

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS



**“EL DERECHO A LA VIDA Y LA SALUD DE LA MUJER FRENTE AL
ABORTO TERAPEUTICO”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

PÉREZ DE CASTILLO, PATRICIA MARGARITA

SANDOVAL GUERRA, KAREN IMELDA

SERPAS CALDERÓN, XIOMARA GUADALUPE

DOCENTE ASESOR:

MSC.JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO 2018.

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. FRANCISCO OPORTO

PRESIDENTE

LCDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO

SECRETARIA

MSC. JUAN JOSE CASTRO GALDAMEZ

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO

RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ÁBREGO
VICERRECTOR ACADEMICO

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. CRISTOBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ
SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PENA MARIN
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA

DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ
VICEDECANO

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO
DIRECTOR DE PROCESO DE GRADUACION

LICDA. MARÍA MAGDALENA MORALES
COORDINADORAS DE PROCESOS DE GRADUACION DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURIDICAS

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por darme el entendimiento, y la sabiduría, por llenarme de paciencia, perseverancia y tenacidad para culminar con este propósito. Permitiéndome compartir este momento con todas las personas que amo.

A Mis Padres, quienes demostraron que la paciencia y perseverancia siempre obtiene sus frutos, por su amor y comprensión, especialmente por las oraciones de mi madre, por ser ellos el mayor ejemplo. Por hacer de mi lo que hoy soy.

A Nuestro Asesor de Tesis, MSC. Juan José Castro Galdámez, por su disposición acompañándonos para lograr con éxito el anhelado sueño profesional.

A Todas Aquellas personas que hicieron posible este logro.

DIOS LOS BENDIGA A TODOS

Pérez de Castillo, Patricia Margarita

AGRADECIMIENTOS

Dedico esta tesis **a mis hermanos** Cristina, Orlando, Lisette, Rosalba, Claudia, Hervin quienes fueron un gran apoyo emocional durante el tiempo en el que escribí esta tesis, además de ser un ejemplo por haber culminado sus carreras universitarias a pesar de cualquier obstáculo, que con ayuda de nuestra padres y con nuestra voluntad hemos sabido culminar.

A **mis padres** por esa ayuda incondicional durante todos estos años por el apoyo, el amor la dedicación y la entrega que han tenido en mi vida universitaria, gracias por ser mis mayores ejemplos de superación.

A **mi novio**, por el apoyo, la ayuda, por la motivación a pesar de las dificultades.

A los maestros que son fuente de información y desarrollo para cada estudiante, gracias por motivarnos.

Para **mis amigas**, Xiomara, Patricia, Jacqueline, Yeni, por impulsarme a seguir por estar pendientes de mi desarrollo estudiantil, son una parte indispensable.

Pasaré ellos es esta dedicatoria de tesis, pues es a ellos a quienes se las debo por su apoyo incondicional.

Sandoval Guerra, Karen Imelda

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de *tesis* me gustaría agradecerte a ti **Dios** por bendecirme para llegar hasta esta etapa, porque hiciste realidad este sueño anhelado.

A la **UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR** por darme la oportunidad de estudiar y ser un profesional y sentirme orgullosa de haber podido culminar mi carrera en esta alma mater tan prestigiosa en nuestro país.

A mis **PADRES**, ya que han hecho su esfuerzo desde que inicié mi vida como estudiante para poder sacarme adelante, dándome su apoyo emocional, moral y económico sobre todo, con todo el amor y entrega para así poder llegar hasta acá, sin duda después de Dios se lo debo todo a ellos.

A mi **ESPOSO**, porque desde que inició nuestra relación a mitad de la carrera nunca dudaste en darme tu apoyo, a darme ánimo cuando lo necesité hasta este día, porque también me has ayudado económicamente para concluir este proceso incondicionalmente con mucho amor.

A mi **HERMANA LILIAN**, por darme su apoyo emocional y moral siempre, por esas noches de desvelo juntas cuando me tocaba leer para exámenes y me ayudabas... por acompañarme a la Universidad en las ocasiones que lo necesité para darme los ánimos que me hacían falta; en fin por todo.

A mi **HIJA DANIELITA**, naciste en este largo y difícil proceso de tesis y te convertiste en mi motor de vida, mi inspiración a seguir y superarme para darte lo mejor de mí siempre y así que te sientas orgullosa de tu mamá.

A mis **COMPAÑERAS DE GRUPO KAREN Y PATRICIA**, por las veces que perdimos la paciencia para organizarnos en este largo proceso, pero al final de las cosas seguimos siendo amigas y compañeras.

Serpas Calderón, Xiomara Guadalupe

ÍNDICE

RESUMEN	i
ABREVIATURAS Y SIGLAS	ii
INTRODUCCION	iv
CAPÍTULO I:ASPECTOS HISTÓRICOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA VIDA Y SALUD EN RELACIÓN AL ABORTO TERAPEUTICO EN EL SALVADOR	1
1.1. Reseña Histórica Constitucional de la Protección al Derecho a la Vida. Aspectos relevantes en las Constituciones de El Salvador. (1841 a 1983).	1
1.2. El derecho a la vida como garantía Constitucional en la República de El Salvador.	5
1.3. Existencia legal de la Persona Humana desde el enfoque de la Ley secundaria en la República de El Salvador.....	6
1.4. Antecedentes relevantes que promovieron cambios en la ley secundaria en el tema del Aborto en El Salvador.	8
1.5. Pronunciamientos históricos del Código Penal de la República de El Salvador.	11
Colorario	19
CAPÍTULO II: LA PROPORCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: VIDA Y SALUD DE LA MADRE Y DEL NO NACIDO.	22
2.1. Fundamento Jurídico Acerca del Aborto en El Salvador.	23
2.2. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas.....	25
2.3. Criterios de Racionalidad de Derechos Fundamentales.....	26

2.4. Análisis de las Constituciones de la República de El Salvador en relación al Aborto.....	32
2.5. Fundamento del Derecho a la Vida.	34
2.6. Efectos y Consecuencias Legales del aborto en la Legislación Salvadoreña.	36
2.7. Del Estado de Necesidad.	39
2.7.1. Criterios de Aplicación del Estado de Necesidad en la práctica del Aborto Terapéutico.....	44
2.8. Ponderación de derecho a la vida y la salud de la mujer.....	53
Colorario	56
CAPÍTULO III: CONCEPCIÓN EN OTROS PAÍSES SOBRE EL ABORTO TERAPEUTICO VERSUS VIDA.	58
3.1. Legislación de México referente al tema del Aborto y el Derecho a la vida y la mujer.....	60
3.2. Legislación de Puerto Rico referente al tema del Aborto, el derecho a la vida y la mujer.	63
3.3. Legislación de El Salvador referente al tema del Aborto, el derecho a la vida y la mujer.	67
3.4. Planteamiento del caso Beatriz, Una Ciudadana Salvadoreña, referente al tema del aborto terapéutico (Descripción del Caso).	69
3.4.1. Caso Beatriz en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	70
3.4.2. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Beatriz.....	72
3.5. Sentencias Caso B. (CIDH vrs Sala de lo Constitucional). El Salvador.	73

3.6 Critica a la Sala de lo Constitucional de la Sentencia caso Beatriz	75
3.7 critica a la Corte Internacional de Derechos humanos al Fallo Emitido en el caso Beatriz.....	78
Colorario	79
CAPÍTULO IV: NORMATIVA JURÍDICA SALVADOREÑA	85
4.1. Legislación Civil Salvadoreña respecto a la protección a la vida.	87
4.2. Legislación de Familia en El Salvador respecto al derecho y protección a la vida.	89
4.3. Legislaciones Penales Entre 1826-1904.	90
4.4. Código Penal de 1998 de El Salvador respecto al aborto (vigente).....	92
4.5. Código Penal de 1998 de El Salvador respecto al aborto (vigente).....	101
4.6 Comentario generalizado sobre el abordaje constitucional y aplicación de la ley secundaria en algunos países distintos a El Salvador en materia de aborto.....	103
Colorario	107
CONCLUSIONES	111
RECOMENDACIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	120
ANEXOS.....	126
Anexo I. Técnicas de Investigación Documental.	124
Anexo 2. Estadísticas	129
Anexo 3. Voto disidente en el Caso B.C. (Amparo 310-2013).....	131
Anexo 4. Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2011	144

RESUMEN

La presente investigación lleva como título: El derecho a la vida y la salud de la mujer frente al aborto terapéutico. El aborto desde tiempos remotos es objeto de debate en la sociedad, debido a las diferencias de opiniones de la población, la iglesia y el Estado, siendo así que en la actualidad el tema sigue en discusión.

El aborto es considerado como un delito, como una forma de protección a la vida se aprueba el acuerdo de modificación del artículo uno de la Constitución, en el cual se agrega un inciso intermedio que dice textualmente, “así mismo reconoce como persona humana desde el instante de la concepción”.

El legislador establece concretamente que la vida es el bien más importante que debe de tutelarse por las leyes, es el valor principal dentro de los derechos del hombre, sin ella los demás derechos resultan inútiles.

La Constitución establece un sistema legal para la defensa no solo de la vida humana del no nacido, sino también la de la persona humana desde el instante de la concepción; la carta magna es la fuente de toda actividad normativa, es decir, la base fundamental en donde descansa toda la legislación salvadoreña, no pudiendo legislar en su contra o contradiciéndola.

En la investigación realizada se ha establecido que en El Salvador se debe de dar una ponderación a ambas vida cuando se encuentren en peligro, no se debe dejar morir a la madre dándole un tratamiento adecuado en cada caso en particular, siempre protegiendo a la vez la vida del ser que lleva en su vientre.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Cn:	Constitución
AL:	Asamblea Legislativa
Art.:	Artículo
N°:	Número
Inc.:	Inciso
Etc.:	Etcétera
Ej.:	Ejemplo
Ref.:	Referencia
C.Pn.:	Código Penal
C.Pr.Pn.:	Código Procesal Penal

SIGLAS

OPS:	Organización Panamericana De La Salud
ICCPR:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
OEA:	Organización de Estados Americanos
SEPS:	Sistema Estadísticos de Producción de Servicios
SIMMOW:	Sistema de Morbilidad y Mortalidad Web
CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos

CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CoIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
FGR:	Fiscalía General de la República
MINSAL:	Ministerio de Salud de El Salvador
OMS:	Organización Mundial de la Salud
P D C.:	Partido Demócrata Cristiano
LAIP:	Ley de Acceso a la Información Pública
LEIVLVM:	Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres
LEPINA:	Ley de Protección a la niñez y Adolescencia

INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida y su preservación, son valores que están protegidos por la Constitución de la República de El Salvador. El aborto a nivel mundial puede ser considerado como un derecho o como un delito, dependiendo del ordenamiento jurídico vigente de cada país, ya que cada uno de ellos regula el aborto de diferentes maneras. En el ordenamiento jurídico vigente de El Salvador, es considerado como un delito, sin embargo, antes de la reforma al Código Penal del año 1998, se establecían algunas excepciones a dicho delito; tal como el aborto terapéutico. Por incidencias de sectores sociales, que presionaron al gobierno de turno, en el sentido de suprimir todas las excepciones que contemplaba la ley penal. El 26 de abril de 1997 la Asamblea Legislativa aprobó el Código Penal vigente, desapareciendo el artículo que permitía indicaciones abortivas.

La Asamblea Legislativa aprobó el acuerdo de modificación del artículo 1 de la Constitución de la República, en el sentido que se agregara un inciso en el cual el Estado salvadoreño reconoce como persona a todo ser humano desde el momento de la concepción.

El tema del aborto, es un tema discutido que por las especiales circunstancias en que se desarrolla, probablemente esté amparado por una causa de justificación que pueda ser debidamente comprobada por especialistas en medicina.

Por aplicación de una causa específicamente consagrada al regular el delito de aborto, por aplicación de alguna de las causas generales de justificación

que contempla el ordenamiento o, eventualmente, por aplicación de una causa supra legal de justificación. En otras legislaciones, la primera es la opción que se habría adoptado, en la medida en que el sistema de indicaciones que ellas contemplan es mayoritariamente interpretado como un sistema de causas de justificación por estado de necesidad, consagrado en forma particular para el delito de aborto cuando este se realiza por razones terapéuticas.

El informe final, constituye un estudio de carácter dogmático sobre el derecho a la vida y la salud de la mujer frente a un aborto terapéutico. El tema a desarrollar lleva por nombre “El derecho a la vida y la salud de la mujer frente al aborto terapéutico”, el cual constituye una innovación en el Derecho Familiar, ya que anteriormente tales derechos en alguna medida estaban desprotegidos. Constituye la problemática el “Aborto Terapéutico”, siendo este un problema muy debatido en la sociedad actual, en el cual entra en conflictos bienes jurídicamente protegidos.

Se seleccionó este tema por el motivo que en El Salvador las leyes se decantan por una postura en pro de la vida del nasciturus y por ende las mujeres se ven afectadas al momento de decidir sobre su derecho a la vida y salud, cuando ambas entran en conflicto.

Es importante enfatizar que la presente investigación no debe verse como una apología al aborto, sino que la finalidad es comprobar la hipótesis que se plantea en el trabajo, la cual es: La relación directa que hay entre el orden constitucional y el derecho a la vida frente al aborto terapéutico. Es decir, ¿quién prevalece sobre la acción? La postura teórica está basada en los cambios que ha presentado la constitución con miras a mantener la protección del derecho a la vida.

El problema de esta investigación se basa en que el Código Penal de El Salvador prohíbe el aborto en cualquiera de sus formas, es decir, el terapéutico, el eugenésico, el ético, así como también el aborto culposo, de tal suerte que no es posible salvar la vida de mujer o proteger su derecho a la salud en caso de conflicto con el derecho a la vida del naciurus.

En consecuencia, se ha propuesto en este trabajo un objetivo general el cuál es dar a conocer, determinar y evidenciar como deberían de ponderarse las consideraciones legales de El Salvador en el derecho a la vida y salud de la mujer frente al aborto terapéutico.

El presente trabajo es una investigación documental y dogmática. Utilizando la metodología investigativa y documental, mediante la recopilación de diferentes documentos oficiales, así como la investigación de los casos emblemáticos que se presentan en este trabajo y que se detallan con todas las consideraciones legales involucradas en el desarrollo de estos.

Las unidades de análisis consideradas para el estudio de casos documentales del trabajo son parte del objeto de investigación, serán las cifras estadísticas que se logren recopilar durante la fase documental del trabajo. Las estadísticas que se consideran indispensables recopilar son aquellas que cotejen tasas de mortalidad durante el trabajo de parto en mujeres, involucrando a las que pudieron ser diagnosticadas con embarazo de alto riesgo o no, como parte de la población muestra para poder hacer el posterior análisis de las cifras.

El capítulo uno: Contiene la reseña histórica constitucional de la protección al derecho a la vida. Aspectos relevantes en las Constituciones de El Salvador. (1841 a 1983); El derecho a la vida como garantía Constitucional; la

existencia legal de la persona humana desde el enfoque de la ley secundaria; antecedentes relevantes que promovieron cambios en la ley secundaria en el tema del aborto en El Salvador; pronunciamientos históricos del Código Penal de la República de El Salvador

El capítulo dos: Contiene el fundamento jurídico acerca del aborto en El Salvador; enfoque del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas; Los Criterios de Racionalidad de Derechos Fundamentales; análisis de las Constituciones de la República de El Salvador en relación al aborto; el fundamento del Derecho a la vida; caracteres del Derecho a la vida; los efectos y consecuencias legales del aborto en la Legislación salvadoreña. Y del Estado de Necesidad.

El capítulo tres: contiene la legislación de México referente al tema del aborto y el derecho a la vida y la mujer. Legislación de Puerto Rico, Legislación de El Salvador referente al mismo tema, el derecho a la vida y la mujer. Planteamiento del caso Beatriz, una ciudadana salvadoreña, en el tema del aborto terapéutico (Descripción del Caso). Caso Beatriz en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencias Caso B. (CIDH vrs Sala de lo Constitucional). El Salvador.

El capítulo cuatro: Contiene la norma jurídica salvadoreña, protección a la vida por la Constitución de El Salvador. Legislación Civil salvadoreña respecto a la protección a la vida. Legislación de Familia en El Salvador respecto al derecho y protección a la vida. Legislaciones Penales entre 1826-1904. Código Penal de 1998 de El Salvador respecto al aborto (vigente). Comentario generalizado sobre el abordaje constitucional y aplicación de la

ley secundaria en algunos países distintos a El Salvador en materia del aborto.

Finalmente, se detallan todas las conclusiones obtenidas como equipo y se determina una serie de recomendaciones con el objetivo de aportar una solución al problema de las prácticas abortivas, o al menos establecer una visión de los problemas suscitados por la supresión de las excepciones al artículo 133 del Código Penal que contiene el delito de aborto.

Las unidades de análisis con relación a la investigación es de tipo documental, ya que previamente se verificó y el acceso a la información de estadísticas y censos de estos temas no existe facilidad para encontrarla debido a que son temas de mucha reserva para el personal médico del Hospital de Maternidad, en los cuales no son datos que quieren revelar debido a lo delicado de estos casos.

Solamente se tuvo acceso a unos datos sobre cifras que se logró ubicar vía internet con ciertas dificultades ya que nunca se encontró tan detallado el tema que nos compete.

De igual manera una de las cosas donde también se tuvo dificultad, es a la hora de la búsqueda de jurisprudencia ya que no se encuentran casos de manera que hayan llegado hasta el nivel jurídico.

CAPÍTULO I

ASPECTOS HISTÓRICOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA VIDA Y SALUD EN RELACIÓN AL ABORTO TERAPEUTICO EN EL SALVADOR

El fin de estudiar la evolución histórica se destaca en comprender y valorar la conducta de los hombres, especialmente en lo que se refiere al respeto de la vida desde el momento de la concepción, realizando de esta manera comparaciones de las diferentes Constituciones y leyes secundarias que se han creado en El Salvador, y así para comparar con la actual legislación. La importancia de la Constitución radica en que ésta se constituye como la normativa primaria del país, en donde ningún Tratado Internacional, ni las disposiciones secundarias pueden violar o contradecir el precepto constitucional.

1.1. Reseña Histórica Constitucional de la Protección al Derecho a la Vida. Aspectos relevantes en las Constituciones de El Salvador (1841 a 1983)

La Constitución de 1841 en su Art.68, se refirió a la defensa de la vida y la Libertad, aunque no se mencionan los derechos de la familia, solamente se comenzaban a reconocer ciertos derechos a los ciudadanos de la República, más que todo en sentido patrimonial.¹ Por su parte, La Constitución de 1864, en su Art.77; la de 1871 en el Art.18; la del

¹Constitución de la República de El Salvador, (decretado el 18 de febrero de 1841, Publicado el 22 de febrero de 1841), Art. 68

1880 en el Art.15; la de 1883, Art.11; y la de 1886, Art.9;² contenían la misma literalidad en los preceptos mencionados, la cual decía: *"Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho incontestable a conservar y defender su vida, su libertad y propiedad, a disponer libremente de sus bienes de conformidad con la ley"*. Además, se reconocían los derechos y deberes, teniendo principios de igualdad, libertad y fraternidad; base de la sociedad, también lo constituían el trabajo, la propiedad y el orden público.

De lo anterior se deduce que ya existía la protección a la vida, por ello carecería de sentido tratar de derechos y libertades fundamentales, si no existiese el ser humano como el principal sujeto de derechos.

En ese mismo contexto, la Constitución de 1962 en su Capítulo Uno, titulado la familia, en el Art.17, ya concebía expresamente la familia como base fundamental de la sociedad, protegida por el Estado, fomentando el matrimonio y dando protección y asistencia de la maternidad y de la infancia, además igualdad jurídica entre los cónyuges; este artículo le está dando una mayor protección al no nacido, por la razón de que si se le da una asistencia legal a la madre, se le está otorgando derechos al ser que está en gestación en una forma indirecta, el cual es uno de los objetos de la norma jurídica en mención, aunque no se diga expresamente.

Por otra parte, la constitución de 1939, establecía en su art. 25 "Todos los habitantes de El Salvador, tienen derecho a conservar y defender su vida, honor, su libertad y propiedad y a disponer libremente de sus bienes."

La Constitución de 1945 en el art. 5 retoma lo establecido en la

²Ibidem Art. 77.

constitución de 1950, en el art. 176 disponía. “Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión”. Así se establecía en la Constitución promulgada en 1969, Art.163.

En la Constitución de 1983, el Art. 2 estableció, 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 protegido en la conservación y defensa de los mismos”. Siendo hasta en ese momento cuando surge el debate en cuanto si la vida debía protegerse desde el nacimiento o la concepción.

La regulación del derecho a la vida ha sufrido una transformación, debido a que a inicio de 1999 se generó una coyuntura política en la cual se inició una lucha por algunas Organizaciones que buscaban la despenalización del aborto.

Lo anterior originó que la Asamblea Legislativa discutiera la despenalización del aborto a raíz de una propuesta de reforma a la Constitución (en sus formas: terapéutico, ético y eugenésico) simultáneamente se discutía un proyecto de ley para modificar el código Penal.

Esta situación motivó a que ciertas Instituciones y Organismos no gubernamentales se abocaran realizando peticiones y manifestaciones públicas frente a este órgano del Estado con el propósito de evitar tal despenalización, propugnando por la garantía del derecho a la vida desde el instante de la concepción.

El Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la persona

presentó a la asamblea legislativa una enmienda de reforma constitucional del Art.1 donde solicitara se estableciera un inciso segundo en que se reconociera a todo individuo de la especie humana desde el momento de la concepción hasta su muerte natural como persona.

De ahí que la Asamblea legislativa (1994-1997), realizara en su última sesión plenaria del 30 de abril de 1997, sin un estudio exhaustivo y sin mayor discusión, aprobara la reforma al Art.1 de la Constitución.

La enmienda aprobada, adiciona un inciso segundo al Art. 1 de la Constitución de 1983 antes aludido, la cual expresa “Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.”³

Esta reforma fue ratificada por la legislatura del período 1997-2000 el día 3 de febrero de 1999 a petición del Comité para la defensa de la vida humana y la dignidad de la persona.

