifestaron organizaciones feministas, se interpuso un Recurso de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia para que Beatriz pudiese llevar a cabo el aborto, pero este le fue negado.

Pese a que el Jefe del Servicio de Perinatología del Hospital Nacional de Maternidad informó que bajo esas condiciones era necesario interrumpir la gestación de manera inmediata, para evitar colocar a Beatriz en peligro inminente de muerte; sin embargo, no se le practicaba la intervención, debido a que el Jefe de la Unidad Jurídica del Hospital Nacional de Maternidad, requirió opinión sobre el caso a la Junta de la Protección de la Niñez y de la Adolescencia.

El Director del Hospital expresó que no podía hacer nada hasta que el Ministerio Público se pronunciara, por ello se consignó en la demanda que las posiciones de las autoridades médicas agravaban la salud y ponían en riesgo la vida de Beatriz, siendo irrelevante solicitar autorización para la intervención médica idónea pues el cuadro clínico de Beatriz los eximía de responsabilidad penal.

Es así que se interpone el recurso de Amparo ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ, solicitando se impugnara la omisión del Director y del Jefe del Servicio de Perinatología, ambos del Hospital Nacional de Maternidad, de brindarle de manera inmediata el tratamiento médico idóneo

¹⁹ Guardado, "Retrospectiva del Delito de Aborto en la Legislación Salvadoreña", (2015).

para evitar el deterioro de su salud y colocarla en peligro inminente de muerte, vulnerándole el derecho a la salud y a la vida de Beatriz.

La Sala de lo Constitucional solicitó un dictamen pericial al Instituto de Medicina Legal en el cual se informó que Beatriz se encontraba estable de salud al momento del peritaje y no presentaba riesgos, pero podría enfrentar complicaciones, pues el empeoramiento de su salud era impredecible; además que Beatriz tiene mayor riesgo con el lupus del que padece, el cual está en remisión o inactivo; que no es conveniente inducir el parto y que son los especialistas médicos los que deben decir cuál es el momento apropiado para ello, siendo procedente finalizar el embarazo por medio de un parto inmaduro por vía abdominal.

La Sala de lo Constitucional resolvió que: “no ha lugar el amparo promovido por la señora Beatriz, en contra del Director y del Jefe del Servicio de Perinatología, ambos del mencionado centro hospitalario, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, es decir, que las autoridades de salud demandadas están obligadas a continuar monitoreando el estado de salud de la peticionaria y a brindarle el tratamiento que en cada momento resulte idóneo para su condición médica, así como a implementar los procedimientos que, según la ciencia médica, se estimen indispensables para atender las futuras complicaciones que se presenten”.

En este caso ninguno de los magistrados de la Sala de lo Constitucional, no quiso calificar el suceso con una posible solución de excepción no punitiva del aborto (aborto eugenésico). El fallo de la Sala de lo Constitucional ignora resolver lo solicitado por Beatriz, es decir la omisión de las autoridades de salud de aplicarle el procedimiento idóneo para proteger la salud y vida de

ella, aun cuando se sabía que el feto padecía anencefalia; si no que también omitió valorar que ella era la responsable de un hijo de trece meses de nacido, y no valoro la condición psicológica, el fallo manifestaba que debía de seguir con el embarazo aunque era del conocimiento de todos que el feto no podía vivir después del parto.

Aunque el caso de Beatriz fue popularizado y politizado, podemos ilustrar que la Sala de lo Constitucional pudo dar un fallo en el cual se admitiera que a ella se le practicara el aborto eugenésico, ya que se manifestaba que el hecho que ella padeciera de lupus el feto no ponía en riesgo su vida, pero si podía producir daños psicológicos ya que debía de concluir su embarazo y dar a luz, aun cuando se sabía con anticipación que el feto no sobreviviría. Es importante señalar que muchas mujeres como Beatriz son afectadas con la penalización absoluta del aborto ya que esta no permite interrumpir un embarazo en el cual el feto no podría vivir después del parto.

La aplicación de la legislación vigente lleva consigo un proceso riguroso, ya que las mujeres enfrentan persecución por diferentes circunstancias como por ejemplo cuando sufren complicaciones obstétricas en etapas avanzadas de sus embarazos donde perdieron a la criatura que estaban gestando. Cuando acuden con graves hemorragias a los hospitales, les examinan y se convierten inmediatamente en sospechosas de haberse provocado un aborto, acusándoles inicialmente de haber cometido este delito. Posteriormente les cambian la tipificación del delito, acusándolas y condenándolas por homicidio agravado, por haber asesinado a sus hijas e hijos²⁰. No importan los peritajes y pruebas de descargo, las condenan a 30, 35 y 40 años de cárcel.

²⁰ Kathy Bougher, *Sigue la lucha por la libertad de las 17*, (El Salvador: Centro de Estudios de Género de la Universidad de El Salvador, 2015), 4.

En 2014 La Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugénico y otras organizaciones defensoras de derechos humanos entregaron las solicitudes de indultos para 17 mujeres injustamente encarceladas y condenadas por homicidio agravado, que al inicio fueron acusadas por aborto, como una consecuencia de la prohibición absoluta del aborto en El Salvador.

El trámite del indulto fue un camino para luchar por las injusticias, y fue exitoso para liberar a dos de Las17, Mirna y Guadalupe. Las otras 15 mujeres quedan encarceladas debido a las injusticias del mismo sistema que causó su persecución. La Agrupación Ciudadana sigue desarrollando estrategias y opciones para liberarlas a ellas y a otras que han sido condenadas después.

La lucha colectiva por Las17 ha revelado la profundidad de las injusticias estructurales y sistemáticas que viven las mujeres salvadoreñas, en particular mujeres en situación de pobreza, enfrentan en los sistemas médicos y judiciales y cuando luchan contra la misoginia, los prejuicios y estereotipos sobre las mujeres. También, muestra la intransigencia de las fuerzas fundamentalistas y la derecha hacia los cambios necesarios para que el país cumpla con el requisito.

El Comité de Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas, hizo observaciones y recomendaciones en su informe final sobre la “Eliminación de la discriminación contra la Mujer”, instando al estado de El Salvador a facilitar un diálogo nacional sobre el derecho de las mujeres a la salud reproductiva, incluyendo las consecuencias de las leyes restrictivas del aborto.

En el informe el Comité de Derechos Humanos se mostró alarmado por la alta incidencia de alumbramientos entre las adolescentes, así como por el elevado número de abortos ilegales, incluso entre mujeres muy jóvenes, que tienen consecuencias negativas en la salud física y mental de las mujeres, además criticó la eficacia limitada de los programas de educación sexual destinados a las niñas y los niños en los planes de estudios de las escuelas.

El Salvador ha ratificado la mayoría de los tratados principales de derechos humanos, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), el Convenio Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), el Convenio de los Derechos del Niño (CRC), Convenio de la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), entre otros.

Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 3, se refiere a que los Estados Partes: "... se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto". En la Observación General No. 28, el Comité se enfoca en la indivisibilidad de todos los Derechos Humanos, declarando que "los importantes efectos de este artículo, en cuanto al goce por la mujer de los Derechos Humanos amparados por el Pacto". Además, declara que "El Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria."²¹

En octubre de 2010 en su periodo de sesiones número 100, en la observación 10 del Comité de Derechos Humanos que vigila el cumplimiento

²¹ Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico. *¿Qué sabes sobre el indulto?*, (El salvador: 2012), 7-8.

del pacto, expreso: la preocupación por la criminalización del aborto en todas sus formas. Reiterando la recomendación al Estado parte de “revisar su legislación sobre aborto para hacerla compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado debe de tomar en cuenta la problemática y colaborar para que las mujeres que necesitan de atención médica en hospitales públicos no sean denunciadas por el personal médico o administrativo por el delito de aborto. Asimismo, en tanto no se revise la legislación en vigor, el Estado parte debe suspender la incriminación en contra de las mujeres por el delito de aborto. El Estado parte debe iniciar un diálogo nacional sobre los derechos a la salud sexual y reproductiva de las mujeres.”

El Salvador se queda cada vez más solo, en el ámbito latinoamericano son pocos los países que lo acompañan como Honduras, República Dominicana, Haití y Nicaragua, parados frente a una comunidad internacional en la que el 97% de sus miembros regulan al menos la causal terapéutica en materia de aborto, o en otros términos, una causal disponible para el 99% de la población mundial, pero no para la que vive en El Salvador.

A Chile le tomó 27 años entrar en razón, pues aunque solo el proyecto de legalización está aprobado se está trabajando arduamente para lograr el objetivo, en cuánto a El Salvador es un verdadero enigma de cuanto le tomara aprobar una ley de acuerdo a nuestra realidad. Se trata sin duda de un dilema complicado, aunque no necesariamente porque se trate de realidades complicadas.

Es así, que con el pasar del tiempo en El Salvador el tema del aborto está inclinado por el aspecto político y religioso, alegando que es un patrón anticultural y un pecado. En general el aborto no es visto como un derecho de la mujer a elegir sobre su cuerpo y su vida. A la mujer se le dice qué hacer y si no quiere un embarazo, es pecadora y delincuente con el hecho

de pensar en la palabra aborto. La mujer es vulnerada en muchos casos sin que el Estado haga absolutamente nada, y sin embargo se le sigue atribuyendo la tarea de procrear hijos a costa de lo que sea.

Es importante recalcar el esfuerzo que hacen las organizaciones de mujeres a nivel nacional e internacional, pues se empeñan por obtener mejores condiciones para la mujer que por un problema ético, eugenésico o terapéutico necesitan que se le practiquen un aborto seguro y con las condiciones médicas adecuadas.

CAPITULO II

CRITERIOS DOCTRINARIOS, RELIGIOSOS Y SOCIALES DEL ABORTO Y SUS TIPOS ÉTICO, EUGENÉSICO Y TERAPÉUTICO

En este capítulo se definirá el aborto desde varios puntos de vista a saber: a) su etimología, b) definición Médico-legal y c) social- doctrinal de la misma; estableciendo que se entiende por aborto terapéutico, eugenésico y ético; además se explicara de forma breve la clasificación de los tipos de aborto, que permitan comprender los diferentes conceptos que mencionan en esta investigación.

2.1. Fundamento Doctrinal

2.1.1. Definición Etimológica de Aborto

Etimológicamente la palabra proviene del latín *abortus*, participio del verbo *aborior*, palabra compuesta que significa: ab = privar; y orior = levantarse, salir, aparecer, nacer²², entendiendo que es privar de nacer. Es decir que se priva de nacer al feto, pero no establece diferencia si esta privación es de una manera natural o provocada.

2.2. Definición del Aborto

2.2.1. Desde un punto de vista médico legal

La medicina distingue entre aborto y nacimiento prematuro o precoz, por aborto entiende la expulsión del producto de la concepción es decir, cuando el producto de la concepción no ha adquirido condiciones de viabilidad y esto

²² Mauricio Besio; et. al., *Aborto terapéutico: Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*, (Facultad de Medicina Centro de Bioética Departamento de Obstetricia y Ginecología Centro de Estudios Jurídicos Avanzados: 2008), 7.

es antes de los seis meses de la gestación, y por nacimiento prematuro o precoz en la expulsión del feto viable antes del término de la preñez, esto es en los tres últimos meses de gestación.²³

En esta definición nos damos cuenta que agrega un nuevo concepto que es la viabilidad, que consiste en *la posibilidad del feto de sobrevivir fuera del útero*.

Han existido diversas teorías en cuanto a la viabilidad del feto. Algunos países establecen que es viable a los 180 días, otros a los 196 días; al respecto, Wenz señala, que la viabilidad como argumentos para la defensa del derecho a la interrupción del embarazo, voluntaria y sin riesgos, es poco confiable pues está determinada, precisamente, por los avances de la biotecnología e incluso los de la propia medicina. Mientras más se desarrollen estas técnicas las posibilidades de vida de un feto fuera del vientre materno se amplían sin que ello implique cambio alguno respecto de la calidad de vida que le espera si naciera.²⁴

Para la Organización Mundial de la Salud en adelante OMS, el aborto se define de la siguiente manera: “la Interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno.” “La viabilidad extrauterina es un concepto cambiante que depende del progreso médico y tecnológico que la OMS establece que es entorno a las 22 semanas de gestación”.²⁵ La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), define que “El

²³ “El Aborto”, acceso el 05 de noviembre de 2016, [http://homepages.wmich.edu/~ppastran/4530/4530 wk10-aborto2.pdf](http://homepages.wmich.edu/~ppastran/4530/4530%20wk10-aborto2.pdf)

²⁴ Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. El aborto. Una lectura de derecho comparado*, (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993), 14.

²⁵ “Interrupción voluntaria del embarazo, medicina e información”, publicado marzo 28, 2009, <http://www.abortoinformacionmedica.es/2009/03/28/definicion-de-ive-interrupcion-voluntaria-del-embarazo/>

aborto es la expulsión de un embrión o feto de *menos de 500 gramos de peso, que se alcanza a las 22 semanas*".

La SEGO ha indicado que ya no puede considerarse aborto la interrupción del embarazo a partir de las veintidós semana de gestación, sino que en ese momento hay que hablar de *destrucción de un feto* que es viable extrauterinamente ya que puede vivir por sí mismo con el apoyo médico correspondiente.

Por este motivo, la Sociedad Española de Ginecología ha manifestado de modo institucional, la propuesta médica y ética de "*inducir el parto*" cuando las madres soliciten abortar a partir de la semana 22.²⁶

En obstetricia se considera como aborto "la expulsión del producto de la concepción hasta el final del sexto mes del embarazo. La expulsión durante los tres últimos meses, se denomina parto prematuro. Esta diferencia está fundada en la viabilidad del feto, que existe desde los 180 días de vida intrauterina; pero en ambas formas carece de importancia la causa-patológica, criminal o terapéutica-de la expulsión fetal".²⁷

La medicina legal limita la noción del aborto a "aquellos que pueden ser constitutivos de delito, es decir, a los provocados, a los que se originan en la conducta intencional o imprudente del hombre"; la medicina legal no atiende ni a la edad cronológica del feto ni a su aptitud para la vida extrauterina o viabilidad.²⁸

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Nerio Rojas, "Concepto Médico Legal del Aborto", n° 9 (1931): 57.

²⁸ Claudia Gamboa Montejano y Sandra Valdés Robledo, *Regulación del Aborto en México, "Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes Legislativos, Instrumentos Jurídicos Internacionales, Jurisprudencia y Opiniones Especializadas*, Primera parte (México: 2014), 7.

2.2.2. Desde un punto de vista Jurídico

En el ámbito Jurídico se denomina “aborto a la expulsión del feto en cualquier momento después de la fecundación, sea cual fuere la etapa del embarazo y el desarrollo del feto”. Entonces aborto es “la interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto fuera de las excepciones legales”.²⁹

El código penal no hace referencia a una definición del aborto, pero una definición jurídicamente aceptada es la destrucción o muerte del feto, bien en el interior del seno materno, bien provocando su expulsión prematura. No constituye aborto la destrucción del embrión o feto fuera del vientre de la madre tras un aborto espontáneo ni tampoco la interrupción de procesos patológicos, como los embarazos extrauterinos.³⁰

2.2.3. Desde un punto de vista Social o Doctrinal

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el aborto como la interrupción del embarazo, espontánea o provocada, si se efectúa en una época en que el feto no puede vivir aun fuera del seno materno.³¹

Según el diccionario de Scrich dice que “hay aborto cuando el producto de la concepción es expedito del útero antes del tiempo normal del embarazo”.³²

²⁹ Nerio Rojas, “Concepto Médico Legal del Aborto”, 60.

³⁰ Código Penal de El Salvador Comentado, Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García *Tomo 1*, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura; Escuela de Capacitación Judicial, 2004), artículos del 1 al 164.

³¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., (Madrid: España, 2001).

³² Rodolfo Guadalupe Raimundo Cea, “El aborto en general”, (Trabajo de Graduación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, 2001), 13.

En el lenguaje popular, la palabra aborto se utiliza para hacer alusión a la interrupción del embarazo por muerte del producto de la concepción, así como a su extracción o expulsión del vientre materno, sea espontánea o provocada, en una época en que el embrión humano no puede vivir fuera del seno materno.³³

Algunos autores como Guillermo Cabanellas dicen que “hay aborto siempre que el producto de la concepción es expulsado del útero materno antes de la época determinada por la naturaleza”.³⁴

Por su parte Sebastián Soler, equipara al aborto con la muerte inferida a un feto. Es decir, el homicidio como la muerte inferida a un hombre, “toda acción destructiva de la vida anterior al momento del parto, sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura”.³⁵

2.3. Clasificación del Aborto

El aborto se clasifica de la siguiente manera: a) natural, b) accidental y c) provocado.

2.3.1. Aborto natural o espontaneo

Es aquel que acontece sin la intervención voluntaria de la persona sea por mala conformación de los órganos de la madre, o del fruto concebido.

³³ Marina Estela Henríquez Guerra y Marvin Enemias Ortiz Díaz, “Efectos Negativos de la Penalización del Aborto Terapéutico, Eugenésico y Ético en El Salvador, a partir de la reforma al Código Penal en el año 1998 y la consecuente reforma Constitucional en el año de 1999”, (Trabajo de Investigación para obtener el grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2015), 63.

³⁴ Guillermo Cabanellas, *El aborto: su problema social, médico y jurídico*, (Argentina: Editorial Atalaya, 1945), 203.

³⁵ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino: Parte Especial*, (Argentina: Buenos Aires, 1970), 110.

En este tipo de aborto la pérdida del embarazo se da antes de las 20 semanas de gestación. El embrión o feto no puede sobrevivir por sí mismo fuera del útero en una etapa tan temprana del embarazo. El término médico para este tipo de aborto es aborto espontáneo o natural.

Cuando hay un aborto espontáneo, probablemente surja la pregunta ¿por qué sucedió?; algunas mujeres incluso se culpan a sí mismas. Pero el aborto espontáneo muy rara vez es provocado por algo que hizo la mujer embarazada. Las relaciones sexuales, el ejercicio físico, una caída leve y la mayoría de los medicamentos no producen un aborto espontáneo.

Para los profesionales de atención de la salud puede ser difícil saber por qué se produjo un aborto espontáneo determinado. Sin embargo, se conocen algunos aspectos que generalmente aumentan las posibilidades de que se produzca un aborto espontáneo:

- a) El embrión o feto tiene un cromosoma que hace que se desarrolle de forma anormal. Esto generalmente no indica una afección que pueda ocasionar problemas en futuros embarazos. Habitualmente ocurre al azar cuando el óvulo fertilizado se divide y crece. Este problema provoca al menos la mitad de los abortos espontáneos.
- b) El riesgo de que una mujer tenga un aborto espontáneo aumenta con la edad.
- c) Las enfermedades crónicas graves, como la diabetes mal controlada, la artritis reumatoide o el lupus, pueden provocar un aborto espontáneo.
- d) Los traumas severos y las infecciones muy graves también pueden provocar un aborto espontáneo.
- e) Las anomalías en el útero, como el tejido cicatricial o los fibromas uterinos, pueden producir abortos espontáneos tardíos, después del primer trimestre.
- f) El tabaquismo, el consumo de alcohol o cocaína y el consumo de grandes cantidades de cafeína también se han relacionado con el aborto espontáneo.

- g) Las mujeres que tienen exceso de peso o más bajo que el normal corren mayor riesgo de tener abortos espontáneos que las demás mujeres.
- h) Las mujeres que tuvieron dos o más abortos espontáneos seguidos corren mayor riesgo de sufrir abortos espontáneos en el futuro.

Existen cinco tipos de aborto espontáneo:

- a) Amenaza de aborto espontáneo: tienes una hemorragia, con o sin calambres leves, pero el cuello del útero está cerrado. La mitad de las amenazas de aborto espontáneo terminan en la pérdida del embarazo. En la otra mitad, la hemorragia se detiene y el embarazo evoluciona normalmente.
- b) Aborto espontáneo inevitable: la hemorragia aumenta y el cuello del útero comienza a abrirse. En este caso, no hay posibilidades de que el embarazo continúe.
- c) Aborto incompleto: una parte del tejido del embarazo se elimina del útero pero otra parte permanece adentro. A veces, se debe realizar un tratamiento para extraer el tejido remanente.
- d) Aborto espontáneo completo: todo el tejido del embarazo se elimina del útero. Generalmente no se necesita tratamiento.
- e) Aborto diferido: el embarazo terminó pero el tejido permanece en el útero. Generalmente, el tejido se elimina del útero, pero a veces se necesita tratamiento.

Cuando se necesita tratamiento para completar el aborto espontáneo, puede ser a través de medicamentos o de un procedimiento de aspiración. Durante la aspiración, el proveedor de atención de la salud inserta un tubo delgado de plástico en el útero para extraer el tejido del embarazo con una succión suave.³⁶

³⁶Planned Parenthood, "Aborto Espontáneo", acceso el 05 de noviembre de 2016, <https://www.plannedparenthood.org/esp/temas-de-salud/embarazo/aborto-espontaneo>

2.3.2. Aborto accidental, causal u ocasional

El que se produce a causa de un imprevisto; así, puede resultar de ejercicios violentos, de sacudidas súbitas, y de emociones vivas, entre otras.

Según la doctrina extranjera” este es el causado con violencia, sin haber tenido el propósito o la intensión de causarlo aún, cuando el estado de embarazo fuere notorio o le constare al sujeto activo. ³⁷

También se le conoce como aborto culposo y según Víctor Manuel Alfaro Jiménez, de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): “es también conocido como imprudencial, consiste en que la embarazada aborta por su propia imprudencia, en cuyo caso la norma otorga una excusa absolutoria a la mujer.³⁸

Se considera como la definición más acertada la siguiente: “el aborto culposo llamado también aborto accidental, ya que es el que ocurre independientemente de la voluntad de la madre o de terceros, generado por la imprudencia y el descuido incluyendo en este sentido los actos médicos practicados por desconocer el estado de embarazo en la mujer”.³⁹

En este tipo de aborto podrían intervenir cualquier persona ajena, que sin la intención de interrumpir el embarazo, provoca con un hecho determinado la expulsión y muerte del producto de la concepción, por ejemplo: el marido que

³⁷Guillermo Cabanellas, “El aborto: su problema social, médico y jurídico”, 179.

³⁸Julia Calvo Blanco, “Aborto Culposo en el contexto de la Gestión Pública y las Ciencias Políticas”, (México), acceso el 05 de noviembre 2016, <http://mexico.leyderecho.org/aborto-culposo/>

³⁹Digna Emerita Rivera Rivas, et. al., “Punibilidad del Aborto Culposo”, (Trabajo de Graduación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, 2004), 17.

golpea a su mujer ignorando su estado de preñez, causándole un aborto. Es importante decir que en El Salvador el aborto culposo ocasionado por la misma mujer no es penalizado, si es realizado por persona ajena a la mujer si será penalizado.

2.3.3. Aborto provocado o intencional

Se da con la interrupción voluntaria del embarazo, existe un propósito de extraer y de dar muerte al fruto inmaduro.

La práctica consiste en provocar la finalización prematura del embarazo, impidiendo el desarrollo vital del embrión o feto para su eliminación. Este tipo de aborto puede llevarse a cabo de manera quirúrgica o química.⁴⁰

Algunas de las causas más frecuentes que llevan a una mujer a tomar la decisión de abortar:

1. Falla del método de anticoncepción: Si bien hay actualmente métodos excelentes y muy efectivos, ninguno es 100% seguro.
2. Violación: En caso de violación o abuso sexual es muy común que la mujer rechace a ese hijo fruto de una relación que ella no consintió y decida abortar.
3. Edad: Cuando la mujer aún es demasiado joven, en algunos casos adolescente e incluso niña, y no está en condiciones psicológicas ni económicas para hacerse cargo de un bebé, dado que no es adulta y responsable de sí misma.
4. Tener muchos hijos: Hay casos en los que las mujeres quedan embarazadas porque falló el método de prevención, pero en realidad no

⁴⁰ “Definición de Aborto Inducido”, acceso el 05 de noviembre de 2016, <http://definicion.de/aborto-inducido/>

buscaban un embarazo dado que ya tienen un gran número de hijos y no desean tener más.

5. Bebés con malformaciones congénitas: Actualmente tanto las ecografías o diversos estudios arrojan información muy precisa acerca del estado del bebé y cuando a través de ellos se informa a los padres de anomalías de nacimiento, muchas veces estos optan por un aborto.

6. Situación económica: Los problemas económicos son una causa muy común por la que las mujeres y/o las parejas deciden abortar, dado que no tienen recursos para mantener un bebé.

7. Problemas de salud de la madre: En los casos en que la salud física de la mujer corre riesgo con un embarazo o en los que padece problemas de salud mental que la inhabilitan para desempeñarse como madre.⁴¹

Dentro de esta clasificación de abortos provocados vamos a enfocarnos en los tres tipos siguientes: el aborto eugenésico, aborto terapéutico y aborto ético.

2.3.3.1. El aborto eugenésico

Se realiza con la intención de evitar el nacimiento de un feto con malformación o enfermedades congénitas.

“Es aquel que pretende la interrupción voluntaria del embarazo cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que el feto nacerá con una malformación, defecto o enfermedad.”

Se debe de definir qué se entenderá por Eugenesia / eugenismo: es un término que fue acuñado por Francis Galton a finales del siglo XIX, y “se

⁴¹Patricia Carambula, “Aborto Inducido”, publicado el 04 de septiembre de 2010, <http://bellezaslatinas.com/aborto/aborto-inducido-causas-y-complicaciones>

entiende cualquier procedimiento destinado al control genético hereditario de una especie. El eugenismo es la corriente ideológica que propugna la eugenesia para mejorar la especie humana. En el caso de la especie humana la eugenesia trata de controlar tanto las características humanas físicas como las mentales, en la medida en que al ser hereditarias puede tenerse un control sobre ellas.⁴²

También, históricamente, la eugenesia fue la filosofía social que tenía por objetivo mejorar la herencia humana mediante la intervención social, pero desde el punto de vista clínico, consiste en la preocupación por la salud y la constitución de las futuras generaciones, utilizando la ciencia y la tecnología para conocer y estimar la salud física y mental del futuro recién nacido.⁴³

2.3.3.2. Aborto Terapéutico

Ante todo habría que aclarar que aplicar al aborto el término “terapéutico” es impropio y confuso, pues una “terapia” incluye en la intervención médico-sanitaria una búsqueda directa de curar o eliminar una parte enferma del cuerpo. Pero, en el caso del aborto, no se actúa sobre ninguna parte enferma, sino sobre una sana (el feto) pretendiendo evitar, según lo dicho, un agravamiento o un peligro para la salud de la madre.

Este aborto “es el que se lleva a cabo con el fin de evitar riesgos para la vida o la salud de la mujer embarazada; en este tipo de aborto se ven expuestos dos bienes jurídicos del mismo valor que es la vida de la madre y la vida del no nacido”.

⁴² Soledad Arnau Ripollés, “El aborto eugenésico: Reflexiones ético -políticas desde la Voz de la Bioética de la diversidad funcional”, (España, Instituto de Paz, Derechos Humanos y Vida Independiente, 2012): 204.

⁴³ Rubí Nieves Rodríguez Díaz, “Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado”, (Canarias, Facultad de Medicina Universidad de La Laguna, Hospital Universitario de Canarias, 2015), 24.

Se hace referencia al aborto terapéutico cuando la continuación del embarazo o el evento de un nuevo parto ponen en peligro la vida de la mujer gestante. Situaciones clínicas clásicas son los casos del embarazo ectópico y del cáncer de útero.

Con este aborto no se pasa de la enfermedad a la salud, sino que se efectúa una acción de supresión directa e intencionada sobre el feto sano con el fin de prevenir una enfermedad o el riesgo de muerte de la madre gestante. Se podría hablar -con cierta "propiedad"- de aborto terapéutico sólo en el caso de actuar directamente contra una enfermedad y cuya consecuencia no querida fuera la supresión del feto; como es el caso de la extirpación necesaria e inaplazable de un tumor maligno de útero. Este último punto lo consideraremos al hablar del "aborto indirecto".

Situaciones en las cuales se hace necesario el aborto terapéutico:

1) Se propone el "aborto terapéutico" en aquellos casos que dicha práctica sea la única solución para salvar la vida de la madre, es decir que la continuación del embarazo represente grave perjuicio para la salud o incluso la vida. Esta hipótesis puede dar lugar a dos situaciones: a) Que la continuación del embarazo implique la muerte de la mujer y el feto, b) que la continuación del embarazo implique la muerte de la mujer, pero con la posibilidad o esperanza de salvar al no nacido.

2) Se propone el aborto "terapéutico" para salvaguardar la salud de la madre. También esta hipótesis ha de leerse de hecho en función de distintas situaciones: a) Se configura la eventualidad de que la prosecución del embarazo represente un riesgo mortal para la vida de la madre, más aún que un daño a la salud, b) Se configura la hipótesis de que la prosecución del embarazo implique un agravamiento permanente de la salud de la madre. Los confines se difuminan y las previsiones son difíciles o casi imposibles de

hacer, especialmente si por salud no se entiende sólo la dimensión orgánica, sino también la psicológica o psíquica, c) Se configura simplemente una afectación de la salud en general, entendida como “estado de completo bienestar físico, psicológico y emocional”, d) Se consideran como incidencias sanitarias las repercusiones psicológicas derivadas del previsible empeoramiento de las condiciones económicas, por el hecho de que se trata de una concepción no deseada, o por el temor o la previsión de un feto con defectos o malformaciones.⁴⁴

2.3.3.3. Aborto ético

También denominado “sentimental”, se realiza para evitar que nazca el producto de una concepción cuyo origen sea una violación o estupro. Los países en donde está penalizado este tipo de aborto fundamentan su política en datos emotivos y en el derecho de la mujer a ser madre consciente y voluntariamente, no pretendiendo imponerle una maternidad que ha sido fruto de un delito en el cual ella fue la víctima.

Se le llama también aborto criminológico o humanitario y se habla de este tipo de aborto cuando el embarazo ha sido consecuencia de una acción violenta y delictiva como puede ser la violación o el incesto. Parece que en tales situaciones el riesgo de que se produzca la concepción es sólo del 1%. También en estos casos el dilema ético se establece entre eliminar a un embrión que, aunque sea inocente no se desea, puesto que no ha sido fruto del amor sino de la violencia o proseguir la gestación hasta el parto y quedárselo o darlo después en adopción.⁴⁵

⁴⁴ Álvaro Correa, “Aborto Terapéutico”, acceso 07 noviembre 2016, <http://es.catholic.net/op/articulos/12978/cat/554/aborto-terapeutico.html#>

⁴⁵ Antonio Cruz Suárez, Protestante Digital, “Definición y Tipos de aborto”, publicado el 24 de octubre de 2010, http://protestantedigital.com/magacin/10069/Definicion_y_tipos_de_aborto

2.3.3.4. Otros tipos de aborto provocado

Aborto honoris causa, aborto al que algunos autores califican de “privilegiado”, denominándose, así, aquel que se practica para proteger el buen nombre o buena fama de la mujer embarazada.

Aborto por causas económicas, se practica cuando la situación socioeconómica de la mujer embarazada es tal que le sería sumamente difícil atender el embarazo, el parto y la crianza del niño o niña por nacer.

Para el Derecho Penal, es indispensable que el aborto sea provocado, esto es, que importe una interrupción artificial del embarazo en una época en la cual el feto no haya adquirido un desarrollo suficiente para continuar viviendo fuera del claustro materno, interviniendo una acción humana encaminada a exterminar el fruto de la concepción.⁴⁶

Dentro de la normativa penal se encuentran penalizados el aborto de manera absoluta, por cualquiera que sea los motivos por los cuales sea *provocado* el aborto, a diferencia con el anterior código que establecía dentro de su normativa los abortos no punibles, dentro de los cuales se encontraban el aborto terapéutico, eugenésico y ético.

El legislador no define que debemos entender por aborto, ya que en apariencia es un concepto cuya definición es de conocimiento general, pero como ya hemos manifestado dicho concepto puede tener variadas definiciones, dependiendo el punto de vista de que se trate.

⁴⁶Agenor González Valencia, “Despenalización del aborto”, acceso 07 de noviembre 2016, http://letrasuruguay.espaciolatino.com/aaa/gonzalez_valencia_agenor/despenalizacion_del_aborto.htm#_ftn12

2.4. El objeto Jurídico en el delito de Aborto

La vida se constituye en el objeto o bien jurídico de protección en esta figura penal del aborto y la biología molecular, la embriología médica y la genética han arrojado mucha luz para responder la antigua pregunta sobre el inicio de cada vida humana. La ciencia avala hoy que la vida empieza con la fusión del espermatozoide y el óvulo llamada fecundación (del latín, fecundare: fertilizar).

El clásico manual de Langman sobre embriología, utilizado en las Facultades de Medicina para el aprendizaje del desarrollo humano inicial, explica de manera sencilla el proceso de la fecundación: “Una vez que el espermatozoide ingresa en el gameto femenino, los pronúcleos masculino y femenino entran en contacto estrecho y replican su DNA” (o ADN). Esa unión genera una nueva célula llamada cigoto. El cigoto es un viviente de la especie de sus progenitores, con toda la dignidad que corresponde a cada uno de los hombres.

La catedrática de Bioquímica de la Universidad de Navarra Natalia López Moratalla lo explica así: “La fecundación es un largo proceso de unas 12 horas que empieza con el reconocimiento específico y la activación mutua de los gametos paterno y materno, maduros, y en el medio adecuado. Desde la zona en la que el espermatozoide alcanza al óvulo se produce una liberación de iones calcio que se difunden como una onda hacia la zona opuesta. Esa zona del óvulo en fecundación será el dorso del embrión y el eje dorso-ventral seguirá la dirección de la onda de calcio.

No se trata sólo de genética: el desarrollo del individuo requiere una serie de interacciones entre sus células, y sobre todo entre sus genes con componentes del medio interno y externo al organismo. Se realiza así la

regulación perfecta y coordinada de la información genética. Ya en la primera división celular, cada una de las dos células del embrión tiene un destino diferente y bien definido. La rica en calcio quedará inmadura con capacidad de ir dando lugar a todos los tipos celulares, es el embrión. La otra, pobre en calcio, dirigirá su desarrollo hacia la formación de los tejidos extraembrionarios y la placenta.

En perfecta continuidad con el proceso de fecundación, el cigoto inicia el desarrollo, según la forma corporal dada por los ejes, con la construcción de las diversas partes del cuerpo. Al tercer día, el embrión ya está formado por ocho células. Auto-organizándose siempre de manera asimétrica, siguiendo una trayectoria unitaria programada de forma temporal y espacial, las células van generando los órganos y los tejidos. Antes de implantarse en el útero al inicio de la segunda semana, y desde el primer día, el embrión ha ido mandando señales moleculares a la madre para que ambos se coordinen como dos vidas distintas, en perfecta simbiosis durante toda la gestación.⁴⁷

En Diccionario de la Real Academia Española, el término persona tiene las siguientes significaciones: "individuo de la especie humana", "cualquier individuo de la especie humana", "sujeto de derecho". A partir de dicha definición surge otra postura que dice que al entender a la persona como *individuo humano*, de entrada habrá que excluir ya taxativamente que los pre-embriones o embriones de menos de catorce días puedan ser personas, ya que una de las características esenciales de la persona es la *individualidad*, el ser un individuo, o, si se prefiere la *indivisibilidad*, características de las que carece el embrión de menos de catorce días, puesto que, según la ciencia, hasta dos semanas después de la fecundación,

⁴⁷Patricia Navas, Ciencia/Tecnología, publicado el 03 de enero de 2013, <http://es.aleteia.org/2013/01/03/cuando-empieza-una-vida-humana-segun-la-ciencia/>

el óvulo puede dividirse en dos o más gemelos, y dos indicios de embrión pueden fundirse para producir un solo individuo. Por tanto, el pre-embrión, al no ser un individuo, es decir, al no ser indivisible, no puede ser persona.

Según los descubrimientos biológicos, el ADN, el Proyecto Genoma Humano, etc., no puede negar que hay vida, y vida específicamente humana, en el cigoto o embrión recién fecundado. En efecto, los conocimientos biológicos actuales nos enseñan que la pertenencia de un ser vivo a una especie viene dada por su genoma, y éste queda fijado desde la penetración del espermatozoide en el óvulo. Y dado que cada embrión humano posee un genoma que es idéntico al del adulto que está llamado a devenir, es obvio que pertenece, tanto como el adulto, a la especie humana. De hecho, ningún embrión podría devenir en humano en el curso de su desarrollo si no lo fuera ya desde el principio. Hay un proceso de continuidad, y no de ruptura, entre el embrión, el feto y el recién nacido. En conclusión, el embrión, o si se prefiere, el pre-embrión es algo vivo, y tiene el ADN específicamente humano, lo cual quiere decir sencillamente que pertenece a la especie humana.

Todo esto son datos científicos elementales y, hoy por hoy, indiscutibles. Hasta aquí todo parece estar claro. Lo que no está claro, por más afirmaciones que se hagan al respecto, es que el embrión sea además, y desde el principio, una *persona humana*. Jamás la biología, la embriología, etc. han afirmado tal cosa ni lo podrían hacer, por la sencilla razón de que ésta categoría *-persona humana-* no es una categoría biológica, sino filosófica-teológica. Dicho de otra manera, el concepto de "persona" no pertenece a la biología, sino que es un constructo filosófico-teológico-jurídico. Como escribe con razón un autor actual: "Los datos biológicos nos muestran que, desde el comienzo, el embrión es humano. Pero ellos no nos pueden

decir sí es una persona, ya que esta noción pertenece al ámbito filosófico. Ósea que el biólogo no está habilitado para decirnos desde cuándo el nuevo ser está dotado de un espíritu, porque este aspecto inmaterial de la persona escapa por su naturaleza al objeto de la ciencia".⁴⁸

El científico español Federico Mayor Zaragoza, Director durante muchos años de la UNESCO, afirma que "en el proceso de la embriogénesis no tiene sentido aseverar que el principio y el producto son los mismos, que la semilla es igual al fruto, que la potencia es igual a la realidad". Dicho de otra manera, el preembrión es un principio, una semilla y una potencia que se convertirá, si los dioses y las circunstancias le son sumamente favorables, en un individuo humano, en una persona. Pero aún no es persona.⁴⁹

Se convierte en sofisma el confundir el principio con el fin, la semilla con el fruto y la potencia con la realidad, otro brillante intelectual español, Fernando Savater, responde en forma brutal y provocativa: "Resulta evidente que un embrión o un feto no son un niño, por lo mismo que un huevo no es un pollo. Decir que el aborto es "el asesinato de un niño" parece tan extravagante como asegurar que uno acaba de comerse una tortilla de dos pollos". En otras palabras, del hecho de que el huevo pueda convertirse en pollo -tenga potencia para ello- no se dice que ya lo sea.⁵⁰

2.5. El objeto material en el delito de Aborto

El feto es el objeto material y el cual se entiende por: Producto de la concepción humana, desde fines del tercer mes del embarazo, en que deja

⁴⁸ Roberto Andorno, *Bioética y dignidad de la persona*, 2º ed. (Madrid: Tecnos, 2012), 112.

⁴⁹ Antonio Marlasca López, "Vida humana y persona", publicado en septiembre de 2002, http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000200002

⁵⁰ *Ibíd.*

de ser embrión, hasta el parto. El que nace antes de tiempo o sin vida. (Diccionario de Cabanellas). El examen médico legal es el que va a determinar un período de gestación aproximado posterior en base a la formación; pero tiene que estar formado, el solo hecho de expulsar un óvulo por alguna sustancia abortiva utilizada como anticonceptivo no implica que se haya cometido el delito de aborto.

El sujeto activo debe tener la intención de cometer el aborto, debe tener la intención de interrumpir el embarazo. En principio el sujeto activo es el que interrumpe el embarazo, el que tiene la intención de practicar ese aborto; independientemente de que sea la mujer o un tercero o un médico; para cada uno de ellos hay una figura jurídica distinta y en eso se basa la clasificación legal. En algunos casos las víctimas pueden ser las mismas mujeres cuando ellas no hayan dado su consentimiento para que se practique el aborto, y por supuesto, el feto; es decir la vida de ese ser que no ha llegado a su completa formación. En algunas especies de delitos la mujer está excluida de esa subjetividad pasiva, por cuanto ella es la autora o la que ha interrumpido dolosamente el embarazo provocándose ella misma dolosamente el aborto.⁵¹

Según Fernández *“para comprender la exacta dimensión de la polémica sobre el aborto, es preciso tener en cuenta que la vida humana en formación, es vida independiente de la madre, lo que entraña necesariamente conflictividad de intereses. Sólo desde este punto de partida puede explicarse, por ejemplo, que la vida del fruto de la concepción tenga una protección jurídico-penal menos intensa que la vida humana independiente, sin violentar por ello la Constitución. Por otra parte, esa realidad conflictiva*

⁵¹Derecho Venezolano, “El delito de Aborto”, publicado 30 de octubre de 2012, <https://derechovenezolano.wordpress.com/2012/10/30/el-delito-de-aborto/>

condiciona el concepto legal de aborto, el alcance de las causas de justificación, la determinación de la tipicidad, la relevancia del consentimiento de la mujer, la fijación del límite mínimo del objeto material del delito, etc.”

Efectivamente, un embarazo puede originar un conflicto de intereses entre la vida del nasciturus y la libertad de la mujer, el libre desarrollo de su personalidad, su salud, su vida o intimidad. Ahora bien, el que este conflicto de intereses dignos de protección, haya de resolverse a favor de uno u otro, ha de presuponer una distinta valoración de los intereses en conflicto, valoración en la que necesariamente confluyen concepciones ético-morales, religiosas, sociológicas y en definitiva de política-criminal.⁵²

2.6. El Aborto como delito doloso

Este tipo penal exige cuatro elementos o presupuestos para constituir el delito de aborto los cuales son: 1. Estado de gravidez o preñez; 2. Ejecución de maniobras abortivas; 3. Relación de causalidad entre estas maniobras y la muerte del producto de la concepción; y por ultimo 4. El dolo; al referirnos al dolo, es el dolo genérico, común a todos los delitos intencionales.⁵³

Es preciso recordar que existe un conflicto de intereses entre los derechos de la madre e hijo; nuestra legislación expresa que “reconoce como persona humana a todo ser humano desde el momento de la concepción”; hay teorías doctrinales que establecen cuando inicia la vida dependiente a efecto de poder determinar si se está realizando o no una acción delictiva:

⁵²Enciclopedia Jurídica, “Aborto”, acceso el 05 de noviembre de 2016, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/aborto/aborto.htm>

⁵³Enrique A. Álvarez Aldana; “*El delito de aborto*”, (Argentina: Universidad de Buenos Aires, 1981), 95.

- 1) Teoría de la anidación, a los catorce días de su fecundación, defendida mayormente por la doctrina, y
- 2) Teoría sobre la existencia de vida a los tres meses de embarazo, es decir, a las doce primeras semanas de gestación.⁵⁴ La legislación salvadoreña contempla la vida humana desde el momento de la concepción.

Como ya se establece el bien jurídico que se trata de proteger al penalizar la conducta de este hecho, es el derecho a la vida del nasciturus, al ser que se encuentra en formación y que depende totalmente de su madre.

La penalización absoluta del delito aborto no salva vida, ya que en el caso de los abortos terapéuticos, que es considerado como uno de los indicadores tradicionales⁵⁵ en este delito como excluyentes de responsabilidad penal, donde la vida de la mujer también está en peligro; al no encontrarse expresamente regulado los médicos no lo realizan por miedo a la imposición de una sanción, aun que este se podría encontrar a través del estado de necesidad.

Ejemplo de que esta situación es real es lo relatado por Guillermo Ortiz a BBC Mundo en una entrevista⁵⁶, quien cuenta los casos que lo marcaron de los que atendió en el servicio del Hospital Nacional de Maternidad, un centro público, durante los 20 años que estuvo al frente.

Como el de una mujer que al ser diagnosticada con cáncer no le dieron la opción de interrumpir su embarazo y recibir el tratamiento adecuado, ya que

⁵⁴Enciclopedia jurídica, "Aborto".

⁵⁵Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad referencia 18-1998, (El Salvador: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2007).

⁵⁶BBC Mundo, El Salvador "Murió con el feto adentro porque la ley contra el aborto no nos permitió darle el tratamiento contra el cáncer" publicado el 1 de agosto de 2016, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-36870459>

los médicos no querían correr el riesgo de ser sancionados, al igual que una mujer de 19 años que llegó hinchada por una afección renal que su embarazo había agravado, y que falleció a las 22 semanas. Ejemplos como los antes mencionados son reales y no podemos cerrar los ojos a la realidad de nuestro país.

2.7. El Aborto desde el punto de vista religioso

El Papa Juan Pablo Segundo consideró al aborto como un problema socio-ético singular y emblemático que merece atención central en el pensamiento social católico. Para ilustrar la singularidad del aborto como un asunto de justicia social, aquí hay seis características que lo distinguen de los fenómenos sociales relacionados:

1. El aborto trata específicamente de la destrucción de vida inocente. Esto diferencia un análisis del aborto de otros temas relacionados. Por esa razón el entonces Cardenal Joseph Ratzinger escribió en 2004: “Puede haber una legítima diversidad de opinión incluso entre católicos acerca de la guerra y la aplicación de la pena de muerte, pero no en cuanto al aborto y la eutanasia”. Aunque toda vida es de inestimable valor, la teología moral siempre ha diferenciado la destrucción de “vida inocente” como algo particularmente atroz que merece ser condenado siempre y en todo lugar.
2. Otro factor que distingue el aborto como fenómeno social es la mismísima magnitud del problema: una cantidad estimada de 46 millones de abortos realizados en todo el mundo cada año, una cifra que de por sí convierte el aborto en un problema social de proporciones increíbles. El volumen de abortos subraya la naturaleza social del problema y convierte el aborto en uno de los asuntos de justicia social más serios de todos los tiempos.
3. Un tercer factor que separa el aborto de otros asuntos de la justicia es su situación legal. A diferencia de otros ejemplos de asesinatos masivos de la

vida humana, como el terrorismo o los asesinatos en serie, que están claramente fuera de la ley en las naciones avanzadas, el aborto cuenta con sanción legal. El Papa Juan Pablo escribió sobre estas nuevas “amenazas programadas de manera científica y sistemática”.

4. Un cuarto aspecto distintivo del aborto es la división arbitraria de los seres humanos en aquellos que merecen vivir y aquellos que no. El aborto no trata del asesinato aleatorio de individuos no relacionados sino de circunscribir toda una clase de seres humanos (los no nacidos) como no personas, excluidas de los derechos básicos y las protecciones concedidos a todos los otros seres humanos. Si la dignidad humana depende de algo más que de la simple pertenencia a la raza humana –sea la inteligencia, la habilidad atlética, la condición social, la raza, la edad o la salud – inmediatamente tenemos que distinguir entre personas que son importantes y otras que no.

5. El aborto incluso se distingue de las cuestiones de ética médica relacionadas como la eutanasia y el suicidio asistido, por la ausencia de toda posibilidad de consentimiento consciente

La condición del niño no nacido como carente de voz y el más vulnerable agrega otra dimensión a los debates sobre la moral y la gravedad del aborto. Aquí no puede aplicarse la categoría bioética de “autonomía” porque el niño no nacido no tiene forma de hablar por sí mismo.

6. Finalmente, el aborto se diferencia de otros males sociales importantes como el desempleo y el divorcio por su relativa invisibilidad.

El aborto se lleva a cabo a puertas cerradas y no se comenta en público. Como en el caso de la esclavitud, terminar con la injusticia social del aborto depende principalmente de que hablen con valentía y voluntad en contra del aborto las personas e instituciones que no están directamente involucradas.⁵⁷

⁵⁷Thomas D. Williams, L.C. “El aborto y la doctrina social católica: La Versión Panfleto por Rev. 2007-08 USCCB, Programa de Respeto de Vida”, acceso 10 de noviembre de 2016, <http://fwdioc.org/abortion-catholic-social-teaching-spanish.pdf>

En el país la influencia de la iglesia tiene un gran poder al momento de la toma de decisiones, pero la temática del aborto en su forma de delito debe verse en un sentido científico, intelectual y real de la consecuencia que la penalización absoluta acarrea a las mujeres.

Se debe de recordar que en tiempos antiguos las personas que cometían adulterio era criminales, porque para algunas actuaciones que con llevan una connotación moral que en su momento eran repudiadas hoy en día no se encuentra; no es acaso porque se analizó la situación y se encontró inverosímil la pena de este.

CAPITULO III

TRATAMIENTO DEL ABORTO A NIVEL NACIONAL SEGÚN LOS CÓDIGOS PENALES DE 1974 Y 1998; Y DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES

En esta parte del trabajo se toman como lineamientos de la investigación los códigos penales de 1974 y 1998; en sus disposiciones referentes al aborto, los derechos fundamentales regulados en Constitución de la República de El Salvador de 1983 y su reforma al artículo 1 en 1999, y tratados internacionales de los cuales El Salvador es suscriptor y que avalan derechos humanos de las mujeres que se vulneran con la prohibición absoluta del aborto.