La Constitución de la República al reconocer que es persona humana desde el instante de la concepción eleva a categoría de valor jurídico fundamental la dignidad humana, por ser esta inherente a la persona humana, la cual se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida que lleva consigo la pretensión a ser respetada por las demás personas y el mismo Estado.⁴

De tal aseveración deriva el reconocimiento del valor de la persona humana

³Acuerdo de Reforma Constitucional No 1 del 30 de abril de 1997. D.O. 87 Tomo 335. San Salvador 15 de mayo 1997.Pag 3

⁴Ibídem. P 3

como identidad independiente de la madre y además preexistente al ordenamiento jurídico mismo, ya que la persona por su dignidad ostenta derechos inviolables que le son inherentes por tal calidad.

1.2. El Derecho a la vida como garantía Constitucional en la República de El Salvador

El Derecho a la vida se regula en el Art. 2 de la Constitución de El Salvador que literalmente dice: “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 protegido en la conservación y defensa de los mismos”. De esta manera se encuentra reconocido en la Constitución desde 1983, a raíz de la reforma a este artículo se le intercaló un segundo inciso que versa: “Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.

En el Art. 144 Cn, reconoce que los tratados Internacionales celebrados por El Salvador constituyen y se convierten en leyes positivas y vigentes de la república una vez cumplidos los requisitos respectivos, siendo éstos que hayan sido suscritos por el Órgano Ejecutivo y ratificados por el Órgano Legislativo, y a la vez reconoce la superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados Internacionales, refiriéndose el segundo de dichos artículos de manera expresa a los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

El Art. 246 Cn, establece que los principios, derechos y obligaciones establecidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio, asegurando categóricamente la supremacía jurídica de

la Constitución sobre todas las Leyes Secundarias. Al expresar la Constitución que toda persona tiene derecho a la vida, no debe identificarse la expresión persona con su equivalente en el Derecho Civil, en el cual se considera que es persona hasta el nacimiento, pues tal equiparación como recurso interpretativo limitaría el alcance de la norma constitucional ya que los derechos concedidos en esa área son de otra naturaleza, sino que la protección del derecho a la vida es conferido para todo ser, sin distinción entre el nacido y el no nacido puesto que los derechos fundamentales deben de interpretarse amplia y extensivamente.

1.3. Existencia legal de la Persona Humana desde el enfoque de la Ley secundaria en la República de El Salvador

Mucho se ha discutido sobre la existencia legal de la persona humana, es decir, en qué momento se inicia la misma, ya que existen corrientes que sostienen la tesis que la existencia legal comienza desde el nacimiento de la persona y otros sostienen la presencia de la legalidad desde el momento de la concepción; pero para decir que el nacimiento marca el inicio de la existencia legal, es necesario que se den ciertos requisitos, según Manuel Somarriva:⁵*“Que el niño sea separado de su madre, el desprendimiento del feto del claustro materno puede ser por la forma natural o por medios artificiales; b) que la separación sea completa, es decir, que no haya vínculo entre la madre y el hijo; que la criatura haya sobrevivido la separación un momento siquiera. Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo, basta un destello de vida”*.⁶ Los anteriores puntos son considerados de importancia, aceptados en la Legislación Civil

⁵Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H., *Tratado de Derecho Civil Partes Preliminar y General*, Tomo I, (Santiago de Chile, Edit. Dislexia Virtual), 243.

⁶Ibíd. 244.

salvadoreña; para el caso en el Art.72 C.C dice: "*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre.*⁷*La criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar separado completamente separado de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás*".

De lo anteriormente planteado se establece que el artículo literalmente dice que la existencia legal se enmarca desde el nacimiento, es una aseveración que en la actualidad no está acorde con la realidad, pues se establece que la vida comienza con la concepción, ya que es desde el momento en que se une el óvulo y el espermatozoide, da como resultado la creación de una nueva vida, considerándose esta desde el punto de vista jurídico como una persona humana; categoría muy amplia aplicada al ser en gestación en cuanto a los demás derechos dependientes de la vida.

El inicio de la existencia legal en la persona humana, marca sin duda el momento en el cual ésta es sujeto de derechos, que en la Legislación Civil salvadoreña, son manejados en cuanto al patrimonio, es decir, se da la capacidad para que el no nacido pueda adquirir bienes por donaciones o por sucesiones, pero la realidad jurídica va más allá, al establecer "*Los derechos del no nacido*"; puesto que éstos se vislumbran desde el punto de vista de la presente investigación, en derechos que garantizan la protección integral del no nacido, estableciendo como derecho primordial el bien jurídico tutelado por la existencia que es la vida.

⁷Código Civil República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, Promulgación 1860), Art. 72.

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.” A pesar de que todos los instrumentos jurídicos citados reconocen el derecho a la vida, ninguno de ellos se ocupa de definirlo; razón por la cual, a continuación se presentan algunas definiciones que permitan una definición.

1.4. Antecedentes relevantes que promovieron cambios en la ley secundaria en el tema del aborto en El Salvador

El Salvador se encuentra a la vanguardia de los movimientos hacia la penalización restrictiva del aborto.⁸ Existe variedad de excepciones que tienden a persistir incluso en países donde el aborto es restringido: violación, incesto, malformación fetal, la vida de la madre; pero éstas parecen no ser motivos suficientes ni pertinentes en El Salvador; ya que cualquier intento a tomar en consideración ha sido rechazado desde finales de la década de los noventa, en un período posterior a la larga guerra civil que sufrió el país.⁹

En 1994 el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo,¹⁰ instó a los gobiernos y a otras organizaciones relevantes a enfrentar el impacto que tiene el aborto inseguro en la salud como un problema fundamental de salud pública, y a reducir el uso del aborto, al incrementar y mejorar los servicios de planificación familiar; pero para cumplir esta recomendación, los encargados de adoptar decisiones

⁸Adolfo Mendoza Vásquez, “El Aborto en la Legislación salvadoreña y en la Doctrina”, (Tesis de licenciatura, Facultad de Jurisprudencia Universidad de El Salvador, San Salvador; 1991), 8-9.

⁹Deborah Dudley, *Perseguidas: Proceso político y legislación sobre aborto en El Salvador: Un análisis de derechos humanos*, (Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, Nueva York, 2003), 25-26.

¹⁰Naciones Unidas, *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*, (El Cairo, Egipto, del 5 al 13 de septiembre de 1994), 38-39.

necesitan de información sobre la disponibilidad y calidad de los servicios de planificación familiar, la gravedad del daño a la salud que sufre la mujer debido al aborto inseguro y la incidencia del aborto.

En 1992 la Asamblea Legislativa comenzó a recibir una serie de propuestas para que se abordara el tema del aborto y restringir las leyes vigentes en El Salvador el aborto llamado “*terapéutico*”, el aborto por violación y el aborto eugenésico (cuando la criatura por nacer viene con defectos).¹¹

Entre las múltiples propuestas estaban las que querían iniciar investigaciones en contra de clínicas que realizaran abortos; y en una de esas iniciativas en 1993, varios diputados respaldados por el Arzobispo de San Salvador, la Fundación Sí a la Vida y el Patronato Pro-Integración de la Mujer al Desarrollo (PI MUDE) pidieron a la Asamblea que discutiera la posibilidad de designar el 28 de diciembre día de los Santos Inocentes en la tradición católica como el día del no nato.¹²

También en 1993, bajo la dirección de una diputada del PDC, se puso en marcha un estudio con el propósito de clausurar las clínicas clandestinas en las que se practicaban abortos. El resultado que tuvo esta iniciativa fue una serie de acciones de la policía y arrestos de profesionales de la salud.

A principios de 1997 se presentó el proyecto de ley, estructurado técnicamente por el gobierno en turno, que pretendía derogar el artículo de las excepciones al aborto del Código Penal. En los meses previos a la

¹¹Código Penal República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa, D.C. No. 450, del 11 de octubre de 1973, D.O. No. 208, Tomo No. 241 del 9 de noviembre de 1973), Art. 137.

¹²Congreso Internacional ProVida, *Día Internacional de la Vida “Día del no nato”*, (Madrid, España, 2003).

votación de la Asamblea Legislativa sobre la reforma del Código Penal, se escribió ampliamente sobre el tema y la cobertura se fue intensificando a medida que se acercaba el momento de la votación. No obstante, se dio poco espacio a artículos que apoyaran la legalización vigente o, por lo menos, la permanencia de las excepciones establecidas en el Código Penal de 1973.

La severidad penal no modificará los abortos clandestinos, practicados con técnicas rudimentarias, causante de lesiones severas e incluso la muerte de muchas mujeres. Las recientes decisiones legislativas no parecen una contribución humanista a la vida nacional, se perfilan más bien como opciones precipitadas y absolutistas que vuelven a demostrar el endémico déficit de educación pública que se padece en el país.

El 30 abril de 1998, la modificación a la ley sobre aborto de El Salvador entró en vigencia, penalizando el aborto sin excepciones. La legislación penal salvadoreña no admite el aborto ni siquiera para salvar la vida de la mujer embarazada ni cuando el embarazo resulta de violación o incesto. En esta revisión al Código Penal también se aumentaron las penas a los proveedores del aborto y a cualquier mujer que se lo practique, las cuales ahora van entre dos y doce años.¹³

En febrero de 1999, la Asamblea Legislativa de El Salvador se pronunció nuevamente. En esta ocasión, en el marco de la discusión de la reforma del Art. 1 de la Constitución, los legisladores ratificaron un Acuerdo Legislativo de Reforma Constitucional del 30 de abril de 1997, dando la protección de la persona humana desde el momento de la concepción.

¹³Código Penal República de El Salvador, Art.133-137.

En este esfuerzo por restringir el derecho de la mujer al aborto, la Constitución de El Salvador también fue reformada, consagrando expresamente la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción¹⁴.

Con esta práctica regulada se pone seriamente en duda los derechos de la mujer, es decir, el derecho que tiene la mujer a decidir si tiene o no un hijo y cuándo tenerlo, es la esencia de los derechos reproductivos. Sólo la mujer, al verse enfrentada a un embarazo no deseado o de alto riesgo, puede decidir si desea continuar o no con su embarazo.

1.5. Pronunciamientos históricos del Código Penal de la República de El Salvador

Se estableció un cambio sustantivo en la imposición de la pena, en el numeral uno del Art. 368 de dicho Código, es decir, los abortos ocasionados por ejercer violencia en contra de la mujer embarazada, en esos casos se imponía pena de prisión superior, a diferencia de la reclusión formal.¹⁵

El resto del articulado contenido en este capítulo, era similar al Código Penal anterior manteniendo la pena correccional en aquellos casos en donde la mujer se provocara el aborto por ocultar la deshonra. Este capítulo al final, se refiere a los facultativos, constituyendo un avance en ésta legislación en el sentido que la sanción se extendió también a los farmacéuticos, imponiendo pena de arresto mayor y multa; consistiendo éste en el hecho que la persona condenada debía mantenerse encerrada en una casa pública que estuviera

¹⁴ Constitución de El Salvador, Art.1

¹⁵Código Penal República de El Salvador, Art. 368

destinada a ese fin, esto a diferencia del arresto menor que se hacía efectivo en las casas municipales.

En dichas legislaciones se puntualizaban casos o situaciones de carácter especial que conllevaba a una atenuación de la pena, no estaban tipificadas esas otras situaciones como excepciones a la regla general y por consiguiente excluyente de responsabilidad penal. Esto se logra con el avance experimentado en la exposición de motivos del Código Penal de 1950¹⁶ en donde se tipifica el aborto como figura delictiva, pero se avanza en el sentido de regular por primera vez.

Situaciones específicas en las cuales una mujer y en algunos casos los familiares, no eran sancionadas por practicar un aborto; en este sentido concretamente se definía en el Art. 105 del Código Penal, que establecía *"el aborto para eliminar el fruto de la violación sin el consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si la mujer consiente y se consume por su padre o por su cónyuge quedarán todos exentos de pena.*

La misma exención amparará el aborto, provocado con su consentimiento, para salvar la vida de la embarazada". Es importante rescatar que este artículo establece que al faltar el consentimiento de la mujer, entonces, la persona que ha practicado el aborto es responsable penalmente, pues la acción realizada constituye delito, si por el contrario, la mujer otorga su consentimiento, entonces ninguna persona será sancionada, ya que no existe delito que perseguir.

En el mismo sentido el Art. 106 establecía *"el juez podrá reducir la pena del*

¹⁶Ibídem, Art. 105

aborto por debajo de sus límites legales e inclusive llegar a eximir de ella cuando se consume con el consentimiento de la mujer y se practique por fundadas razones de angustia económica".¹⁷ Esta situación sería prácticamente, según la exposición de motivos, una "causa de semi-impunidad, porque falta en ella la peligrosidad, aunque la índole y gravedad de esa angustia pudieran conducir al trastorno mental transitorio y convertirse en una causa de inimputabilidad de la madre que consiente"; sin embargo es de hacer notar que en todos los casos prevalece la decisión de la mujer embarazada, de lo contrario es un acto delictivo sin lugar a atenuantes para la persona que haya provocado el aborto. Así, en este caso, los partícipes no están incluidos en los casos de inimputabilidad por situaciones de angustia económica. Hay que tomar muy en cuenta que en esta regulación establecía que el consentimiento sólo podía ser otorgado por la mujer y no por otra persona.

En él, no se encuentra un concepto claro y expreso de lo que se entenderá por aborto. De alguna manera existe un avance en esta legislación, pues a todo lo anterior se suma una ampliación de las situaciones en las cuales una persona puede provocar un aborto sin el consentimiento de la mujer, en los códigos anteriores, se hacía referencia a "violencia" no especificando qué tipo de acciones.

Este Código señala expresa y claramente a la persona que conociendo el estado de embarazo de la mujer emplee "alimentos, bebidas, golpes o cualquiera otro medio análogo, y procure que aborte una mujer, sin saberlo, ni consentirlo ella, sufrirá una reclusión de dos a seis años".¹⁸ El articulado prosigue, refiriéndose a los actos cuando la mujer da el consentimiento, lo

¹⁷Ibídem, Art. 106.

¹⁸Ibídem, Art.133

cual se convierte en una atenuante para el que lo ocasiona, pues la pena baja considerablemente. Este texto legal, ya no se limita a sancionar a los facultativos y farmacéuticos, sino que trasciende a los comadrones y las matronas, pues en la mayoría de los casos quienes practicaban los abortos eran estas personas. También hubo avances en cuanto a la pena impuesta a la población médica, que se refería a la condena de cinco a nueve años de obras públicas cuando el aborto no se consumó por causas ajenas a la voluntad del condenado o condenada y de ocho a catorce años si el aborto fuera efectivo, en estos casos además del trabajo de obras públicas se dejaba inhabilitados de manera perpetua al médico en el ejercicio de su profesión.

En el Art. 655, se establecían los casos en los cuales una mujer optaba por practicarse un aborto, acto que era penado con reclusión de cuatro a ocho años, sin embargo en el inciso segundo del mismo artículo encontramos una atenuante a este tipo penal, que se refiere a los casos en donde la mujer *"fuere soltera o viuda no corrompida y de buena fama anterior, y resultare a juicio de los Jueces, que el único y principal móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrán solamente uno a cinco años de reclusión¹⁹".*

Aunque el aborto inducido siempre fue un acto ilícito en El Salvador, hasta el 20 de abril de 1998 la ley no penalizaba el aborto terapéutico, el aborto por violación ni el aborto eugenésico.²⁰ A partir de esa fecha todos los abortos son punibles, excluyendo el aborto culposo cometido por la mujer y tentativa de provocarse un aborto, siendo las sanciones para las imputadas más

¹⁹ Ibídem, Art. 665.

²⁰Ibídem, Art. 136

graves que en el Código derogado.²¹

Con la reforma, en el Capítulo dos del nuevo Código Penal que trata de los Delitos Relativos a la Vida del Ser Humano en Formación, se sanciona a la mujer que provoca su propio aborto o que consiente que alguien se lo provoque; sanciona al que provoca el aborto sin el consentimiento de la mujer o al que logra ese consentimiento a través de la violencia o el engaño; al médico, al farmacéutico o a cualquier persona que trabaje en el área de la salud que practique un aborto; a quien induzca a una mujer a que se practique un aborto o le facilite los medios económicos para hacerlo y a quien culposamente provoque un aborto. El único caso en el que el aborto no es punible es el aborto culposo causado por la propia mujer por negligencia o imprudencia.

El código Penal de 1973, protegía la esperanza de vida, es decir, esa expectativa de vida que se convertiría en persona natural al terminar el período de gestación y al desprenderse del cordón umbilical, para hacer efectiva esa protección, la ley en el Capítulo Dos, de los delitos contra la vida y la integridad personal, llamado aborto, contemplaba diversas situaciones en los Arts. 161 y siguientes.²² El derecho a la vida en el sistema Interamericano de derechos humanos en su Art. 4.1 describe: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para disfrutar del resto de los derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. Debido a ese carácter, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son inadmisibles los enfoques restrictivos sobre ese derecho.²³ El derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente,

²¹Ibídem Art. 161.

²²Constitución de la República de El Salvador, Art. 161.

²³Héctor Faúndez Ledesma. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos "Aspectos institucionales y procesales"*. 3ra. Ed. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2004), Art. 4.1.

sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.

La CIDH ha sostenido que el derecho a la vida es “*el fundamento y sustento de todos los demás derechos*” dado que jamás puede suspenderse. Esto trae aparejado, entre otras cosas, que los gobiernos no pueden, bajo ningún tipo de circunstancias, practicar ejecuciones ilegales o arbitrarias. Además afirmó que el derecho a la vida tiene status iuscogens, definido como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto²⁴ es “*el derecho supremo del ser humano*” y una “*condición sine qua non*” para el goce de todos los demás derechos.

Para la Comisión, la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida es una obligación erga omnes²⁵, es decir, debe ser asumida por el Estado frente a la comunidad interamericana como un todo y frente a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por la Convención.²⁶

Con el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el alcance del derecho a la vida ha ido ampliándose. Y esto se percibe en diferentes aspectos: En primer lugar, se considera que la bien jurídica vida, no sólo puede ser avasallado a través de un atentado directo contra él, sino también a través de una puesta en peligro. Y estos actos también podrían configurar una violación de las obligaciones del Estado tanto negativas, abstenerse de privar ilegítimamente de su vida a los individuos (obligación de respetar), como

²⁴Florabel Quispe Remón, “Iuscogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso” *Derecho*, Ed 34, (Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2010).p 47

²⁵Enciclopedia Jurídica <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/erga-omnes/erga-omnes.htm>.Consultada 23 de marzo del 2018.

²⁶Faúndez Ledesma. *Op. cit.*, 223

positivas adoptar las medidas necesarias para resolver aquellos problemas que podrían llegar a poner en peligro la vida de las personas (obligación de garantizar).²⁷

Las obligaciones creadas por el derecho a la vida no terminan ahí. Una de las condiciones que el Estado debe crear para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio del derecho a la vida se refleja necesariamente en el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, respecto de las afectaciones a ese derecho, especialmente cuando están involucrados agentes estatales.

Este deber de investigar deriva de la obligación general que tienen los Estados partes en la Convención de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en ella (Art. 1 de la CADH) en conjunto con el derecho sustantivo que debió ser amparado y protegido.²⁸ De no ser así, se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida.

Otra medida que los Estados partes deben realizar para cumplir con esa obligación, es la revisión de la legalidad del uso de la fuerza por parte de las autoridades, dado que muchas veces la violencia institucional puede dar lugar a privaciones arbitrarias de la vida.

Además de otros derechos fundamentales básicos, el derecho a la vida y a la supervivencia, que implica: prevención y reducción de las causas de

²⁷Ibídem. P.223

²⁸Organización de los Estados Americanos, Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32), (San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre 1969), Art. 1.

mortalidad materna debida a la falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; prevención de la mortalidad infantil; el acceso a la atención durante el embarazo, el parto y la lactancia. Este derecho incluye también la eliminación de toda forma de violencia de género.²⁹

El principio general es que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos otorga una amplia protección a la vida humana desde la concepción. El carácter absoluto o relativo de la protección de la vida a partir del momento de la concepción es una cuestión que ha generado mucha controversia, tanto en el plano moral, como respecto de cómo deben interpretarse las normas de derecho positivo.

El objeto de este comentario, es dejar de lado el primer tipo de consideraciones y concentrar en la interpretación del Art. 4.1 conforme está redactado. Para eso, es preciso hacer una breve reseña sobre su origen y sobre su antecesor, el Art. 1 de la Declaración Americana.³⁰

El Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos.³¹

El proyecto que elaboró ese comité establecía, en su Art. 1, que la vida estaba protegida desde el momento de la concepción. Sin embargo, ese principio fue eliminado por el grupo de trabajo que se formó para que

²⁹Ibídem. Art.1

³⁰Faúndez Ledesma. *Op.cit.*,19

³¹Comité Jurídico Interamericano, *Memoria del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos*, (Biblioteca Comité Jurídico Interamericano, Río de Janeiro, Brasil, 2009). P.13

estudiara las observaciones y enmiendas introducidas por los delegados. Finalmente, el Art. 1 de la Declaración fue aprobado con la siguiente redacción: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*.

Corolario: El aborto es desde tiempos remotos es objeto de debate en la sociedad, debido a las diferencias de opiniones de la población, la iglesia y el Estado, siendo así que en la actualidad el tema sigue en discusión.

El Salvador ha adoptado medidas y legislaciones de países, desarrollando la regulación normativa del aborto desde el Código penal de 1826 y de 1859, dichos códigos eran prácticamente una copia del Código Penal Español de 1822, en la que se reconocía la figura del aborto, comprendiendo el aborto dentro del capítulo referente al Homicidio, en el Título denominado “delitos contra la vida.”

El Código Penal de 1973 tipificaba el aborto provocado como delito, sin embargo, existían eximentes de responsabilidad penal en casos de abortos provocados con el fin de salvar la vida de la madre cuando corra riesgo a causa del embarazo, también en casos de malformación del feto, y cuando el embarazo es producto de una violación; antes de las reformas legales en El Salvador el aborto era penalizado con excepción de las causales anteriores.

Es a partir del 20 de abril de 1998 que entra a la esfera jurídica penal la prohibición de practicar cualquier forma de aborto; la consecuente reforma constitucional que entro en vigencia en el año 1999.

En medio de esta evolución el código penal de 1974 realiza cambios significativos en la legislación de 1998, referentes a la manera en que se

había legislado el delito de aborto en los últimos años, en la legislación penal tenía muchos puntos a tratar, excepto trastocar lo relacionado al delito de aborto, en consecuencia, el aborto que realizaba la mujer gestante, el realizado con o sin consentimiento de ella, el aborto realizado por profesionales de la salud seguían siendo modalidades penalizadas por el código penal, tal y como ocurrió en el código de 1974.

El tema del aborto es el que ha generado resistencia en la Asamblea Legislativa, en el ordenamiento jurídico vigente, el aborto es considerado como un delito, sin embargo antes de la reforma al Código Penal de 1998, se establecieron algunas excepciones a dicho delito, tales como el aborto terapéutico, el ético y el eugenésico, polémica que venía acompañada por la iglesia católica salvadoreña, quien encontró en la Asamblea a su más fuerte aliado, quienes denunciaron que el anteproyecto del código penal de 1998 “establece una serie de medidas que otorgaría la carta de ciudadanía al aborto” lo cual crearía un caos espantoso”, lo cual culminó en el pronunciamiento de la Conferencia Episcopal de El Salvador, constituida por arzobispos, quienes rechazaban dicho Código por atentar contra el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Por lo anterior se dio pie a un sin número de opiniones en contra y a favor del aborto, debido a la discordia generada se desaparece el artículo 137 del proyecto original del código penal, y con el cualquier rastro de las indicaciones abortivas que se venían regulando desde décadas, el artículo 137 del código penal terminó regulando el aborto culposo.

Como una forma de protección a la vida se aprueba el acuerdo de modificación del artículo uno de la Constitución, en el cual se agrega un inciso intermedio que dice textualmente, “así mismo reconoce como persona

humana desde el instante de la concepción”. La Constitución no contempla de forma expresa el aborto, ya que se inclina por regular la protección y conservación del derecho a la vida de los salvadoreños, tal y como consta en el mencionado inciso, quedando reconocido de forma expresa por la carta magna que el concebido no nacido es sujeto de derechos, ya que se le dota de la calidad de persona humana desde la concepción, elevándolo aun ámbito constitucional, brindándole así mayor protección desde antes que naciera.

La evolución histórica del tema del aborto ha pasado por diferentes etapas a lo largo de los años, y en la actualidad ha cobrado relevancia por distintos sectores de la sociedad, dicha evolución ha sido perfectamente estudiadas y reguladas por el legislador, el cual ha seguido las pautas previamente establecidas por las leyes salvadoreñas, siendo así que se prohíbe el aborto en todas sus formas, debido a esa protección que el Estado brinda a la vida una protección desde el momento de la concepción.

CAPITULO II

LA PROPORCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: VIDA Y SALUD DE LA MADRE Y DEL NO NACIDO

Es del conocimiento de la sociedad que el aborto es la muerte de un embrión en el útero de la madre provocado por una mala intención. En este capítulo se exponen diferentes tipos de conceptos de autores que han definido el significado de la palabra aborto.

Si bien es cierto el aborto es un fenómeno social que arroja estadísticas escalofriantes simplemente con las estadísticas conocidas, día a día se cometen abortos en el mundo contándose por millones incluso, este fenómeno ha ido mermando a la opinión pública y a instituciones que sus idearios oficiales han ido en pro del retroceso en materia de la legislación sobre el aborto en muchos países del mundo.

En la actualidad, más que nunca es indispensable salvaguardar la vida humana primero la que está ya hecha, es decir la de las mujeres, las que darán a luz, pero cuando sea el momento y estén preparadas, por eso nunca serán suficientes los intentos que se hagan para lograr mecanismos que velen por derecho a la vida, que se manifiesten en contra del aborto inducido o provocado.

Penalización del aborto en ciertos países son leyes represivas en contra de las mujeres, si su vida se encuentra en peligro por algún tipo de enfermedad grave en la cual el tratamiento no sea compatible con un embarazo no se le da la asistencia médica necesaria en este periodo de

tiempo porque se está poniendo en riesgo la vida del no nacido; la mujer salvadoreña se ve sometida, ya que son obligadas a continuar un embarazo, aunque este signifique un grave riesgo para su vida o su salud e integridad física o mental.³²

2.1. Fundamento Jurídico acerca del Aborto en El Salvador

Osorio,³³ describe que hay aborto cuando el producto de la concepción es expedito del útero antes del tiempo normal del embarazo. Desde el punto de vista médico legal, Aborto es la interrupción del embarazo antes de las 20 semanas de gestación, antes que el feto sea viable o sea que alcance los 50 gramos de peso.

Jurídicamente se define aborto como la muerte dolosa o culposa del feto en el útero o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual se deriva la muerte del mismo.³⁴ Es la destrucción o muerte del feto, bien en el interior del seno materno, bien provocando su expulsión prematura.³⁵

La legislación penal da una definición de lo que se debe entender por aborto, esta definición se encuentra plasmada en el Art. 161 Pn.³⁶ Donde deberá entenderse la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento. Como consecuencia de este concepto se desprende lo que se conoce como

³²Cook, R., Dickens, B. M., Fathalla, M. F. "Salud reproductiva y derechos humanos" (Oxford. Profamilia. Bogotá. 2003.) Pág. 369.

³³Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, (Zona 9, Guatemala, Datascan, S.A.) p. 20

³⁴Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 21ª Ed. (Edit. Heliasta SRL., Buenos Aires, Argentina)

³⁵Francisco Moreno Carrasco, y otros, *Código Penal de El Salvador Comentado*, (CNJ, 1999).

³⁶Código Penal República de El Salvador, Arts. 133-137.

feticidio, el cual debe entenderse como la destrucción del feto, no así su expulsión; abarca aquí el proceso del embarazo desde el momento de la concepción hasta el nacimiento. Esta definición es tomada del Código Penal derogado.³⁷

La naturaleza jurídica del aborto es de carácter público o de orden público, este tipo de hechos contradice lo que se expone en la Constitución de la República de El Salvador, en la cual se expresa *“que El Salvador reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.”*³⁸ Por lo tanto *“toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad y hacer protegida en la conservación y defensa de los mismos.”*

Por su parte el Código Penal salvadoreño establece *“que el que provocare un aborto con o sin el consentimiento de la mujer embarazada, 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”*³⁹, el Código de Familia por su parte garantiza *“la protección a la vida y a la salud del menor, la cual se ejecutará mediante un conjunto de acciones legales, sociales, preventivas y de asistencias que garanticen su Desarrollo integral desde la concepción hasta su mayoría de edad”*.⁴⁰ La realidad salvadoreña hace que el Estado tenga que definir y aplicar determinadas políticas de salud.

³⁷Guillermo Alvarado Morán, Medicina Jurídica, (Edit. Jurídica Salvadoreña, 1977), <http://sbdigital.fmp.ues.edu.sv/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=8271>

³⁸Constitución de la República de El Salvador, Art.1

³⁹Código Penal República de El Salvador, Arts. 133.

⁴⁰Código de Familia salvadoreño, Art. 353.

2.2. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas

Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuraran las necesarias para: (a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños, (b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; (c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; (d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.⁴¹

El protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” establece: Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.⁴²

Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; la total inmunización; la prevención y el tratamiento de

⁴¹Ministerio de Salud, Lineamientos Técnicos para la Promoción del Derecho Humano a la Salud, (Dirección de Regulación y Legislación Sanitaria, San Salvador, El Salvador, 2014). P.20

⁴²Ibídem p.20

las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; la educación, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. El Ministerio de Salud es el Organismo encargado de determinar, planificar y ejecutar la política nacional en materia de Salud.

2.3. Criterios de Racionalidad de Derechos Fundamentales

Con singular regularidad se procura que en la sociedad exista un debate, que apunta a dotar de legitimidad la legalización del aborto. Mejor dicho a ampliar la legalización parcial prevista en el Art. 86 del Código Penal.⁴³

Infinidad de argumentos, y de la más variada índole, se esgrimen para persuadir sobre las bondades de esa legalización. Hasta el extremo de sostener que ella se impone porque se adecúa a la naturaleza humana; a las necesidades sociales; al derecho a la salud; al derecho de disponer del propio cuerpo; a la libertad sexual; y una serie de consideraciones que justificarían privar de su vida a un niño.

El propósito: analizar la propuesta a la luz de los principios del derecho natural o de las diversas concepciones religiosas. El enfoque es esencialmente jurídico y apunta a determinar si, en función del orden jerárquico normativo resultante del articulado de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía superior a las leyes, es viable instalar legislativamente el aborto.

En cualquiera de sus formas y no solamente con la amplitud expuesta en el anteproyecto de Código Penal elaborado en el seno del Ministerio de Justicia

y Derechos Humanos. La libertad de vivir, y su expresión jurídica en el derecho a la vida, es un atributo inseparable de la persona humana que condiciona su existencia con el consecuente desenvolvimiento material y espiritual de los hombres.

La libertad de vivir, entendida en un sentido conceptual amplio, comprensivo tanto de los matices físicos y materiales como también de todos los aspectos y proyecciones de la personalidad espiritual del ser humano, constituye un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a los restantes derechos y libertades, por la simple circunstancia de que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de aquélla. La vida es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad.⁴⁴

Sin vida no hay libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que, en su consecuencia, le reconoce al individuo la ley positiva.

En realidad, sin vida no existe el ser humano, de modo que no resulta aventurado sostener que ella, más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia. En el marco de una organización política global, basada sobre una idea dominante que determina el comportamiento de sus integrantes, el valor asignado a la vida no tiene la misma trascendencia en un sistema democrático constitucional que en uno autoritario o autocrático.

⁴⁴Instituto para el Matrimonio y la Familia, *Foro UCA Vida y Familia*, (Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires). www.uca.edu.ar/foro-vida-familia.

El ser humano, con todos sus atributos, es simplemente un instrumento o medio puesto al servicio de un objetivo considerado superior. La vida carece de relevancia teleológica y está subordinada axiológicamente a las metas transpersonalistas del sistema. En cambio, en un sistema democrático constitucional el individuo constituye la causa, fundamento y fin de toda la organización política, cuya creación y subsistencia, con todas las técnicas y procedimientos implementados a tal fin, responden al propósito exclusivo de concretar la libertad y dignidad del ser humano.

Esta consideración resulta indispensable a los fines de una correcta interpretación de la Constitución con relación a la libertad de vivir. En la Constitución, claramente expresado en su preámbulo y cláusulas consecuentes, revela que la finalidad única de la norma constitucional es la protección de la libertad y dignidad natural del ser humano, y que toda interpretación de sus preceptos debe estar orientada hacia esa meta. Toda interpretación de las normas constitucionales debe estar encaminada a la preservación de esa libertad y dignidad, que presupone la vida del hombre, con prescindencia de todo otro valor jurídico y social.

Concebida como derecho, la vida disfruta del reconocimiento y la protección constitucional aunque, al igual que las restantes libertades contenidas en la Ley Fundamental, no reviste carácter absoluto, pudiendo quedar sujeta a una reglamentación razonable.⁴⁵ Pero es importante destacar que la relatividad de los derechos presupone una reglamentación razonable y no arbitraria, y que esa razonabilidad conduce a establecer limitaciones proporcionadas a las circunstancias fácticas que las motivan, a la necesidad de armonizar las libertades individuales y a los fines personalistas de la Constitución.

⁴⁵Ibídem

En abstracto no hay derechos absolutos, pero en la esencia de la práctica la reglamentación razonable importa una correspondencia entre los medios propuestos y los fines legítimos que se pretenden alcanzar. Si bien la libertad de vivir es susceptible de reglamentación legal, ella no puede llegar al extremo de desnaturalizarla o desconocerla sin causa justificada constitucionalmente.

El problema está compuesto por el enfrentamiento o colisión entre dos libertades constitucionales: el derecho a la vida del niño por nacer y los derechos subjetivos que vulneraría la concepción y el nacimiento.

En materia constitucional, cuando se opera la colisión, la interpretación debe propender a armonizar ambas libertades mediante una recíproca relativización que permita la subsistencia de todas ellas, anulando sus manifestaciones en aquellos espacios donde se produce el conflicto. Pero resulta imposible sin desconocer o desnaturalizar en forma absoluta alguna de esas libertades. Concretamente, se trata de un conflicto inconciliable, de la libertad de abortar que conduce necesariamente a la destrucción de una vida humana. La imposibilidad de armonizar ambas libertades impone el deber de otorgar preferencia a alguna de ellas en función de la doctrina personalista de la Constitución.

Impone el deber de verificar jurídicamente si es razonable dar preferencia a la libertad de abortar o a la libertad de vivir, y esa comparación, en orden a su resultado, debe ser realizada no ya con un enfoque religioso o moral, sino en consideración a la trascendencia otorgada por la Constitución a las diversas libertades que resultan antagónicas en un caso concreto y desde un punto de vista jurídico las hipótesis que conducen a la justificación del aborto se pueden sintetizar en las siguientes: anteponer el derecho al bienestar individual,

expresado en el derecho a la intimidad o los derechos personalísimos de la madre, representativos de su honor, comodidad, arbitrio en disponer de su cuerpo o la voluntad de prevenir sanciones sociales; otorgar preferencia a la libertad sexual en aquellos casos en que la concepción es consecuencia de una violación; brindar primacía al derecho a la legítima defensa cuando el desarrollo del feto o el nacimiento pueden ocasionar graves lesiones o la muerte de la madre.⁴⁶

Los fines humanistas de la Constitución, cuya concreción presupone necesariamente la defensa de la vida del ser humano, por ser artífice de toda acción social, determinan que el derecho a la vida de un ser inocente se imponga sobre otros valores y bienes jurídicos.

Razonablemente, el derecho al bienestar individual, en sus múltiples manifestaciones, no puede condicionar el derecho a la vida. Una limitación parcial y temporal del derecho al bienestar se impone frente a la alternativa de una limitación absoluta y definitiva del derecho a la vida. Es que evitar una sanción social, preservar el honor o eludir una incomodidad son valores legítimos, pero carentes de la envergadura suficiente para justificar el cercenamiento de una vida inocente. Máxime cuando la situación de conflicto fue producida por un acto voluntario o negligente de la madre cuyas secuelas no pueden ser impuestas al niño por nacer.

No es razonable legalizar el aborto invocando la defensa de la libertad sexual cuando la concepción es consecuencia de una violación. El niño por nacer no es culpable ni responsable por la violación. En esta hipótesis, y al margen de la sanción que resulte aplicable al autor de la violación, se pretende defender la

⁴⁶Oscar Alvarado Uriburu, Alberto Rodríguez Varela, y otros: *El Derecho a Nacer*, 4ª ed (Edit. Abeledo-Perrot, Argentina, 1993). P.33

libertad sexual de la madre, que ya fue vulnerada, imponiendo una sanción, una verdadera pena de muerte, a una persona que fue absolutamente ajena a la relación jurídica madre-violador. Es una solución que nos retrotrae a épocas superadas para el desarrollo de la civilización, cuando las sanciones al ofensor directo se extendían a las personas con él relacionadas, a pesar de no haber tenido participación alguna en la comisión del hecho.⁴⁷

No se puede privar de su vida a un niño por nacer debido a que su madre fue víctima de un delito ejecutado por un tercero, porque no solamente resulta imposible reparar totalmente el daño que ella ha sufrido mediante la muerte del ser que alberga en su seno, sino también porque ese ser no es responsable ni autor de la lesión ocasionada a la libertad sexual de la madre.

En cuanto a la hipótesis del derecho a la legítima defensa, su ejercicio legal está condicionado a que la situación de peligro no haya sido provocada por la conducta voluntaria o negligente de la madre, que debió o pudo prever las eventuales consecuencias del ejercicio de su libertad sexual.⁴⁸

De este caso no se justifica la legalización del aborto, máxime considerando que desde un punto de vista estrictamente científico es improbable causar la muerte de la madre con una conducta diligente. Sobre la cual el Estado debería concentrar su acción en vez de propiciar la muerte de un niño por nacer.

De todas maneras, el derecho a la legítima defensa, que tampoco es un derecho absoluto, sólo se puede desplegar contra la persona del agresor, condición que no presenta el niño por nacer, cuya creación responde a una ley natural y que, además de no haber provocado la concepción, se

⁴⁷Instituto para el Matrimonio y la Familia, *Foro UCA Vida y Familia*, www.uca.edu.ar/foro-vida-familia.

⁴⁸Arturo Alessandri Rodríguez, *Los Sujetos de Derecho*, 4ta. Ed., (Edit. Nascimento, Santiago de Chile, 1971). P. 45

encuentra en un plano de manifiesta desigualdad para ejercitar su propio y legítimo derecho de defensa⁴⁹.

Precisamente, esta última circunstancia, en salvaguarda del principio de igualdad establecido por el Art. 16 de la Constitución, y el deber resultante del Art. 75, inc. 23, impone el deber para el Estado de acordar la debida tutela para los niños por nacer, asumiendo el ejercicio de su derecho a la legítima defensa y sin perjuicio de realizar las restantes medidas encaminadas a proteger la intangibilidad de su derecho a vivir.

2.4. Análisis de las Constituciones de la República de El Salvador en relación al Aborto

La Carta Magna ha sido el génesis de toda actividad normativa, es decir, la base fundamental en donde descansa toda la legislación salvadoreña, no pudiendo legislar en su contra o contradiciéndola; el único organismo facultado para realizar cambios en el texto primario, ha sido anteriormente el Congreso y actualmente la Asamblea Legislativa, quien previo estudio y análisis de la ley puede proponer cambios a la misma, a fin que la legislatura que les sustituya, ratifique dichas reformas.

Desde la Constitución de 1824 hasta la del año 1839; el Estado tenía como finalidad de garantizar y proteger la Soberanía del mismo; ya que estaba por encima de los derechos fundamentales de la persona humana, y es importante hacer notar que en estas Constituciones no existía una norma

⁴⁹ Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 12da. Ed. (Edit. Porrúa, México, 1979) P.29

expresa en donde se establezca claramente el momento justo que da inicio a la protección de la vida, fundamentalmente de la persona.

Un factor común de las constituciones salvadoreñas desde 1824 hasta 1839 es el hecho que el capítulo primero de todas se ha referido a la protección de la soberanía, libertad, autonomía e independencia del Estado salvadoreño, incluso en algunas, siguen las garantías nacionales, en cuanto a los límites del territorio, gasto público, entre otros factores, y es hasta en un tercer momento que se refiere a la persona humana como parte de ese Estado.

Otro elemento rescatable de los anteriores textos constitucionales, es el hecho que en algunas constituciones se reconocía expresamente que la persona estaba facultada a realizar acciones que conllevaran la conservación y defensa de la vida, pues este era considerado un derecho incontestable.

Ahora bien, toda esta perspectiva cambia cuando en la Constitución vigente de 1983 con reforma hasta 1996 se establecía en su artículo uno a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia.

Pero lo interesante es el inciso segundo que determina una situación específica en la cual a la mujer se le aplica una pena de tipo correccional, esta situación se refiere al hecho que una mujer decida abortar "para ocultar su deshonra", de aquí podemos analizar el tipo de cultura que imperaba, tal cual lo decíamos al inicio de éste capítulo, pues era considerado deshonroso que una mujer que no estuviera unida legalmente a un hombre, estuviese embarazada, podríamos afirmar que el hecho del embarazo era sinónimo de desvalorización como persona, por lo que se "comprendía" la acción realizada.

Obviamente la visión social de una mujer "sola" y embarazada no ha cambiado mucho, pues aún persisten señalamientos que conllevan a culpar y estigmatizar a la mujer; sin embargo, tampoco podemos negar, que actualmente se ha avanzado en el tema por los esfuerzos realizados por diferentes sectores y en especial los organismos de mujeres; ya que en 1859 la estigmatización, señalamiento, discriminación e incluso hasta el destierro eran sanciones de tipo moral y legal que tanto la sociedad como la iglesia imponían con todo el ánimo de minimizar a una mujer en esa situación.

Finalmente, la ley penal se refiere a los facultativos que practicaban el aborto, señalando una sanción, quizá entre todas, la más grave, pues las elevaba al grado máximo de la pena máxima establecida. Esto es así por el hecho que eran personas que más bien deberían proteger la vida y no hacer lo contrario.

2.5. Fundamento del Derecho a la Vida

La esencia de los derechos fundamentales de la persona humana y en particular el derecho a la vida constituye un hecho que no puede ser concedido ni derogado por ningún acto o poder humano, pues estos derechos, como bien señala Herranz, tienen su fundamento no en un acto de la voluntad humana sino en la misma naturaleza y dignidad de la persona.⁵⁰

La persona humana viviente es un sujeto de derecho. Sujeto de derecho es aquel del que puede predicarse, que es poseedor de un derecho. La vida es una noción abstracta. Los que existen son los "vivientes", es decir, sujetos que

⁵⁰Máximo Pacheco G., *Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana*, (Instituto Interamericano de Derechos Humanos 1996), 15.

realizan la perfección que llamamos “*vida*”. Si nos preguntamos cuál es el fundamento del derecho a la vida, la respuesta está en que el hombre es persona tanto desde el punto de vista jurídico como ontológico.⁵¹

Natural y Vitalicio: es un derecho que se reconoce en la propia naturaleza de la persona. La consecuencia de esta característica es que se trata de un derecho inmutable y personalísimo. Se es titular de este derecho por el solo hecho de ser hombre o mujer y desde que se tiene vida desde un punto de vista científico. Es un derecho vitalicio en la medida en que se tiene hasta el último momento de la muerte natural.

Universal: se trata de un derecho idéntico propio de todas las personas en todo el mundo sin diferencias de ningún tipo. Todo individuo de la especie humana tiene naturalmente el derecho a que se le respete su vida.

Irrenunciable e Innegociable: no es un derecho que dependa de la voluntad de su titular poder disponer de él como mejor le convenga. La persona no puede renunciar a este derecho.

Inalienable: no es posible que a ninguna persona se le quite o se le elimine este derecho. Ello supone que no se pierde con el transcurso del tiempo.