3.1. Fundamento Jurídico

El marco jurídico penalizador del aborto se encuentra en el Código Penal de El Salvador del año 1998, a partir del artículo 133,⁵⁸ donde se permite imputar a mujeres por la práctica del mismo, no dejando salida alguna en aquellos casos que en verdad deberían existir justificantes que aprueben que a las mujeres se les pueda realizar un aborto tal y como lo regulaba el código penal anterior que fue aprobado en 1973 y el cual entro en vigencia en 1974, en el mismo se establecía los indicadores de los aborto no punibles, es decir en aquellos casos cuando el embarazo es producto de una violación; que el nasciturus traiga alguna enfermedad congénita o de malformación, y cuando la vida de la madre corre grave riesgo; los cuales en doctrina son conocidos como aborto ético, eugenésico y terapéutico.⁵⁹

⁵⁸ Código Penal de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículos 133-137.

⁵⁹ Código Penal de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1974), artículo 164.

3.1.1. Código Penal de El Salvador 1974

Mediante decreto Legislativo número 270, se aprobó el quinto código penal de El Salvador en fecha 13 de febrero de 1973, el cual entró en vigencia el 15 de junio del año de 1974.

En el referido código se regulaba la figura del aborto en el capítulo segundo, el cual se tituló "Aborto". Por lo cual se hará mención de cada uno de los artículos que tipifican el aborto cometido en distintas circunstancias por la misma mujer y por personas ajenas a ella; asimismo aquellas circunstancias bajo las cuales no era punible el aborto.

Iniciaba con el artículo 161, en el cual se refería a la mujer como sujeto activo del ilícito penal, donde debe existir una intencionalidad por parte de la misma, ósea la voluntad misma de la mujer de quererse practicar el aborto. También se regulaba una definición de aborto.

3.1.1.1. Artículos que regulaban la tipificación del aborto

Aborto Propio o Procurado artículo 161.- La mujer que intencionalmente causare su aborto, será sancionada con prisión de uno a seis años.

Por aborto deberá entenderse la destrucción o aniquilación del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento. Aborto Consentido artículo 162.- Será sancionada con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere que otra persona le practique aborto. En este caso el que practique el aborto será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

En esta figura aparecían dos sujetos activos los cuales eran la mujer que da su consentimiento para que le practiquen el aborto y un tercero que bien

podía ser un médico u otra persona. Aborto sin Consentimiento: artículo 163.-El que causare un aborto sin consentimiento de la mujer, si contra esta se hubiere empleado fuerza física, intimidación o engaño, será sancionado con prisión de tres a ocho años.⁶⁰

Aquí no existía el consentimiento y para que se cumpliera con el tipo penal debía existir alguna de las condiciones que se establecía el artículo las cuales eran:

Empleo de fuerza física, que significa obligar a alguien, mediante fuerza física o coacción, a que haga algo en contra de su voluntad.⁶¹ En este caso debe existir violencia en el acto de obligar a la mujer a que lleve su embarazo a término antes del tiempo de nacimiento.

La intimidación, la cual es un acto que intenta generar miedo en otra persona para que ésta haga lo que uno desea. Cuando la mujer se siente amenazada entra en un estado de miedo y dispuesta hacer lo que la persona que la esta coaccionando desea.

Engaño, lo cual implica inducir a alguien a tener por cierto aquello que no lo es, dar a la mentira apariencia de verdad, producir ilusión. Por lo cual si una persona emplea algún tipo de mentira para hacer abortar a una mujer se enmarca como sujeto activo de esta figura.⁶²

Aborto Agravado: artículo 164.-Es aborto especialmente agravado, el cometido:

1º) En mujer de dieciséis años o menos, con o sin su consentimiento;

⁶⁰ *Ibíd.*, artículo 161-163.

⁶¹ Oxford, Diccionario Español, Acceso el 16 de noviembre de 2016, <https://es.oxforddictionaries.com/definicion/forzar>

⁶² *Ibíd.*

- 2°) En mujer que se encontrase en estado de perturbación de la conciencia que la incapacite para comprender sus actos;
- 3°) Por médico, farmacéutico u otra persona, con abuso de su profesión;
- 4°) Por móviles de provecho económico.⁶³

En estos casos se aplicará la pena máxima correspondiente, aumentada hasta en una tercera parte, e inhabilitación especial para el ejercicio profesional, en su caso.

Existían cuatro supuestos bajo los cuales la figura típica del aborto se agravaba y como ya lo expresaba el artículo los motivos eran cuando existía una indefensión por parte de la mujer gestante esto en el caso que sea menor de edad o cuando la misma no era capaz de comprender entre lo bueno y lo malo, lo lícito o ilícito. También aquí el médico jugaba un papel de sujeto activo que abusando de su autoridad practicaría aborto a una mujer.

En el ordinal cuarto como no es específico, se podía entender incluso que se iba a penalizar a la mujer quien movida por algún beneficio económico practicara o permitiera que otra persona le practicara el aborto.

Aborto Atenuado artículo 165.- Es aborto especialmente atenuado el de la mujer de comprobada buena conducta, que para preservar su reputación y sin que haya sido público su embarazo, provocare su propio aborto o consintiere que otro se lo practique. En este caso la sanción aplicable será de seis meses a un año de prisión.

Este tipo de aborto era uno con la menor penalidad y en doctrina se le conoce como “aborto honoris causa”, siendo este constitutivo de delito, pero

⁶³ Código Penal de 1974, artículo 164.

privilegiado con una pena menor. Este aborto se realizaba con el fin de salvaguardar “el honor” u ocultar “la deshonra” de la mujer embarazada.

Para la atenuación de la pena se debían dar los supuestos siguientes: que la mujer hubiese logrado ocultar su embarazo, que gozará de buena reputación y fama (entiéndase estas en lo referente a su conducta sexual), y el embarazo debía ser el resultado de una relación extramatrimonial.

Aborto de Consecuencias Mortales: artículo 166.- Si a consecuencia del aborto consentido sobreviniere la muerte de la mujer, el autor será sancionado con prisión de tres a seis años; y cuando se tratase de aborto practicado sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte, se sancionará al autor con prisión de seis a doce años.

Si existía el consentimiento de la mujer la pena era menor, pero si no existía el consentimiento y la mujer moría en el acto, a consecuencia del aborto la pena aumentaba.

Aborto Preterintencional: artículo 167.-El que con violencia causare un aborto, sin propósito de ocasionarlo, cuando el embarazo fuere notorio o le constare, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

En este caso la violencia se refería ejercida específicamente a la integridad física de la mujer, cuando había intención de dañarla, pero no al feto y como consecuencia de esa violencia ejercida en contra de la madre el producto de la concepción moría.

Aparentemente se podría enmarcar un dolo eventual o de consecuencias necesarias, ya que el sujeto activo conocía de la preñez de la mujer y aun así

ejerce violencia física contra la misma. Es decir que el dolo solo es ejercido en perjuicio de la mujer, sin embargo la consecuencia de un aborto a raíz de dicha violencia, debía ser asumida por el sujeto, ya que se podría hablar de una culpa con representación.

Aborto Culposo: artículo 168.- El que culposamente causare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

Aunque no especificaba sobre el sujeto activo, entiéndase por este cualquier otra persona que no sea la misma mujer, lo que a continuación se explica la razón de no responsabilidad para la mujer.

Aborto No Punible: artículo 169.- No es punible:

- 1) El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto.
- 2) El aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiere otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico. Si la mujer fuere menor, incapaz o estuviera imposibilitada de dar el consentimiento, será necesario el de su cónyuge, el de su representante legal, o el de un pariente cercano.
- 3) El realizado por facultativo, cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer.
- 4) El practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción.⁶⁴

⁶⁴ Ibíd. artículo 164-169.

Aquí se encontraban tipificados los llamados “Indicadores del Aborto”, y se establecieron cuatro motivos bajo los cuales no se iba penalizar la figura típica del mismo.

El aborto culposo se mantiene en la actualidad el cual no será punible en caso que hubiere sido la misma mujer la culpable de que su propio embarazo no llegue a término en el tiempo previsto que se debe dar el parto. Además no se penalizaba si aun existiendo la voluntad de la mujer de practicarse un aborto, pero por circunstancias ajenas no se podía llevar a cabo.

En el numeral dos nos hablaba del aborto terapéutico “el cual se lleva a cabo con el fin de evitar riesgos para la vida o la salud de la mujer embarazada; en este tipo de aborto se veían expuestos dos bienes jurídicos del mismo valor que es la vida de la madre y la vida del no nacido”.⁶⁵ Debía existir un dictamen médico que recomiende la práctica de aborto y el consentimiento de la mujer embarazada.

El numeral tres se refería al aborto ético, también llamado sentimental o humanitario, “se realiza para evitar que nazca el producto de una concepción cuyo origen sea una violación o estupro”.⁶⁶ Debe existir un dictamen médico que lo autorice y la mujer debe dar su consentimiento.

En el cuarto y último numeral se regulaba el aborto eugenésico que “es aquel que pretende la interrupción voluntaria del embarazo cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que el feto nacerá con una malformación,

⁶⁵“Aborto Terapéutico”, Álvaro Correa, acceso el 05 de enero 2017, <http://es.catholic.net/op/articulos/12978/cat/554/aborto-terapeutico.html#>

⁶⁶ Antonio Cruz Suárez, “Definición y Tipos de aborto”, Protestante Digital, publicado el 24 de octubre de 2010, http://protestantedigital.com/magacin/10069/Definicion_y_tipos_de_aborto

defecto o enfermedad.”⁶⁷De igual forma que en los anteriores debe existir una recomendación médica y la voluntad de la mujer para poderlo realizar, sin que lo mismo traiga consigo responsabilidad penal.

3.1.2. Anteproyecto del Código de 1998

Fue aprobado mediante acuerdo número 423 en San Salvador el 08 de octubre de 1993, esta fue una iniciativa del Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia con el fin de adecuar la legislación penal de 1974 a los principios, valores y derechos fundamentales de la constitución de 1983, a las teorías modernas de las Ciencias penales y en armonía con las condiciones sociales del país.

La Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, en fechas 22 de marzo y 25 de mayo de 1994, recibió del señor presidente de la República por medio del Ministro de Justicia de ese entonces, las iniciativas tendientes para que se aprobaran los nuevos Códigos Penal, Procesal Penal y Ley Penitenciaria, esto se inició en el seno de las Comisiones de Legislación y Puntos Constitucionales, de Justicia y Derechos Humanos, para lo cual se dio un proceso de muchas jornadas de estudio, análisis y discusión sobre el contenido de dicha normativa.

La Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales conoció del expediente número 84-06-94, el cual contiene la iniciativa del Anteproyecto del Código Penal. La comisión al conocer del expediente en referencia consideró que era una necesidad imperante que se estudiara y analizara de

⁶⁷ Soledad Arnau Ripollés, "El aborto eugenésico: Reflexiones ético-políticas desde la Voz de la Bioética de la diversidad funcional", (Valencia: Departamento de Filosofía y Filosofía Moral y Política, 2012), 5.

manera minuciosa el referido proyecto y fue así como por más de dos años se llevaron a cabo una serie de seminarios y reuniones de trabajo con miembros de la asistencia técnico jurídica del Ministerio de Justicia y con personeros de la Unidad Técnica Ejecutiva.

Posteriormente la Unidad Técnica Analizó y concluyó que el proyecto del código penal presentado, estaba estructurado casi igual que el vigente (1974), en tres libros, el primero que comprende los principios y garantías que orienta la política criminal, así como las disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, el segundo comprende lo referido a los delitos y sus penas en particular y el tercero la parte especial referido a las faltas.

Los cambios que se pueden mencionar que se introdujeron en la nueva normativa son:

1. El tratamiento del error en materia penal.
2. La introducción del tratamiento de las penas y medidas de seguridad, ya que tradicionalmente la respuesta punitiva había girado mayoritariamente en torno a la pena de prisión, lo que generó un uso abusivo de ella. Por tal razón, el proyecto amplía el arsenal punitivo del juez, incluyendo además de la pena de prisión y multa, la pena de arresto de fin de semana, arresto domiciliario y prestación de trabajo de utilidad pública, a fin de contrarrestar los efectos nocivos de la pena de prisión en los delitos menos graves, que lo que producen es la estigmatización y desintegración familiar.
3. En lo que respecta al libro segundo de este proyecto podemos decir que se inicia con la descripción de los delitos que afectan los bienes jurídicos de las personas, finalizando con los delitos contra el estado y los de relevancia para la comunidad internacional.
4. Se incorporan nuevos delitos en el proyecto como son el título de los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de recursos

naturales, al medio ambiente y de los delitos relativos al ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, entre otros.

La parte especial inicia con la regulación del Homicidio y sus formas, ósea esta parte busca proteger el bien jurídico de la vida, que es un derecho Fundamental y esencialmente considerado como el bien más valioso ya que es condición indispensable para la vigencia y goce de los demás bienes jurídicos. Ahora bien con respecto a los delitos relativos al ser Humano en Formación que es la regulación de la cual nos compete saber, no se llegó a ningún acuerdo en ese momento respecto a su reforma por lo cual la misma quedo casi igual como se reguló en el código de 1974.

Después de más de dos años de análisis, estudio y discusión, la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa en fecha 25 de abril de 1997, emitió el dictamen número 117 por medio del cual resolvía favorablemente la iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Justicia en el sentido de aprobar un nuevo Código Penal.

Las disposiciones reguladas en dicho proyecto fueron las siguientes: se inició con el mismo número de artículo 133 pero titulado “aborto sin consentimiento” con una pena de cuatro a ocho años a diferencia de la pena que al final se estableció en el código penal de 1998, la cual aumentó dos años más, es decir queda de cuatro a diez años.

El artículo 134 regulaba el “aborto consentido y propio” en el cual la pena sería de dos a cuatro años, pero en la realidad aumento hasta los ocho años.

El artículo 135 “aborto agravado” la pena era de cinco a diez años, y no se iba a penalizar con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o

actividad de médico o farmacéutico o por personas que realicen actividades auxiliares, por el mismo período, pero en el texto del actual código la pena quedó de seis a doce años y además de inhabilitación especial para ejercer el cargo de la profesión o actividad ya mencionadas.

El artículo 136 “aborto culposo” la pena era de seis meses a un año pero en el código quedo como máxima dos años.

El artículo 137 “abortos no punibles”, dentro de estos se regulaba el aborto culposo o la tentativa del mismo ocasionado por la misma mujer la cual no sería responsabilizada penalmente.

Además, no debían ser punibles aquellos abortos que se practicaran por un médico o bajo su dirección, en un centro o establecimiento sanitario, ya sea público o privado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada en las circunstancias siguientes:

Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada, y así constare en dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practicare el aborto (aborto terapéutico).

Que el embarazo fuera consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad sexual o de inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practicare dentro de las doce primeras semanas de gestación (aborto ético o sentimental), y

Que se presumiera que el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practicare dentro de las primeras

veintidós semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, fuere emitido por especialista de un centro o establecimiento sanitario, público o privado, distinto de aquel por quien o cuya bajo dirección se practicare el aborto.⁶⁸

En el proyecto en cuestión quedo plasmado parte de los artículos del código anterior referentes al aborto con algunas reformas, pero se seguían manteniendo los indicadores del aborto no punible, sin embargo con la aprobación del Código Penal en el año de 1997, no se incluyeron dichos indicadores y las penas del aborto se aumentaron un poco más a lo que se había previsto en el proyecto.

3.1.3. Código Penal de El Salvador 1998

Aprobado mediante decreto Legislativo número 904, en fecha 26 de abril de 1997, el cual entró en vigencia el día 20 de abril de 1998.

Este código no prevé ningún tipo de indicación para la práctica del aborto, por lo cual se puede decir que el legislador decidió que la legislación penal fuera más rigurosa a diferencia del Anteproyecto del mismo y del Código Penal de 1974.

El Bien Jurídico Protegido: con la tipificación de aborto la ley dice “proteger el derecho a la vida” del ser humano en formación. Dicha protección se ve reconocida en los siguientes artículos de la Constitución de la República: Artículo 1 inciso 2 de la Cn., Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.

⁶⁸ Anteproyecto del Código Penal de El Salvador de 1998, (El Salvador, Comisión Redactora del Código Penal, Ministerio de Justicia: Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica, enero de 1994), artículos 133-137.

Artículo 2 inciso 1 Cn., Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

3.1.3.1. Disposiciones legales que tipifican el aborto

Aborto Consentido y Propio artículo 133.- El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años.⁶⁹

El sujeto activo puede ser una persona distinta a la embarazada o la misma mujer a ésta se le pueden atribuir dos acciones que van hacer penalizadas: la primera es que ella misma se produzca el aborto y la segunda es que aun no provocando su propio aborto consintiere que otro lo haga.

En cuanto a la prestación del consentimiento este debe ser libre de vicios; es decir que no debe mediar la violencia, amenaza o engaño; también se debe considerar la condición de la mujer en cuanto a la comprensión de lo bueno y lo malo, ya que si la misma cuenta con alguna enfermedad de enajenación mental no podría ser imputada.

Aborto Sin Consentimiento: artículo 134.- El que provocare un aborto, sin consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.

En la misma pena incurrirá el que practicare el aborto de la mujer, habiendo logrado su consentimiento mediante violencia o engaño”.

⁶⁹ Código Penal de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1998), artículo 133.

Se castiga a una persona distinta a la mujer y que realiza la acción típica sin el consentimiento de la madre gestante. Si aun existiendo consentimiento por parte de la mujer pero el mismo es inválido por ser mediante violencia, engaño o mujer enajenada, no será penalizada la mujer, sino esa persona que ha logrado el consentimiento bajo alguna de tales circunstancias.

Aborto Agravado: artículo 135 Si el aborto fuere cometido por médico, farmacéutico o por personas que realizaren actividades auxiliares de las referidas profesiones, cuando se dedicaren a dicha práctica, será sancionado con prisión de seis a doce años. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por el mismo período”.

La agravación se da si se cumple el supuesto que predica el artículo, es decir que si es cometido por personas profesionales de la medicina podrían ser penalizados hasta con la pena máxima que es doce años más ser inhabilitados del ejercicio de su profesión por igual tiempo de la condena.

Inducción o Ayuda al Aborto: artículo 136.- Quien indujere a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor del aborto, la sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior.

Aquí puede ser cualquier persona ya sea cercana o no a la mujer, siempre y cuando tenga implicación en el convencimiento para que la mujer se practique el aborto y más aún si le proporciona los medios económicos o de

cualquier otro tipo, por ejemplo: podría ser la persona que le recomienda algún médico o centro médico clandestino para la realización de dicha práctica; pero aún más grave es si se trata del progenitor y aunque el artículo no especifica entiéndase el progenitor del fruto de la concepción.

Aborto Culposo: artículo 137.- El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles”.⁷⁰

Con lo anterior queda establecido que la mujer está excluida de responsabilidad en caso que se de un aborto culposo, por lo cual la responsabilidad solo será para un tercero que le causare aborto a la mujer que se encuentra en estado de preñez, aunque su penalidad es leve, ya que no existe dolo, pero se actuó con imprudencia por lo cual debe asumir una parte de responsabilidad. En esta clase de aborto, la conducta del tercero que provoca el aborto debe sujetarse a las reglas generales de la imprudencia, es decir que el sujeto activo del delito tiene un comportamiento consciente pero realizado sin guardar el deber objetivo de cuidado en circunstancias concretas que lo demandan.⁷¹

Entonces a la mujer que sin intención realice su aborto de forma imprudente, o aun con la intención de querer realizar el mismo, y no se lleve a cabo y quede solo en tentativa, es absuelta de responsabilidad. La razón de no responsabilizar a la mujer en el caso de un aborto culposo, es que la misma

⁷⁰ Ibíd. artículos 134-137.

⁷¹ Juan María Terradillos Basoco et al., Sobre el “deber de cuidado”, puede consultarse a Serrano Piedecabras Fernández, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, (Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003), 86-88.

ha sufrido la pérdida de su hijo, además de estar en una condición delicada de salud, por lo cual ha sido víctima de esa mala circunstancia, y no se puede buscar revictimizarla aún más. En el caso de la tentativa de aborto, se busca que el niño o niña crezca junto a su madre, y no con el trauma de saber que su la misma está en la cárcel por haber tenido la intención de abortarlo.

3.1.4. Excluyentes de Responsabilidad Penal en el Código Penal vigente

Ahora bien, en el artículo 27 numeral 3 del código penal actual, se establece como excluyente de responsabilidad lo siguiente: “Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo”.⁷²

El estado de necesidad, se entiende aquella situación en la que el sujeto, a fin de evitar la destrucción o lesión de un bien jurídico propio o ajeno, no tiene otra alternativa que destruir o lesionar el bien jurídico de un tercero o abstenerse de cumplir un deber que le era exigible.

Para que exista excluyente de responsabilidad penal se deben cumplir los supuestos siguientes:

a) El Sujeto que actúa debe contemplar un peligro actual, real o inminente de lesión o pérdida de un bien jurídico propio o ajeno.

El peligro que amenaza un bien jurídico propio o ajeno debe ser grave, lo cual implica que si no existe un peligro real que no pueda evitarse de otra

⁷² Código Penal de El Salvador, (1998), artículo 27.

forma que lesionando otro bien jurídico, no queda dicha acción amparada a esta excluyente de responsabilidad.

b) El sujeto no ha provocado con su voluntario comportamiento, precedente a esa situación de peligro.

La persona que actúa no debe ocasionar intencionalmente el conflicto entre los bienes jurídicos enfrentados, para que pueda ser aceptada su acción sin ser responsabilizada.

c) El sujeto reacciona exclusivamente para salvaguardar el bien jurídico en peligro.

Debe existir proporcionalidad entre el peligro y la reacción, ósea que el mal causado ha de ser igual o menor al que se trata de evitar, y nunca debe ser mayor ya que siendo así no se ajustaría dicha conducta a este supuesto del artículo en desarrollo.

d) Que el sujeto no tenga otra alternativa, ósea que el daño no se pueda evitar de otra manera: “Existe una subsidiaridad del acto necesario que provoca la sanción cuando ha sido posible evitar el mal de otra manera.

El mal que se cause debe ser la única solución para evitar el perjuicio al bien protegido, es decir, que no haya otro medio practicable para defenderse. Existe una inevitabilidad; implica que no exista tampoco un medio menos perjudicial para actuar, porque si bien es cierto que en un caso determinado no se puede evitar el mal con que amenaza el peligro más que lesionando otro bien jurídico, no menos cierto es, que debe hacerse tal lesión en la forma menos perjudicial o dicho en otras palabras, que para resolver la situación necesaria no exista más solución que lesionar un bien jurídico y además que se lesione con el menor perjuicio posible.

e) Que el necesitado no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo; “No se aplica el estado de necesidad a aquellos que tienen el deber jurídico de someterse al peligro por ley o contractualmente”.

Algunas legislaciones exigen que el que salvaguarda su bien jurídico no esté obligado a sacrificarse y que aun cuando expresamente no se exige, “si interpretamos teleológicamente la expresión “de peligro”, o la que “quien obra haya sido extraño a la causación del mal”, llegaríamos a concluir que no puede invocarse esta eximente cuando tenemos el deber de afrontar situaciones apuradas”.⁷³

Con base en esta disposición, se puede decir que existe la posibilidad que en caso de correr riesgo la vida de la madre se podría proceder a realizar un aborto terapéutico; pero esto se queda solamente en teoría ya que en la realidad no se practica; puesto que existe temor; tanto de las mujeres a pedir que se les realice un aborto terapéutico como de los médicos de llevar a cabo dicha práctica; ya que piensan que la ley no da esa posibilidad y podrían ser procesados penalmente. Teniéndose así una norma que no es clara ya que se necesita darle una interpretación amplia para comprender el sentido que el legislador le quería dar a dicha disposición penal.

Si se pretende salvaguardar un bien jurídico, que en este caso sería tanto la vida de la madre como la del hijo, se hace necesario regular todas las posibilidades que se podrían reflejar entorno a los bienes jurídicos que se encuentran en juego y que se puedan ver amenazados, y así regular posibles alternativas a las que se debería acudir para dirimir dicho conflicto; por lo tanto existe una omisión por parte del legislador tal y como lo expresa el voto particular de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, en la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual fue emitida el veinte de noviembre de dos mil siete con número de referencia 18-1998, que dice *“parcialmente existe una omisión por parte del*

⁷³ Eduardo Calderón Ramos, “Estado de necesidad como excluyente de responsabilidad” (Tesis Doctoral: Universidad de El Salvador, 1977).

legislador al no regular con carácter previo la controversia que pueda suscitarse entre los derechos de la madre con los del nasciturus, como ya existe en la legislación comparada y no como resultado de un proceso penal”.

3.1.5. Reforma del artículo 1 en la Constitución de 1983 y reconocimiento de derechos

La Constitución de la República de El Salvador de 1983, en un principio no hace reconocimiento de la persona humana desde el instante de la concepción solo se regulaba de la siguiente manera:

Artículo 1. Inc. 1.-El salvador reconoce a la persona como el origen y fin de la actividad del Estado, el cual está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

Inciso 2.-En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

Fue hasta la reforma del artículo uno, que entró en vigencia el 16 de febrero de 1999, que se agregó un inciso y se empezó a reconocer a la persona humana desde el instante de la concepción⁷⁴, y esto para coincidir con el código penal de 1998, en cuanto a la penalización del aborto; a partir del cual se excluyeron las excepciones para la práctica del mismo. Con esto el legislador pretendió *“proteger el Derecho a la vida de la persona humana desde su concepción”*.

⁷⁴ Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983), artículo 1 Inciso 2.

Sin embargo en el tema del aborto no solo se ve dañado ese derecho fundamental a la vida; sino también otros derechos de las mujeres que se dejan de lado y no se les da la trascendencia que en realidad tienen al penalizar el aborto en todas sus formas. Siendo la vulneración de derechos a las mujeres uno de los motivos fundamentales de esta investigación y por tanto, es pertinente en esta etapa del trabajo desarrollar cada uno de esos bienes jurídicos, los cuales se detallan en los siguientes apartados.

3.1.5.1. Derecho a la vida

El derecho a la vida es uno de los Derechos Humanos Universales recogido y aceptado en todas las Constituciones Políticas y demás normas legales de los diferentes países del mundo, así como en los Instrumentos Internacionales que libre y voluntariamente algunos países han integrado a sus respectivas legislaciones.

Tal Derecho se encuentra establecido Inciso 2 del artículo 1 de la Cn., en el cual se lee: “Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”⁷⁵, y en el inciso 1º del artículo 2 de la Cn., “*Toda persona tiene derecho a la vida...*”⁷⁶ Siendo un derecho fundamental de la persona humana el de poseer protección constitucional.

Asimismo, el Estado salvadoreño es subscriptor de diversos Tratados Internacionales que son leyes de la República en base al artículo 144 de la Constitución⁷⁷ en el que se manifiesta que: “Los Tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con Organismos Internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia,

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Constitución de la República de El Salvador, 1983, artículo 2 Inciso 1.

⁷⁷ *Ibíd.*, artículo 144.

conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución”, por lo tanto son normativas de obligatorio cumplimiento para el Estado.

Así se tiene: la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que garantizan el derecho a la vida, como un derecho fundamental autónomo.

Es justamente el Derecho Internacional uno de los principales promotores de los derechos humanos y de la protección de los individuos. El derecho a la vida constituye un valor supremo cuya titularidad corresponde a todos los individuos de la especie humana y cuya violación es de carácter irreversible, ya que desaparece el titular de dicho derecho.

Declaración Universal de Derechos Humanos: Art. 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.⁷⁸

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 6.1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.⁷⁹

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: Art. 2.1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

⁷⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III) (París: Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948), artículo 3.

⁷⁹ Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, resolución 2200 A (XXI), (Asamblea General de las Naciones Unidas, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976), artículo 6 Inc.1.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Art. 1. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 4.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos: Art. 4. Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente.⁸⁰

3.1.5.2. El Derecho a la Salud

Regulado en los artículos 1 incs.1 y 3 Cn., Art.1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. “En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud...”

El derecho a la salud se ha regulado constitucionalmente en virtud de considerar que no basta proteger al hombre únicamente en su dimensión individual sino como miembro de una colectividad, en la que coordinadamente con la comunidad contribuyan a realizar metas comunes.

⁸⁰ Javier García Espinar, Abogado y Consultor de Derechos Humanos, “Cuadro de normas y mecanismos para la Protección de los Derechos Humanos”, Fundación, acción Pro Derechos Humanos, acceso el 17 de noviembre 2016, <http://www.derechoshumanos.net/derechos/index.htm?gclid=CPj31feludACFU5bhgodbDUC> HA#topTable

En efecto, el art. 65 de la Constitución prevé que la salud de los habitantes de la República constituye un bien público y a su vez establece la relación obligacional que al respecto se genera desde un punto de vista dual, esto es, que no solo el Estado es el responsable de su conservación y restablecimiento, sino también las personas mismas.

La salud se proclama hoy día como un derecho fundamental inherente a las personas, que encuentra su sentido más explícito en la exigencia a los poderes públicos de que toda persona reciba primordialmente la asistencia médica y el tratamiento terapéutico adecuado para aliviar sus afecciones físicas y/o mentales, en cuanto este representa una de las condiciones esenciales que posibilita a los sujetos tener una existencia física digna y, con ello, desarrollar plenamente su personalidad y sus potencialidades.

Y esto a su vez se vincula con la salud pública, entendida esta como el conjunto de actividades planificadas por parte de entes estatales relacionados con la protección y promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, el estado sanitario y ecológico del ambiente de vida, así como con la organización y el funcionamiento de los servicios de salud correspondientes.⁸¹

Todo lo anterior a su vez implica que el Estado debe configurar y disponer de un andamiaje institucional adecuado que permita a las personas acceder de verdad a los servicios que requieran en materia de salud.

Para Organizaciones en Pro del aborto como la Asociación de Mujeres por la Dignidad y la Vida (Dignas); la penalización del aborto, violenta el derecho a

⁸¹ La Prensa Gráfica, “El Derecho a la Salud”, Publicado el 20 de noviembre de 2016, <http://www.laprensagrafica.com/2015/01/19/el-derecho-a-la-salud>.

la salud de las mujeres, niñas y adolescentes, reconocido en la Constitución de la República, en la Ley de Igualdad, y en la Ley Especial para una vida libre de violencia.⁸²

Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres: Art. 26. Igualdad y no Discriminación en la Atención a la Salud integral y a la Salud Sexual y Reproductiva.

El Estado adoptará la transversalización del principio constitucional de la igualdad y la no discriminación entre mujeres y hombres como objetivo fundamental a lograr en todas las actividades vinculadas a las responsabilidades públicas en salud.

El Estado, en atención a las obligaciones que le confiere la Constitución, postula como derechos fundamentales en materia de salud integral, salud sexual y salud reproductiva: El derecho a recibir información calificada sobre las materias vinculadas a estos derechos; el derecho a recibir servicios de prevención de riesgos en esta materia; y, el derecho a la atención integral.

El Ministerio de Salud garantizará la protección de los derechos a la salud integral, a la salud sexual y reproductiva, la igualdad y equidad en el acceso y atención en los servicios correspondientes.

En el diseño, ejecución y evaluación de las políticas y planes de salud, se aplicarán los siguientes lineamientos generales:

a) Acceso de mujeres y hombres, sin discriminación alguna y en todas las etapas de su vida, a información educativa, a servicios gratuitos y de buena calidad, para la atención de la salud integral.

⁸² Asociación Mujeres por la Dignidad y la Vida, “La Penalización Total Del Aborto”, acceso el 16 de noviembre de 2016, http://www.lasdignas.org.sv/comunicado_11_oct2016_ddhh-salud-lasdignas/

b) Acceso universal de niñas, niños, adolescentes, adultas y adultos, a información y educación científica y actualizada, adecuada al ciclo vital, oportuna, veraz, suficiente y completa sobre el ejercicio responsable de la sexualidad, auto cuidado y prevención de riesgos en salud sexual y salud reproductiva, así como acceso a los servicios públicos de información, atención preventiva y curativa correspondientes.

c) Proveer información científica, educación, normas de higiene, prevención, detección y atención a riesgos en salud sexual y salud reproductiva, con especial consideración a las infecciones de transmisión sexual y el Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH-SIDA).

d) Garantizar servicios de salud de calidad durante la etapa de fertilización, implantación, embarazo, parto y puerperio a todas las mujeres, sin discriminación de ningún tipo, incluyendo la garantía de atención a pacientes que acudan a los establecimientos de salud en busca de atención oportuna, por problemas y situaciones que pongan en riesgo la continuidad del embarazo.

e) Desarrollar actividades sistemáticas calificadas y sostenidas para formar personas con las capacidades y habilidades que exige la oferta de estos servicios.⁸³

Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia: Art.23 literal d)- Responsabilidades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, será el responsable de:(...) d) Garantizar la no discriminación de las mujeres en cuanto al acceso de los servicios de salud, así mismo, que el personal de salud no ejerza ningún tipo

⁸³ Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres, (El Salvador, Asamblea Legislativa, Centro de Documentación Legislativa, 2011), artículo 26.

de violencia a las usuarias de los servicios, sin que anteponga sus creencias, ni prejuicios durante la prestación de los mismos.⁸⁴

Negar a las niñas, adolescentes y mujeres la opción del derecho a la atención médica oportuna para interrumpir el embarazo por razones de salud, obliga a las mujeres jóvenes a optar por medidas inseguras y desesperadas que atentan contra su salud y vida.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.⁸⁵

La penalización absoluta del aborto arrebatada, violenta y criminaliza el derecho fundamental y la libertad constitucional a la salud de niñas, adolescentes y mujeres que, a diario son obligadas a ejercer patrones estereotipados sobre el rol de las mujeres como meros entes reproductores en la sociedad, al imponerles una maternidad forzada, aun cuando está atenta contra su salud.

3.1.5.3. Derecho a la Integridad Física y Moral

Se encuentra en el artículo 2 Inciso 1 Cn “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral... ”.

⁸⁴ Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2012), artículo 23.

⁸⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (OEA: Comisión Interamericana de derechos humanos), artículo 1.

El derecho a la integridad física y moral protege a la persona contra cualquier atentado no sólo físico, sino también moral. Con él se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Así el derecho a la integridad física y moral protege contra:

1. Cualquier acción que lesione su cuerpo
2. Cualquier acción inherente a su cuerpo realizada sin su consentimiento
3. Cualquier acción que perturbe o lesione su integridad moral o psicológica.⁸⁶

Asimismo a nivel internacional lo encontramos en:

Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 5. 1) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2) 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 al ser humano.⁸⁷

3.1.5.4. Derecho a la Libertad

La Constitución de la República regula el derecho a la libertad, entiéndase implícita la libertad sexual y reproductiva que deben tener las personas.

⁸⁶ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus, referencia 155-2005*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

⁸⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (San José, Costa Rica 22 de noviembre de 1969), artículos 5 Inc.1 y 2.

Artículo 2. Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Al referirse a los derechos sexuales y reproductivos, se está hablando del derecho a la vida, que en el plano de la sexualidad y la reproducción significa el no morir por causas evitables relacionadas con el embarazo y parto. Implica esta libertad el derecho a decidir si se tienen hijas e hijos o no, y cuando tenerlos, pero también esto pasa por el cumplimiento del derecho a la información y educación libre de prejuicios y basada en el conocimiento científico, que además incluye el derecho al acceso oportuno de métodos de planificación familiar, respetando el derecho a la intimidad y a la libertad de pensamiento para una autodeterminación sexual.⁸⁸

La protección a este derecho a nivel internacional la encontramos en:
Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 1. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.⁸⁹

3.1.5.5. Derecho a la Seguridad

A nivel constitucional se busca su protección en el Art. 2. Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, (...).

⁸⁸Margarita Rivas, “Reflexiones en torno a los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos”, (Centro de Estudios de Género, Universidad de El Salvador), acceso el 19 de noviembre de 2016, <http://genero.ues.edu.sv/index.php/derechos-humanos-de-las-mujeres/103-reflexiones-en-torno-a-los-derechos-sexuales-y-los-derechos-reproductivos>

⁸⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1.

Todas las personas tienen derecho a la seguridad social. A través de la provisión de bienestar social o asistencia, los Estados deben garantizar la protección de todos, especialmente los miembros más vulnerables de la sociedad, en caso de desempleo, maternidad, accidente, enfermedad, invalidez, vejez u otras circunstancias de la vida.⁹⁰

La seguridad social es el conjunto de instituciones, medidas, derechos, obligaciones y transferencias que tienen por objeto, garantizar el acceso a la salud, a los servicios sociales y proporcionar ingresos seguros en caso de sobrevenir algún riesgo importante para la vida⁹¹. En este sentido el estado debe invertir para garantizar este derecho a las mujeres que se encuentran con problemas durante su preñez ya que puede que corra riesgo su vida o salud y por lo cual ella debería decidir si desea seguir con su embarazo y afrontar cualquier consecuencia o llevar a término el mismo para salvaguardar sus derechos.

En el ámbito Internacional lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

3.1.5.6. Derecho a la Igualdad y no Discriminación

Artículo 3 Inciso 1 Cn., Art. 3. Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.⁹²

⁹⁰Red-DESC, El Derecho a la seguridad Social, acceso el 25 de enero, 2017, <https://www.escri-net.org/es/recursos/derecho-seguridad-social>

⁹¹Carol B. Arriaga, Derecho a la seguridad Social, publicado 16 de agosto de 2010, <https://es.scribd.com/doc/35979185/derecho-a-la-seguridad-social>

⁹² Constitución de la República de El Salvador, artículo 3 Inciso 1.

Se hace necesario con este derecho remitirnos a la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra Las Mujeres, puesto que con la aprobación de dicha ley el Estado ratifica su compromiso con la plena aplicación del Principio Constitucional de Igualdad de las personas y el cumplimiento de las obligaciones derivadas en este principio aplicables a la legislación nacional y a la acción efectiva de las Instituciones del Estado. Además de conformidad con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), dicha ley prohíbe la discriminación, de derecho o de hecho, directa o indirecta, contra las mujeres.

La Igualdad es un derecho individual y colectivo; por tal razón, su protección deberá ser exigida cuando su incumplimiento o violación afecte significativa y negativamente el ejercicio de los derechos ciudadanos, en ambas circunstancias.⁹³

En el caso de la mujer se ve vulnerada en este derecho ya que en la actualidad existen leyes que perjudican varios derechos de las mismas y entre ellos la igualdad; esto se afirma en virtud que si la mujer es la única que se puede ver perjudicada con un embarazo de alto riesgo o que no ha sido deseado, se deberían implementar leyes que le permitan resolver esas situaciones para evitar ser reprimidas por un derecho penal hasta cierto punto machista.

La no discriminación: Se refiere a la prohibición de la discriminación de derecho o de hecho, directa o indirecta, contra las mujeres; la cual se define como, toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga

⁹³ Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres, artículo 6 numeral 1, literal a).

por objeto o por finalidad menoscabar o anular el ejercicio por parte de las mujeres, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todas las esferas, con independencia de sus condiciones socio económicas, étnicas, culturales, políticas y personales de cualquier índole.⁹⁴

También se encuentra:

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.⁹⁵

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁹⁴ *Ibíd.* artículo 6 numeral 3.

⁹⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas, artículos. 1 y 7.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

Artículo 14. Prohibición de discriminación el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.⁹⁶

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.⁹⁷

3.1.5.7. Derecho a la Presunción de Inocencia

La Constitución de la República, en su calidad de ley suprema establece en el Artículo 12. Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.⁹⁸

La presunción de inocencia implica una garantía fundamental a favor de la persona acusada de un delito, la cual es un límite a los actos arbitrarios que puede cometer eventualmente el Estado en la administración de justicia, en el transcurrir del proceso penal que se desarrolla, esta presunción no puede desvincularse de la persona procesada, porque implícitamente opera y la

⁹⁶Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Tribunal Europeo de derechos humanos, artículo 14.

⁹⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2.

⁹⁸ Constitución de la República de 1983, artículo 12.

lleva como su piel mientras no se acredite en un juicio previo el reproche por haber transgredido una norma jurídica.⁹⁹

La mujer se encuentra con esta situación de ser declarada culpable primero por el sistema judicial y luego por la Iglesia y la sociedad en general, ya que el hablar de aborto para ellos es cometer un homicidio sin dar oportunidad a la mujer de poder defender sus mismos derechos, que se pueden ver perjudicados con un embarazo que se encuentren dentro de algunas de las circunstancias que hemos venido tocando.

El sistema internacional ampara este derecho en:

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 11, Inciso 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

⁹⁹ Dennise Muñoz, "Presunción de Inocencia", Diario Digital Contra Punto, publicado 29 de octubre de 2015, <http://www.contrapunto.com.sv/archivo2016/opinion/tribuna/presunsion-de-inocencia>

CAPITULO IV

LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO Y LA JURISPRUDENCIA

4.1. El Aborto en el derecho comparado

4.1.1. Convenios y Tratados Internacionales

Cuando se hace referencia al tema del aborto, implica que va aparejado a los derechos de la mujer, ya que la mujer por razones culturales, sociales y físicas es la que mayormente se involucra en el embarazo y en el cuidado de los hijos.

El aborto en El Salvador constituye un delito, ya que la Constitución protege la vida desde el momento de la concepción es por esa razón que en el país no se permite ningún tipo de aborto; pero de alguna forma la legislación salvadoreña es contradictoria porque se han ratificado Convenios Internacionales para la defensa de los derechos de la mujer, estos contribuyen a mejorar la calidad de vida de las personas y al respeto que se debe de tener para cada uno como ser humano, conviviendo en un ambiente sano. Es por ello que es necesario analizar convenios internacionales que aportan conocimiento a la sociedad y son de beneficio para avanzar en determinadas situaciones, ya que los países que ratifican convenios pueden auxiliarse de ellos cuando lo necesiten.

Así se tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificada por El Salvador el 10 de diciembre de 1948, declaración en la que el artículo 5 se establece “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

También, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por El Salvador el 30 de noviembre de 1979¹⁰⁰, en su artículo 7°.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el cual en los artículos 1,7 y 11 proclama por el derecho a la vida y a la salud de la mujer.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como "Pacto de San José de Costa Rica" ya que fue suscrita en ese país y ratificada por El Salvador el 19 de junio de 1978¹⁰¹, y que en el artículo 5° establece el "derecho a la integridad personal", al manifestar: 1.-Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2.- 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 al ser humano.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por El Salvador el 10 de Julio de 1990. Pertinente aquí cuando se trata de embarazos de menores que proclaman la protección legal y cuidado especial del niño y de su vida.

La Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Mujeres, la cual fue ratificada el dos de junio de 1881, y la Comisión sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de ahora en adelante CEDAW. La CEDAW consta de un preámbulo y de 30 artículos, y promulga, en forma jurídicamente obligatoria, principios

¹⁰⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1996, Base de Datos Legal, acceso el 26 de noviembre de 2016, <http://www.acnur.org/nuevaspaginas/tablas/tabla6.htm>

¹⁰¹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acceso el 15 de enero de 2017, <http://www.cidh.org/basicos/basicos3.htm>

aceptados universalmente y medidas a adoptar por parte de los Estados y determinados actores privados, para conseguir que la mujer goce de derechos iguales en todas partes, y avanzar así en el reconocimiento y profundización del principio de no discriminación. El Preámbulo recoge el objetivo básico de la Convención, “de aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y para ello, adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones”.¹⁰²

Esta convención pretende evitar cualquier tipo de discriminación contra la mujer. En su artículo 12 se establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

La Convención Interamericana para la Prevención y el Castigo de todas las formas de Violencia contra las Mujeres también conocida como “Convención de Belém do Pará” en la cual se condena la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer y se hace el reconocimiento al goce, ejercicio y protección de todos sus derechos.

¹⁰² La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y El Protocolo Opcional a La Convención, 2º ed. (Instituto de la Mujer), artículo 10.

Se toma de base para establecer este derecho tan importante de las mujeres el artículo 4 de dicha convención el cual propugna que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a) El derecho a que se respete su vida;
- b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c) El derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d) El derecho a no ser sometida a torturas;
- e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f) El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g) El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.

El aborto en Europa y EEUU.

Con fines ilustrativos, cabe mencionar aquí las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América de 1973, del Tribunal Constitucional Alemán de 1975, 1985 y del Tribunal Constitucional Español de 1985, pues exponen casos donde se practicaron abortos, bajo ciertas circunstancias, que a continuación se explicaran.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en La Declaración de Independencia señala: “Estas son verdades que consideramos evidentes: todos los hombres han sido creados iguales, su creador los ha dotado de ciertos derechos inalienables, entre ellos, el derecho a la vida... y para asegurar estos derechos se han instituido los gobiernos entre los hombres...”

A pesar de que la Declaración de Independencia establece el derecho a la vida como un derecho inalienable, éste ha tenido diversas interpretaciones a través de los años.

Aunque no ha sido la única oportunidad en la cual se ha pronunciado sobre el aborto, *Roe vs. Wade* 410 US 113 (1973), constituye sin duda el caso más sonado abordado por la Corte Suprema de Justicia Norteamericana sobre la materia. La controversia tuvo lugar el 22 de enero de 1973, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América tomó una decisión que, desde ese entonces, ha generado divisiones sociales en esa nación como ninguna otra. Se hace referencia a la sentencia del famoso caso “*Roe vs. Wade*”, la cual estableció por primera vez un “derecho al aborto” dentro de los términos de la 14^a Enmienda de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia en 1973, sostuvo que la Constitución otorga protección a la mujer sobre el derecho que ésta tiene, para decidir si mantiene el embarazo o si aborta.

El conflicto en este caso se dio entre una madre soltera, bajo el seudónimo de Jane Roe, contra un Estatuto del Estado de Texas. Este Estatuto establecía que era un delito provocar un aborto, excepto cuando por razones médicas se debía salvar la vida de la madre.

Jane Roe, solicitó que se le autorizara abortar en su Estado (Texas) en condiciones de seguridad, es decir, que el aborto se lo practicara un profesional. No se podía practicar en este caso un aborto legal, porque su vida no estaba amenazada por la continuación del embarazo, es decir no existía una razón médica que justificara la interrupción del embarazo.

El juez Blackmun, quien habló en representación de la mayoría (siete votos), sostuvo que las leyes prohibitivas del aborto, tendían a castigar a las mujeres que tenían relaciones sexuales fuera del matrimonio. Sin embargo no se tomó en cuenta este argumento al momento de fallar el caso. Blackmun sostuvo que el derecho de la mujer a la intimidad, es el que debe tomarse en consideración para autorizar el aborto. Agregó que este derecho estaba reconocido desde 1891 como implícito en la declaración de derechos de Norteamérica.

La mayoría de los jueces consideró que era necesario poner en una balanza el derecho de la mujer a la intimidad y la vida humana del feto. Este balance de intereses los condujo a distinguir tres periodos del desarrollo del embarazo y así determinar la posibilidad de realizar el aborto.

Se determinó que en el primer trimestre del embarazo, la intimidad de la madre prevalece sobre la vida potencial del feto, y el médico que la atiende es libre para determinar si el embarazo debe o no concluir.

La jurisprudencia norteamericana, en este caso, se inclinó por la solución del plazo y le reconoció a la mujer el derecho de practicarse el aborto en los primeros noventa días de embarazo. Durante el primer trimestre la madre posee el derecho indiscutido de practicarse el aborto, excluyendo cualquier interferencia gubernamental.

La Corte Suprema Norteamericana según criterios médicos, determinó, que durante el segundo trimestre del embarazo, el aborto es más peligroso para la madre que el nacimiento mismo, y por esta razón, estableció que durante este período el aborto sólo es aceptable si tal intervención no pone en peligro la vida de la madre.

Finalmente se determinó que en el tercer trimestre el nasciturus tiene una alta probabilidad de sobrevivir fuera del vientre de su madre mediante la aplicación de procedimientos artificiales (viabilidad del feto). En este plazo sólo se admitió el aborto cuando fuera indispensable para preservar la vida o la salud de la progenitora.

Es decir, el Tribunal Supremo dictaminó que los Estados no pueden prohibir el aborto si en la opinión de "un médico autorizado para ejercer la medicina", éste es necesario para preservar "la salud o la vida de la madre".

Posteriormente, el Tribunal Supremo, en su fallo *Doe v. Bolton*, aclaró lo que en su opinión significa el término salud: "La decisión se puede tomar teniendo en cuenta todos los factores: físicos, psicológicos, emocionales, familiares y la edad de la mujer, todo los cuales están relacionados con el bienestar de la paciente". Inclusive aclaró el Tribunal que el embarazo pudiera "imponer una vida y un futuro desdichado a la mujer", producir "perjuicios o daños psicológicos", "obligarla al cuidado de un niño" y acarrear "la angustia o penalidades que acompañan al niño no deseado." Citó también las "dificultades y el estigma de la madre soltera", y el hecho de que el niño podría nacer en el seno de una familia que quizás sea incapaz de criarlo, psicológicamente y en todos los demás aspectos.

La Corte se declaró "incompetente" para resolver el problema de cuándo comienza la vida. No obstante lo anterior, declaró que los Estados solo pueden proteger la vida de un no nacido a partir de la viabilidad del feto. Es decir, en Estados Unidos, se considera que la vida humana- en el sentido de un individuo cuyos derechos son protegidos por la comunidad-comienza hasta el sétimo mes del embarazo.