No es Concedido sino Reconocido: siendo un derecho que depende de la propia naturaleza de la persona nadie lo confiere, nadie lo puede quitar, y lo que se debe hacer es reconocerlo y garantido como tal por las Constituciones. Se trata de un derecho que preexista las leyes positivas. Éstas solo pueden reconocerlo y no deben desconocerlo. Es absoluto o sea es un derecho oponible frente a

⁵¹A. Serra, “Dignidad del Embrión Humano”, *Lexicón*, (Madrid, 2007), 270.

todos “erga omnes”. Exige respecto de los terceros un deber de abstención o de respeto.⁵²

Es un derecho incondicional, o sea, no depende de la condición en que se encuentre la persona. No depende del nacimiento de las creencias de los gobiernos, de la clase social.

2.6. Efectos y Consecuencias Legales del aborto en la Legislación salvadoreña

Para la mujer salvadoreña abortar le trae consecuencias de carácter legal, y esto debido a que El Salvador es uno de los países que prohíbe el aborto en todas sus formas. Antes del año 1998 el aborto era criminalizado, pero existían tres excepciones, conocidas como indicaciones abortivas; se permitía el aborto terapéutico, cuando la vida de la mujer estaba en peligro; el aborto eugenésico, cuando la vida del feto no era viable debido a malformaciones; y el aborto ético, cuando el feto era producto de una violación o incesto. Con la aprobación del Código Penal de 1998 el aborto pasó a ser penalizado en todas sus formas.

El Código Penal vigente de El Salvador tipifica el aborto en sus Art. 133 al 141, estableciendo las sanciones pertinentes al que provocare, practicare, indujere o le facilite los medios económicos o de otro tipo para el aborto, sancionando el Código Penal todas las formas de aborto como un crimen punible cuya pena oscila entre los dos hasta los ocho años de prisión.

⁵²G. Ordoqui Castilla, *Derecho Médico*, Tomo. II, Vol. 2, (Edit. Del Foro, Montevideo, 2002) P.15

Una mujer en estado de gravidez con problemas de salud que le impiden llevar a feliz término su embarazo no tiene la libertad de tomar la decisión de interrumpir el embarazo a través de un aborto terapéutico que le pueda salvar la vida pues no solo es víctima de una enfermedad que se opone al sueño de ser madre, ya que también debe de cargar con que su hijo morirá para salvar su vida, además de las consecuencias legales que los cometimientos de ese hecho puedan surgir.

Las innovaciones metodológicas y sistemáticas introducidas en el derecho punitivo, producto del afán de esclarecidos juristas por encontrar soluciones más racionales a los complejos problemas que le atañen, han hecho de esta disciplina una de las más fructíferas de las ciencias jurídicas. Se considera que la persona que ha sacrificado un bien tutelado por el derecho penal obrando en estado de necesidad se encuentra en una situación justificante. El Estado de Necesidad: *“es impune el sujeto activo cuando en presencia de un mal inminente que el autor no ha contribuido a producir ocasiona un daño para evitar otro mayor”*.⁵³

El autor Alberto Arteaga Sánchez, expresa que el Estado de Necesidad es una situación de peligro grave, actual o inminente y no causado o al menos no causado dolosamente por el agente, para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante el sacrificio de un bien ajeno, y la violencia debe ser inesperado.

El mismo no coloca el estado de necesidad como causa de justificación, pero si como causa de inculpabilidad, porque considera que la no punibilidad de

⁵³Dante Calandra, *Aborto: Estudio Clínico, Psicológico, Social y Jurídico*, (Edit. Panamericana, Madrid, España, 1962). P 269.

esta figura emerge de la no exigibilidad de otra conducta en la cual se encuentra el sujeto activo.⁵⁴

Von Liszt, considera el Estado de Necesidad como una causa de justificación que consiste en una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro medio que la violación de los intereses de otros jurídicamente protegidos; es la aplicación de un medio adecuado tendiente a lograr un fin admitido por el Estado.⁵⁵

Binding, invoca que el Derecho a la impunidad proviene del ejercicio de una facultad inherente a la profesión médica, dando a entender que el médico que practique un aborto bajo la situación de salvarle la vida a la madre actúa según su ética.⁵⁶

Alfredo Etcheberry, ha planteado, siguiendo a Sebastián Soler, que el estado de necesidad constituye una “situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico”.⁵⁷

Ricardo Núñez, considera: *“la situación en que se encuentra el que causare un mal a un bien ajeno, por evitar otro mayor inminente a un bien propio o ajeno, al que ha sido extraño. Su fundamento justificador reside en la preponderancia del bien jurídicamente más valioso que representa el mal menor”*.⁵⁸

⁵⁴Johelia Castellano, “Teoría del Delito”, (Tesis de Grado Universidad de Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, República Bolivariana de Venezuela, 2016). P. 113

⁵⁵Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 2da. Ed., (Edit. Reus S.A., Madrid, España, 1927)

⁵⁶Jorge Machicado, *Concepción Dogmática del Delito*, (Apuntes Jurídicos, 2010), <http://jorge.machicado.blogspot.com/2010/06/cdd.html>.

⁵⁷Mitzi Yanett Jaña Fernández, *La Eximentes Incompletas: Requisitos Doctrinales y Jurisprudenciales para su Procedencia*, (Programa de Magister, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011), 10.

⁵⁸Ricardo C. Núñez, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 4ta. ed. (Marcos Lerner Edit. Córdoba Argentina, 1999). P.169.

Las definiciones antes dichas revelan que el estado de necesidad se define como una situación en la cual por defender o salvar un bien jurídico en peligro se pone en riesgo otro bien jurídico, y cuya situación no se ha provocado.

2.7. Del Estado de Necesidad

En el estado de necesidad se ven afectados todos los tipos de bienes, y estos pueden ser más valiosos o no en comparación con el bien que se pretende salvar. Si el bien jurídico que se pretende salvar es más valioso que el que será sacrificado, se está ante el estado de necesidad justificante; pero si el bien jurídico que se sacrifica por salvar el otro es de igual o mayor valor al bien jurídico que se salva, se está ante un estado de necesidad Ex - culpante.

Mario Garrido Montt, expresa que *“se distinguen dos especies de estado de necesidad: el Justificante y el Ex-culpante. El justificante llamado también objetivo, según el concepto generalmente aceptado, se da cuando el conflicto se plantea entre bienes jurídicos de diverso valor (ejemplo de ello, un médico que entra a una casa para salvar a una mujer embarazada), y el ex-culpante que incide en la no exigibilidad de otra conducta se plantearía en la colisión de bienes de igual valor, como sacrificar una vida para salvar otra”*.⁵⁹

Una vez aclarado lo anterior, se procede a explicar brevemente en que consiste cada uno: Estado de necesidad justificante. Es definido como la existencia de un peligro actual de un bien jurídico, en el cual para salvarlo se

⁵⁹Mario Garrido Montt, *Derecho Penal Parte General: Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Tomo II, 3ra. Ed. (Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003). P.49

pone en riesgo otro bien jurídico ajeno el cual posee un menor valor. A la definición antes dada, se adhieren otros autores dentro de los cuales están:

Sergio Politoff, dice que *“la idea del estado de necesidad justificante supone la existencia de un mal o peligro inminente para un bien jurídico que no puede evitarse de otra forma como no sea dañando un bien de menor valor.”*⁶⁰

Enrique Cury, define el estado de necesidad justificante, como el que: *“obra en estado de necesidad justificante quien ataca el bien jurídico de un tercero, con el objeto de evitar la lesión de uno más valioso, perteneciente a sí mismo o a otro.”*⁶¹

Mario Garrido Montt, establece que el estado de necesidad consiste en *“...la ejecución por una persona de una acción típica para evitar un mal en ella misma, en sus derecho, en los de un tercero, provocando un mal de menor entidad en el patrimonio ajeno”*.⁶²

Enrique Bacigalupo, enuncia sobre el estado de necesidad que *“La exclusión de la antijuricidad es la necesidad de la lesión del bien jurídico, unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado.”*⁶³ Ya que considera el valor de los bienes. Para que concurra el estado de necesidad

⁶⁰Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2da. Ed.(Edit. Jurídica Santiago, Chile, 2003). P.80

⁶¹Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General*, 8va. Ed. (Edit. Jurídica Santiago, Chile, 2005). P. 210

⁶²Garrido Montt, *Derecho Penal Parte General: Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. 50

⁶³Enrique Bacigalupo Z., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ra Ed. (Edit. Temis S.A , Santa Fe de Bogota, 1996) p128.

justificante, es preciso que se cumplan una serie de requisitos, los cuales la doctrina los ha determinado y los que se mencionan a continuación:

La existencia de una situación de necesidad. En relación a este primer requisito hay diversos autores que brindan su opinión respecto al mismo dentro de los cuales están: El autor Enrique Cury ha señalado que *“la existencia de una situación en la que la salvación de un bien jurídico no es posible sino mediante la realización de una acción típica que sacrifica otro menos valioso. Dicha situación puede haber sido creada por el acaso, por la acción de un tercero distinto de aquel en contra del cual se dirigirá la reacción salvadora o incluso, por un acto fortuito, culposo o aún, doloso, del necesitado.”*

Gustavo Labatut, por su parte, complementa dicha explicación al manifestar que *“el primer requisito exige que el mal que se trata de evitar sea real, esto es, que esté produciéndose o haya empezado a producirse; o que exista un peligro inminente de que se produzca, es decir, que sea una contingencia cierta, según los dictados de la sana lógica.”*⁶⁴

De las definiciones antes establecidas, se pueden extraer los siguientes elementos: La salvación del bien jurídico afectado por el mal, sólo pueda ser llevada a cabo por medio de la realización de una acción típica que vulnere un bien jurídico ajeno de menos valor.

En cuanto al mal, éste debe estarse produciendo, haberse comenzado a producir o ser inminente su concreción. Asimismo, no se requiere que sea un

⁶⁴Gustavo Labatut Glana, *Derecho Penal*, Tomo I, 9 Ed. (Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990), P. 210.

acto ilícito, pero sí que revista una connotación negativa que la sociedad no está dispuesta a soportar.

Por último, el mal no debe haber sido causado por el sujeto necesitado previendo la vulneración del bien jurídico como medio de salvación. El origen del peligro debe ser resultado de la ocurrencia de un evento natural, caso fortuito o la acción de un tercero distinto de aquel en contra del cual se dirigirá la reacción salvadora.

El bien jurídico sacrificado debe tener un menor valor que aquel que se pretende salvar. En este requisito, se pone en juego la comparación entre los dos bienes jurídicos en juego, siendo el bien jurídico salvado el que debe tener mayor valor que el sacrificado, para ello la doctrina ha sostenido que para determinar cuál es el valor de uno y otro bien es necesario tener criterios objetivos, tal y como lo afirma Enrique Cury, *“la valoración a la que aquí se alude es de carácter jurídico, objetivo y relativo. Las valoraciones éticas, religiosas, afectivas o de cualquier otra índole semejante no pueden ser consideradas. La posición subjetiva especial del agente también ha de excluirse.”*⁶⁵

De conformidad con lo anterior el juez será el encargado de determinar, cual es de menos valor, observando las circunstancias que rodean el hecho, así como la protección que el ordenamiento le da a los bienes jurídicos.

No debe existir otro medio practicable y menos perjudicial para impedir la ocurrencia del mal. Lo planteado por la doctrina con este requisito es que, si existe otra forma de salvar el bien jurídico en peligro, se prefiere esa forma

⁶⁵Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General*, (Edit. Jurídica Santiago, Chile 2005) p.210

que lesionar otro bien jurídico. Ya que, según Mario Garrido Montt, solo se justificará el mal provocado cuando sea el único menos perjudicial y viable de ejecutar atendidas las circunstancias concretas que se presentaron en la realidad.

Es importante, antes de definir la otra clasificación del estado de necesidad, que no es lo mismo hablar del Estado de Necesidad Justificado que Legítima Defensa, ya que esta última es una reacción ejercida por un individuo que se encuentra ante un agresor quien tiene interés en perturbar o dañar su integridad física, psicológica, etc. y el agredido reaccionan ante dicha Perturbación causando daños, y esa agresión recibida por el agresor es infundada.

Y en el estado de necesidad es una acción que ejecuta un individuo que se encuentra en situación de peligro actual e inevitable que no ha sido causada por él. Quedando claro lo antes dicho se procederá a explicar el estado de necesidad ex culpante.

Estado de necesidad Ex-culpante. Diversos autores han definido este tipo de estado de necesidad, cada uno dando su propia definición del tema, dentro de los cuales están: Raúl Zaffaroni, establece que *“el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita, podrá haber un estado de necesidad ex-culpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero sin que quepa formular el reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonablemente otra conducta”*⁶⁶

⁶⁶Raúl Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, (Edit. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002), 631.

Claus Roxin, sostiene que la definición de estado de necesidad ex-culpante es “Un precepto que presupone que se resuelva expresamente de modo negativo la cuestión prioritaria de la justificación de la conducta del sujeto, y que por tanto se repruebe y se declare socialmente dañoso el proceder del sujeto.”⁶⁷

Sergio Politoff expresa que *“es más o menos claro que si el bien sacrificado es de igual o mayor valor que el salvado, no operará la causal de justificación, cabe entonces hablar de un estado de necesidad ex culpante”*.

2.7.1 Criterios de Aplicación del Estado de Necesidad en la práctica del Aborto Terapéutico

Los Sistemas descritos en el apartado anterior, demuestran las formas en que los países abordan el problema del Aborto terapéutico, y esto se basan en una serie de criterios los cuales permiten identificar si es preciso que el mismo sea penalizado o que su práctica sea permisible.

Los criterios generan cierta discusión entre los diferentes sectores de la sociedad, no obstante desde el punto de vista jurídico, se ha determinado que para estos casos es muy preciso establecer y tener claro que los derechos no son absolutos, sino limitados, es así, que no se puede llegar al punto de fijar si el derecho vida de la gestante es mayor al derecho vida del concebido, debido a que no se puede valorar un derecho por encima del otro, alegando mayor valor, sino mediante razonamientos y criterios.

⁶⁷Claus Roxin, *Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, (Edit. Ariel, Barcelona, España, 1989), 37.

Es necesario tener claro que para obtener los criterios es importante que se realice una interpretación de las normas, primordialmente de la Constitución, de la cual pende toda la legislación secundaria, hay que tener claro además, que la interpretación es el núcleo central de la teoría de la Constitución, ya que a través de la misma se determina el sentido de esta. Por ello es importante mencionar los criterios que se adoptan para practicar el aborto terapéutico dentro de una excluyente de responsabilidad penal, siendo estos: *Criterio 1: Los Derechos Fundamentales no son absolutos, incluyendo entre ellos el Derecho a la Vida.* El criterio obtiene su importancia, en el sentido que para que se esté en presencia del estado de necesidad debe existir una *“Colisión de bienes jurídicamente protegidos”*, que en caso del aborto terapéutico son, el derecho vida de la gestante y el derecho vida del concebido o no nacido.

En Perú⁶⁸, le otorgan validez Constitucional al aborto terapéutico, al considerar que tanto la Constitución como la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos dentro de su articulado establecen que “Toda Persona Tiene derecho a la vida. Y cuyo derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción”. Es necesario precisar que dicha mención de proteger la vida en general desde la concepción, una toma de posición en torno a la prohibición o legalización del aborto terapéutico.

El derecho a la vida del concebido no es un derecho absoluto, ya que en ciertos supuestos puede ser objeto de limitaciones, y su presencia en un sistema verdaderamente jurídico justifica su naturaleza limitable, pues los mismos se encuentran en una relación próxima entre sí, y con otros bienes constitucionales

⁶⁸Samuel B. Abad Yupanqui. “Validez Constitucional del Aborto Terapéutico en el Ordenamiento Jurídico Peruano”, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (promsex, Lima/Perú, 2008) p 12-15.

protegidos, con los que potencialmente, cabe el conflicto. El Autor Solozábal Echavarría⁶⁹, establece la existencia de esas limitaciones, por las razones siguientes:

La característica general o universal de los derechos: Debido a que la titularidad la ostenta toda persona ya que son universales o generales pudiéndose ejercitar de forma simultanea por todos, debiendo existir una regulación que determine su adecuado goce, ejercicio y restricciones que se le puedan ejercer, ya que existe una limitación evidente ejerciendo su derecho sin imposibilitar que otra persona también lo ejercite.

La existencia necesaria de la relación entre los derechos, visto de forma integrada con otros entre si ya que no son derechos aislados, sino derechos que se integran unos con otros.

Las dos razones explicadas anteriormente, permiten determinar que en caso de conflictos de bienes jurídicos, los cuales son importantes todos, ninguno más que el otro, ya que no existe una jerarquía de derechos reconocida en la constitución, sino que todos tienen el mismo valor, queda a decisión de los aplicadores de las leyes determinar, no que derecho prevalecerá más, sino que derecho fundamental mediante una concordancia práctica será el que se garantizara, tomando en cuenta que nadie puede impedir el pleno goce de los derechos del otro, porque se ejercitan simultáneamente.

Al momento de aplicar el estado de necesidad de debe tomar en cuenta que bienes jurídicos se van afectar, que para el caso es la vida de la gestante y del no nacido, resultando lo más importante determinar ¿cuál puede ser

⁶⁹Juan José Solozabal Echaverria. “*Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos fundamentales*”, (Edit Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991), 97-99.

afectado? y no ¿cuál bien es más valioso? porque queda claro que ambos lo son, y esto se fundamenta en que las leyes los protegen, lo que permite identificar un segundo criterio.

Criterio 2: La Existencia de un Dictamen Médico Previo a la Práctica del Aborto Terapéutico. Es importante aclarar que el mismo debe ser emitido por un médico especialista en la materia, de tal manera, que pueda determinarse su necesidad, con el fin de identificar el grave riesgo que corre la vida de la madre, incluso en ciertos casos podría hasta prescindirse de dicho dictamen, y solo ampararse en la voluntad de la madre gestante e inclusive junto a la de la madre la del padre o esposo de aquella, y ampararse en la excluyente de Estado de Necesidad.

La idea de que no obstante que el médico emita un informe, donde conste que la vida de la madre corre riesgo por una enfermedad propia, sobrevenida al momento del embarazo o porque el feto además de no sobrevivir al parto causara la muerte de la gestante en el mismo, es necesario que sea está la que exprese su voluntad de practicarse el aborto o seguir con el embarazo, teniendo claro el resultado que obtendrá de tomar una u otra decisión.

La importancia del criterio radica en determinar cuáles son las enfermedades, que producirían un grave riesgo o peligro sobre la vida, salud física y psíquica de la madre, es decir, crear un listado en el cual se funde la interrupción del embarazo.

Basile y Waisman⁷⁰ apunta que las afecciones que autorizan la práctica del aborto terapéutico son:

- a) Las Cardiopatías Severas

⁷⁰ Hernán Silva Silva. “*Medicina Legal y Psiquiatría Forense*”; Tomo I (Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991). P 158.

- b) Neuropatías descompensadas
- c) Ciertos Aneurismas o Cuadros de Lavilidad proclives a producir derrames
- d) Nefropatías Graves
- e) Neoplasias Complicadas
- f) Diseminadas o de Localización Genital
- g) Enfermedades de Sistema Nervioso con Hipertensión endocraneana
- h) Disendocrinas muy graves.

Gisbert Calabuig, al referirse al peligro para la vida o salud de la madre, concreta: que debe prestarse especial atención a las enfermedades renales, a la eclampsia, a algunas enfermedades infecciosas, a la diabete, a las cardiopatías.

Ramón Fernández Pérez⁷¹, manifiesta que entre dichas causas médicas se encuentra:

- a) Toxicosis o Hiperhemesis gravídica
- b) Hemopatías Gravídicas (Leucemias, o anemias perniciosas)
- c) Nefropatías Gravídicas (albuminuricas o anémicas).

La Biología y la Clínica⁷² tienen varios casos entre aquellos casos en que no es el feto el que causa el problema, sino que las complicaciones que el embarazo causa a la madre, de las condiciones en que el feto, por su composición material es la causa, directa o indirecta, del compromiso vital de la madre, así podemos manifestar las siguientes situaciones:

⁷¹ *Ibíd*em

⁷² Carlos y Valenzuela; “*Ética Científica del Aborto Terapéutico*”; Vol. 131, N. 5, Santiago de Chile,(2003),disponible en:<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S003498872003000500013&scrypt=sciarttext>,

A. Casos en que la condición de embarazo o su patología que no es de origen fetal amenazan a la madre:

- 1) Infección ovular, espontánea o provocada: la embarazada acude a urgencia obstétrica con fiebre alta, a veces en shock séptico y con el útero grávido con feto vivo o ya muerto. Los minutos cuentan para salvar a la paciente (el feto generalmente ya está muerto o va a estarlo en minutos).
- 2) Embarazo ectópico. Es un padecimiento de alto riesgo para la madre ya que el ovulo fecundado se desarrolla fuera de la pared uterina, desarrollándose en las trompas de Falopio, en ovarios, cavidad pélvica o abdominal, no pueden llegar a término sin producir daño severo a la madre. Estos fetos son inviábiles y puede ocasionar una hemorragia a la madre.
- 3) En este apartado se habla un poco sobre las descompensación de una patología materna preexistente. El embarazo tiene una variedad de características de un aloinjerto⁷³; la madre genera mecanismos de tolerancia y se deprime, su sistema inmune. Las gestantes con tuberculosis y toxoplasmosis han motivado un aborto terapéutico, sin embargo insuficiencias cardíacas, renales, hepáticas, respiratorias, endocrinas, la diabetes, la hipertensión, las enfermedades autoinmunes y otras de la madre, han sido compensadas médicamente y con ayuda de eficientes métodos de regulación de los embarazos, no constituyen indicación para un aborto terapéutico.

⁷³ Un aloinjerto es un tejido que se trasplanta de una persona a otra. La asignación de prefijo a lo proviene de una palabra griega que significa "otro". Folleto informativo para pacientes y sus familia: Trasplante de Aloinjerto, (2009), pág. 1, consultado <https://intermountainhealth-care.org/ext/Dcmnt?ncid=520707953>.

4) La patología del embarazo mismo: la pre-eclampsia y eclampsia que, cuando se presentan en forma severa desde muy temprano (complicada o producida por patología fetal) llevan a plantear el aborto terapéutico. Sin embargo los hipotensores y otras terapéuticas actuales han permitido manejar este cuadro y esperar el parto, El síndrome Hell que puede coexistir con la eclampsia, presenta dificultades serias en su manejo y, a veces, la única solución es la interrupción del embarazo.