Pero la Corte hizo más que especular y sentó precedente al decidir la forma en que se iba a regular la teoría de la vida prenatal en la ley constitucional norteamericana. Ésta determinó que la vida comienza cuando hay viabilidad, es decir, cuando el feto tiene la capacidad de tener una vida significativa fuera del vientre de su madre. De aquí se deduce que el feto, solamente representa vida potencial.

La Corte señaló dos razones por las que la palabra persona o individuo, no incluye al no nacido:

1. Que al utilizar la palabra “persona” en el resto de la Constitución, no tiene una aplicación prenatal.
2. Que durante la mayor parte del siglo XIX, la mayoría de las prácticas abortivas legales eran mucho más liberales de lo que son hoy en día.

En esta misma sentencia (Roe vs Wade), la Corte Suprema aprobó normas estatales que establecían como requisito el consentimiento de los padres de una menor para practicarse un aborto. O bien, la autorización judicial para realizarse tal intervención, cuando los padres no hubieran querido brindar tal consentimiento.

En resumen, el Tribunal estableció que durante el primer trimestre del embarazo, la madre posee el derecho indiscutido de practicarse el aborto, excluyendo cualquier interferencia gubernamental. Durante el segundo trimestre, el aborto sólo es aceptable si tal intervención no pone en peligro la vida de la madre. Finalmente se determinó que en el tercer trimestre el nasciturus tiene una alta probabilidad de sobrevivir fuera del vientre de su madre, mediante la aplicación de procedimientos artificiales y en este plazo sólo se admite el aborto cuando sea indispensable para preservar la vida o la salud de la progenitora.

Con base en esa Sentencia se establece el Sistema de Plazo del cual se amparan algunos países para poder regular los casos en que se debe autorizar el aborto:

Este sistema autoriza el aborto producido en los tres primeros meses de la gestación. Después de este periodo no se puede realizar libremente el aborto. El desarrollo del embrión dependerá de la voluntad de su progenitora.

De acuerdo a este sistema, se establece un límite temporal del aborto lícito, el cual se ha fijado en la decimosegunda semana del embarazo. Hasta entonces, basta con que la gestante solicite el aborto y que sea un médico quien lo practique, para que se autorice el mismo.

Las consideraciones que sostienen la determinación de tal plazo son: que el avance de la gestación ocasiona mayor riesgo para la mujer embarazada, el creciente valor de la "Spes Vitae", la distinción entre embrión y feto, la aparición del sistema nervioso central y de la actividad cerebral del feto, etc.

Sin embargo, a partir del tercer mes podrá permitirse abortar lícitamente si se presentan indicaciones sobrevenidas que repercutan en riesgo para la vida o salud de la madre -indicación terapéutica-, en cuyo caso el aborto siempre será lícito; o por razones eugenésicas comprobadas luego de los tres meses, situación en la que suele establecerse un tope temporal alrededor del sexto mes de embarazo.

El plazo de los tres meses no es arbitrario, sino que éste se fundamenta en razones biológicas, sociológicas, sanitarias y de política criminal.

La Ley Francesa del 17 de enero de 1975, es un modelo del sistema de plazos a nivel mundial mediante ésta, la mujer gestante que se encuentre en

una situación angustiosa puede pedir a un médico la interrupción de su embarazo, la cual sólo puede ser practicada antes de la décima semana del embarazo.

La práctica médica debe hacerse en un establecimiento hospitalario, aunque reconoce a los médicos la posibilidad de invocar la cláusula de conciencia (u objeción de conciencia) para no efectuar el aborto. De otro lado, en el caso de las mujeres menores de edad que estén dispuestas a interrumpir su embarazo, deberán contar con la autorización de uno de sus padres y en el caso de mujeres extranjeras deben acreditar una estadía mínima en el país de tres meses. Se exige, asimismo, que la mujer sea informada de los eventuales riesgos de la intervención, de los derechos y ayudas previstas en la ley, la consulta a determinados centros de información o servicios sociales y que transcurra, por lo menos, una semana, desde el momento de la petición y la práctica abortiva. Luego de las diez semanas, sólo se autoriza la intervención en supuestos de indicación médica o eugenésica.¹⁰³

Por su parte, cabe resaltar dos sentencias sobre el aborto pronunciadas por el Tribunal Constitucional Alemán:

En la primera Sentencia 39, 1 de 1975, sobre el aborto el Tribunal Constitucional Alemán decidió que la sección 218-A de la legislación de la República Federal Alemana que despenalizaba la práctica del aborto durante los primeros tres meses o doce semanas de embarazo sin que fuese necesario que la madre manejara o utilizara justificación alguna. El juez en esa ocasión manifestó que la Constitución Alemana protege la vida del que está por nacer como un interés jurídico independiente, interés que se

¹⁰³ Teodora Zamudio, Cuestiones jurídicas y bioéticas entorno a la Muerte, acceso el 07 de febrero del 2017, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://muerte.bioetica.org/mono/mono4.htm>

desprende de la afirmación de la vida y la dignidad humana¹⁰⁴ como valores supremos e inviolables consagrados por la Ley Fundamental. De acuerdo a estos criterios existe un deber de la mujer de llevar el embarazo hasta el momento del parto y una obligación por parte del Estado de proteger la vida en gestación.

El Tribunal Constitucional Alemán también hace referencia al deber que tiene la mujer de continuar y llevar a buen término el embarazo salvo en aquellos casos en los cuales la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar –en aras del respeto a este bien jurídico– valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro.

En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva. Si en tales casos el legislador considera que la conducta de la mujer no merece ser castigada y prescinde de los medios de una sanción penal, ello será en todo caso el resultado de una ponderación que cae dentro de la competencia del legislador y puede ser aceptada constitucionalmente¹⁰⁵. Ello sucede, según el Tribunal, en particular cuando la mujer tiene razones especiales de carácter médico (la continuación del embarazo pone en riesgo su vida o

¹⁰⁴ Jürgen Schwabe, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, “Extractos de las sentencias más relevante”, (México: Ed. Konrad Adenauer A.C, 2009), véase la sentencia 39, 1975.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

atenta gravemente contra su salud), eugenésico (el feto sufre de malformaciones serias), ético (el embarazo ha sido consecuencia de un crimen, como una violación) o social (serias necesidades económicas de la mujer y su familia).

La segunda sentencia sobre el aborto de 1985, entre otros aspectos importantes, ahondó sobre los supuestos de inexigibilidad del deber de llevar a término el embarazo y reitero las mismas razones de la anterior.

El Tribunal Constitucional español en la Sentencia 53-1985¹⁰⁶, con ocasión del examen del texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Consideró que a la luz de la Constitución española debían ser ponderados la protección de la vida en gestación con los derechos de la mujer embarazada, de manera tal que ninguno de los dos resultara anulado. En esa medida el Legislador estaba obligado a garantizar la vida del nasciturus pero también a establecer bajo cuales circunstancias la obligación de llevar a término el embarazo se convertía en una carga inexigible para la madre y en esa medida era inconstitucional.

Teniéndose en cuenta lo anterior, se puede deducir, que cuando los tribunales constitucionales han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción voluntaria del embarazo han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego, que en determinados eventos pueden colisionar; por una parte la vida en gestación, bien que goza de relevancia constitucional y en esa medida debe ser objeto de protección, y por otra parte los derechos de la mujer embarazada. Si bien han diferido al decidir cuál de estos intereses tienen prelación en el caso concreto, en todo caso

¹⁰⁶ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 53-1985 (España, Tribunal Constitucional de España, acceso el 05 de marzo de 2017, <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/433>)

han coincidido en afirmar que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer embarazada una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales.

El aborto en América Latina¹⁰⁷. La independencia de las Naciones Latinoamericanas data de la primera mitad del siglo XIX, por lo que se encuentran las primeras normas codificadas en materia penal, generalmente, hacia los años 1830 a 1890. El antecedente más importante de todas estas normas es el Código Penal de Napoleón de 1810, importado a América a través de las normas y codificaciones españolas.

En América Latina la legislación sobre el aborto es tratada en la totalidad de los países que la conforman, siendo permisiva esta conducta en algunos como totalmente prohibida en otros, como lo veremos a continuación.

En Argentina, el artículo 86 del Código Penal contempla la inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto cooperaren a causarlo. El aborto no es punible cuando se practique para evitar peligro para la vida o salud de la madre, o cuando sea producto de una violación sobre una mujer idiota o demente.

En México el Código Penal Federal establece en sus artículos 333 y 334 que el aborto no es punible ni se aplicara sanción cuando sea causado por imprudencia de la mujer o resultado de una violación, o cuando la mujer embarazada y el producto corran peligro de muerte respectivamente.

En Bolivia el Código Penal en el artículo 266 prevé el aborto impune en dos circunstancias: Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de

¹⁰⁷ Violeta Bermúdez Valdivia, *La regulación Jurídica del aborto en América Latina y El Caribe, estudio comparativo*, (Perú: CLADEM, 1998), 14.

violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto; o cuando el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre.

En Cuba el Código Penal en el artículo 267 dispone que se sancionara a la mujer y a la persona, no médico, que practique el aborto sin tener en cuenta las regulaciones de salud establecidas para esta circunstancia; y lo realice fuera de las instituciones oficiales.

Como se puede apreciar la Legislación Cubana es bastante permisiva con el aborto, lo que sancionan es la mala práctica, pues tiene unos centros de salud especializados, al igual que médicos certificados, los cuales son los únicos que pueden practicar este tipo de procedimiento.

Brasil es una República Federal, y siete constituciones estatales establecen la legalidad del aborto: Bahía la contempla en los artículos 279 y 282; el Estado de Goiás en el artículo 153; el Estado de Minas Gerais en el artículo 190; en Estado de Pará en el artículo 270, el Estado de Río de Janeiro en el artículo 291, el Estado de Sao Paulo en el artículo 224 y el Estado de Tocantins en el artículo 146.

En resumen, lo que establecen estas constituciones es la protección que debe brindar el Estado a la mujer que deseen interrumpir su embarazo, a través de una asistencia médica y psicológica especializada que le ofrezca una información completa sobre el procedimiento a practicar.

Según el estudio del Instituto Alan Guttmacher¹⁰⁸, en América Latina es comprensible el silencio alrededor del tema aborto ya que solo es permitido

¹⁰⁸ The Alan Guttmacher Institute, "Aborto Clandestino: Una realidad latinoamericana", (Nueva York, 1994), 1.

en Cuba, Puerto Rico y algunos países pequeños del Caribe y se practica en clínicas del gobierno por personal calificado en condiciones seguras, pero también por personal poco idóneo en condiciones de riesgo. Tanto en América Latina como en el resto del mundo el aborto se asimila a un método más de planificación familiar frente a un embarazo no deseado. Algunos países establecen una prohibición total del aborto entre los que se cuentan Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras; en Colombia hasta el 2006 cambia la situación, ya que existen tres casos de excepción que permiten el aborto y que están plasmadas en la sentencia C-355 de 2006¹⁰⁹.

Las reglas son un poco más flexibles en otros países latinoamericanos, como México pues, en casi todo el país, el aborto es permitido en caso de violación, cuando la vida de la mujer corre peligro, y en un estado, Yucatán, se permite cuando sea por razones económicas. No obstante, los investigadores informan que los abortos legales y seguros aún son difíciles de obtener en la mayor parte de América Latina.

En Colombia el aborto empezó a penalizarse en Legislación Colombiana a partir de 1837, en donde se sancionaba el aborto consentido y no consentido, pero admitía el aborto terapéutico; lo cual es ratificado en el Código Penal de 1890 en el artículo 640 , al permitir su realización cuando fuera absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer. Este Código también incluía el llamado "aborto honoris causa", que disponía una pena reducida en el caso de la "mujer honrada y de buena fama" para "encubrir su fragilidad".

¹⁰⁹ Sentencia C-355 de 2006, (Colombia, Corte Constitucional República de Colombia), acceso el 05 de marzo, 2017, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

En el Código Penal de 1890, el artículo 641 establecía el aborto consentido frente a ciertas situaciones. En el Código Penal de 1936, que rigió hasta 1980, el artículo 386 establecía el tipo principal de aborto consentido y se contemplaban otros tres tipos penales referidos al aborto: el del aborto sin consentimiento, un tipo penal con agravante punitivo para el médico, cirujano, farmaceuta o partera que interviniera en la realización del aborto y, finalmente, conservaba la atenuante para el aborto honoris causa. Esta normatividad fue reemplazada luego por el Decreto 100 de 1980, cuyo artículo 343 penalizaba el aborto -en su tipo principal- en similares términos a los incluidos en la codificación que entró a regir por virtud de la Ley 599 de 2000. Finalmente se llega a la codificación del año 2000, normas sobre aborto fuertemente censuradas socialmente y que son analizadas en la sentencia C-355 de 2006¹¹⁰.

Entre 1837 y 1936 se admitió, la despenalización del aborto terapéutico que resuelve el conflicto entre la vida del nasciturus y los derechos de la mujer. El Código Penal Hondureño prohíbe el aborto en todas sus formas, condenando a la mujer que haya prestado su consentimiento a una pena de entre 3 y 6 años de reclusión, al igual que al médico que, “abusando de su profesión, causa o coopera con el aborto”, a quien además se le impone una multa de entre 15.000 y 30.000 Lempiras¹¹¹.

Sin embargo, el “Código de Ética Médica”, en su artículo 80 permite a los facultativos interrumpir un embarazo “una vez agotados todos los medios terapéuticos para la conservación de la vida o preservación de la salud de la madre, puestas en peligro con motivo del embarazo”, exigiendo el consentimiento de la mujer y el de su esposo o representante legal, además

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Código Penal De Honduras, (Honduras, Congreso Nacional 1983), artículos 126 y 127.

de la constancia por escrito de al menos dos médicos que estén de acuerdo con la necesidad terapéutica del aborto¹¹².

En Honduras existe la posibilidad de practicar un aborto terapéutico, aun cuando las normas penales sancionen en forma genérica el aborto, ya que el Código Penal Hondureño, en su artículo 24 N° 5, establece dentro de las causales de justificación, que se halla exento de responsabilidad penal “quien obra en defensa de su persona o derechos siempre que concurran en determinadas circunstancias”. De esta forma, se entiende que cuando se armoniza el Código de Ética Médica, en su artículo 80 con el artículo 24 N° 5 del Código Penal, podría interpretarse que en los casos en que un profesional facultado se encuentra ante un embarazo que pone en riesgo la vida o salud de la madre, a tal punto que la única solución viable para salvaguardarlas es la práctica de un aborto, dicha solución quedaría enmarcada dentro de las causales de exención de responsabilidad penal, sin generar consecuencias punitivas ulteriores ni para el profesional que lo practica, ni para la mujer¹¹³.

El antiguo Código Penal Nicaragüense de 1891, permitía el aborto cuando a causa del embarazo estuviere en riesgo la vida o salud de la madre gestante, y en caso de violación. El antiguo artículo 165 señalaba: “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”¹¹⁴.

A partir del año 2006 el Código Penal Nicaragüense ha sido objetos de varias enmiendas como la de la Asamblea Nacional que aprobó la Ley N° 603 que

¹¹² Código De Ética Médica, (Honduras, Asociación Médica Hondureña), artículo 80.

¹¹³ Código Penal De Honduras, artículo 24.

¹¹⁴ Código Penal Nicaragüense, (Nicaragua, Asamblea Nacional Constituyente, 1974 Derogada), artículo 165.

modificó el Código Penal, derogando el artículo 165, que consagraba el aborto terapéutico. El 9 de julio de 2008 se promulgó un nuevo Código Penal que establece duras sanciones a las mujeres y facultativos que practiquen abortos, sin contemplar excepciones, pasando así de una legislación que se acogía al sistema de indicaciones a una ley rígida por el de prohibición absoluta. En la ley actual no existe ninguna disposición que haga referencia a embarazos en los que surgen complicaciones graves que exigen un tratamiento urgente y decisivo, como la interrupción del embarazo, para evitar la muerte o daños graves para la salud de la mujer o la niña embarazada¹¹⁵.

El artículo 143 del nuevo Código Penal Nicaragüense, señala lo siguiente: “Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión. Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario.

A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión”¹¹⁶.

En el año 2007, un importante grupo de personas y organizaciones sociales presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema en contra de la Ley N° 603, con la intención de reponer el antiguo artículo 165 del Código Penal, sin embargo, cinco años después, el recurso aún no ha sido resuelto.

¹¹⁵ Amnistía Internacional, “La Prohibición Total del Aborto en Nicaragua, la vida y la salud de las mujeres en peligro; los profesionales de la medicina, criminalizados” (España: Editorial Amnistía Internacional, Julio de 2009), 7.

¹¹⁶ Código Penal De Nicaragua, (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2007), artículo 143.

Es por ello que no se encuentra con un antecedente jurisdiccional que permita afirmar la real situación legal del aborto terapéutico en Nicaragua. Sin embargo, si revisamos las normas de exención de responsabilidad penal del respectivo Código, se encuentra en el artículo 34 del Código Penal que enumera 11 causales eximentes de responsabilidad Penal. De las cuales destacamos la N° 5 y 7, que podrían interpretarse en un sentido favorable a la práctica lícita de un aborto terapéutico, y que establecen lo siguiente: “Esta exento de responsabilidad penal quien: 5) En estado de necesidad, lesione o ponga en peligro un bien jurídico o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos, que: a) El mal causado no sea mayor al que se trata de evitar, b) La situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, c) El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse; 7) Actúe en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (...)”¹¹⁷

Hasta el año 1997, El Salvador se adscribía al sistema de indicaciones permitiendo el aborto en tres casos: cuando la vida de la madre gestante estuviera en peligro (indicación terapéutica), cuando el feto presentara malformaciones que lo hicieran inviable (indicación eugenésica), y cuando el embarazo haya sido producto de violación o incesto (indicación ética). A partir del año de 1997, la Asamblea Legislativa aprobó dos enmiendas que modificaron sustancialmente el panorama en materia de aborto en el país.

La primera, fue una reforma al Código Penal, que introdujo el artículo 133 que dispone lo siguiente: “El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho

¹¹⁷ *Ibíd.* artículo 34.

años”¹¹⁸; y la segunda fue una reforma a la Constitución Política de la República, en virtud de la cual, en su Artículo 1, se reconoce como persona a todo ser humano desde el instante de su concepción¹¹⁹. Al igual que en el caso chileno, diversos organismos nacionales e internacionales han insistido en la necesidad de revisar la legislación al respecto, mientras que la ciudadanía, a su vez, se ha manifestado con la intención de reformar la normativa aplicable, sin obtener respuesta favorable de parte de las instituciones.

En este sentido, en noviembre de 2007, dos estudiantes salvadoreños presentaron un recurso ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, para que declarara la “inconstitucionalidad por omisión” de la reforma al Código Penal que penalizó en forma genérica la práctica del aborto, por no contemplar ninguna indicación que en casos extremos permitiera a las mujeres interrumpir legalmente un embarazo. La Corte rechazó el recurso, estimando lo siguiente: “El Código Penal reconoce la posibilidad de conflicto entre los derechos del nasciturus y los de la madre en los supuestos de aborto y, a diferencia del sistema de las indicaciones expresamente reguladas, dispone la aplicación de las causas generales de exención de responsabilidad penal, como alternativas para la determinación judicial del conflicto. La postura adoptada por el Código Penal permite resolver el conflicto jurisdiccionalmente, desde la óptica de las causas de justificación como de las excluyentes de la culpabilidad, conforme a los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto”¹²⁰.

¹¹⁸ Código Penal de El Salvador, artículo 133.

¹¹⁹ Constitución de la República de El Salvador, artículo. 1.

¹²⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 18-1998* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

El Código Penal de El Salvador regula las causales de excluyentes de responsabilidad en su artículo 27¹²¹, dentro de las cuales, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia señala que permitirían, una vez consumados los hechos y en sede judicial, la práctica de un aborto bajo indicación no sólo terapéutica, sino también ética y eugenésica. Dichas causales serían: el cumplimiento del deber y el ejercicio legítimo del cargo (art. 27 N° 1), la legítima defensa (art. 27 N° 2), el estado de necesidad (art. 27 N° 3), estados de inconciencia (art.27 N° 4), la no exigibilidad de otra conducta (art.27 N° 5), y la colisión de deberes (art. 27 N° 6), Los cuales se encuentran regulados de la siguiente forma:

Artículo 27.- No es responsable penalmente:

- 1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;
- 2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurren los requisitos siguientes:
 - a) Agresión ilegítima;
 - b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla;
 - y,
 - c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa;
- 3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;

¹²¹ Código Penal de El Salvador, artículo 27.

4) Quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes:

- a) enajenación mental;
- b) grave perturbación de la conciencia; y,
- c) desarrollo psíquico retardado o incompleto.

En estos casos, el juez o tribunal podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad a que se refiere este Código. No obstante la medida de internación sólo se aplicará cuando al delito corresponda pena de prisión;

5) Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó; y,

6) Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos.

De lo anterior, se concluye que aun cuando el legislador salvadoreño adopta un sistema de prohibición absoluta del aborto, las normas generales sobre exención de responsabilidad permitirían la interrupción de un embarazo en los casos en que la vida o salud de la mujer gestante se encuentren en riesgo. Se tendría que estudiar más afondo si el aplicador de la ley se ampara en los criterios tomados en cuenta por la Corte Suprema de Justicia.

4.2. Jurisprudencia Nacional

Como se ha analizado, el Anteproyecto del Código Penal vigente, tenía el propósito de actualizar la norma penal para armonizar la legislación penal, la constitución y la realidad de la Sociedad Salvadoreña.

El anteproyecto contemplaba las excepciones del aborto, el Código Penal que está en vigencia no los contempla por lo que el propósito no se ve bien

reflejado en las normas que regula el delito de Aborto, puesto que al eliminar los indicadores tradicionales de este delito, no se está actualizando dicha normativa, ya que si bien se puede establecer por medio de las excepciones que regula el artículo 27 del Código Penal, trae como consecuencia confusión su correcta aplicación en los casos prácticos.

En este capítulo se analizarán algunas resoluciones a partir de la nueva regulación del Aborto, y como su aplicación práctica se ve muy limitada por la falta de interpretación.

Antes de ser aprobado el actual código, existió un gran número de propaganda en la que se pedía respeto al derecho a la vida del no nacido, en ese momento el país, se encontraban en campaña electoral; no es necesario decir que gran parte de la temática sobre el aborto fue un tema que la mayoría de los candidatos a diputado utilizó en las propuestas de campaña, ya que era una de las temáticas que sobresalían en aquel momento permitiéndoles ganar el favor de los votantes.

Sería iluso creer que esta problemática se acabaría con una reforma de prohibición, ya que es una realidad que involucra una variedad de temas, el aborto es más una consecuencia que una solución.

En la resolución de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, marcada con la Referencia 18-98, de fecha veinte de noviembre de dos mil siete. El proceso de inconstitucionalidad fue promovido por Martí Montalvo Y Marroquín Galo, realizado con el propósito que la se declara inconstitucional el decreto que contiene el Código Penal vigente por no contener las llamadas indicaciones tradicionales del aborto, vulnerándose con ello los artículos 1, 2, 3 y 246 Cn. El penalizar de manera absoluta este

delito trae como consecuencia la vulneración de distintos derechos, esta sentencia se ha tocado ya dentro de esta investigación, pero es este el momento de estudiar un poco más a fondo algunas consideraciones que tomo la Honorable Sala de lo Constitucional para dar su resolución.

También intervinieron en este proceso el Fiscal General de la República, el Presidente de la República y la Asamblea Legislativa: al admitir la demanda se ordenó que la Asamblea Legislativa y el Presidente de la República emitieran informes que expusieran los motivos que establecían la legalidad del cuerpo normativo impugnado.

La Asamblea Legislativa, al expresar las razones por las cuales considera que no existe la inconstitucionalidad alegada por los demandantes, estableció varios motivos dentro de los cuales se encuentran los siguientes: *Que el legislador pretendía adecuar y desarrollar los principios de la Constitución a la nueva normativa, este es un punto al que sea hecho referencia en anteriores ocasiones.*

La regulación del aborto –siguió–"mantiene las pautas marcadas por el derecho anterior, modificándose un poco en cuanto a los abortos no punibles. Se mantiene en este punto el sistema de indicaciones excepcionadoras que acertadamente recogía el C. Pn. derogado, pero se restringen algunas de las indicaciones por el establecimiento de un plazo; así, para la indicación ética, es decir el aborto cuando el embarazo es consecuencia de un delito contra la libertad sexual o de inseminación artificial no consentida, se establece el plazo de doce semanas, ya que es evidente la necesidad de un límite temporal como salida a una situación de riesgo para la salud o la integridad física o moral de la embarazada. Por otra parte, en la indicación eugenésica, se establece el plazo de veintidós primeras semanas,

pues médicamente es el lapso razonable para apreciar las enfermedades diagnosticables prenatalmente (sic)".