B. Casos, en que todo indica que es el cigoto, embrión o el feto mismo, el causante directo o indirecto del compromiso vital de la madre.

- 1) Enfermedades inmunes o autoinmunes precipitadas o descompensadas por “sustancias” o antígenos del feto. El pénfigoide del embarazo, en el que antígenos fetales desencadenarían una enfermedad autoinmune en la piel de la madre, corresponde a estos casos. Como la gravedad ocurre tardíamente, puede manejarse con medicamentos hasta llegar a un parto de término, un caso complicado con miastenia gravis (otra enfermedad autoinmune que se agrava con el embarazo) también puede llegar a un aborto terapéutico.
- 2) Ciertas formas de eclampsia en que el feto produce o genera la enfermedad en la madre, por reacción antígeno inmunitaria, o por desencadenamiento de una respuesta inflamatoria sistémica en la madre; la muerte espontánea o provocada (selectiva) de uno de los fetos, en caso de mellizos, ha curado dramáticamente a la paciente, en algunos casos.
- 3) El síndrome de Ballantyne (síndrome especular con triple edema fetal, placentario y materno, asociado frecuentemente a eclampsia) ha sido revertido al terminar selectivamente la vida de uno de los mellizos.

- 4) Las incompatibilidades genéticas materno-fetales (embrionarias), que si bien están la mayor parte de ellas controladas por terapia, aún pueden causar cuadros graves.

- 5) La patología de la concepción misma: comprende a las alteraciones genómicas del cigoto que llevan a procesos incontrolados que desestabilizan gravemente el organismo materno. Es menester destacar, que para realizar dicho dictamen los médicos deben de considerar diversos aspectos dentro de los cuales se encuentra la ética, es así que varios médicos fundamentan su decisión en La Teoría Ética del Doble Efecto, la que plantea que si la intención es salvar a la madre y se procede al vaciamiento uterino, con muerte del feto o embrión no es un aborto sino una interrupción terapéutica del embarazo y es por esto lícita.

Los médicos consideran que esta posición no se aplica cuando la causa del sufrimiento materno es la constitución genética del feto o el feto mismo, pues la intención médica es remover la causa y esta coincide con el feto, por lo que hay que llamarlo propiamente aborto terapéutico. Situación de la cual se dispusiera si existiera algún tratamiento que bloqueara el efecto del pasaje de sustancias del feto a la madre, las que causan el problema, entonces podría tratarse el caso, sin llegar a plantear siquiera el aborto.

Otros médicos consideran que los fetos que por sus sustancias o su genoma están matando a sus madres o a sus hermanos mellizos, y que no son viables *ex útero*, autorizan para matarlos antes de que maten a sus madres, a sus eventuales hermanos y se suiciden.

Sumado a lo anterior es importante, hacer referencia que entrevistas realizadas a Jueces de nuestro País, confirmaron los criterios anteriores, señalando cada uno de ellos que los derechos no son absolutos por tanto la vida de la madre o la vida del nasciturus puede ser limitada siempre y

cuando exista en la praxis del aborto una justificación, como salvar la vida de la gestante.

2.8 Ponderación de Derechos Vida y Salud de Madre

Los Derechos Fundamentales: son aquellos determinados en tiempo y espacio positivizados en normas, los cuales son inherente a todo ser humanos.

Objetivamente: La norma debe tener los números y ser garantizados por el Estado.

Subjetivamente: Derechos son inherentes en la persona humana e imprescindible se refiere aspectos personales de un individuo en sociedad. Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, todo derecho en un ordenamiento jurídico son limitados; el resultado de conflicto entre ellos a la hora de valorar dos derechos iguales o distintos porque ambos tienen importancia jurídica, política y social por tal están sujetos a las limitaciones.

¿Qué es colisión? Es la incidencia de dos o más derechos o deberes incapaces de ser ejercitados o cumplidos simultáneamente. Normas de igual categoría.

¿Qué es Ponderación? Es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que juzguen en sentido contrario. Balance de principio contrapuesto. Ahora que se comprenden estos conceptos y lo trasladamos al caso concreto; que de conformidad al artículo 1 inciso 2:

La mujer no puede alegar un “derecho al propio cuerpo o al propio vientre, ni un derecho a la interrupción de embarazo” que pueda anular el derecho a la vida

del no nacido; sin embargo, ello no significa que el derecho a la vida de éste revista el carácter de absoluto frente a los derechos fundamentales de la mujer gestante.

Entre los derechos del nasciturus y los de la mujer embarazada y puede ser objeto de diversas configuraciones legislativas, para arbitrar esas colisiones de derechos serían aquellos de penalización absoluta e incondicional del aborto (que anularía los derechos de la embarazada), así como los de la despenalización con iguales características (que prácticamente negaría los derechos del nasciturus) dentro de tales extremos hay un campo relativamente amplio para que el legislador adopte soluciones a la problemática del aborto, siempre que este reconozca la posibilidad de conflicto entre los derechos fundamentales citados y que se regula una medida destinada a la resolución de esas colisión.

En el código penal actual existe la posibilidad de conflictos entre los derechos de nasciturus y la madre en los supuestos de aborto. Para ello se tiene las causas generales de exención de responsabilidad penal, como alternativas para la determinación judicial del conflicto. Se incluye las causas de justificación como las excluyentes de la culpabilidad, conforme al principio de ponderación de intereses.

Colisión entre los derechos fundamentales debe ser resuelta mediante el método argumentativo de la ponderación, el cual consiste en determinar entendiendo a las circunstancias del caso concreto, cual es el derecho que debe de prevalecer en su ejercicio práctico, es un conflicto de normas iusfundamentales debe buscarse un equilibrio entre ellas o, si no es posible decidirse el supuesto concreto teniendo en cuenta circunstancias específicas cual norma debe de prevalecer. En caso de colisión, no es posible satisfacer

simultáneamente ambos, pues el ejercicio de uno con lleva la limitación del otro. El Estado salvadoreño diseñó una protección integral de los derechos del nasciturus a nivel constitucional, secundario e internacional, incluyendo las reformas al código penal, en el que se niega a la práctica de aborto, de tal manera que al configurarse como delito, los hospitales se niegan a practicarlos, y esto por el desconocimiento de la existencia de excluyentes de responsabilidad, bajo las cuales puede operar sobre todo cuando se está ante una situación de necesidad. La regulación que hace la legislación penal salvadoreña, hace considerar que sus normas son violatorias, ya que otorga prioridad y mayor protección al feto, que a la vida de la mujer. Y en efecto esta se convierte en la causa directa de una de las más altas tasas de mortalidad materna en Latinoamérica.

Es por esta razón se enfatiza en querer dar a conocer la necesidad que existe en el país de ponderar derechos, si bien es cierto el derecho a la vida del nasciturus es de suma importancia para el estado, de igual manera el de la embarazada y se le debe dar toda la asistencia médica necesaria para que pueda seguir con vida, por supuesto todo acorde a su estado pero no debe de negarse el acceso a mantener su salud estable.

Corolario: En lo referente a la protección de la vida y salud de la madre y del no nacido nos encontramos frente a instrumentos internacionales que velan por su protección y desarrollo, así tenemos el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y culturales de la ONU, que regula los derechos económicos, sociales y culturales relativos a las condiciones sociales y económicas básicas y necesarias para una vida digna y libre, en esta se establece mecanismos para su protección y garantía, entre los derechos reconocidos en este pacto están la protección a la familia y a los

menores, artículo 10, derecho a la salud, artículo 12, en estos artículos haremos énfasis, por ser parte del tema expuesto, el pacto reconoce a la familia como un elemento fundamental de la sociedad. El artículo 12 reconoce el derecho de toda persona al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” con respecto a la salud, se refiere no solo a estar sano, sino que debe verse como un derecho a controlar la propia salud y cuerpo, incluida la reproducción. Y son los Estados quienes deben garantizar estos y todos los derechos contemplados en el pacto.

En cuanto al tema de los derechos fundamentales se define a estos como aquellos determinados en tiempo y espacio positivizados en normas, las cuales son inherentes e imprescindibles, a todo ser humano y reconocidos como propios, desde el instante de la existencia misma del ser humano, que permiten el desarrollo de una vida digna, es pues un conjunto de derechos protegidos determinados en la constitución y que el Estado debe de respetar por su magnitud; teniendo como derechos fundamentales el derecho a la vida, la salud, educación, libertad entre otros.

Sin embargo, los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico son limitados, ni siquiera el derecho a la vida queda fuera de estas limitantes y esto porque todos se relacionan entre sí, resultando un conflicto entre ellos a la hora de valorar dos derechos iguales o distintos porque ambos tienen importancia jurídica, política y social.

Es así, como un choque o colisión de derechos humanos la forma más idónea para resolverlo es haciendo uso de la ponderación de derechos, en donde deben tomarse en cuenta los derechos fundamentales en colisión, y esta debe de ser resuelta mediante el método argumentativo de la ponderación, el cual consiste en determinar, según las circunstancias del

caso concreto, cual es el derecho que debe prevalecer, cuando existe un conflicto de normas iusfundamentales debe de buscarse un equilibrio entre ellas o, si dicho equilibrio no es posible, decidirse en el supuesto concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias específicas, es decir que, en determinados casos, los derechos fundamentales pueden ceder ante un derecho contrapuesto, de lo contrario algunos serian absolutos. En cuanto a la solución de coalición entre derechos, es necesario ponderar para poder determinar en cada caso concreto cuál de ellos debe prevalecer, siguiendo este procedimiento se puede llegar a una sentencia justa.

La necesidad de realizar una adecuada ponderación para resolver la colisión de derechos en cada caso concreto, es primordial ya que este es un método para la resolución de colisión de derechos fundamentales, que lo que busca es brindar protección integral a todos los derechos fundamentales por igual, ya que no es posible resolver conflictos de derechos anulando otros para privilegiar a uno de ellos. La ponderación de bienes determina que debe verificarse la comparación de la jerarquía de los bienes jurídicos en colisión, por ejemplo, la vida.

En cuanto al estado de necesidad, el cual es una excluyente de responsabilidad penal, regulado en el artículo 27 numeral 3 del código penal el cual es definido como aquella situación de peligro actual para un bien jurídicamente protegido, que solo puede salvarse vulnerando otro bien jurídico ajeno protegido por la ley, el cual puede ser justificante, que significa que el hecho es ilícito y antijurídico, existiendo un conflicto de derechos de diferente valor, o ex-culpable, esto es, que el hecho es antijurídico y existe un conflicto entre un derecho con otro que es de igual valor, por lo que se perdona la conducta de lesionar un bien que tenía el mismo o mayor valor que el protegido, para que pueda operar el estado de necesidad como

eximente de responsabilidad, los titulares de ambos intereses en conflicto deben de ser ajenos, de forma directa, al hecho que produce la situación además de que su actitud sea pasiva y que el acontecimiento se dé, de manera inesperada.

Es decir, que el estado de necesidad es una situación en la cual por salvar un bien jurídico en peligro se pone en riesgo otro bien jurídico, y cuyo caso no ha sido provocado, aquí, se ven afectados todos los tipos de bienes y estos pueden ser más valiosos o no en comparación con el bien que se pretende salvar. Para que se esté en presencia del estado de necesidad debe de existir una colisión de bienes jurídicamente protegidos por la ley; al momento de aplicar el estado de necesidad se debe tomar en cuenta que bienes jurídicos se van a afectar, por ejemplo en el caso del derecho a la vida del no nacido, resultaría importante determinar, cual bien jurídico puede ser afectado, y no cual bien es más valioso, puesto que ambos lo son, esto gracias a que las leyes los protegen. Un médico puede ampararse bajo la excluyente de estado de necesidad cuando queda determinado el grave peligro que corre la vida de la gestante, bajo pruebas médicas realizadas que determinen la situación de riesgo inminente que deteriora la salud de la madre.

CAPÍTULO III

CONCEPCIÓN EN OTROS PAÍSES SOBRE EL ABORTO TERAPEUTICO VERSUS VIDA

El análisis de la legislación del aborto es central en cualquier estudio que se haga sobre el tema, pues es precisamente su situación de ilegalidad lo que a lo largo de la historia ha dado origen a múltiples e intensos debates y en algunos países está legislado el aborto, los cuales permiten el aborto terapéutico, ético, eugenésico y tratan de que sea lo más seguro posible, dándole a la mujer toda la información necesaria para que pueda tomar la decisión más adecuada. Sin embargo, para El Salvador cambia en su accionar jurídico.

El capítulo hace un énfasis en las Legislaciones Latinas y el enfoque que estas les hacen al tema del aborto en sus distintos tipos especialmente el terapéutico, para crear una perspectiva que no se encuentra alejada a la realidad que vive El Salvador en cuanto a su cultura y educación sexual.

Para los países que se hace reseña han tomado en cuenta que por el hecho de prohibir el aborto no es un sinónimo que no se lleve a la práctica, es más su preocupación va más allá, porque se ha determinado que existe una posibilidad que las mujeres acudan a clínicas clandestinas donde el riesgo de morir por una mala praxis es inminente.

Es por ello que se aborda a continuación las siguientes legislaciones referentes al tema del aborto.

3.1. Legislación de México referente al tema del Aborto y el Derecho a la vida y la mujer

En pocos temas ha durado tanto tiempo la polémica, como en el caso del aborto y la despenalización del mismo, hasta hace cierto tiempo se tenía clara la idea de que al menos en el Distrito Federal y la mayoría de los Estados de la República se contemplaban como únicas excluyentes de responsabilidad sobre este tipo penal: el embarazo haya sido producto de una violación, que el embarazo pudiera poner en peligro la vida de la madre, o por malformaciones del feto. Sin embargo, en el Distrito Federal, se consideraron también los derechos de la mujer y en particular su derecho de libre decisión respecto a lo que acontecía en su propio cuerpo y las consecuencias en su vida futura, así como la incursión de ésta al ámbito laboral y económico, dieron pauta a una coyuntura en el tema, que fue materia de diversos foros de discusión multidisciplinaria, intentando varias veces llevar un proyecto de iniciativa de reformas tendientes a despenalizar el aborto ante la Asamblea del Distrito Federal, siendo esto posible plenamente hasta 2007, y consolidándose por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el 2008.⁷⁴

En contrapartida, otros Estados de la República mexicana, recrudecieron la penalidad de este delito, llegándola a penalizar casi en su totalidad, casi sin ningún tipo de excluyentes de responsabilidad, siendo así que hoy en día el país literalmente está dividido por la mitad en lo que respecta a la forma de regular el delito de aborto estando pendiente diversos Congresos locales por resolver sobre el caso.

⁷⁴Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (Cámara de Diputados México, 2016) <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Es así, que este tema tan complejo de los derechos adquiridos desde el momento de la concepción vs los derechos que una mujer tiene a decidir sobre su cuerpo, vuelven al debate nacional, ya que al dejarse al libre arbitrio de los Estados tal decisión, se deja que ambas posiciones se polaricen y se siga argumentando tanto a favor como en contra. Esta primera parte del trabajo sobre el tema de la Regulación del Aborto en México, se integra con los siguientes apartados:

En los antecedentes jurídicos del aborto en México, se desarrolla la evolución de las siguientes leyes: Nuevo Código Penal para el Distrito Federal: Texto original, Primera reforma y Segunda reforma. Ley de Salud para el Distrito Federal: Texto original 15 de enero de 1987, con las dos reformas respectivas sobre el tema.

Dentro del Marco Jurídico del Aborto a nivel federal se contemplan las disposiciones Constitucionales y de leyes secundarias en materia de aborto, y a nivel internacional se ofrece un apartado sobre los Principales Instrumentos Jurídicos Internacionales, que pugnan por la protección del Derecho a la Vida y los relativos a los Derechos Reproductivos de la Mujer, los cuales inciden directamente en el tema objeto de este trabajo.

Ahora bien, dado lo polémico sobre el tema del aborto, se incorporan a este trabajo las Reflexiones sobre la Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana en el tema como es el derecho y libertad a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos, y el derecho a la protección durante el embarazo para el caso de las mujeres trabajadoras, impidiendo que éstas realicen trabajos que signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación. En esta materia también se establece la obligación para el patrón de observar en los centros de trabajo normas y medidas sobre

higiene, seguridad y prevención de accidentes de trabajo con el objeto de garantizar la vida la salud del producto de la concepción tratándose de las mujeres embarazadas.

Por otra parte, la legislación mexicana establece también que las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.

Es importante destacar que en el código civil federal mexicano se plasma claramente la protección y el derecho a la vida al señalarse que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley.⁷⁵ La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”⁷⁶

Al tipificarse el delito de aborto en el Código Penal Federal, el cual lo define como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, se ubica la tendencia hacia la protección del producto desde la concepción, contraponiéndose así al derecho y a la libertad de la mujer a decidir

⁷⁵Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos, (Cámara de Diputados, México, 2010), Art. 22, <http://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>

⁷⁶Ibídem. Art. 22

sobre su cuerpo y la maternidad. Sin embargo, cabe señalar que este Código contempla algunas excepciones que son excluyentes de responsabilidad tanto para la mujer como para quien practique el aborto.⁷⁷

Por su parte, el código penal federal mexicano establece en los delitos contra la vida y la integridad corporal sanción de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.

Sin embargo, no es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales se observa que éste en cuanto a la comprobación del delito y de la probable responsabilidad del inculcado en materia de aborto establece disposiciones que prevén el reconocimiento por parte de los peritos médicos a la madre para dictaminar las causas del aborto.⁷⁸

3.2. Legislación de Puerto Rico referente al tema del aborto, el Derecho a la vida y la mujer

El aborto es legal en Puerto Rico si es realizado por un médico con el propósito de proteger la vida o la salud de una mujer embarazada. En este contexto, la

⁷⁷*Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, (Carama de Diputados, México, 2010), Op. Cit.*

⁷⁸Mariano Güitron, Juan Díaz Romero, y Otros, *La Suprema Corte de Justicia y el Derecho a la Vida. Sentencia sobre El Aborto*, 2da. Ed., Corregida y aumentada, (Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F. 2002).

salud incluye no sólo la salud física, pero también la salud mental y el bienestar socio-económico.

No obstante, hay una ley penal existente en Puerto Rico que prohíbe proveer o recibir un aborto que no tenga como objetivo la protección de la vida o la salud de una mujer.

No es requisito obtener el consentimiento de los padres de una menor de edad en Puerto Rico. *Las cortes de Puerto Rico han declarado que una menor de edad* (definido por la ley de Puerto Rico como una persona menor de 21 años de edad) no necesita el consentimiento de sus padres para obtener un aborto.

En contraste con muchos estados, Puerto Rico no tiene una ley requiriendo que los padres den su consentimiento o que sean notificados antes de un aborto. En los estados que sí tienen leyes semejantes, se debe tener un proceso confidencial y acelerado a través de cual un menor puede evitar este requisito.

Un aborto puede ser legalmente realizado únicamente por un médico autorizado a ejercer medicina en Puerto Rico. Los médicos que proveen abortos deben cumplir con varios requisitos adicionales impuestos por el Departamento de Salud. Por ejemplo, el Departamento requiere que los proveedores de aborto hayan completado una residencia en obstetricia y ginecología; no obstante, oficiales del Departamento de Salud han dicho que este requisito será suspendido por cualquier médico licenciado que pida tal renuncia hasta que el Departamento adopte nuevas regulaciones.⁷⁹

⁷⁹Sentencia de Apelación, No. CR-78-83, 109 D.P.R. 596, (Puerto Rico, Tribunal Supremo, 17 de abril de 1980).

El Departamento también requiere que los proveedores de aborto asistan a cursos anuales en resucitación cardiopulmonar, tengan una licencia válida de narcóticos estatal y federal, y estén registrados con el Registro de Profesionales de Salud mantenido por el Departamento de Salud.

El Departamento de Salud requiere que los proveedores de aborto sean licenciados como centros de servicios ambulatorios y que renueven esta licencia cada dos años. Para obtener una licencia del Departamento de Salud, un proveedor de servicios de salud debe pasar una inspección conducida por el Departamento de Salud.⁸⁰

De acuerdo a la ley de la constitución federal, que aplica a Puerto Rico, no se puede prohibir el aborto antes de la viabilidad, y los abortos después de la viabilidad pueden ser permitidos si es necesario para preservar a la vida o a la salud de la mujer. Las leyes de Puerto Rico permiten el aborto de acuerdo con estos principios.⁸¹

Hay fondos públicos disponibles para mujeres elegibles bajo Medicaid para pagar por abortos en caso de violación, incesto, o riesgo a la vida de la madre, de acuerdo a la versión actual de la Enmienda Hyde, una enmienda al estatuto federal de Medicaid que ha sido renovada por el Congreso de los Estados Unidos, con mínimos cambios, cada año desde 1976.⁸²

⁸⁰Francisco E. Cruz Febus y Hon. Víctor A. Suarez Meléndez, *Departamento de Salud de Puerto Rico, Reglamento de la Secretaria de la Salud para el Licenciamiento, Operación y Mantenimiento de los Hospitales en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, (No. 8808, 8 de septiembre de 2016)

⁸¹Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, (Capitolio de Puerto Rico, 6 de febrero de 1952, Ratificación por el Congreso de los Estados Unidos).

⁸²Center for Reproductive Rights, *El Derecho Legal al Aborto en Puerto Rico*, (Wall Street, New York, USA, 2009) http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/pub_fac_abortion_pr_sp_2.pdf

Aunque muchas personas e instituciones en Puerto Rico no lo reconozcan, el aborto es legal en Puerto Rico. El aborto terapéutico para proteger la salud de las mujeres esta conocido en Puerto Rico desde hace más de un siglo. El aborto por petición fue legalizado cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió el caso Roe V. Wade (1973).⁸³

Cada mujer en Puerto Rico tiene un derecho reconocido a acceder a diferentes opciones para terminar un embarazo no deseado, en caso de que esa sea su decisión.

Es inadmisibles que aún se esté hablando de investigaciones policiales a mujeres por el hecho de que hayan abortado y también es inadmisibles que la prensa siga desinformando en cuanto a la legalidad del aborto en Puerto Rico.