En consecuencia, se consideró que en ningún momento ha violado principio constitucional alguno, ya que lo que ha hecho es desarrollar los principios constitucionales de proteger la vida y en especial el de la persona humana de ser reconocida desde el instante de la concepción, razón por la cual no ha habido omisión alguna, como lo señalan los demandantes. El mismo C. Pn. – dijo– agrupa las causas que excluyen la responsabilidad penal en una sola disposición, sin estampar ningún término clasificatorio que propicia más un anquilosamiento y no el desarrollo de la dogmática jurisprudencial; por consiguiente, concluyó que será el juez quien valorará las causas que excluyen la responsabilidad penal.”

Estos argumentos establecen un punto importante en este estudio, puesto que el legislador no hace énfasis en el Código Penal que fue aprobado, sino más bien al ante proyecto de ley del mismo, puesto que en nuestra normativa no establece plazo para la práctica del aborto en ninguno de los caso tradicionales.

Es interesante este punto puesto parece que el legislador aprobó una cosa diferente a la que quería; este punto es tocado también dentro de los considerandos de la sala al dar su fallo.

Al rendir el informe respectivo, el Vicepresidente de la República y Encargado del Despacho de la Presidencia, Lic. Carlos Quintanilla Schmidt, dijo lo siguiente:

En el caso que nos ocupa, los conceptos a que se refieren los demandantes, como: "seguridad jurídica", "vida", "igualdad", "libertad", "salud", "dignidad de

la persona humana", etc., son conceptos jurídicos indeterminados, que resultan ser vagos e imprecisos en su contenido –lo cual no implica que la indeterminación del concepto se traduzca en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, "sino que en estos casos se plantea la oportunidad para escoger la solución más justa en casos más precisos"–Esos enunciados supuestamente inciertos –siguió–, "están intencionados y cargados de sentido, pues el constituyente prefirió el uso de conceptos abiertos que permitan fijar un patrón valorativo abstracto que corresponde al legislador secundario completar, sin imponer un sentido particular en puntos como los planteados, sino únicamente fijando instrucciones generales para que sean incluso aplicables a situaciones que pudiesen ocurrir en el futuro". Por consiguiente, afirmó que la indeterminación en los conceptos que han sido citados por los demandantes, "en realidad han habilitado al legislador a establecer jurídicamente una solución que para un momento determinado se estime correcta. Lo importante en esta apertura de la Constitución es que permite un espacio para la implementación de las posibles alternativas, que en esa realidad se aceptan como válidas".

El análisis que realiza sobre los indicadores tradicionales del aborto: el ético y eugenésico, es que estos pueden ser aplicados a través de las excluyentes de necesidad que regula el código penal en el artículo 27 en su Ord. 3; y en el caso del aborto terapéutico su aplicación estaría regulada en el Ord. 5. El vicepresidente, al presentar su argumentación de los tres tipos de aborto no cree que se encuentre ninguna inconstitucionalidad, pues estos se encuentran en el referido artículo.

Finalmente, el Fiscal General de la República, Licenciado Belisario Amadeo Artiga Artiga, señala que los tipos de aborto que estamos tratando no están regulados como abortos no punibles pero, para excluirlos de responsabilidad

es suficiente aplicar las causas de justificación reguladas en el artículo 27 del Código Penal.

Sin embargo, afirmó el licenciado Artiga Artiga: *“se ha dicho que, por no regularse en forma concreta los indicadores del aborto antes mencionados, es como si se estuviera avalando la práctica del aborto y, por otro lado, que no regular los abortos justificados es una afrenta a los derechos de la mujer. El código penal permite por medio de las causas excluyentes de responsabilidad, dar oportunidad a las autoridades judiciales para valorar los casos en que se pone en peligro la vida de la mujer por un embarazo, quedando la posibilidad de no sancionar a la familia, mujer o al médico por un aborto, ya sea este terapéutico, ético y eugenésico; en ese sentido, el artículo 27 del C. Pn. da las facultades al juez para determinar por medio de peritos u otros medios legales de prueba si realmente se tomó la concreta decisión al efectuar un aborto. Al eximir de responsabilidad en los casos de estos abortos continuo diciendo es potestad del juez, después de hacer un estudio de cada caso, determinar si son aplicables o no las causales que excluyen de responsabilidad penal.*

De lo expuesto, concluyó que "La Legislación Penal no ha omitido el delito de aborto en las figuras del terapéutico, ético y eugenésico, sino que se le ha dado un tratamiento distinto debido a su propia naturaleza, siendo este trato el que se les aplica conforme el artículo 27 del C. Pn." Por ello, pidió declarar "improcedente" la declaratoria de inconstitucionalidad que demandan los ciudadanos Roxana Ivonne Martí de Galo y José Fernando Marroquín Galo.

El Fiscal en su informe establece una forma de llevar a la práctica los indicadores del aborto de una manera legal, al establecer que es el Juez en cada caso concreto, el que debe determinar a través de pruebas científicas la existencia o no de la responsabilidad penal.

Estos son de forma sucinta los planteamientos por la partes intervinientes en esta sentencia; analizaremos a continuación los argumentos de la Sala de lo Constitucional:

En términos generales, las alternativas de punición del aborto en los casos de colisión de los derechos del nasciturus con los de la mujer embarazada son tres:

i-El sistema común de penalización, en el cual los casos se someten a las reglas comunes de la Parte General del Código Penal, bajo las circunstancias ordinarias que eximen o excluyen la responsabilidad penal – en nuestro caso el artículo 27 C.Pn.

ii-El sistema o solución de plazos, en el que se permite el aborto hasta un determinado momento de la gestación, fijado por lo general en las doce primeras semanas del embarazo, con base en la tradicional distinción entre embrión y feto y la idea que la interrupción del embarazo, en los tres primeros meses, acarrea menos peligros para la mujer.

iii-El sistema de indicaciones, que consiste en exceptuar expresamente la punición del aborto en situaciones como las siguientes: cuando el embarazo ponga en serio riesgo la vida o la salud de la madre o su salud (aborto terapéutico); cuando se presuma que el niño nacerá con graves malformaciones (aborto eugenésico o embriopático); y cuando el embarazo tenga origen en un delito contra la libertad sexual (aborto por razones morales). En las dos últimas circunstancias, la interrupción del embarazo debe practicarse dentro de un período de tiempo legalmente determinado.

En el C. Pn. vigente –de forma distinta al C. Pn. de 1973–no se ha establecido una regulación específica de las llamadas "indicaciones"

tradicionales del aborto, ni tampoco se ha optado por una solución conforme al sistema de plazos. En este punto es necesario aclarar que la regulación de ciertos plazos para las indicaciones ética y eugenésica –afirmada por la Asamblea Legislativa, en su informe relacionado en 1.3, como argumento contra la omisión acusada en la demanda– se refiere al proyecto de Código Penal y no a la forma en que finalmente se aprobaron las disposiciones pertinentes de dicho cuerpo normativo. En el Código Penal actual, el legislador ha desechado el sistema de indicaciones porque considera que cada uno de los casos comprendidos en las mismas puede ser resuelto conforme a las eximentes completas del artículo 27 C. Pn.¹²²

También se ha verificado que el sistema común de penalización adoptado por el Código Penal de 1997, vigente en la actualidad, reconoce la posibilidad de conflicto entre los derechos del nasciturus y los de la madre en los supuestos de aborto y que, a diferencia del sistema de las indicaciones expresamente reguladas, dispone la aplicación de las causas generales de exención de responsabilidad penal, como alternativas para la determinación judicial del conflicto. La postura adoptada en el C.Pn. permite resolver el conflicto jurisdiccionalmente, desde la óptica de las causas de justificación como de las excluyentes de la culpabilidad, conforme a los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto. Con una interpretación amplia de las eximentes del estado de necesidad e inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho, se pueden solventar los casos que se presenten.

Se considera importante aclarar el propósito de este trabajo: es el de estudiar el avance o retroceso en la regulación del delito de aborto, es por ello que es necesario el análisis de la anterior sentencia para comprender cómo la

¹²² Véase el Punto V literal C, Sentencia de Inconstitucionalidad 18-98.

jurisprudencia de nuestro país ve este tipo de delitos, y como trata de establecer soluciones al conflicto de los derechos de la madre y el nasciturus.

Con anterioridad planteamos en qué momento entra el análisis del Juez en este tipo de conflictos, y hemos de decir que la misma sentencia establece que por la forma que opera el artículo 27 del C. Pn. es solo cuando dicha conducta es consumada, de otra manera no puede ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de la indicación del aborto. “Es decir que, parcialmente existe una omisión por parte del legislador en regular que, con carácter previo y no como resultado de un proceso penal, pueda ser resuelta la controversia de los derechos de la madre con los del nasciturus”.

Por tal razón el legislador debería emitir la normativa jurídica correspondiente en la cual legisle sobre las circunstancias que extraproceso penal deben concurrir en las indicaciones del aborto.

Pero también debería existir de manera previa solución a la problemática; asesoramiento para la futura madre, ayuda psicológica, económica, entre otras, para las que se encuentra dentro de los indicadores tradicionales del aborto; es decir que antes de llegar a la utilización del tipo penal el gobierno tiene la obligación de brindar otro tipo de soluciones para ellas.

El caso de Beatriz, como es conocida la resolución 310-2013 la cual es pronunciada por el Recurso de Amparo interpuesto en la Sala de lo Constitucional, una mujer que padecía la enfermedad de lupus eritematoso sistémico con manifestaciones discoides agravado con nefritis lúpica y que, a la fecha de la presentación de la demanda, tenía aproximadamente 18

semanas de embarazo de un feto con anencefalia, siendo dicha anomalía incompatible con la vida extrauterina.

Es un ejemplo práctico de los conflictos que genera la actual regulación del aborto en la legislación Salvadoreña. En la demanda se establecía que la vida de la madre corría riesgo si continuaba con el embarazo, al analizar los hechos planteados en la demanda, ella podía entrar entre dos de los indicadores del aborto como son el aborto terapéutico o eugenésico, pero las ocho horas con treinta minutos del día veintiocho de mayo de dos mil trece la sala falla no ha lugar al Recurso de Amparo.

Un día más tarde de la anterior resolución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos requirió al Estado Salvadoreño que tomara todas las medidas médicas necesarias para asegurar la debida protección al derecho a la vida e integridad personal de Beatriz, lo que se traducía en una orden para interrumpir el embarazo conforme lo indicaban las recomendaciones de los médicos que la venían atendiendo. El 3 de junio, con seis meses de gestación, se le practica una cesárea a Beatriz. Cuando se difundió la noticia, la práctica médica ya no se llamaba aborto, sino “parto inducido”.

Luego de casi un año del caso de Beatriz se presenta nuevamente una demanda de Inconstitucionalidad que fue marcada con la referencia 170-2013, la cual fue interpuesta por Víctor Hugo Mata Tobar en la cual pedía se declara inconstitucional los artículos 133 al 144 de C. Pn., es decir, solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad de todo el capítulo II del título I del Código Penal relativo a la protección de la vida humana en formación, por la supuesta contradicción de los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad y resocialización, contemplados según el demandante en los artículos 3, 11 y 27 inc.3° de la Constitución y es así que a las once

horas y cuarenta y cinco minutos del día veintitrés de abril de dos mil catorce la Sala de lo Constitucional resuelve que es Inconstitucional e Improcedente la demanda planteada.

Otro caso interesante en este tema es el denominado “Las 17”, en abril del año 2014, Organizaciones de Mujeres y Derechos Humanos, presentaron ante la Asamblea Legislativa 17 solicitudes de indulto para mujeres que habían sido condenadas, por el delito de homicidio agravado según se establece ellas habían sufrido emergencias obstétricas. Hasta la fecha han sido liberadas dos mujeres, y una de ellas habiéndose ya cumplido el término de su condena.

CAPITULO V
ANALISIS DE LA PENALIZACION DEL ABORTO POR CAUSAS:
TERAPEUTICAS, ETICAS Y EUGENÉSICAS

Con la presente, no se pretende que se legisle sobre despenalización del aborto en un sentido absoluto, sino de encontrar la posibilidad de que se despenalice el aborto a consecuencia de tres razones: El aborto Criminológico o Ético, El Aborto Eugénico y el Aborto Terapéutico; casos que se encontraban regulados en el Código Penal de 1973 y conocer si la supresión de esas causas en el código penal vigente, representan un avance o retroceso en la legislación Penal Salvadoreña. Pues existen posiciones encontradas: una que pretende que se mantenga la penalización de forma absoluta y otra que se despenalice el aborto cuando el embarazo es a consecuencia de las razones anteriormente expresadas.

Se analiza la realidad que representa la temática del aborto, abordada desde la óptica de la penalización de este delito; y así tenemos que la práctica del aborto no dejara de existir con el aumento de penas, sino que se logrará disminuir a través del empleo de otros mecanismo como son la educación sexual y reproductiva; mecanismos que deben de en caminarsse a proteger la libertad sexual y reproductiva de las mujeres.

Por otra parte, de todos es conocido que El derecho penal debe constituirse para su aplicación en la última ratio, es decir que este principio exige que debe recurrirse a la vía penal en último término, para intervenir en una conducta delictiva; y que la razón de ser de las penas que se imponen, según se establece en la constitución, es, además de reprimir la conducta antisocial, la de resocializar a aquel que delinque; es decir aquella pena que

permita que una persona que ha resultado culpable de una conducta antijurídica, y por ello condenada pueda reinsertarse a la sociedad.

Muchas Legislaciones en el mundo despenalizan el de aborto por los motivos arriba mencionados. En ese sentido se considera que es necesario que en nuestro país establezca un debate serio sobre esta materia.

5.1. Perspectiva actual del Aborto en el ámbito Político

El aborto ha sido un tema muy debatido a lo largo de la historia, y en muchos países del mundo con diversas ideologías políticas en algunos y luego del análisis exhaustivo han llegado a la conclusión de que es necesario establecer el sistema denominado Sistema de indicadores, que es aquel en el cual se determinan casos en los que la ley despenaliza el aborto, debido a situaciones consideradas especiales o excepcionales que ameritan que se pueda practicar, debiéndose fundamentar médica y judicialmente para su implementación.

El Salvador es uno de los países que a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1998, penaliza de manera absoluta el aborto, legislación en la que ha quedado de mostrado, que su pretensión no ha sido efectiva, porque no ha logrado erradicar el mal que es el aborto; sino más bien se ha visto aumentada dicha problemática debido a múltiples factores; lo que trae como consecuencia que mujeres que adolecen de enfermedades crónicas fallezcan; ya que no pueden tener tratamientos que ayuden a su curación pues se les prohíbe tomar algún medicamento en el lapso de su preñez por ejemplo la mujer que padece de cáncer, pues, los tratamientos y medicamentos en su mayoría son abortivos. Por otra parte si vemos los casos de aquellas mujeres que han tenido un aborto, y acuden a un centro

asistencial y allí son detenidas y procesadas aun que el hecho no sea constitutivo de delito pues el aborto ha sido por causa llamadas medicamente naturales, y siendo ellas en la mayoría de los casos madres solteras y por tanto el sustento de su hogar, se produce como efecto colateral un grave perjuicio, porque ya no solo son los derechos de la mujer los que se encuentran vulnerados, sino también los de sus otros hijos a los cuales también se les vulneran sus derechos.

Actualmente en la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa hay dos propuestas que tratan sobre la problemática que investigamos: la despenalización del aborto.

Una es la presentada por el partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) que busca que se despenalice el aborto en aquellos casos en el que las mujeres se embarazan a consecuencia de abusos sexuales o que estando en esa condición se encuentre en peligro su vida.

La propuesta de este partido político surgió por iniciativa de la diputada Lorena Peña representante de dicho partido en La Asamblea Legislativa, quien busca que se reforme el artículo número 133 del Código Penal en el que se establecen penas de 2 a 8 años para el delito de aborto. La iniciativa busca establecer en el Código Penal la excepción de que no sea punible el aborto realizado "con el propósito de salvar la vida de una mujer" o "tutelar otros derechos de la mujer".

Uno de los argumentos del FMLN lo dio el Diputado Guillermo Mata, el cual apuntó que el debate no se debe centrar en *"filosofar qué es la vida"* sino en *los embarazos de adolescentes que son violadas, lo que representa un*

"problema de salud pública". Además expreso: "Aquí estamos hablando de una niña que por violación ha salido embarazada y que queda excluida de su familia, de la sociedad y termina en malos pasos porque no tiene apoyo y es tratada de una manera poco digna". "Critizando la posición del partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), por estar a favor de la pena de muerte y de la castración química".¹²³

Mientras tanto, el partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) ha reiterado su posición la cual consiste en que debe prevalecer el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Aquí se cita textualmente lo que expreso una de las diputadas del referido Partido, Margarita Escobar dijo: *"Con mi voto no cuentan, ni ahora ni nunca para matar a un ser indefenso, inocente y con vida propia" porque "el aborto es un crimen"*. Escobar acusó al oficialismo de querer desviar la atención pública con esta propuesta "en medio de una situación de crisis, como nunca la hemos visto en el país".

Por su parte otro diputado derechista, Ricardo Velásquez Parker, contrario a la petición del FMLN, ha solicitado que la pena para el aborto sea aumentada hasta 50 años, similar al de homicidio agravado.¹²⁴

Para ARENA La propuesta de despenalizar el aborto terapéutico y en caso de violaciones, presentada por el partido oficial ante La Asamblea de El

¹²³ "Diputados divididos por propuesta de despenalizar el aborto", Noticias de El Salvador - La Prensa Gráfica, publicado 12 de Octubre de 2016, www.laprensagrafica.com/2016/10/13/diputados-divididos-por-propuesta-de-despenalizar-el-aborto#sthash.41UjVPKE.dpuf

¹²⁴ "Despenalizar el aborto por casos de violación: vuelve el debate a la Asamblea, Noticias de El Salvador - La Prensa Gráfica, publicado el 13 de febrero 2017, <http://www.laprensagrafica.com/2017/02/13/despenalizar-el-aborto-por-casos-de-violacion-vuelve-el-debate-a-la-asamblea#sthash.VNuW3H33.dpuf>

Salvador, es una "cortina de humo" para desviar la atención de los problemas financieros del Gobierno.

Por su parte El Ministerio de Salud realizó un foro que trató aspectos bioéticos, ante los embarazos que ponen en riesgo la salud y la vida de las mujeres y abogó por pasar de la despenalización absoluta a una puntual. La Ministra de Salud Violeta Menjívar pidió que se reconsidere la propuesta de la diputada Lorena Peña, sobre el tema manifestando: *"No promovemos el aborto, promovemos la vida y la salud de las mujeres"*.¹²⁵

Con base a las declaraciones de ambas fracciones partidarias, se puede comprobar con propiedad que el tema del aborto está siendo debatido como algo meramente político, y no como un tema en donde están en juego derechos fundamentales y humanos de las mujeres.

La organización internacional conocida como Amnistía Internacional (AI) ha considerado la propuesta de aumentar la pena hasta 50 años como "escandalosa, irresponsable y contraria a estándares básicos de derechos humanos". Además ha denunciado continuamente la vigencia de la prohibición del aborto en el país centroamericano y ha pedido la liberación de mujeres condenadas por homicidios hasta con 40 años de prisión tras problemas obstétricos o abortos confusos.

Juliana Cano Nieto, directora adjunta de campañas para las Américas de Amnistía Internacional, sugiere que el problema en el debate sobre la

¹²⁵ "MINSAL dice que se debe reconsiderar aborto en casos de riesgo", Noticias de El Salvador - La Prensa Gráfica, publicado 21 de febrero 2017, <http://www.laprensagrafica.com/2017/02/21/minsal-dice-que-se-debe-reconsiderar-aborto-en-casos-de-riesgo#sthash.CmQQI0VM.dpuf>

despenalización del aborto en El Salvador quizá no solo sea que la clase política introduce ingredientes religiosos a la discusión. El problema principal, apunta, que puede ser que no se está contemplando que la ley actual facilita al Estado condenar, aun con falta de pruebas, sin que hayan vencido los juicios a más del 50% de la población salvadoreña, las mujeres, que viven en un país con deficiencias en educación sexual y acceso igualitario a una salud reproductiva de calidad.

En El Salvador abortan mujeres de todas las clases sociales, pero son las pobres las que enfrentan cárcel por ello. Así lo dice Juliana Nieto, directora adjunta de campañas para las Américas de Amnistía Internacional. Esta organización presentó a finales 2015 un informe titulado “El Salvador-Familias separadas, abrazos rotos”.

El informe recoge la historia de tres mujeres pobres que según Amnistía Internacional, enfrentaron la prisión tras haber padecido un aborto espontáneo o una emergencia obstétrica. Por lo ejemplarizante dentro de este trabajo se cree necesario plasmar de forma sucinta las historias de las referidas mujeres y dejar claro que el legislador no ofrece ninguna solución lejos de ello, causa una serie de vulneración de derechos que no solo afecto a estas mujeres, sino también a su entorno familiar.

a) La Primera es, Teodora Del Carmen Vásquez.

El 13 de julio del 2007, en el noveno mes de su embarazo, la vida de Teodora dio un giro de inesperado. Ese día, mientras se encontraba en su trabajo, Teodora empezó a sentir dolores y molestias en su salud.

En su relato la referida mujer expresa: “Cuando yo sentí que ya eran demasiado fuertes los dolores, agarré mi teléfono y empecé a hacer llamadas al 911, porque fue lo único que se me ocurrió. Me contestaba una

mujer y me decía que ya había mandado para que me fueran a ayudar, pero nunca apareció ningún tipo de ayuda... Llamé como cinco veces.”

Mientras esperaba la asistencia, Teodora siente deseos de ir al baño. En su camino al baño, y aún con dolor, sufre una caída. Posteriormente tiene una emergencia obstétrica en el baño, sufre desmayos, un sangramiento profundo y pierde el producto de su embarazo. Varios agentes de policía llegan a su lugar de trabajo. Teodora es detenida, esposada y acusada de cometer homicidio agravado ante la sospecha de haberse provocado un “aborto”. Al día siguiente, en la cama de un hospital y, aún confundida y desorientada, se encuentra con la mirada acusadora de los policías, quienes le preguntan: “¿Por qué lo hiciste?” Luego, es llevada a la cárcel. La familia de Teodora dispone de pocos recursos económicos, por lo cual, no contó con los recursos para una defensa legal efectiva. Es condenada en el 2008 a 30 años de prisión, de los que en el 2015, transcurrieron ocho (su privación de libertad se inició en el 2007).

b) La segunda es, María Teresa Rivera

Una madrugada de noviembre del 2011, sin saber que estaba embarazada, María Teresa sintió la necesidad urgente de ir al baño. De repente, su suegra conocida como “Isabel” escuchó un ruido y se despertó. Para su sorpresa, encontró a María Teresa en el suelo y sangrando.

Es llevada casi inconsciente al hospital, donde un miembro del personal de salud la denuncia a la policía por “indicios de haber abortado”. Es detenida y esposada en la cama del hospital tras ser acusada de homicidio agravado. Luego es trasladada a las celdas de una delegación policial, donde es insultada por los policías, quienes además le retiran el medicamento que le habían prescrito en el hospital. Con 29 años de edad, en julio del 2012, María Teresa Rivera es condenada a 40 años de prisión por homicidio agravado.

En su resolución de noviembre del 2015, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador señaló que no se garantizaron los derechos a la igualdad y no discriminación, así como, al debido proceso judicial de María Teresa Rivera. La Procuraduría constató que el principio de presunción de inocencia fue quebrantado y que la participación de María Teresa no pudo ser demostrada

c) La tercera es, “Berta”

Durante el año 2010, a los 28 años de edad, “Berta” empieza a sentirse mal de salud. En ese momento, ella cree que el tratamiento anticonceptivo le ha provocado las molestias. Al principio, no visita al médico debido a la falta de transporte público que la lleve a la clínica más cercana.

Con el tiempo, los síntomas empeoran y decide visitar al médico, quien le receta un medicamento. A primeras horas de la mañana del 25 de julio del 2010, “Berta” se levanta de su cama, va al baño y, de repente, se desmaya. Se intenta levantar un par de veces, pero otro desmayo la sorprende.

Su pareja se da cuenta y, en medio de la oscuridad, en un espacio sin energía eléctrica, la auxilia y la lleva al hospital. En el hospital le dicen que ha tenido un parto, le preguntan dónde está el recién nacido y dan aviso a las autoridades.