El Estado debe garantizar el acceso al aborto libre, seguro y gratuito para todas las mujeres y proveer las condiciones necesarias para que esa decisión pueda ser tomada de forma libre e informada. Aun sabiendo que es inconstitucional, la legislatura se ha rehusado a derogar los artículos sobre el aborto. Por todas estas razones, es hora de que los siguientes artículos sobre el aborto sean eliminados del Código Penal y atemperemos nuestras leyes y protocolos al reconocimiento legal de la autonomía y los Derechos Reproductivos de las mujeres en Puerto Rico.⁸⁴

Sin embargo, el código penal de puerto rico establece que toda persona que permita, indique, aconseje, induzca o practique un aborto, o que proporcione,

⁸³Choice Voice, *Lo que todosdeben saber Roe V. Wade 1973*, (Noticias de Planned Parenthood of the New York City, 2006).

⁸⁴Center for Reproductive Rights, *El Derecho Legal al Abortoen Puerto Rico*, (Wall Street, New York, USA, 2009) <http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files>

facilite, administre, prescriba o haga tomar a una mujer embarazada cualquier medicina, droga o sustancia, o que utilice o emplee cualquier instrumento u otro medio con intención de hacerla abortar; y toda persona que ayude a la comisión de cualquiera de dichos actos, salvo indicación terapéutica hecha por un médico debidamente autorizado a ejercer la medicina en Puerto Rico, con vista a la conservación de la salud o vida de la madre, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de tres años.⁸⁵

Toda persona que redacte y publique un aviso o anuncio de algún específico o procedimiento para producir o facilitar abortos ilegales, o que ofrezca sus servicios por medio de algún aviso, anuncio o en cualquier otra forma para asistir a la consecución de tal hecho, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de tres.⁸⁶

3.3. Legislación de El Salvador referente al tema del aborto, el Derecho a la vida y la mujer

Art. 133. Aborto consentido y Propio: 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.

En el Art. 134 del C.P. Aborto sin consentimiento: 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.

⁸⁵Código Penal Puerto Rico, Ley No. 146 del 30 de julio de 2012, Vigencia 1 de septiembre de 2012, <http://www.luxjuris.com/lexlex/Leyes2012/CodigoPenal2012.pdf>

⁸⁶Comunicaciones RSMLAC, *El Aborto es Legal en Puerto Rico, 2013*, <http://rsmlac.blogspot.com/2013/12/el-aborto-es-legal-en-puerto-rico.html> Consultado: 30- marzo-2018

En el Art. 135 Aborto Agravado del C.P.: Si el aborto fuere cometido por médico, por farmacéutico, 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.

En el Art. 136. Inducción o ayuda del Aborto C.P.: 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 el aborto es el progenitor del aborto, la sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior.

El Salvador regula en su Art. 137 del C.P. Aborto culposo y define: 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, ni la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles.

El Art. 138 del C.P Lesiones en el No Nacido: el que ocasionare en el no nacido una lesión o una enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Para finalizar, en el Art. 139 del C.P. Lesiones culposas en el no Nacido: el que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. La embarazada no será penada al tenor de este precepto.⁸⁷

⁸⁷Alma Arámbula Reyes, *Legislación Internacional y Derecho Comparado sobre el Aborto*, (Centro de Documentación, Información y Análisis, México, D.F., 2008) <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-19-08.pdf>

3.4. Planteamiento del caso Beatriz, una ciudadana salvadoreña, referente al tema del aborto terapéutico (Descripción del Caso)

“Beatriz es el seudónimo de una mujer de 22 años de El Salvador, enferma de Lupus eritematoso discoide y con un embarazo de 26 semanas (2º Trimestre), con un hijo con anencefalia. A quien se le descarta una enfermedad renal grave según peritaje del Instituto de Medicina Legal, surgiendo mucha polémica acerca del tema del aborto. Así como la decisión final terapéutica de un procedimiento medico realizado satisfactoriamente. Pero que, por razones de demanda, el caso llega a la Sala de lo Constitucional y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

En 28 de mayo de 2013, la Corte Suprema de justicia denegó a Beatriz (nombre ficticio para proteger identidad), denegar el amparo que había interpuesto para que el personal médico del Hospital Nacional de Maternidad le pudiera realizar la interrupción del embarazo de un feto anencefálico incompatible con la vida extrauterina, dado el grave estado de salud de Beatriz por padecer lupus eritematoso discoide.

Sin embargo, el personal médico tratante debido a la actual legislación penalizadora del aborto en todas las circunstancias, tenía miedo a ser procesado por lo que solicitaban “el pronunciamiento de la autoridad o institución competente, ya que de no proceder quirúrgicamente corre extremo peligro la vida de la madre.”

Finalmente le fue realizada una cesárea después de que el 29 de mayo de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolviera que “El Estado de El Salvador adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B pueda

adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideran oportunas y convenientes para evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B.

Un Informe de los expertos de la ONU sobre el derecho a la salud, la tortura y la discriminación y la violencia contra las mujeres, Anand Grover, Juan E. Méndez, Kamala Chandrakirana y RashidaManjoo, concluyeron en junio de 2013 que el caso de Beatriz mostraba que “Una prohibición absoluta del aborto, cuando el resultado es el grave riesgo para la vida y salud de la mujer, constituye una violación de la obligación del Estado de prevenir la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

3.4.1. Caso Beatriz en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Después de la sentencia sobre el caso Artavia Murillo⁸⁸, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpreta el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), relativo al derecho a la vida, se hace noticia el caso de Beatriz (nombre usado para proteger su identidad), una joven salvadoreña embarazada de un feto anencefálico y aquejada de lupus eritematoso discoide, una enfermedad que debilita el sistema inmunológico y que puede causar complicaciones graves e incluso mortales con el embarazo y el parto.

En lugar de practicarse un aborto terapéutico, como era su deseo y estaba indicado médicamente, la Corte Suprema de El Salvador le exigió continuar con el embarazo argumentando que en ese Estado cualquier clase de aborto

⁸⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

está penado por la ley y que la vida de la madre no tiene prioridad sobre la del no nacido, ni a la inversa, negando así a la mujer el derecho a proteger su vida y salud a pesar de la imposibilidad de supervivencia del feto.

Ante ello, a instancias de la Comisión Interamericana, la Corte dictó una Medida Provisional de protección por la cual se pedía al Estado de El Salvador “que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B.”⁸⁹. Las autoridades salvadoreñas, resistiéndose a un aborto, sólo autorizaron la práctica de una cesárea cuando la mujer mostró síntomas de parto, tras la que el feto no sobrevivió.

3.4.2. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Beatriz

En uso de las atribuciones que le confieren el artículo 63.2 de la Convención Americana y el artículo 27 del Reglamento, Resuelve⁹⁰:

1. Requerir al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia

⁸⁹Corte IDH. Asunto B. Respecto de El Salvador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013. Consultado: 28-marzo-2018

⁹⁰Ibidem.

alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B. En el desarrollo de la resolución, el tribunal admite que Beatriz puede estar sufriendo daño mental y físico, y además puede estar sometida a condiciones que arriesgan su vida, también que el tiempo avanza y ella tiene un hijo menor de edad a quien debe atender.

2. Requerir que el Estado informe a la Corte Interamericana, a más tardar el 7 de junio de 2013, sobre lo dispuesto en el punto resolutivo primero de la presente Resolución.
3. Requerir que representantes y la Comisión Interamericana que presenten a la Corte Interamericana, en el plazo de dos semanas las observaciones que estimen pertinentes al informe mencionado en el punto resolutivo segundo de la presente Resolución.
4. Requerir que el Estado que informe a la Corte Interamericana cada dos semanas, contados a partir del 7 de junio de 2013, sobre las medidas provisionales adoptadas de conformidad con esta decisión.
5. Solicitar que el representante y la Comisión Interamericana que presenten sus observaciones en un plazo de una semana contada a partir de la notificación de los informes del Estado que se indican en el punto resolutivo cuarto.
6. Disponer que la Secretaría notifique la presente Resolución al Estado y a la Comisión Interamericana y, por intermedio de ésta, a los representantes del beneficiario.

3.5. Sentencias Caso B. (CIDH vrs Sala de lo Constitucional) El Salvador

El 28 y 29 de mayo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de El Salvador dictaron sentencias contradictorias. Desde San José, Costa Rica, la Corte Interamericana -cuyas resoluciones son vinculantes para los Estados miembros, incluyendo a El Salvador- requirió que “El Estado de El Salvador adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideran oportunas y convenientes para evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la Señora B.

Con tres de cinco votos, la Sala de lo Constitucional de El Salvador sentenció lo contrario: “Los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del nasciturus (por nacer) ni viceversa”. La Sala de lo Constitucional deseaba sentar un importante precedente contra todo aborto en El Salvador. Se enfatizó que “existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana desde el momento de la concepción, como manda el artículo 1 de la Constitución de la República.”

¿Qué dice la Sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador? La continuidad con el embarazo no pone en riesgo la vida de la mujer. Los exámenes periciales a los que se ha sometido Beatriz mostraron que la mujer estaba recibiendo el tratamiento adecuado, ordenando a los médicos a que se siguiera atendiendo el embarazo, continuar monitoreando el estado de salud de la peticionaria y brindarle el tratamiento que en cada momento le resulte idóneo para su condición médica, así como implementar los

procedimientos que según la ciencia médica, se estimen indispensables para atender las futuras complicaciones que puedan presentarse. Los médicos deben asumir los riesgos que conlleva el ejercicio de su profesión; de ahí que a ellos les corresponde estrictamente decidir los procedimientos y el momento de actuar, tomando en cuenta el referido mandato constitucional que garantiza la vida de la madre y del producto de la concepción. “Este tribunal sostiene que los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre el que ha de nacer ni viceversa, así mismo, que existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que otorga a la persona humana “desde el momento de la concepción.”⁹¹

3.6 Crítica a la Sala de lo Constitucional de la Sentencia en el caso Beatriz

Lo que se discute en este caso es la emergencia y la gravedad del caso y los procedimientos a seguir, para dar una respuesta apegada a derecho, cuando lo que urge de primera mano, es una respuesta apegada a criterios científicos y clínicos.

Por una parte, están los artículos 133, 134 y 135 del Código Penal; y por otro, los protocolos médicos de actuación; pero éstos últimos se ven limitados por la ley punitiva; de tal manera que fue necesario pedir opinión a una serie de instituciones públicas.”

Al respecto, la primera autoridad informó que en el país no existen protocolos médicos de actuación en casos como el de la señora B.C., debido a que

⁹¹Sentencia de la Sala de lo Constitucional, 30 de Mayo del 2013.

legalmente no es permitido ningún tipo de aborto; no obstante, incorporó a este expediente judicial unas directrices elaboradas por la Organización Panamericana de la Salud –OPS–, que podrían ser aplicadas en El Salvador si se permitiera la práctica de los procedimientos en cuestión. Asimismo, adjuntó un informe técnico elaborado por la Oficina de Género, Diversidad y Derechos Humanos de la OPS, en el cual dicha entidad internacional emite un pronunciamiento sobre la interrupción del embarazo por razones médicas y el caso en particular de la demandante.

Entonces, de lo que se trata, es de un conflicto ético-legal, tal como lo menciona la resolución en el Amparo, es decir, por un lado tenemos la vida del nasciturus, que según criterios médicos, no tiene ninguna posibilidad de sobrevivencia; y por otro, la paciente que presenta necesidades hospitalarias específicas, para que pueda prolongar su existencia física; pero además, están los preceptos éticos de la profesión médica, que se orientan a preservar la vida y la salud.

Los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos ratificados por El Salvador –específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6.1 y 7), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4.1 y 5.1) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo, arts. 6.1 y 6.2) tampoco reclaman un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, de su interpretación sistemática se desprende la necesidad de ponderar, en el supuesto concreto, el derecho a la vida de cada extremo del binomio madre-hijo.

Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos de ambos, apreciando de esa manera la importancia constitucional no solo del no nacido,

sino también de la mujer embarazada que ya goza de la titularidad de otros derechos.

Ahora bien, la demanda, es en contra de tres servidores públicos, el Director, el Jefe de la Unidad Jurídica y Jefe del Servicio de Perinatología, del Hospital Nacional Especializado de Maternidad “Raúl Argüello Escolán.” El primero y el tercero, tienen la carga institucional de tomar decisiones en casos críticos, para efecto de evitar que se pierdan vidas humanas; pero ante el dilema moral que representa el hecho de existir prohibiciones expresas, sobre el tema, la Institución en cuestión cuenta con una Unidad Jurídica, la cual debe dar sus informes y dictámenes.

Pero la Unidad Jurídica, retiene la toma de decisiones, para acudir a entidades externas, en busca de las respuestas que él debería haber proporcionado. No obstante la Sala de lo Constitucional, ha considerado que la omisión, no depende de ese funcionario y por ende, se convierte en el primero en ser excluido por la honorable.

Cuando la demanda, en realidad no trataba sobre haber recibido asistencia o no; sino que se resistieron a practicar el procedimiento necesario que le garantizara seguridad plena de que su vida, sería preservada.

Los magistrados no sintieron los minutos, horas y días de angustia, esperando lo peor, mientras las autoridades hospitalarias se debatían en trámites burocráticos; dejando por último a la persona humana. Toda esta trama es gracias a la reforma constitucional, que se dieron del Art. 2 de la Constitución, que incluyó a las personas, desde el instante de la gestación. obviamente por presiones del clero, que no consideraron

para nada, que podría haber este tipo de casos; donde el no nato, carecía de cerebro y no podía vivir, llegado el nacimiento, es decir, que fueran inviables. Pusieron en consideración la vida tanto de la madre como del que estaba por nacer, y trataron de hiciera todo lo posible que sobrevivieran ambos implementando lo del fallo que dio la Corte Interamericana de derechos Humanos donde estableció adquirir medidas para tener estable a Beatriz, este tribunal sostiene que los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del nasciturus ni viceversa; asimismo, que existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana desde el momento de la concepción.

Los magistrados consideraron, valoran y ponderan la situación de los que está en peligro el derecho a la salud y la vida. Sobrevivieron ambos aunque horas después el feto murió.

3.7 Critica a la Corte Internacional de Derechos Humanos al Fallo Emitido en el caso de Beatriz

La competencia ante situaciones de extrema gravedad y urgencia, la Corte IDH puede tomar las medidas provisionales que considere pertinentes, aunque no haya un caso presentado ante el Tribunal. Las resoluciones de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para todas y cada una de las autoridades de El Salvador, como Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), que firmó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptó la competencia de la Corte IDH.

Pero estas resoluciones que deben ir enmarcadas hacia el Estado directamente, y no hacia una persona natural en particular como lo hizo la Corte en este caso.

La Corte IDH solamente se dejó llevar por el planteamiento de la situación que hizo la abogada de la señora Beatriz, no realizó una investigación previa directa y concisa. Para la idea central sobre la ponderación de derechos que debe comenzar a realizarse en nuestro país la postura más atinada que se tuvo en este caso fue la de la CSJ, que mostró su interés de salvaguardar la vida de ambos, tanto de la madre como la del no nacido.

En El Salvador, debido al código penal vigente desde 1998, el aborto terapéutico se encuentra tipificado como delito y es el motivo por el cual los médicos en la actualidad se niegan a brindar un tratamiento adecuado por temor a que como consecuencia de dicho tratamiento se induzca un aborto y es por esa razón que prefieren evitar medicar a las madres mientras se encuentran en esta etapa y para cuando ya han superado la gestación la enfermedad se sigue desarrollando y avanzando, a tal grado que pueden llegar al punto de ser intratables posteriormente.

Es por ese motivo, la CSJ ha dado un avance en cuanto a la jurisprudencia que ha quedado ya de tratar a la madre con tratamientos adecuados para llevar su gestación a término y a la vez brindar el cuidado necesario para que su situación no se agrave. Y pues tomar como una alternativa en caso que la madre tenga complicaciones inducir al parto ya cuando sea viable la vida del no nacido fuera del útero de la madre y que aun siendo un bebe prematuro puedan darle por incubadora lo que necesita para sobre vivir él y su madre.

Corolario: El aborto es una de las prácticas más debatida en la sociedad, su regulación, despenalización o penalización absoluta depende del ordenamiento jurídico de cada país, así que es regulada desde distintos puntos de vista que han adoptado a medida va evolucionando y cambiando la sociedad moderna de nuestra época.

En contraste con esta penalización del aborto encontramos países cuya normativa jurídica ha sido ampliamente cambiada en el tema del aborto y su despenalización. Los países de la región donde el aborto está permitido sin ninguna restricción son: Uruguay, Cuba, Guyana y Puerto Rico, México es un caso especial, ya que existe un único lugar en el que esta práctica se permite libremente, se trata de la capital del país, el Distrito Federal.

En otras naciones el aborto es permitido en algunas circunstancias, así tenemos a países como Guatemala, Brasil, República Dominicana, Paraguay, Uruguay, Colombia, Chile, Argentina y Jamaica entre otros, permiten el aborto en ciertas circunstancias tales como: preservar a vida y salud de la mujer, en casos de violación o en caso de malformación genética del feto.

Algunas razones por las cuales estos países se han visto movidos por diversas opiniones para despenalizar de manera total o en ciertos casos el aborto es por la afectación a los derechos de la mujer, además que con ello se reduce significativamente la práctica de abortos clandestinos inseguros y riesgosos que aumenten las muertes y la pérdida de la vida y salud de las mujeres, así mismo se buscan es no exponer a las mujeres a ser víctimas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, la penalización del aborto solo hace que los abortos sean clandestinos, practicados de forma insegura y se eleve la mortalidad de las mujeres pobres y jóvenes.

Este tema encuentra un sin fin de razones para ser estudiado y posteriormente evaluado su penalización o despenalización, se considera que la penalización nunca ha sido un medio efectivo para proteger al embrión, pudiendo lograrse esto mediante políticas públicas que, a la vez estén en armonía con los derechos de las mujeres. Países como Honduras,

en donde el Congreso rechazó una propuesta de reforma al Código Penal en la que se sugería la despenalización del aborto en tres causales, en la actualidad el aborto se considera por la legislación de este país como “la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto”, debido a la reafirmación de la penalización del aborto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU examinó el cumplimiento del país sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y pidió al gobierno permitir el aborto en ciertos casos.

En Nicaragua, en el año 2008, el Código Penal nicaragüense sufrió una reforma en la cual se derogaron aquellas excepciones con las que se permitía la práctica del aborto a mujeres y niñas cuya vida o salud se encontrara en peligro con el embarazo y también, en ciertos casos, a víctimas de violación, con esta reforma rechazada por diversos organismos como Amnistía Internacional, el país pasó a penalizar cualquier forma de aborto, teniendo como pena para las mujeres que se practiquen un aborto hasta una pena de dos años, y los médicos que lo practicaren pueden recibir penas de hasta seis años. Haití es otro país donde según la legislación actual, la interrupción del embarazo en cualquier circunstancia se encuentra penada con prisión sin excepción alguna.

También en Surinam, el Código Penal establece que cualquier mujer que se realice un aborto enfrentará una pena de hasta tres años, y aquellas personas con intención de realizar la interrupción del embarazo a una mujer será condenado con una pena de seis meses hasta cuatro años. Se tiene argumentos morales, religiosos y políticos los cuales sostienen diferentes posiciones a favor o en contra del tema, en la actualidad en nuestro país ha cobrado mayor relevancia el tema por la alza de abortos que aqueja nuestra sociedad que busca encontrar una solución a los casos de

muchas mujeres que se encuentran en situaciones que ponen en peligro su vida. Es así como asociaciones que velan por los derechos de las mujeres, ciudadanos, activistas, médicos y abogados y organizaciones internacionales han promovido iniciativas de despenalización del aborto en algunos casos específicos.

En El Salvador el aborto es ilegal en cualquier circunstancia, sin excepción, incluso en casos de violación, o cuando la vida de la madre esté en riesgo, siendo nuestro país considerado el país con la prohibición más fuerte del mundo debido a sus duras condenas.

Las razones por las cuales países como El Salvador no aprueban reformas a la Ley en el tema del aborto, es por la diferencias abismales de pensamientos de los sectores de la población en pro del aborto, así como también las ideas religiosas y legales que avalan esa protección absoluta de la vida por nacer.

La Sala de lo Constitucional de El Salvador, falló en contra de las pretensiones abortistas al determinar que la persona no nacida es una persona jurídica “limitada” que puede ir ejerciendo sus derechos de forma gradual dependiendo de su desarrollo natural, o sea, que la vida e integridad están absolutamente garantizados por el Estado, lo que significa que no hay paso libre para interrumpir embarazos.

La Constitución no contempla de forma expresa el aborto, sino que busca regular la protección y conservación del derecho a la vida de los salvadoreños, tal y como lo expresa en el artículo 1 inciso 2 de la Constitución, De esa manera queda reconocido de forma expresa por la carta magna que el concebido no nacido es sujeto de derechos, por

dotársele de la calidad de persona humana desde la concepción, elevando la categoría a un ámbito constitucional, y de esa forma brindarle una mayor protección, desde antes de nacer.

A lo largo de la historia el tema seguirá siendo una de las grandes problemáticas en relación a que si se violenta o no el derecho de la mujer a decir sobre el cuerpo propio, aunque los argumentos a favor del aborto expresan que la mujer es “dueña de su cuerpo y puede hacer con él lo que mejor le parezca” es un pensamiento cerrado , egoísta y poco apoyado por una parte de la población femenina, ya que desde el momento de la fecundación el embrión tiene una vida libre e independiente, y la dependencia que existe entre madre y nasciturus es con relación al desarrollo y nutrición del mismo.

Para los casos en que está en peligro la vida de la madre, nuestra legislación busca salvaguardar ambas vidas, ya que gracias a los avances médicos, se puede asegurar la vida de ambos, esto con relación al derecho a la vida que es el primer derecho fundamental que hay que proteger, el Estado debe de ser quien asegure los procedimientos adecuados para eliminar o reducir los casos de mortalidad materna por causas de enfermedades que aquejen a la madre.

Sentencia caso Beatriz: En 28 de mayo de 2013, la Corte Suprema de justicia denegó a Beatriz el amparo que había interpuesto para que el personal médico del Hospital Nacional de Maternidad le pudiera realizar la interrupción del embarazo de un feto anencefálico incompatible con la vida extrauterina, dado el grave estado de salud de Beatriz por padecer lupus eritematoso discoide. En este caso, los abogados de Beatriz interponen un Recurso de Amparo, que es un recurso que poseen los ciudadanos cuando

existe la posibilidad de que se les esté violando un derecho garantizado por la Constitución. El caso de Beatriz resulta emblemático por el fuerte impacto que causó no solo a nivel nacional, las críticas realizadas a esta sentencia, brinda una extremada protección a los derechos del nasciturus.

En la resolución, tres de los cinco Magistrados constitucionalistas rechazaron amparar a Beatriz, quien solicitaba la interrupción del embarazo para salvaguardar su vida, pero que según dictamen médico se determinó que no corría riesgo su vida, estableciendo que “no es inminente, sino una posibilidad a futuro.”

Los votos coincidentes son los de los magistrados Sídney Blanco, Belarmino Jaime y Salomón Padilla, quienes resolvieron en contra de Beatriz; el magistrado Rodolfo González, aunque coincide con la denegación del amparo, emitió voto concurrente, ya que sus argumentos son diferentes a los de los otros tres magistrados, el último magistrado, Florentín Meléndez, emitió voto disidente, es decir, en sentido favorable a la petición.

El voto concurrente, es un voto diferenciado que no acompaña íntegramente la argumentación de la resolución que firmaron tres de los cinco Magistrados. Mientras que el voto disidente que fue emitido por el Magistrado Florentín Meléndez, fue muy severo en su planteamiento, sosteniendo que “la sentencia debió declarar que los médicos han violado su deber de actuar, pues no debían esperar autorización de la Sala para hacer lo estrictamente conveniente para proteger el derecho a la vida de Beatriz.

Tal parece que el Magistrado no toma en consideración la justificación que el director de Maternidad dio, al explicar la razón del porque no habían actuado en este caso, quien expuso, que como doctores estaban de manos atadas

por el Artículo 133 del Código Penal; sin embargo Meléndez explica que, su voto disidente no implica que esté de acuerdo con el aborto, sino más bien, con la defensa de la vida de ambos, tal como lo ordena la Constitución y el Derecho Internacional.

El Tribunal, sostuvo que “los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del nasciturus ni viceversa” la sentencia establece el concepto de vida “en nuestro ordenamiento jurídico, la vida constituye un derecho inherente a toda persona, sin excepción alguna, cuyo ámbito de protección se extiende, incluso, hasta el momento de la concepción.” Las conclusiones en las que la Sala basó su decisión, se debe al dictamen del Instituto de Medicina Legal, que es la rama auxiliar de la Corte Suprema, quienes fueron los encargados de realizarle exámenes a Beatriz para determinar su estado actual de salud. Concluyendo el Instituto Forense que Beatriz no tenía grave riesgo de morir y que el Hospital de Maternidad debía únicamente continuar con el tratamiento, así también mantener en observación y que de llegarse a una crisis, solo en ese caso, se interviniera.

En cuanto a los magistrados que votaron en contra del amparo en sus razonamientos determinaron que “debe declararse no ha lugar ” porque se admitió bajo la idea de que al momento de iniciar el amparo había un peligro inminente de muerte, pero luego se estableció que no es inminente, sino eventual, futuro, y no necesariamente de muerte, sino de complicaciones para el embarazo o el parto; concluye exponiendo que es necesaria una regulación que establezca como proceder en caso de que la vida de la madre y el que ha de nacer corran peligro.

La Sala de lo Constitucional al expresar su decisión sentó un precedente importante en contra del aborto en El Salvador, ya que razona de manera

correcta la forma de actuar sobre el caso concreto de la señora Beatriz, ya que al determinar que el embarazo no pone en riesgo su vida, y que recibía tratamiento adecuado, al igual que un seguimiento a su caso en particular, protege la vida de la madre y por ende la del nasciturus que es la finalidad del Estado; el primer artículo de la Constitución dice “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”, y en mayúsculas, por tratarse de una reforma, “así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”, en este sentido los magistrados consideran que los médicos deben usar herramientas para garantizar la vida tanto del feto como de la madre, el hecho de que la Constitución considere al ser humano como tal desde el momento de la concepción hace que el feto y la madre estén en la misma posición ante la Constitución.

CAPÍTULO IV

NORMATIVA JURÍDICA SALVADOREÑA

Los derechos humanos de las mujeres que pueden verse afectados, como consecuencia de las restricciones de acceso a un aborto seguro, incluyen el derecho a la vida y el derecho a la salud considerándose los más importantes, dependiendo del nivel de represión Estatal a las decisiones de las mujeres; puede también afectarse el derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes, el derecho a vivir libre de tortura, el derecho a la vida privada y familiar y el deber-derecho del secreto profesional en la relación médico-paciente, el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación.

El legislador establece concretamente que la vida es el bien más importante que debe de tutelarse por las leyes.

4.1 Protección a la vida por la Constitución de El Salvador

La persona humana y los fines del Estado: Art. 1. El Salvador conoce 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, La cultura, el Bienestar económico y la Justicia social. El Derecho a la vida se encuentra regulado en el Art. 2 de la Constitución, que literalmente dice: *“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 protegido en la*

conservación y defensa de los mismos...”, de esta manera se encuentra reconocido en la Constitución desde 1983, a raíz de la reforma a este Artículo se le intercaló un segundo inciso que versa: “Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.”

Este derecho se fortalece con lo prescrito en el Art. 11 de la misma, *“Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.”*, concediendo de esta forma el derecho de audiencia.⁹²

Además el Art. 144 Cn., reconoce que los tratados internacionales celebrados por El Salvador constituyen y se convierten en leyes positivas y vigentes de la república una vez cumplidos los requisitos respectivos, siendo estos que hayan sido suscritos por el Órgano Ejecutivo y ratificados por el Órgano Legislativo, y a la vez reconoce la superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados internacionales, refiriéndose el segundo de dichos artículos de manera expresa a los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. El Art. 246 Cn., establece que los principios, derechos y obligaciones establecidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio, asegurando categóricamente la supremacía jurídica de la Constitución sobre todas las leyes secundarias.

En el tema de los Tratados se puede mencionar el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en el que establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación

⁹²Constitución de la República de El Salvador, Art.11

del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 46.

La expresión de la Constitución que toda persona tiene derecho a la vida, no debe identificarse la expresión persona con su equivalente en el Derecho Civil, en el cual se considera que se es persona hasta el nacimiento, pues tal equiparación como recurso interpretativo limitaría el alcance de la norma constitucional ya que los derechos concedidos en esa área son de otra naturaleza, sino que la protección del derecho a la vida es conferido para todo ser, sin distinción entre el nacido y el no nacido puesto que los derechos fundamentales deben de interpretarse amplia y extensivamente.

4.2. Legislación Civil Salvadoreña respecto a la protección a la vida

El Código Civil en el título II, denominado “*El principio y el fin de la existencia de las personas*”, en su Capítulo I,⁹³ “*Del principio de la existencia de las personas*”, establece en su Art. 73, “*La ley protege la vida del que está por nacer, el juez, en consecuencia tomará a petición de cualquier persona o de oficio todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia, del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.*”

El Código Civil a raíz de la reforma constitucional de 1997 sufrió cambios que para el desarrollo de nuestra investigación es de importancia referir, así encontramos que el Código Civil tal como se apuntó con anterioridad define a quién debe considerarse como persona, estableciendo el momento en que principia la vida y la protección de este derecho antes del nacimiento.

⁹³Código Civil de la República de El Salvador, Art. 73.

En este sentido el Art. 963 del mismo señala como incapacidades para suceder el no tener existencia al momento de abrirse la sucesión por lo que a la luz de lo prescrito por el Art. 73 Código Civil, se manifiesta la contradicción existente entre la Carta Magna y el mismo.

Cuando surge la interrogante al no nacido como persona y a la vez incapaz de suceder, a este respecto si nuestro Código Civil afirma que: *“Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión”* situación que tiene origen en el ya mencionado Art. 73 Código Civil, al prescribir que quien no tiene existencia, no es persona y por ende si no se es persona no se puede ser titular de derechos.

Se soluciona con la aplicación lógica de la derogación tácita del Código Civil y la jerarquía normativa en todas las disposiciones que contraríe a la reforma constitucional, sin embargo es importante hacer notar que esto genera un vacío legal que es preciso resolver.

No se deja establecido si en efecto se considerara como persona y capaz de ser titular de derechos y ser parte en un proceso. Además, según el Art. 58 inciso segundo numeral dos del nuevo Código de Procedimiento Civiles, al concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables será considerado parte dentro del proceso.

4.3. Legislación de Familia en El Salvador respecto al derecho y protección a la vida

El Código de Familia en armonía con la disposición constitucional y los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, regula en el Libro V *“Los menores y las personas de la Tercera Edad”*, ahora Adultos

Mayores. Título Primero “*Los menores*” Capítulo 1, principios rectores, derechos fundamentales y deberes de los menores.⁹⁴

El Código de Familia establece los principios rectores que inspiran las disposiciones del mismo, como lo son la unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, y de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, entre otros. Establece que los derechos establecidos en dicho Código son irrenunciables y las obligaciones o deberes allí estipulados son indelegables. Establece la facultad de la mujer embarazada de citar ante el Juez al hombre de quien ha concebido, para que declare sí reconoce ser el padre de la criatura.⁹⁵

Por su parte expresa: “*La protección del menor debe ser integral en todos los periodos evolutivos de su vida, inclusive el prenatal y en los aspectos físico, biológico, psicológico, moral, social y jurídico*”. A su vez prescribe que todo menor tiene derecho a la protección de su vida, desde el momento en que sea concebido; a gozar de los demás derechos que reconoce la Constitución, los tratados internacionales ratificados por El Salvador y demás leyes que garanticen su protección.”

En ese mismo sentido se señala la protección a la vida y salud del menor se ejecutará mediante un conjunto de acciones legales, sociales, preventivas y de asistencia que garanticen su desarrollo integral desde la concepción hasta su mayoría de edad.

Las disposiciones anteriores protegen de forma manifiesta el derecho a la vida desde el momento de la concepción, además establece que dicha

⁹⁴Código de Familia Cap. 1.

⁹⁵Ibídem Cap.1

protección debe de ser integral incluyendo, la fase prenatal. De ahí que se pueda afirmar que el presente Código se encuentra en total armonía con la disposición constitucional.

4.4. Legislaciones Penales Entre 1826-1904

Según el profesor Miguel Alberto Trejo,⁹⁶ la legislación salvadoreña ha conocido seis códigos penales en los siguientes años: 1826, 1859, 1881, 1904, 1974, y 1998, siendo esta última nuestra legislación vigente. A continuación, procederemos a mencionar la forma en que se reguló el delito de aborto en cada una de estas legislaciones.

Código Penal 1826: al que se ciñe en líneas generales el código penal de 1859, se encuentra relacionado en la recopilación de leyes de Isidro Menéndez. El mismo ya dispensaba alguna consideración especial al producto de la concepción en caso que la gestante fuese condenada a pena de muerte, estableciendo en su Art. 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 notificara nunca, hasta que se verifique el parto y pase la cuarentena”*, plazo de cuarenta días que seguirá vigente en legislaciones subsiguientes.

En su parte especial, ubicada luego de una breve referencia a la parte procedimental, dicho código diferenciaba entre aborto causado por terceras personas y el realizado por la misma gestante.

⁹⁶M. Trejo, El Derecho Penal Salvadoreño Vigente. *Antecedentes y Movimientos de Reforma*, (Ed. Talleres Gráficos UCA, El Salvador, 1995), 17-81.

Sobre esta diferenciación, mientras que el aborto por terceras personas era castigado con pena de reclusión de seis a diez años excepto cuando hubiese consentimiento de la gestante, en cuyo caso la pena se atenúa entre cuatro a ocho años de reclusión, el aborto realizado por la propia gestante era castigado con pena de cuatro a ocho años de reclusión.

Por otra parte, aunque en dicha legislación no parece asomarse regulación alguna sobre indicaciones abortivas, la protección penal de la vida humana dependiente se reducía hasta una pena de reclusión de uno a cinco años, cuando según el Art. 655, inciso segundo de dicha legislación, quien provocaba su aborto era *“soltera o viuda no corrompida y de buena fama anterior, y resultare, a juicio de los jueces, que el único y principal móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad.”*

Código Penal 1881: repetía el trato especial para el no nacido ante la eventual condena de la gestante, estableciendo en su Art. 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 la pena de muerte, repetía la regulación de sus precedentes suspendiendo la misma hasta cuarenta días posteriores al alumbramiento.

Por su parte, en el Art. 366 se encuentra la figura del infanticidio, mismo 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”*. En el caso del aborto, el consentimiento de la madre seguía teniendo valor, y cuando la mujer causaba su propio aborto o permitía el aborto de un tercero, recibía la pena de *“prisión menor”*, sanción que aumentaba a *“prisión mayor”* cuando un tercero causaba el aborto sin violencia ni autorización de la madre, y en caso que esta tercera persona ejerciera violencia, la pena se

incrementaba a *“prisión superior.”* Por otra parte, en este código penal se observaban algunas formas de delitos culposos, y en este sentido, el Art. 368 establecía que *“será castigado con prisión correccional el aborto ocasionado violentamente, cuando no haya habido propósito de causarlo.”*⁹⁷

De nuevo, el aborto mantiene una pena inferior al homicidio, siendo la pena de la forma más simple de este último delito (Art. 361 inciso primero) la de presidio superior o presidio mayor, mientras que para el asesinato estaba reservada la pena de muerte por fusilamiento.

La valoración del honor sigue siendo importante, siendo castigado con prisión correccional aquellos casos de aborto en los cuales la madre tenía la intención de *“ocultar su deshonra”*. Por otra parte, se reserva la pena mayor para el delito de aborto donde intervenía facultativo de la salud, en la que el abuso de función le hacía acreedor de la pena en grado máximo que se podía esperar por prisión mayor, menor, superior, o correccional, según el tipo de aborto en que participara.

El código Penal 1904: Conserva las consideraciones que al nasciturus le otorgaba el código penal de 1826, regulando en su Art. 26 que *“no se ejecutara la pena de muerte en la mujer que se halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en la que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento”*. Más adelante, en su título VIII, de nuevo hacía la distinción entre el delito de homicidio (Cap. III) y el delito de aborto (Cap. V), regulando una forma de protección intermedia entre ambas, referida a los delitos de infanticidio (Cap. IV).

⁹⁷Código Penal de la República de El Salvador Art. 368.

Al igual que en legislaciones anteriores, las penas del aborto eran significativamente inferiores al homicidio, siendo el castigo a la forma más simple de homicidio (Art. 358) de quince años de presidio (el asesinato seguía siendo castigado con pena de muerte), mientras que el aborto tenía una pena máxima de ocho años de presidio, máximo que se alcanzaba en los casos en que se tratase de un aborto sin consentimiento realizado por un facultativo o farmacéutico. Nuevamente, el honor o la honra juegan un papel fundamental condicionando sustancialmente la protección penal que se provee al nasciturus, y según dicho código, cuando el aborto causado por la gestante tuviese por finalidad “*ocultar su deshonra*”, la pena se reducía a dos años de “*prisión mayor*.”

Por su parte, el infanticidio (que por primera vez se expresa con nominación) era una figura que gravitaba en torno a la idea de “*honor*”, pues consistía en la muerte del recién nacido, causada por su madre “*para ocultar su deshonra*” 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*.”

Código Penal 1904: 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. Finalmente, existía una figura cualificada por el resultado (Art. 365), según la cual se castigaba con dos años de “*prisión mayor*” aquella persona que no tenía propósito de causar el aborto, pero finalmente lo produce por haber actuado “*violentamente*.”

Código Penal 1974 (promulgado el 13 de febrero de 1973) fue precedido por varios anteproyectos. Entre los que destacamos los siguientes: El proyecto de revisión de 1943, delegado a los doctores Reyes Arrieta Rossi, Carlos Azúcar

Chávez y Juan Benjamín Escobar, el anteproyecto “Ruiz Funes” realizado entre los años de 1952 y 1953 por el profesor español Mariano Ruiz Funes, y que tenía entre sus principales objetivos buscar congruencia con la entonces reciente Constitución Política de 1950, y en tercer lugar, el proyecto de código penal del Ministerio de Justicia de 1959 realizado por una comisión de notables juristas de la época, y que de hecho, sirvió como base al código penal de 1974.

En el año de 1943 respetaba los rasgos más importantes de la regulación penal de 1904, para el caso, el Art. 363 continuaba hablando del infanticidio, mismo que seguía gravitando en la necesidad de *“ocultar la deshonra”*, pero esta vez ampliaba el término del beneficio a la destrucción del feto realizada dentro de 72 horas después del nacimiento, un plazo que el mismo proyecto advertía podía ser calificado de arbitrario, y en el cual se presumía existir *“un arrebatado de la madre colocada ante el dilema de sufrir su deshonra, o de matar a su hijo.”*

Luego de estos tres días, *“puede presumirse de parte de la madre o de los abuelos maternos, mayor serenidad y mejor juicio frente al delicado paso de suprimir la vida de un ser inocente.”*

Por otra parte, resulta destacable que en este anteproyecto se plantea por primera vez como excluyente de punibilidad el aborto tentado realizado por la propia gestante, situación que sigue vigente en nuestra legislación penal. En opinión de la comisión redactora, en este último caso estamos frente un supuesto *“de difícil y delicada pesquisa”* agregando más adelante una afirmación que actualmente puede ser chocante *“fuera de que en realidad no se produce lesión de derecho estimable, si se tiene en cuenta la especial naturaleza del delito. Toda investigación sobre el particular, puede fracasar y, en cambio, producir grave escándalo con perjuicio de la reputación de la mujer.”* El peso del honor y la reputación seguía siendo evidente. Respecto a esto último, en el proyecto incluso el aborto realizado con fines relacionados al honor, es un ilícito

atenuado que se extiende a terceras personas, dejando de favorecer únicamente a la madre como sucedía en la regulación de 1904, y extendiéndose sobre la *“esposa, madre, hija o hermana.”*

Las razones de esta modificación, según la exposición de motivos es que *“Aunque a primera vista pareciere extraño que el propio esposo provoque el aborto de su esposa, por móviles de honor, no hay que olvidar que puede darse el caso que tal conducta sea inspirada para salvar la reputación de los hijos legítimos habidos con ella, los que, saldrían infamados con el embarazo adulterino de su madre. Respecto a la madre, hija o hermana, las razones son obvias por lo que la comisión considera ocioso ocuparse de ellas.”*

Finalmente, el Art. 367 del anteproyecto de código penal de 1943 se adiciona importantes modificaciones, apareciendo por primera vez en la legislación salvadoreña, la indicación abortiva terapéutica, en caso que el aborto fuese *“necesario para evitar un peligro grave para la salud para la vida de la madre, que no puede ser evitada por otros medios”*, y una segunda indicación, a medio camino entre la criminológica y eugenésica, en aquellos casos en que *“el embarazo es consecuencia de una violación o un atentado al pudor cometidos en una mujer en estado de enajenación mental.”*⁹⁸

En el primer supuesto, la comisión redactora justificó la indicación al visualizarla como una eximente *“universalmente aceptada por una gran mayoría de códigos”*, además de representar *“un verdadero estado de necesidad”*, en el caso de la segunda indicación, decimos que en parte es una indicación eugenésica, pues en palabras de la comisión redactora: *“Nos enseña la medicina moderna la fatalidad en la transmisión de las*

⁹⁸Código Penal de la República de El Salvador, Art. 367.

enfermedades mentales; conocida tal eventualidad, sería imperdonable permitir el nacimiento de seres congénitamente degenerados.”

Por su parte, el proyecto “Ruiz Funes” seguía con la línea del código penal de 1904 y distinguía entre aborto, infanticidio y homicidio. El infanticidio se entendió como un homicidio privilegiado donde pesa *“la hostilidad del ambiente y la carga de la maternidad ilegítima”*, y que según el profesor español, podía explicarse en razones tan variadas como *“la situación personal por traumas físicos o morales hasta la situación moral por otra clase de traumas que proceden de la pesada carga de los prejuicios”*, debiéndose por tales razones proveerse un trato penal diferenciado, diferenciación de la cual *“No cabía extremar el privilegio hasta el perdón, ni desconocerlo hasta su equiparación al homicidio simple.”*

Este proyecto mantuvo la anterior diferenciación entre aborto consentido y no consentido, pero además, realizó una adición importante a su predecesor de 1881, y continuando la línea del proyecto de 1943, reconoció como eximente de pena el aborto realizado *“para eliminar el fruto de la violación”*, siempre y cuando la mujer consintiese de no consentir solo procedía una atenuación, pero además eximía aquellos casos en que el aborto se practicase *“para salvar la vida de la embarazada”*, dejando a valoración judicial una tercera posible exención cuando el aborto *“se realice con el consentimiento de la mujer y se practique por fundadas razones de angustia económica”*. De nuevo, se trataba de facultades potestativas que quedaban en manos del juez, frente a los cuales podía imponer una pena por debajo de los mínimos legales establecidos.

Nuevamente el honor tenía valor, al menos lo suficiente como para atenuar la pena, tal como regulaba el Art. 104 de dicho proyecto, aunque curiosamente el

mismo no precisaba el margen de atenuación. Por su parte, el proyecto de código penal de 1960 reguló por primera vez el aborto preterintencional, y siguió dando valor a la voluntad de la gestante en el aborto a través la vieja clasificación entre *“aborto propio y consentido”* y el *“aborto sin consentimiento”*, repitiendo el trato privilegiado realizado para *“ocultar la deshonra de la embarazada.”*⁹⁹

Aunque este proyecto, a diferencia de su predecesor, si daba pena de reclusión al aborto realizado con la finalidad de *“eliminar el fruto de un acceso carnal violento”*, dicha pena difícilmente podía considerarse grave, oscilando entre seis meses a un año de reclusión, la misma sanción que el aborto honoris causa.