En agosto del 2010, en el hospital, “Berta” es detenida y acusada de homicidio agravado. Luego se inicia su privación de libertad. Durante la audiencia inicial del Proceso Penal, “Berta” tiene un defensor público que conoce el mismo día de la Audiencia. El juez ordena que el proceso penal pase a la siguiente fase y que “Berta” continúe presa.

En el curso del proceso, “Berta” tiene nuevos defensores en esta ocasión particulares. Su familia se pone en contacto con la Agrupación Ciudadana

por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, que la representa sin cobrarle nada. Gracias a las pruebas presentadas por sus nuevos defensores, el juez ordena la suspensión temporal del proceso (sobreseimiento provisional) y la sustitución de la medida de privación de libertad. Berta” sale de prisión. Sin embargo, la Fiscalía General de la República apela y, después de estar en libertad brevemente, “Berta” es enviada de nuevo a prisión. Finalmente, en junio de 2011, la inocencia de “Berta” se comprueba, y se ordena su libertad. Las pruebas aportadas por su defensa fueron determinantes para demostrar la inexistencia del delito. El proceso de criminalización dejó una marca imborrable en su vida: “a pesar de los años que han pasado, queda ahí penetrado”, dice “Berta”.

Dentro de los aspectos negativos de la criminalización de las tres mujeres que recoge este informe encontramos los siguientes:

1- Impacto en los hijos y las hijas de las mujeres criminalizadas.

El referido informe puntualiza los efectos que causa a la familia por la penalización de estas mujeres, principalmente a los demás hijos de las mismas. La forma en que los niños y las niñas viven todas las etapas del proceso penal —desde el arresto, hasta la condena y la privación de libertad— puede afectarlos para el resto de su vida. Por ejemplo, la primera visita a sus madres en prisión es un episodio especialmente difícil.

Al momento de dictar la sentencia de Teodora y María Teresa, los hijos de éstas tenían 3 y 6 años, respectivamente. En el caso de Teodora, su hijo la visita aproximadamente una vez al año. María Teresa, desde que está encarcelada, su hijo solo la visito en cuatro ocasiones. El hijo de “Berta” tenía 10 años al momento de la condena y, durante su tiempo en prisión, ella pasó seis meses sin verlo.

Además, agregando a lo anterior se dan inconvenientes como el tiempo que tienen que invertir los familiares para las visitas al centro penitenciario, los recursos económicos con los cuales no cuentan, a parte que se les requiere de ciertos documentos como Solvencia de Antecedentes Penales y Policiales, por los cuales deben pagar un costo monetario con el cual la mayoría de veces no cuentan. La presentación de dichos documentos son uno de los requisitos indispensables que exige la Ley Penitenciaria en su artículo 14-C literal B), para poder contar con la aprobación de visita a estas mujeres.

Por lo cual se puede decir que con la penalización de estas mujeres se les ha privado a sus hijos ya nacidos, el derecho a crecer en un ambiente familiar estable junto a sus madres.

Naciones Unidas ha establecido unas reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), las cuales señalan que en el caso de mujeres que tengan niños a su cargo y mujeres embarazadas, cuando sea posible y apropiado, se debe preferir la imposición de sentencias no privativas de libertad.

La importancia de la unidad familiar en la sociedad y para el buen desarrollo del niño y la niña ha sido reconocida en los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, el precepto se encuentra incluido en la Constitución y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador.

2- Ausencia de un debido proceso.

Es importante hacer énfasis sobre algunas garantías que tutela la constitución de la República que se ven vulneradas en el proceso de penalización de las mujeres que han sufrido un aborto cualesquiera que fuesen las circunstancias, es decir desde un aborto espontaneo hasta un aborto provocado.

La presunción de inocencia, está inmersa en el debido proceso, por lo tanto no puede concebirse un proceso penal sin la existencia de la presunción de inocencia, justamente por estar regulada según los presupuestos procesales y en la dogmática penal ambas de relevancia constitucional. Debiendo cumplirse no por un antojo de las autoridades menos por favores o privilegios, sino por respeto a la legalidad que deviene de la aplicación del derecho al menos a nivel hipotético para buscar la anhelada justicia para todas las personas a quienes se les atribuye un delito.

La Constitución de la República, en su calidad de ley principal establece en el Art. 12 “Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

La Presunción de inocencia constituye garantía fundamental a favor de la persona acusada de un delito, la cual es un límite a los actos arbitrarios que puede cometer eventualmente el Estado en la administración de justicia, en el discurrir del proceso penal, esta presunción no puede desvincularse de la persona procesada, porque implícitamente opera y la lleva como su piel mientras no se acredite en un juicio previo el reproche por haber transgredido una norma jurídica.

Dicha presunción de inocencia supone que toda persona a la que se le impute un hecho en un procedimiento penal conserva su calidad de inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, en Juicio con todas las garantías establecidas por la ley (inmediación, oralidad, contradicción, publicidad e igualdad de oportunidades para defenderse). Igualmente el derecho a la presunción de inocencia supone que el imputado no tiene la carga de probar su inocencia sino que es la acusación (en el caso de El Salvador la Fiscalía General de la República) quien tiene la carga probatoria de la culpabilidad de la persona contra la que se dirige el procedimiento. Además no procederá condena alguna si no se han practicado en el acto de Juicio Oral pruebas de cargo bastante susceptibles de debilitar la presunción de inocencia.¹²⁶

En los casos de las mujeres denunciadas por aborto y posteriormente acusadas por el delito de homicidio agravado (doloso), y que luego son condenadas, la vulneración de la presunción de inocencia, radica en que el sistema de justicia salvadoreño, las cree culpables desde el momento de la captura, ya que las tratan como tal, desde la denuncia en los hospitales públicos hasta la condena; por el hecho de que el sistema de justicia les impone tácitamente en las audiencias la carga de probar su inocencia; cuando en realidad lo que tiene que hacer la parte acusadora es justamente probar la culpabilidad.

Es condición necesaria para los jueces, que ante la duda razonable en los procesos, debe emitir un fallo favorable para las mujeres que se encuentran procesadas, regla procesal que forma parte de las garantías y derechos propios de la presunción de inocencia que se enmarca en el Art. 7 del Código

¹²⁶ Marina Balsells Cid, “Diferencia entre el derecho a la Presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo”, *Buenos Días Señorita ...* (blog), el 18 de junio de 2014, <https://buenosdiasenyoria.wordpress.com/2014/06/18/diferencias-entre-el-derecho-a-la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo/>

Procesal Penal: “en caso de duda el juez considerará lo más favorable al reo”. Dado que esta regla no se aplica en los casos en comento, porque supera la presunción de culpabilidad frente a la anhelada presunción de inocencia en El Salvador.¹²⁷

En algunas ocasiones, las mujeres son detenidas sin que las autoridades les den la oportunidad de contactar a su familia. Por ejemplo, la madre de Teodora comentó que, lejos de recibir una llamada de su hija o de alguna autoridad, fue notificada de la detención policial por el empleador de Teodora, quien le brindó limitados detalles del lugar y los motivos de la detención. Lo anterior, ocasionó un sentimiento de incertidumbre y preocupación.

El Código Procesal Penal salvadoreño, en su artículo 82, establece que la persona imputada tiene derecho a “designar la persona o entidad a la que debe comunicarse su captura y que la comunicación se haga en forma inmediata y efectiva”. De igual manera, el artículo 275, establece que los policías deben “Comunicar al momento de efectuarse la detención, a los parientes u otras personas relacionadas con el imputado, el establecimiento a donde será conducido.”

Además, con posterioridad al momento de detención de estas mujeres, no se les ha permitido a sus familiares visitarlas en los centros de detención ubicados en las delegaciones policiales (bartolinas). Como consecuencia, no conocen su estado de salud, el cual puede requerir seguimiento médico debido a la emergencia obstétrica. Lo anterior ha provocado sufrimiento y una terrible zozobra en la familia.

¹²⁷ Dennis Muñoz, “Presunción de Inocencia”, publicado 29 de octubre de 2015, <http://www.contrapunto.com.sv/archivo2016/opinion/tribuna/presunsion-de-inocencia>

3- Afectación económica y psicológica para estas mujeres y sus otros hijos. Muchas de estas mujeres son el principal sostén de su familia y la privación de libertad de las mismas incrementa el riesgo de que las familias entren en situación de pobreza extrema si es que ya no la padecen. Esto deteriora la calidad de vida de la familia y genera una serie de privaciones que atentan el ejercicio de derechos fundamentales como la educación, la alimentación, la vivienda digna, la salud, entre otros.

Hay otro grupo de mujeres que quedan en desamparo, siendo ellas madres solteras y las únicas responsables de sus hijos, y que al ser encarceladas, dichos niños quedan en una orfandad sin la presencia y amor de sus madres. Si bien es cierto el Estado cuenta con instituciones que acogen niños en donde les brindan techo, vestuario, alimentación y estudio; pero les hace falta el amor de sus padres y familia, lo cual es fundamental para un esencial desarrollo emocional de todo niño y adolescente; además en muchos de esos lugares son abusados por otros niños que son mayores que ellos, quienes los maltratan física y psicológicamente y eso va creando en estos niños traumas que en el futuro repercute de una forma negativa llevándolos a tomar decisiones equivocadas, ya sea incorporarse a grupos delincuenciales o seguir un mismo patrón de maltrato que ellos vivieron, el cual aplican hacia otras personas que les rodean.

Es importante hablar de los casos de embarazos por violaciones en los cuales no se les permite abortar a la mujeres quienes en su mayoría son niñas o adolescentes y que no cuentan con recursos económicos, ni la madurez emocional para poder hacerse responsables de sus hijos y poderles dar un nivel de vida adecuado, por lo cual la vida de esos pequeños se vuelve miserable porque son descuidados o maltratados por sus madres, ya sea, por la falta de experiencia ya que son niñas cuidando niños y que no

han recibido una orientación previa, o porque los dejan solos para poder salir a buscar la manera de obtener ingresos, muchas veces y quizás en su mayoría acudiendo a la prostitución de la forma que sea, para poderles dar el alimento.

Esos niños desde temprana edad son sometidos a tratos crueles y denigrantes o encuentran un estilo de vida en las calles, ya que son obligados a trabajar o mendigar por la misma necesidad de poder tener que comer o que vestir. Al andar por las calles se exponen a muchos peligros tales como agresiones físicas o sexuales de otras personas, pueden caer en la mala influencia de grupos delictivos o hasta perder la vida a manos de estos.

Además si estas madres no reciben la ayuda profesional necesaria para superar el trauma de una violación, es perjudicial para esos niños que están por nacer, ya que posiblemente sientan por ellos desprecio y con toda probabilidad, ejerzan en ellos violencia física y emocional, buscando desquitarse con sus hijos la furia u odio que sienten en contra de ese hombre que ejerció el acto de violación en perjuicio de ellas. La acción de estas mujeres genera violencia desde el momento que se enteran que se encuentran embarazadas por lo cual es pertinente preguntarnos ¿Qué se podría esperar en el futuro de estos niños?, lógica es la respuesta de que la mayoría llevarían una vida infeliz, y sin duda reproductores del ciclo de violencia en el que les tocó vivir.

Por lo anterior se hace necesario reflexionar sobre lo siguiente: En qué se beneficia el Estado al obligar a mujeres que den a luz en las condiciones ya mencionadas; como violaciones, extrema pobreza (condiciones paupérrimas), posibles niños delincuentes que perjudican a la sociedad

quitando incluso la vida de inocentes y que al final siempre serán asesinados antes de llegar a la mayoría de edad.

5.2. Perspectiva del Aborto desde el ámbito de la Medicina

5.2.1. La Responsabilidad de los Médicos en los casos de Aborto

De acuerdo a lo manifestado por el Doctor en medicina Miguel Antonio Guidos Serrano, quien es el presidente de la Asociación de Ginecología y Obstetricia de El Salvador, la cual en adelante abreviaremos como “ASOGOES”.

Quien cuenta su experiencia dentro de los hospitales y el sistema de salud pública de nuestro país desde las perspectivas de regulación del antiguo Código Penal de 1974, “El aborto no punible tenía que realizarse en una institución pública o en una privada no en la clínica del médico que llevaría a cabo el aborto, ya que no era un comercio el que se hacía; lo importante era ayudar a la paciente que lo necesitaba y que se encontraba en las situaciones descritas por el legislador y que autorizaba la práctica del aborto, como lo era: el aborto terapéutico, eugenésico y ético; el médico tratante debía de solicitar permiso al Director del hospital tratándose de instituciones públicas y en los hospitales privados a la Junta Directiva, para realizar el aborto pues, estos debían ser estudiados por las autoridades y cuando lo ameritaban se autorizaban.

Todos los hospitales tenían un Comité Médico conformado por galenos con experiencia y prestigio; quienes analizaban las causales que fundamentaba el médico solicitante para que se llevara a cabo el aborto. Mencionadas, debiendo este realizarse dentro de las instalaciones hospital.

Independientemente que la resolución fuera favorable o desfavorable dicho comité tenía la obligación de fundamentar la decisión, la cual era plasmada

dentro del expediente de la paciente, porque si existía duda por parte de las autoridades, podían revisar el cuadro clínico y corroborar que se había hecho de conformidad a lo establecido por el reglamento.

Esta era la forma en la cual se llevaba el procedimiento de aborto dentro de los hospitales conforme al antiguo Código Penal; con la entrada en vigencia del Código actual este procedimiento se eliminó impidiendo que los médicos realizaran la labor de salvar la vida de la mujer.

Por ello se efectúa un breve análisis del deber jurídico impuesto sobre las personas que laboran en los centros de salud, de informar de los casos de mujeres que han sufrido abortos y por ello buscado asistencia sanitaria. Ante esta circunstancia se complica la situación para las mujeres, puesto que se ven ante la disyuntiva de ir a los centros asistenciales y correr el riesgo de ser encarceladas o poner en peligro sus vidas por el hecho de no asistir a los hospitales por el motivo anteriormente apuntado.

La Organización de Amnistía Internacional sugiere que la criminalización absoluta del aborto no es una condición que afecte solo a la mujer que aborta o atraviesa una dificultad en el embarazo. Según Juliana Nieto, las consecuencias psicológicas, jurídicas y económicas atraviesan a todo un país, desde médicos que se sienten presionados para informar todo tipo de abortos por temor a ser considerados cómplices en un homicidio, hijos que quedan sin madre y familias enteras cuyo único sostén económico es encarcelado.¹²⁸

¹²⁸ “El Salvador-Familias separadas, abrazos rotos: Mujeres encarceladas por emergencias obstétricas y el impacto en sus familias”, Informe de la Organización Internacional: Amnistía Internacional (AI), publicado 30 de Noviembre 2015, <https://www.amnesty.org/es/documents/amr29/2873/2015/es/>

Otro punto al cual hace referencia dicho informe, es en cuanto al accionar de los médicos ¿Cómo deben actuar los médicos que se encuentran en esta situación? Amnistía Internacional considera que los médicos no deberían sentir que existe una obligación de tener que denunciar a la mujer; especialmente porque son ellos quienes pueden determinar cuándo hay emergencias obstétricas. Ellos pueden decidir si el caso amerita que se rinda un informe a las autoridades por encontrarse en una situación de riesgo.

Lo anterior se refiere a médicos que laboran en clínicas públicas, puesto que la mayoría de casos tienen en común un factor importante: que las mujeres que se encuentran en prisión por la criminalización del aborto son mujeres de escasos recursos, en cambio las mujeres que tienen facilidades económicas no acuden al sistema público de salud; tienen el privilegio de contar con posibilidades económicas estables y pueden realizarse abortos o si padecen complicaciones obstétricas las resuelven en clínicas privadas dentro o fuera del país, lógicamente sin sufrir consecuencias legales.¹²⁹

Con lo antes expresado no se hace referencia a que todos los hospitales privados realizan este tipo de procedimientos, lo que se pretende establecer es que al no encontrarse reguladas expresamente las excluyentes de responsabilidad penal los médicos creen que tienen la obligación de denunciar a todas las mujeres con signos de abortos independientemente de la causa de este. El Salvador como un Estado parte del Comité de Derechos Humanos 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. En este sentido: el

¹²⁹ “La penalización del aborto es un problema para más del 50% de la población salvadoreña”, elfaro.net, publicado 01 febrero de 2016, http://www.elfaro.net/es/201601/el_salvador/17888/

Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general del aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica¹³⁰.

Pero es imposible guardar la confidencialidad ya que, la fiscalía en base al Código Penal vigente, se encargó de difundir que los médicos deben de denunciar a toda paciente que ingrese con un cuadro de aborto, aunque solo sea una sospecha y esto es lo que confunde a muchos médicos generándoles el temor de ser encarcelados, pues la omisión de aviso es considerado un delito. Tal como lo establece nuestro Código Penal en el siguiente artículo:

Omisión de Aviso: Art.312. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, tuviere conocimiento de haberse perpetrado un hecho punible y omitiere dar aviso dentro del plazo de veinticuatro horas al funcionario competente, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

Igual sanción se impondrá al jefe o persona encargada de un centro hospitalario, clínica u otro establecimiento semejante, público o privado, que no informare al funcionario competente, el ingreso de personas lesionadas, dentro de las ocho horas siguientes al mismo, en casos en que racionalmente debieran considerarse como provenientes de un delito¹³¹.

Entonces de acuerdo al Art. 312 del Código Penal de El Salvador, él médico o profesional de la salud tiene la obligación de dar a conocer todos los hechos que son relevantes como: personas que se encuentra heridas por

¹³⁰ “Biblioteca de los Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota”, publicado 30 de marzo de 1999, <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/chile1999.html>.

¹³¹Código Penal de El Salvador, artículo 312.

armas de fuego, lesiones con armas corto punzantes, casos de abortos, entre otros.

Pero también se tiene la obligación del secreto profesional que se antepone al deber de denunciar un presunto delito, con el fin de garantizar la privacidad de las pacientes.

El secreto profesional médico se traduce en la obligación de mantener en reserva la información que recibe de él o la paciente y en principio ésta sólo podrá revelarse con el consentimiento de aquél o aquella.

Un elemento fundamental relacionado con la figura del secreto profesional es la confidencialidad, esta tiene estrecha relación con tres elementos como indica un sector doctrinario: la autonomía se relaciona con la confidencialidad en la medida en que la información personal sobre un paciente le pertenece a él y no debe ser dada a otros sin su consentimiento; ya que la confidencialidad se traduce en respeto al mantener la privacidad de los hechos confiados; la confianza que es la parte esencial en la relación médico- o paciente. Y es por ello que cuando recibe atención médica revela información muy personal, la cual no proporcionaría si supiera que el profesional no está obligado a mantenerla en secreto.

La preservación de la confidencialidad “es un principio fundamental del profesionalismo médico con raíces hipocráticas. La confidencialidad tiene un enorme significado instrumental cuando surgen temas sensibles de salud sexual y reproductiva puesto que personas enfermas y en riesgo a veces están dispuestas a renunciar a la ayuda necesaria, para no buscarla en individuos y entidades que no protegen sus identidades e información”¹³² .

¹³² Ana Victoria Suárez Farfán, “El artículo 23 de la ley general de salud y su aplicación en la figura del secreto profesional”, consultado 31 de agosto de 2017, <http://www.congresoderechosreproductivos.com/html/files/docscongreso/trabajoselec/AnaVictoriaSuarez.pdf>

Cuando se trata de un caso de aborto las posturas personales no deben modificar la conducta de los médicos, pues tienen la responsabilidad de valorar los procedimientos teniendo en cuenta la condición clínica de la mujer, el examen físico y los estudios de diagnósticos que se realicen. En todos los casos, la principal obligación de los médicos es garantizar la atención integral de las mujeres.

Independientemente de lo que los médicos puedan decidir sobre su accionar, está el deber del Estado frente una mujer que acude a un hospital en busca de ayuda por una situación de aborto; este debe de generar mecanismos que garanticen sus derechos, no una respuesta de castigo.

La revelación del secreto profesional está amparada en el Código Penal y se considera un delito, tal como lo regula el Art. 187. *“El que revelare un secreto del que se ha impuesto en razón de su profesión u oficio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de profesión u oficio de uno a dos años”*.¹³³

Aceptar que la detección de abortos sea justa causa para eximir a los médicos del deber de guardar secreto, implica valorar más a la persecución penal que la salud y la vida de la mujer; más allá del médico que debe de guardar la privacidad de la mujer, está el médico forense, que puede determinar si un aborto fue espontáneo, o provocado, pero se deben de estudiar estos casos cuidadosamente ya que hay mujeres que paren a sus hijos en sus casas y no les pueden proporcionar las atenciones y tratamientos necesarios como los que se les brindan en un hospital; en esos casos es necesario que el médico forense determine si el niño al nacer respiró o nació muerto, si existió aborto provocado por la mujer o fue

¹³³Código Penal de El Salvador, artículo 187.

causado por la naturaleza, si sucedió producto de descuido lo que podría constituir aborto culposo lo cual dejaría sin responsabilidad penal a la mujer. Con lo anterior se quiere señalar que ante la confusión que se le presenta al médico de cual norma aplicar, si la de informar a la autoridad competente del aborto o guardar silencio por el secreto profesional, se debe tomar en cuenta de que el profesional con su conocimiento puede identificar que un aborto ha sido provocado intencionalmente o por imprudencia o negligencia, o si por el contrario su diagnóstico es que el aborto ha sido producto de la naturaleza en cuyo caso no existiría delito y por tanto debe cumplir con el deber del secreto profesional. No obstante podría argumentarse que este planteamiento podría dar lugar a que médicos inescrupulosos se aprovecharían de esta situación y abstenerse de informar a la autoridad correspondiente de aquellos hechos que efectivamente son delictivos. Por esto es que sigue manteniendo que sería conveniente regular de una vez por todas, los casos en los cuales no sería punible el aborto.

Lo anterior se refuerza con lo manifestado por el doctor Guidos Serrano al hacer una breve referencia a el caso de "Beatriz"; ya que los médicos solicitaron realizar un aborto porque el lupus eritematoso sistemático que ella padecía era complicado; pues, cuando hay un embarazo se empieza a deteriorar todo el sistema de la madre como los riñones y el sistema vascular; todo esto por el hecho de estar embarazada. Por ello con el primer y segundo embarazo se presentó una preeclampsia¹³⁴ grave, esta enfermedad casi la mata; por esta razón en el caso de su primer embarazo los médicos tuvieron que hacer una cesárea de emergencia, tanto la madre como el hijo quedaron en cuidados intensivos.

¹³⁴ Definición ABC, "La preeclampsia es un trastorno que se caracteriza por la elevación de la presión arterial durante el embarazo, lo cual puede traer complicaciones que pueden afectar tanto al feto como a la madre", consultado el 22 de agosto de 2017, www.definicionabc.com/salud/preeclampsia.php

Para el médico Beatriz fue sometida a un peligro innecesario; no obstante se hicieron esfuerzos para que en el caso de su segundo embarazo se realizara el aborto a Beatriz, pero la Corte se pronunció al respecto y como ya se ha explicado no lo avalaron porque la Constitución contiene un apartado que protege la vida considerando ser humano al producto de la concepción. Así como el caso de Beatriz existen otros en los cuales muchas mujeres son obligadas a llevar su embarazo a término, aunque esto represente un riesgo para sus vidas.

Se respeta todas las opiniones porque contiene múltiples factores entre otros, las creencias religiosas que cada uno tiene, y por ello nos encontramos ante un estado laico que pretenda imponer concepciones religiosas, argumentando que quienes están a favor de despenalizar el aborto no están respetando la ley divina.

Se teme que con la existencia de una ley que apruebe las tres causales con las que se despenalizaría el aborto, se producirían estos de forma desmedida, pero hay que entender que las mujeres que se lo practiquen lo realizaran con un fin médico y necesario, no se debe juzgar haciendo referencia a que son asesinas, que quisieron embarazarse y luego abortar, sosteniéndose que son lo peor de la humanidad, obligando a que muchas mujeres violadas continúen con un embarazo que nunca han querido. En los casos de violación ya no se sabe cómo se tratará al violador si como un padre o un delincuente lo que no se comprende; al final son estos absurdos, que producen un vacío jurídico.

En la actualidad no se sabe cuántas mujeres mueren por abortos espontáneos ya que no asisten a los hospitales por temor a ser encarceladas, constituyendo la cifra negra de los abortos.

CONCLUSIÓN

En esta investigación que ha tenido como propósito estudiar si la penalización del aborto de manera absoluta, constituye un avance o un retroceso en el ámbito jurídico de nuestro país y por ello necesario la regulación expresa de las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal para los casos de los abortos éticos, eugenésicos y terapéuticos.

Se considera que no ha representado un avance dentro de la normativa penal, ya que en lugar de generar protección de derechos, genera la vulneración de estos; pues como hemos manifestado supra, es necesario reconocer que pese a la regulación que establece una prohibición de manera absoluta no se ha logrado impedir el hecho, pues las causas que se cree son lícitas y que así fueron consideradas en legislaciones anteriores siempre se darán continuará la mujer incurriendo en un delito que nunca hubiese querido cometer si las condiciones del embarazo hubiesen sido normales; el legislador pues las criminaliza de forma injustificada.

La religión sigue jugando un papel fundamental dentro del tema del aborto ya que se opone de manera absoluta a este, sin embargo esta posición radical ha experimentado cambios en cierta medida en la actualidad puesto que si bien es cierto esta conducta para la iglesia se considera un pecado, el actual Papa Francisco como máximo jerarca de la iglesia Católica, ha autorizado a los sacerdotes para que dispensen perdón a la mujer que cometa el pecado de abortar, siempre que exista arrepentimiento en la persona que lo practica, no obstante los ciudadanos de nuestro país y de muchas partes del mundo practicantes de la religión cristiana, en su mayoría se oponen a las prácticas abortivas cualquiera sea la naturaleza o razones por las cuales se provoca, incluyendo los indicadores a que hemos hecho referencia en este trabajo.

El Salvador es uno de los pocos Estados en América Latina en el cual se criminaliza de manera absoluta el aborto, sin importar las causas que la impulsaron a tomar esta decisión, incluso como se ha manifestado se blindó la penalización al elevarlo al rango constitucional al agregar un segundo inciso al artículo uno de la Constitución en el que se considera que se es persona desde el momento de la concepción, impidiendo de esta manera la reforma de la ley secundaria, pues para realizarla, previamente tiene que modificarse la Constitución de la República, y para ello, según nuestra legislación es condición necesaria que los miembros de una Asamblea legislativa con el concurso de cincuenta y seis votos la aprueben y los miembros de una nueva Asamblea – la cual cambia cada tres años—ratifique la modificación, algo que por el momento se ve imposible pues los diputados más que ver el problema desde el punto de vista de política criminal, le dan un tratamiento político, en el sentido que ven más sus intereses partidarios y personales, pues aceptar la modificación constitucional y con ello la posibilidad de que se autorice el aborto por razones terapéuticas, eugenésicas o porque el embarazo es producto de violación, les restaría votos en sus aspiraciones electorales; no obstante hay excepciones, como la iniciativa que hemos mencionado de la Diputada del Partido Político FMLN Lorena Peña.

Y siendo obligación del Estado de velar por el goce de los derechos de todos sus ciudadanos, como son el derecho a la salud, la vida, la libertad sexual y reproductiva, es importante que presenten verdaderas soluciones a esta problemática, ya que al no regular expresamente las excepciones con las cuales se excluiría de responsabilidad penal cuando se diera el aborto a consecuencia de los indicadores antes mencionados, ha generado que se vulneren derechos para las mujeres que se encuentran embarazadas y su vida se encuentra en peligro por la continuación del mismo.

Históricamente el Estado de El Salvador, ya ha contado con un código penal que dentro de su normativa regulaba las excepciones que permitían las prácticas abortivas, mismas que se encontraban señaladas en el tipo penal denominado aborto; por lo cual se considera que no sería nada nuevo en la legislación penal de nuestro país el que vuelvan a incluir, lo que llevaría a reestablecer los derechos que le han sido quitados a la mujer, permitiendo así evitar la muerte, el riesgo de muerte o de la integridad física de la mujer y las consecuencias colaterales que le acarrearán cuando es objeto de un proceso penal como ha quedado demostrado.

El Estado es garante de derechos y tiene la obligación de valorar las causas que deben tenerse en cuenta para crear las excepciones, por ejemplo el caso de los embarazos que son resultado del delito de violación, en los cuales en la actualidad se obliga a la madre a llevar a término el mismo, sin pensar en las consecuencias de dicha decisión; es cierto que el ser en formación es inocente de la conducta de su progenitor, es por ello que se cree necesario que en estos casos la mujer cuente con toda la ayuda posible como es la psicológica, económica y permitirle que al final tome la decisión que considere más conveniente, pues a veces y como está demostrado en nuestro país la mujer da a luz sin querer a la criatura y como no ha tenido atención de ninguna clase, pues por vergüenza o temor, prefieren abandonarlos, con las consecuencias legales para ellas, ya conocidas; se considera que no se puede colocarla en una situación de tortura de tener a su bebé, el cual que le recuerde toda su vida es acto de crueldad que le toca vivir, posiblemente esta mujer sienta algún rechazo hacia su hijo y eso no permitirá un buen desarrollo para el niño o niña; por lo tanto no es el juzgador el que debería tomar la decisión sobre si ese embarazo se lleva a término o se interrumpe, si no que le compete a la mujer afectada y el Estado debería de estar obligado a respetar su decisión. En las dos otras situaciones se

considera es más grande el problema, pues se pone en riesgo la vida de la mujer y como ha sucedido en muchas ocasiones han fallecido, tanto el que está por nacer como la madre, cuando pudo evitarse si hubiera continuado despenalizado el delito de aborto.

Por ello se trajo a cuenta la Resolución emitida por la Sala de lo Constitucional en el caso de Beatriz el que lamentable mente fue politizado, por algunos funcionarios de gobierno, ya que las organizaciones pro-vida y pro-aborto deseaban que el fallo fuera a favor de sus respectivos intereses; y fue la falta de análisis jurídicos y apoyo médico forense que no permitió sentar precedentes para la correcta aplicación de las excepciones de responsabilidad penal en los indicadores a que hemos hecho referencia, permitiendo así continuar con la vulneración de derechos para las mujeres que desean a ser uso de un servicio médico para realizarse un aborto de manera segura sin riesgos para su vida y cumpliendo con los requisitos legales que quedarían establecidos si se despenalizara el aborto, como en épocas pasadas lo fue.

Finalmente se quiere dejar en claro en este apartado, de la investigación realizada, que el país ha sufrido un retroceso en materia jurídico-penal, al derogar los indicadores por los cuales se autorizaba que la mujer realizara el aborto sin ser sujeto de penalización pues el legislador de la época, paradójicamente –dadas las condiciones culturales de hace más de cuarenta años, eran más conservadoras– legislo en favor de la despenalización. En cambio en pleno siglo XXI El Salvador es uno de los pocos países de América Latina que penaliza de forma absoluta el aborto, no obstante ser subscriptor de acuerdos internacionales que defienden los derechos de la mujer en este sentido.

Es seguro, después de analizar la situación, que El Salvador, está muy lejos el día en que se logre nuevamente despenalizar el aborto de forma relativa, pues las condiciones de carácter objetivo como subjetivo aún no están provistas; pero abrigamos la esperanza de que se den y con ello dar un paso con el cual se logre nuevamente reivindicar los derechos de la mujer, los cuales se han visto vulnerados grandemente, no por causas de política criminal sino por motivos político partidarios.

RECOMENDACIONES

El tema investigado como ha podido evaluar el lector, es sumamente controversial, pues como se ha dicho no solamente en nuestro país causa animadversiones dentro de la sociedad, algunas a favor de la despenalización de forma parcial y otros manteniendo su posición férreamente de que se condene a las mujeres sin importar las causas de su embarazo.

Ante tales circunstancias, se tiene la oportunidad en el presente trabajo de hacer algunas recomendaciones, conscientes de que son insuficientes, no obstante es un aporte que damos, seguras que vendrán otros u otras que seguirán tratando el tema y aumentando su número.

Se debe de debatir entre los diferentes sectores de la sociedad sobre el tema del aborto, de acuerdo a la realidad actual aprovechando el progreso tecnológico en la medicina, despojándose de tintes partidarios y procurando llevar la problemática como una política criminal del Estado con la finalidad de formular soluciones, con las que se logre que no se quebranten los derechos de las mujeres; como lo es el derecho a decidir sobre su propio cuerpo evitando que personas extrañas tomen las decisiones que solamente a ellas les corresponden.

Para lo anterior es indispensable estudiar minuciosamente la dogmática penal, para precisar si esta contiene disposiciones discriminatorias hacia la mujer, pero hacerlo mediante comisiones que se integren de manera múltiple, esto es, que se constituyan con profesionales de diferentes disciplinas pero con afinidad en el tema que se estudia, siempre de acuerdo

a la ética y la moral, pero, quitados de pasionismos o al menos alejados de ellos; esto crearía la posibilidad de despenalizar en determinadas circunstancias el delito de aborto.

Para lograr lo anteriormente apuntado, es condición necesaria la participación de la Asamblea Legislativa para que esta incorpore en la Legislación Penal de forma, precisa y clara las causales por las cuales el aborto se debería permitir, logrando así dos situaciones que se encuentran unidas intrínsecamente: la primera sería recuperar el avance que en materia penal se tenía en la Legislación Penal derogada y la segunda evitar la responsabilidad penal en la que actualmente caen muchas personas que practican el aborto, porque de esa forma no serían responsables penalmente las mujeres ni el medico encargado de realizarlo.

Abrir instituciones multidisciplinarias que se especialicen en el tema del aborto, para que se atienda a mujeres con embarazos de riesgo o a causa de violaciones, ya que en El Salvador no existe ninguna institución que vele por la salud mental y física de ellas.

Crear un comité medico con experiencia, con el propósito de que analicen los casos de embarazos riesgosos o por causa de violaciones y así determinar si es viable la realización de un aborto, y de esa manera se evitaría la práctica libre del aborto.

Impulsar políticas que promuevan de manera constante los derechos que las niñas y mujeres tienen, y la forma adecuada de ejercerlos sin ningún tipo de discriminación.

El Estado debería incluir en los pensum de estudios desde el nivel básico, medio y superior programas enfocados en la educación sexual y

reproductiva, con los objetivos siguientes: 1) a nivel básico: enseñar a los niños, niñas y adolescentes que la sexualidad es parte de la vida, de la propia imagen, del desarrollo de su identidad, que se les permita expresarse de forma natural de sus deseos y límites sin prejuicio; 2) a nivel medio: a) establecer una educación integral que permita conversaciones abiertas y honestas sobre las relaciones y el amor dejando a un lado el tabú, de igual manera que expresen sus actitudes y valores para que sean capaces de tomar decisiones responsables en su vida sexual. b) informar de manera adecuada a los adolescentes de los derechos y deberes que poseen, los cuales se encuentran amparados en la normativa nacional e internacional, para que no permitan que se transgredan sus derechos en cuanto a su libertad sexual y reproductiva. 3) a nivel superior: Promover la valoración positiva de la igualdad de género, la convivencia solidaria, la responsabilidad de la salud sexual y reproductiva, incentivando el respeto a la intimidad, para poder tratar el tema de la sexualidad de manera natural. Pero no solamente enseñar a la población estudiantil, sino que a la sociedad en general que deben proteger el ejercicio de tales derechos tanto de hombres como de mujeres.

Implementar y apoyar programas que van dirigidos a las víctimas de violaciones sexuales, dichos programas deben de proporcionar acceso a información y a métodos anticonceptivos de emergencia de forma gratuita y segura; asimismo garantizar la confidencialidad.

El Ministerio de Salud debería documentar de forma más detallada la tasa de mortalidad materna que se tiene a consecuencia del aborto, que se practica de forma insegura por el temor que existe de ser procesadas penalmente y así tomar conciencia que la penalización del mismo no es una solución para erradicar la práctica de dichos abortos.

Exigir que los funcionarios que laboran dentro del Órgano Judicial y demás operadores del Sistema de Justicia, cumplan y apliquen de forma adecuada los Convenios Internacionales de derechos humanos de la mujer, entre ellos los derechos sexuales y reproductivos, además este debe incluir un programa de asistencia y apoyo para víctimas de violaciones sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Álvarez Aldana, Enrique A. El delito de aborto. Argentina: Universidad de Buenos Aires. 1981.

Andorno, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. 2º ed. Madrid: Tecnos, 2012.

Bermúdez Valdivia, Violeta. La Regulación Jurídica del aborto en América Latina y El Caribe. Estudio comparativo. Perú: CLADEM. 1998.

Bougher, Kathy. Sigue la lucha por la libertad de las 17. Centro de Estudios de Género de la Universidad de El Salvador, junio 2015.

Cabanellas, Guillermo. El aborto. Su problema social, médico y jurídico. Argentina: Editorial Atalaya, 1945.

Cháves Cháves, Casimiro. El aborto según la Historia, la Razón y el Derecho. Madrid: sin editorial. 1958.

Feusier, Oswaldo Ernesto. Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador. Universidad Centro Americana José Simeón Cañas.

Gamboa Montejano, Claudia y Sandra Valdés Robledo. Regulación del Aborto en México. Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes Legislativos, Instrumentos Jurídicos Internacionales, Jurisprudencia y Opiniones Especializadas. Primera parte. México. 2014.

Herrera, Morena y Ana Landa. La Penalización Absoluta del Aborto en El Salvador: Del Hospital a la Cárcel. 2º ed. marzo, 2011.

Pabón Giraldo, Liliana Damaris. Aborto y Jurisprudencia Constitucional. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín. 2008.

Pérez Duarte, Alicia Elena y Noroña. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. El aborto. Una lectura de derecho comparado. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1993.

Ripollés, Soledad Arnau. El aborto eugenésico: Reflexiones ético -políticas desde la Voz de la Bioética de la diversidad funcional. Valencia: Departamento de Filosofía y Filosofía Moral y Política. 2012.

Schwabe, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes. México. Ed. Konrad Adenauer A.C. 2009.

Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino: Parte Especial. Argentina: Buenos Aires, 1987.

Terradillos Basoco, Juan María et al., Sobre el deber de cuidado. Consultarse a Serrano Piedecabras, Fernández. Manual de Teoría Jurídica del Delito. Consejo Nacional de la Judicatura: Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador 2003.

TESIS

Besio, Mauricio et. al. Aborto terapéutico: Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica. Facultad de Medicina Centro de Bioética Departamento de Obstetricia y Ginecología Centro de Estudios Jurídicos Avanzados: 2008.

Calderón Ramos, Eduardo. Estado de necesidad como excluyente de responsabilidad. Tesis Doctoral: para optar al título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 1977.

Henríquez Guerra, Marina Estela y Marvin Enemias Ortíz Díaz. Efectos Negativos De La Penalización Del Aborto Terapéutico, Eugenésico Y Ético

en El Salvador, a partir de la reforma al código penal en el año 1998 Y La Consecuente Reforma Constitucional En El Año 1999. Trabajo de Investigación para obtener el grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2015.

Raimundo Cea, Rodolfo Guadalupe. El Aborto En General. El Salvador. Trabajo de Graduación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. 2001.

Rivera Rivas, Digna Emerita, et.al., Punibilidad del Aborto Culposo. El Salvador. Trabajo de Graduación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad Francisco Gavidia. 2004.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Anteproyecto del Código Penal de 1998. El Salvador. Comisión Redactora del Código Penal. Ministerio de Justicia: Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica. Enero de 1994.

Código Penal de El Salvador Comentado, Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García. Tomo 1. El Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura; Escuela de Capacitación Judicial. 2004.

Código Penal de la Republica de El Salvador. El Salvador. Asamblea Legislativa 1826.

Código Penal de la Republica de El Salvador. El Salvador. Asamblea Legislativa 1998.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea constituyente 1983.

Código Penal de El Salvador. El Salvador. Asamblea Legislativa 1974.

Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres. El Salvador. Asamblea Legislativa. Centro de Documentación Legislativa 2011.

Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. El Salvador. Asamblea Legislativa. 2012.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Código De Ética Médica. Asociación Médica Hondureña. 1983.

Código Penal De Honduras. Congreso Nacional. 1983.

Código Penal Nicaragüense. Asamblea Nacional Constituyente. 1974.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. OEA: Comisión Interamericana de derechos humanos.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José. Costa Rica 22 de noviembre de 1969.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A III. París: Asamblea General de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos. Resolución 2200 A (XXI). Asamblea General de las Naciones Unidas. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

DECRETOS

El decreto de ratificación Constitucional fue publicado en el diario oficial N° 32, tomo 342 del 16 de febrero de 1999, y así quedo modificada la

Constitución de los Salvadoreños, que ahora reconoce la calidad del ser humano “desde el instante de la concepción”.

En 1973, mediante Decreto Legislativo N°. 270 de fecha 13 de febrero de ese año, publicado en el Diario Oficial N°. 63, Tomo 238, de fecha 30 de marzo, se aprobó el quinto Código Penal, el cual entró en vigencia el 15 de junio de 1974.

JURISPRUDENCIA

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Habeas Corpus. Referencia 155-2005. Corte Suprema de Justicia. 2007.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 18-1998. El Salvador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.2007.

INSTITUCIONES

Agrupación Ciudadana por la Despenalización de Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico. ¿Qué sabes sobre el indulto? El salvador. 2012.

Amnistía Internacional. La Prohibición Total del Aborto en Nicaragua, la vida y la salud de las mujeres en peligro; los profesionales de la medicina, criminalizados. España. Editorial Amnistía Internacional. Julio de 2009.

REVISTAS

Arnau Ripollés, Soledad. El aborto eugenésico: Reflexiones ético -políticas desde la Voz de la Bioética de la diversidad funcional. España, Instituto de Paz, Derechos Humanos y Vida Independiente. 2012.

Calderón, José Garrido. El aborto en la historia. Acta Medica Dominicana. N. 1. 1995.

Código De Ética Médica Adoptado por La Asociación Médica Hondureña.

Guardado, Santos. Retrospectiva del Delito de Aborto en la Legislación Salvadoreña. Enfoque Jurídico. Primera parte. 2015.

Rodríguez Díaz, Rubí Nieves. Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado. Revista Internacional de Éticas Aplicadas. Canarias, Facultad de Medicina Universidad de La Laguna, Hospital Universitario de Canarias, 2015.

Rojas, Nerio. Concepto Médico Legal del Aborto. N. 9. 1931.

The Alan GuttmacherInstitute, Aborto Clandestino: Una realidad latinoamericana (Nueva York, 1994).

DICCIONARIO

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.22ª ed. Madrid: Espasa, 2001.

PÁGINAS WEB

Arriaga, Carol B. Derecho a la seguridad Social.
<https://es.scribd.com/doc/35979185/derecho-a-la-seguridad-social>

Asociación Mujeres por la Dignidad y la Vida. La Penalización Total Del Aborto. http://www.lasdignas.org.sv/comunicado_11_oct2016_ddhh-salud-lasdignas/

BBC Mundo. El Salvador. Murió con el feto adentro porque la ley contra el aborto no nos permitió darle el tratamiento contra el cáncer. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-36870459>.

Biblioteca de los Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota.
Publicado 30 de marzo de 1999.

<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/chile1999.html>.

Calvo Blanco, Julia. Aborto Culposo en el Contexto de la Gestión Pública y las Ciencias Políticas. México. <http://mexico.leyderecho.org/aborto-culposo/>.

Carambula, Patricia. Aborto Inducido. <http://bellezaslatinas.com/aborto/aborto-inducido-causas-y-complicaciones>.

Cid, Marina Balsells. Diferencia entre el derecho a la Presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, *Buenos Días Señoría ...* (blog).

<https://buenosdiasenyoria.wordpress.com/2014/06/18/diferencias-entre-el-derecho-a-la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo/>

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.cidh.org/basicos/basicos3.htm>

Correa, Álvaro Aborto. Terapéutico. <http://es.catholic.net/op/articulos/12978/cat/554/aborto-terapeutico.html#>

Corte Constitucional Republica de Colombia. Sentencia C-355 de 2006. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm> de que es esta sentencia

Cruz Suárez, Antonio. Definición y Tipos de aborto. Protestante Digital. http://protestantedigital.com/magacin/10069/Definicion_y_tipos_de_aborto

Cruz Suárez, Antonio. Protestante Digital.com. Definición y Tipos de aborto. http://protestantedigital.com/magacin/10069/Definicion_y_tipos_de_aborto.

Definición de Preeclampsia. Definición ABC.

www.definicionabc.com/salud/preeclampsia.php

Definición de Aborto Inducido. <http://definicion.de/aborto-inducido/>.

Derecho Venezolano. El delito de Aborto. <https://derechovenezolano.wordpress.com/2012/10/30/el-delito-de-aborto>

Despenalizar el aborto por casos de violación: vuelve el debate a la Asamblea. Noticias de El Salvador - La Prensa Gráfica. <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Despenalizar-el-aborto-por-casos-de-violacion-vuelve-el-debate-a-la-Asamblea-20170213-0039.html>.

Diputados envían propuesta para despenalizar el aborto. Noticias de El Salvador - La Prensa Gráfica. <https://www.laprensagrafica.com/internacional/Diputados-envian-propuesta-para-despenalizar-el-aborto-20170720-0071.html>.

El Aborto. http://homepages.wmich.edu/~ppastran/4530/4530_wk10-aborto2.pdf.

El Salvador-Familias separadas, abrazos rotos: Mujeres encarceladas por emergencias obstétricas y el impacto en sus familias. Informe de la organización internacional Amnistía Internacional (AI). <https://www.amnesty.org/es/documents/amr29/2873/2015/es/>

Enciclopedia Jurídica. Aborto. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/aborto/aborto.htm>

García Espinar, Javier. Abogado y Consultor de Derechos Humanos. Cuadro de normas y mecanismos para la Protección de los Derechos Humanos. Fundación, acción Pro Derechos Humanos. <http://www.derechos humanos.net/derechos/index.htm?gclid=CPj31feludACFU5bhgodbDUCHA#topTable>

Interrupción voluntaria del embarazo, medicina e información.
<http://www.abortoinformacionmedica.es/2009/03/28/definicion-de-ive-interrupcion-voluntaria-del-embarazo/>

La Penalización Del Aborto Es Un Problema Para Más Del 50% de La Población Salvadoreña. elfaro.net. https://elfaro.net/es/201601/el_salvador/17888/.

La Prensa Gráfica. El Derecho a la Salud. El Salvador.
<http://www.laprensagrafica.com/2015/01/19/el-derecho-a-la-salud>.

Marlasca López, Antonio. Vida humana y persona.
http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000200002

MINSAL dice que se debe reconsiderar aborto en casos de riesgo. Noticias de El Salvador - La Prensa Gráfica. <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/MINSAL-dice-que-se-debe-reconsiderar-aborto-en-casos-de-riesgo-20170221-0023.html>.

Muñoz, Dennis. Presunción de inocencia.
<http://www.contrapunto.com.sv/archivo2016/opinion/tribuna/presunsion-de-inocencia>.

Navas, Patricia. Ciencia/Tecnología. <http://es.aleteia.org/2013/01/03/cuando-empieza-una-vida-humana-segun-la-ciencia/>

Oxford. Diccionario Español. 2016.
<https://es.oxforddictionaries.com/definicion/forzar>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1996. Base de datos Legal. <http://www.acnur.org/nuevaspaginas/tablas/tabla6.htm>

Peñas Defago, María Angélica. Estrategias para resistir la penalización absoluta del aborto en El Salvador. Movimiento de mujeres y cambio legal. Argentina: Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad Nacional de Córdoba.

<https://www.google.com/sv/search?q=Estrategias%20para%20resistir%20la%20penalización%20absoluta%20del%20aborto%20en%20El%20Salvador>

Planned Parenthood. Aborto Espontaneo.

<https://www.plannedparenthood.org/esp/temas-de-salud/embarazo/aborto-espontaneo>

Red-DESC. El Derecho a la seguridad Social. <https://www.escri-net.org/es/recursos/derecho-seguridad-social>.

Rivas, Margarita. Reflexiones en torno a los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos. Centro de Estudios de género Universidad de El Salvador. <http://genero.ues.edu.sv/index.php/derechos-humanos-de-las-mujeres/103-reflexiones-en-torno-a-los-derechos-sexuales-y-los-derechos-reproductivos>

Sentencia C-355 de 2006. Corte Constitucional de la República de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

Suárez Farfán, Ana Victoria. “El artículo 23 de la ley general de salud y su aplicación en la figura del secreto profesional”.

<http://www.congresoderechosreproductivos.com/html/files/docscongreso/trabajoselec/AnaVictoriaSuarez.pdf>

Tribunal Constitucional de España. Sentencia Inconstitucionalidad 53-1985. <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/433>

Valencia, Agenor González. Despenalización del aborto.

http://letrasuruguay.espaciolatino.com/aaa/gonzalez_valencia_agenor/despenalizacion_del_aborto.htm#_ftn12

Williams, Thomas D., L.C. El aborto y la doctrina social católica: La Versión Panfleto por Rev. 2007-08 USCCB, Programa de Respeto de Vida”, <http://fwdioc.org/abortion-catholic-social-teaching-spanish.pdf>

Zamudio, Teodora. Cuestiones jurídicas y bioéticas entorno a la Muerte. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://muerte.bioetica.org/mono/mono4.htm>