Por otra parte, este anteproyecto regulaba la impunidad del aborto practicado *“por un médico con el propósito de salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud, seriamente perturbada o amenazada por el proceso de la gestación”*, y retoma la eximente del anteproyecto de 1943, liberado de pena la tentativa de la mujer para causar su propio aborto, o el aborto culposo previo. Además de lo anterior, desaparece expresamente la figura del infanticidio, que pasa a convertirse en una figura *“Homicidio Privilegiado”*, sancionada en el Art. 108 ordinal segundo, con una pena de reclusión de uno a cuatro años.

Código penal de 1974 sería una continuación de las líneas generales de los proyectos mencionados. La protección del producto de la concepción, antes y durante el alumbramiento, se encuentran respectivamente confiadas a las figuras del *“aborto”* y el *“homicidio atenuado”*, sustituyendo este último los casos de infanticidio, produciéndose en aquel caso que *“la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de las setenta y dos horas*

⁹⁹Código Penal de la República de El Salvador. Art. 104.

subsiguientes, en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable.”

Esto último es un giro importante, pues a diferencia del proyecto de 1960 y otros precedentes, la atenuación de la destrucción de la vida durante el nacimiento, o inmediato al mismo, deja de gravitar alrededor de la deshonra, para convertirse en un efecto de “*emociones violentas*”, muy cercana a la inimputabilidad que excluye culpabilidad, o de las atenuantes que mitigan esta categoría.

Las razones de este cambio no se encuentran claras, se encuentra en presencia de un cambio en la percepción de la moral o el “*honor*”, aunque como se verá más adelante, esta modificación no se hizo extensiva al caso del aborto.

En cuanto al delito de aborto, la voluntad de la gestante sigue siendo un eje fundamental para determinar la pena, y en caso de existir consentimiento de esta última, bien se podía hablar de la figura del “*aborto propio o procurado*” con una pena de prisión de uno a tres años, o bien en una sanción de dos a cuatro años de prisión por “*aborto consentido*.”

Ambas penas eran sensiblemente inferiores a la que se esperaría del “*aborto sin consentimiento*”, donde por no concurrir voluntad de la madre el autor era acreedor a una pena superior de tres a ocho años de prisión. Por otra parte, seguían siendo impunes el aborto culposo y el tentado, siempre y cuando fuesen cometidos por la gestante, las razones de tales exclusiones trataron de ser explicadas por uno de los pocos tratadistas de dicha legislación penal, el profesor Arrieta Gallegos, para quien en el primer caso no considera la ley que debe pensarse a la futura madre no solo por su falta de intención para

provocarse el aborto, sino porque supone que por la pérdida de su futuro hijo es ella propia la víctima o significa para ella pesar.

En el segundo caso, la ley actúa con indulgencia, porque en definitiva la mujer no destruye ni aniquila al ser que lleva en sus entrañas y éste, que se supone nace oportunamente, al crecer y adquirir el uso de razón, puede sufrir un trauma si se entera que su madre fue procesada por querer destruirlo, situación está que la ley quiere evitar.

4.5. Código Penal de 1998 de El Salvador respecto al aborto (vigente)

El código penal de 1998 realiza cambios sustanciales a la legislación de 1974, y en general, a la manera en que se había legislado el delito de aborto en los últimos 150 años, curiosamente, esto sucedió sin que dicho código fuese diseñado para tales propósitos. En efecto, bajo el estandarte de modernizar nuestra legislación penal, frente a una realidad donde lo cotidiano era el retraso en la tramitación de procesos judiciales y reos sin condena, los redactores del código penal de 1998 tenían muchas cosas en mente, excepto trastocar sustancialmente la regulación del delito de aborto.

Al menos, eso se desprende de la exposición de motivos del proyecto de código penal de enero de 1994, realizada bajo la impronta 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.”*

Consecuentemente, el aborto realizado por la gestante, el realizado con o sin consentimiento de esta último y el aborto realizado por profesional de la salud, seguían siendo modalidades penalizadas por el código penal, tal como sucedía desde su similar 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 las indicaciones criminológica y eugenésica, donde sí se regulaban plazos a diferencia de la legislación anterior, en dicho sentido, la indicación criminológica establecía como término de realización las 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 son productos de *“violación o estupro”* tal como establecía la legislación de 1974. En todos los supuestos era necesaria la participación de un médico, y el aborto debía practicarse en un *“centro o establecimiento sanitario, público o privado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada.”*

4.6 Comentario generalizado sobre el abordaje constitucional y aplicación de la ley secundaria en algunos países distintos a El Salvador en materia del aborto

Para VeizantBoloy, el Gobierno cubano tolera el aborto. En la isla se considera, más que un derecho de la mujer, un método anticonceptivo. A esa conclusión llegaron muchos de los participantes en el Segundo Foro del Centro de Estudios Patmos, celebrado en Santa Clara.¹⁰⁰ El amplio debate,

¹⁰⁰Veizant Boloy, *El aborto en Cuba: un problema legal más que religioso*, (Cubanet, Prensa Independiente, La Habana, Cuba, 2013), <https://www.cubanet.org/otros/el-aborto-en-cuba-un-problema-legal-mas-que-religioso/>

cambió la percepción de muchos oyentes. En ese sentido, uno de los puntos discutidos fue el hecho de que el aborto, pese a que sigue constituyendo la primera causa de muerte materna, se permita y se respeten los derechos de salud y reproducción de la mujer, pero discrimina al género masculino al no reconocerle el derecho sobre el habido.¹⁰¹

Un detallado criterio fue el tratado por el doctor Elías Biscet en cuanto a cuál es el momento en el que el feto se considera ser humano; muchos sostienen que desde la fecundación y otros que desde las 12 semanas. Los médicos cubanos usan como regla que hasta 4 semanas se practica una regulación menstrual (interrupción temprana de embarazo), y de 6 a 12 semanas se hace un legrado, pero eso no niega que fuera de estos términos no se realicen abortos. Las leyes en Cuba permitieron el aborto de forma desenfrenada desde el año 1965. A la hora de realizarlo, generalmente, no tienen en cuenta factores de riesgo como la calidad de vida, la edad, por solo citar algunos ejemplos.¹⁰²

La legislación Argentina, en su código penal regula en los artículos 85, 86 y 87 respectivamente, en lo referente al aborto, definiendo la faltas como delitos contra las personas (Delitos contra la vida). Imponiendo la sanción de prisión y suspensión del ejercicio.

Para el caso el Art. 85 cp. Argentino define: “El que causare un aborto será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer”. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuese seguido de la muerte de la mujer.

¹⁰¹ibídem.

¹⁰²ibídem

El Art. 86 expresa que: “incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperen a causarlo.

La ley argentina describe que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta no es punible: si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

En su artículo 87 del C.P. Argentino se establece, que será reprimido con seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo. Si el estado de embarazo de la paciente fuera notorio o le constare. Bolivia, sin embargo, ejerce acción tipificando en su C.P. “Delitos contra la vida Corporal”. Y, sobre el Aborto en su capítulo II en el Art. 263 define: “el que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado”. Con privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de dieciséis años; con privación de libertad de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer; con reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento, “la tentativa de la mujer no es punible.”

En el C.P de la ley de Bolivia pone una penalidad expresando que cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno a cuatro años, y si sobreviniere la muerte, la sanción será agravada en una mitad.

En el Art. 265 Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de seis meses a dos años agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.

En el Art. 266. Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiese sido iniciada. Por otra parte, el código penal Chileno tipifica al aborto en su libro segundo, Título VII como “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, definiendo en su Art. 342: “El que maliciosamente causare un aborto será castigado”: con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada; con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer; Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere. En su Art. 343 impone el castigo con presidio menor en sus grados mínimos a medios, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hecho.¹⁰³

Chile en su Art. 344.del C.P. establece: “la mujer que causare aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

¹⁰³Alma Arámbula Reyes, *Legislación Internacional y Derecho Comparado sobre el Aborto*, (Centro de Documentación, Información y Análisis, México, D.F., 2008) <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-19-08.pdf>.

Y en su Art. 345 define: “El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.

Ahora bien, al comparar un país de la región como lo es Costa Rica, en su C.P. Tipifica en materia del aborto: “Delitos contra la Vida”. Y en su Art. 118 expone: Aborto con o sin consentimiento. El que causare la muerte de un feto será reprimido; con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuera menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer.

Sobre el Aborto procurado, en el Art. 119. Costa Rica expresa que: será reprimida con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

Acerca del Aborto honoris causa, Costa Rica en su Art. 120 C.P. establece que: si el aborto hubiere sido sometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquella, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión.

En Costa Rica expresa en su Art. 121. C.P. que: no es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del

primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.

Finalmente, Costa Rica en su Art. 122. Acerca del aborto culposo manifiesta en su .P. que: Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.

Corolario: La protección a la vida por la Constitución, se plasma en las leyes salvadoreñas como un refuerzo al respeto hacia la integridad de cada individuo, la Constitución en el artículo 1 inciso 2 “reconoce a todo ser humano desde el instante de la concepción”, atribuyéndole al no nacido el derecho a la vida desde el momento de su concepción, y reconociéndole su existencia como persona, el cual goza de derechos que el Estado está obligado proteger, siendo el derecho a la vida el que más importante, el legislador ha otorgado al nacidurus el reconocimiento de persona, por lo que de forma expresa se le reconoce también el derecho a la vida, para así procurar su integridad y respeto y castigar posibles vulneraciones. Este derecho se fortalece gracias a lo prescrito en el artículo 11 de la misma, “ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida.”

El legislador establece concretamente que la vida es el bien más importante que debe de tutelarse por las leyes, es el valor principal dentro de los derechos del hombre, sin ella los demás derechos resultan inútiles. Así mismo, en los artículos 145 y 146 de la Constitución se reconoce la superioridad jerárquica de la Constitución sobre los Tratados internacionales.

La legislación secundaria. El código civil en el título II, denominado “El principio y el fin de la existencia de las persona”, capítulo I, artículo 73, donde se expresa “La ley protege la vida que está por nacer, el juez en

consecuencia tomara a petición de cualquier persona o de oficio todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”

En la legislación Penal, todo delito recogido aquí, tiene como finalidad la protección de un bien jurídico, el derecho a la vida es de interés de toda la sociedad y es por ello que es necesaria su conservación. Es así que a partir del artículo 133 se penaliza la vulneración de la vida del no nacido ya sea que se ejecute por la propia madre o por otra persona o un médico.

El derecho a la vida del no nacido está ampliamente tutelada en el Capítulo II “De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación”, en el derecho penal se protege la vida del naciurus a través de la tipificación de delitos como el aborto y sus diversas modalidades, protegiéndose el derecho a la vida del ser humano que está en formación, en relación a lo establecido en el artículo 1 inciso 2 de la constitución, así mismo se establecen sanciones en los artículos 136,137 a personas que le faciliten poder efectuar el aborto ya sea con dinero y otra forma.

El código penal no hace ninguna prohibición expresa sobre la práctica del aborto en cualquiera de sus circunstancias, sino que establece una sanción de prisión para quienes lo practiquen o provoquen, interpretándose que el aborto en el salvador está prohibido de forma absoluta. El Estado tiene como una de sus más importantes finalidades procurar se respete el derecho a la vida del naciurus reconociendo a nivel constitucional a la persona humana desde el instante de la concepción, penalizando así el aborto , esto como un

mecanismo de tutela ante un posible peligro al bien jurídico vida del no nacido.

El Código de Familia en relación con la Constitución y los tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, regula en el libro V, “Los menores y las personas de tercera edad” Título Primero “Los menores” Capítulo I, “principios rectores, derechos fundamentales y deberes de los menores”, en donde en el artículo 344, se reconoce y regula los derechos del menor, desde la concepción; y el artículo 346 que “se refiere a la protección integral del menor en todos los periodos evolutivos de su vida, inclusive el prenatal y en los aspectos físicos, biológicos, moral, social y jurídico.”

El artículo 351 establece los derechos fundamentales de los menores desde el momento de su concepción, expresando el numeral segundo “La protección de su vida desde el momento en que sea concebido”; y el artículo 353 expresa, la protección a la vida y salud del menor se ejecutara mediante un conjunto de acciones legales, sociales, preventivas y de asistencia que garanticen su desarrollo integral desde la concepción hasta su mayoría de edad. Las leyes salvadoreñas protegen legalmente la vida desde el instante mismo en que se produce la fecundación, es por ello que la ley resguarda y tutela el desarrollo progresivo del nacidurus durante todo el transcurso de su desarrollo en el vientre materno. La Constitución establece un sistema legal para la defensa no solo de la vida humana del no nacido, sino también la de la persona humana desde el instante de la concepción.

Entre los derechos fundamentales inherentes a la persona humana está el derecho a la vida, el cual es el bien supremo tutelado por la Constitución en el artículo 1 inciso 2, y en las leyes secundarias, y en tratados internacionales. El respeto que el Estado tiene al derecho a la vida del nacidurus es logrado a través

precisamente del reconocimiento constitucional de su existencia desde el instante de la concepción, la carta magna es la fuente de toda actividad normativa, es decir, la base fundamental en donde descansa toda la legislación salvadoreña, no pudiendo legislar en su contra o contradiciéndolas

CONCLUSIONES

Todas las obligaciones y atribuciones estatales, han sido establecidas a través de un ordenamiento Jurídico el cual tendrá como base la Constitución de la República, y este por ende la obligación de proteger y velar porque se cumpla el Derecho a la Vida de todos los seres humanos, incluyendo, aquel que está por nacer, es decir en proceso de formación.

En todas las constituciones de la República de el Salvador, siempre ha estado presente la finalidad de establecer el criterio legal en virtud del cual se haga el reconocimiento de la existencia de la persona humana, de los sujetos de derecho susceptible de la adquisición y goce de facultades, como también de asumir obligaciones.

El Estado está obligado a tutelar el derecho a la vida de la persona no nacida y los derechos que se derivan de su reconocimiento como persona humana; no es suficiente con el reconocimiento que se le otorga constitucionalmente al no nacido.

El tema del aborto genera importantes controversias debido a que involucra aspectos relacionados con los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las mujeres; con las leyes y la política; con los valores éticos, morales y religiosos; con las condiciones socioeconómicas de las mujeres; y con las ideas que predominan en nuestro contexto cultural respecto a la feminidad y la maternidad.

La penalización absoluta del aborto tiene aparejada la violación de una serie de derechos constitucionales e internacionales de las mujeres salvadoreñas. Uno de estos derechos es el derecho a la vida, considerado el principal de todos los derechos ya que, sin él, no se puede hablar del goce de todos los demás.

Para el sistema jurídico Salvadoreño, prevalece el concepto de derecho a la vida, entendido erróneamente como función biológica y no como calidad de vida; puesto que ésta se define como la percepción del individuo sobre su posición en la vida dentro del contexto cultural y del sistema de valores en el que vive y con respecto a sus metas, expectativas, normas y preocupaciones, englobando así la salud física, el estado psicológico, el nivel de independencia, las relaciones sociales, las creencias personales y la relación con las características sobresalientes del entorno, la cual debe ser ejercida con libertad y voluntad. De ésta manera se violenta el derecho a una calidad de vida al no permitir el aborto en circunstancias en que una enfermedad resulta incompatible con la vida y más con la calidad de vida que puede tener ese nuevo ser.

De lo anterior se expresa, “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”. “Entendiéndose persona es todo ser humano.”

Por lo tanto existe una preocupación por la vigencia de disposiciones del Código Penal que criminalizan el aborto en todas sus formas, dada la circunstancia de que los abortos ilegales tienen consecuencias negativas graves para la vida, la salud y el bienestar de la mujer. La preocupación tiene lugar, por el hecho de que mujeres que acuden a hospitales públicos y a las

que el personal médico ha relacionado con abortos hayan sido denunciadas por dicho personal ante las autoridades judiciales; que se hayan abierto procesos judiciales contra algunas mujeres y que en algunos de estos procesos se hayan impuesto penas graves por el delito de aborto e incluso por el delito de homicidio, haciendo los jueces una interpretación extensiva de este delito.

De ahí que, mucho se ha discutido sobre la existencia legal de la persona humana, es decir, en qué momento se inicia la misma, ya que existen corrientes que sostienen la tesis que la existencia legal comienza desde el nacimiento de la persona y otros sostienen la presencia de la legalidad desde el momento de la concepción, corriente que está superada; pero sin importar la postura adoptada, la finalidad constitucional es el derecho a la vida, valor que no puede ser violado.

Por lo tanto, concluye finalmente el grupo que: al término del estudio que se ha realizado en este proyecto de tesis podemos decir que nuestra postura es que creemos firmemente en que se debe ponderar la vida de ambos seres tanto madre como no nacido, y no solamente prevalecer la vida del no nacido como hasta este día en nuestro país, ya que ese es el problema por el cual nuestra legislación es una de las más defesadas en América Latina, se le está privando de un derecho fundamental a la mujer, que es el derecho de la salud, al no brindarle los medicamentos necesarios y pertinentes por su estado pero con el fin de salvaguardar su vida de ambos.

En casos que necesariamente se deba decidir sobre el futuro de la vida de ambos podemos tomar en consideración los siguientes criterios como parámetros de racionalidad.

Impedimento constitucional: El primer artículo de la constitución de la república de el salvador dice: "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 ese sentido, los magistrados consideran que los médicos deben usar sus herramientas para garantizar la vida tanto del feto como de la madre. "Los médicos deben asumir los riesgos que conlleva el ejercicio de la profesión y decidir, al amparo de sus conocimientos científicos actualizados y del análisis de los registros, exámenes y del estado físico de la paciente, lo que clínicamente corresponda para garantizar la vida tanto de la madre como la del nasciturus".

El hecho de que la constitución considere al ser humano como tal desde el momento de la concepción hace que el feto y la madre estén en la misma posición ante la constitución, asegura la corte.

Procedimiento acorde con la ley: Beatriz y su defensa alegan que, mientras no se pueda interrumpir el embarazo, se están violando sus derechos a la vida y a la salud.

El tribunal llevó a cabo una investigación de los procedimientos médicos que se le han realizado a Beatriz hasta ahora, con las pruebas entregadas por las partes y la pericia del instituto de medicina legal.

Decidieron suministrarle a la señora b.c. Los medicamentos necesarios para estabilizar su situación crítica, evitando que se suscitara complicaciones en su salud y se pusiera en peligro inminente su derecho a la vida o el del nasciturus", y "la paciente subsiste y se encuentra en condiciones estables

de salud, a pesar de su estado de embarazo y de las enfermedades que padece." Tras el repaso de la intervención médica que ha recibido Beatriz, el tribunal consideró que sus derechos y la ley no han sido violados.

El peligro es eventual y futuro, no actual e inminente: Otro de los argumentos principales de los magistrados que rechazaron la demanda de Beatriz es que la posibilidad de que ella muera está supuesta y no es un hecho.

Él "no está establecido el riesgo actual de Beatriz", sino que "más bien se trata de un riesgo eventual o futuro que en todo caso debe ser atendido por los médicos".

Rodolfo González Bonilla apuntó en la explicación de su voto: "al valorar la prueba se advierte que, en los resultados de la actividad probatoria se habla de un riesgo a la vida que no es actual e inminente, sino eventual y futuro."

4. No es de la competencia de los jueces: La constitución de el salvador no tiene una legislación específica en casos como éste, cuando tanto la madre como el feto están bajo amenaza.

Por eso, los magistrados consideraron que la sala de lo constitucional no puede determinar sobre una interrupción del embarazo. "la existencia de un vacío normativo no representa un óbice para que las autoridades médicas adopten las directrices y protocolos médicos que consideren necesarios para actuar en esos caso.

RECOMENDACIONES

A la Sala de lo Constitucional: que promueva los medios necesarios para que no se violen las reglas de penalización del aborto; y conforme a las técnicas jurídicas actuales, la tipificación penal del aborto como delito sea la medida jurídica proporcionada a la gravedad del atentado que supone contra la vida humana del no nacido.

A Funcionarios de Gobierno: debe darle vida a las políticas y programas de protección para la mujer embarazada en beneficio de su hijo, cuando se encuentren desprotegidos, esto es, sin la ayuda moral y económica del padre.

A la Corte Suprema de Justicia: revisar la legislación referente a la penalización absoluta del aborto específicamente en el Código Penal, ya que tal y como se encuentra actualmente atenta contra derechos fundamentales de las mujeres.

A La Asamblea Legislativa: deben establecerse en la Ley específicamente o dar solución a aquellos supuestos en donde entran en conflicto los derechos fundamentales de la mujer gestante y los derechos del no nacido de manera que no quede restrictiva la aplicación de la legislación por parte de los jueces en contra de las mujeres que se ven en la necesidad de practicarse un aborto.

A los aplicadores de justicia: hacer una interpretación armónica de los instrumentos internacionales sobre protección de derechos de la mujer, al momento de dar un fallo respecto a un caso de aborto terapéutico, ya que una interpretación armónica exige que la materialización del derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia, importa necesariamente el respeto a su vida y, en consecuencia, a no ser obligada a la continuación de un embarazo que la pone en peligro inminente.

Incorporar al Código Penal de forma literal, clara y precisa circunstancias bajo las cuales se puede indicar el aborto terapéutico, y que deben ser cumplidas para excluir de responsabilidad penal a la mujer y al médico que lo realice o en su caso practique.

A la Fiscalía General de la República: como sistema de protección Penal deberían hacer que se respeten las disposiciones penales, en cuanto a realizar supervisiones en los centros hospitalarios privados, pues éstos realizan la práctica de la reproducción asistida

A Jueces, Magistrados, Procuradores y a las diferentes personas con cargos públicos, que tengan presente siempre colaborar con los estudiantes o profesionales que realizan investigaciones, en aras de contribuir a la creación de un conocimiento científico. En ese sentido, sería necesario que aquellos compartan su saber sobre las diferentes áreas de las ciencias jurídicas, haciendo posible de esta manera la presentación de trabajos como éste.

A la Procuraduría General de la República: se recomienda que imparta capacitaciones a los diferentes Procuradores Auxiliares, para que éstos tengan conocimientos de las garantías establecidas en la ley para las personas, independientemente del área en que aquellos se desempeñen dentro de dichas instituciones.

Recomendación para una reforma de ley al Código Penal: En los casos extremos donde una madre va muriendo debido a una enfermedad incompatible con el embarazo previamente o no descubierta consideramos que debe existir una excepción para estos casos, donde debería existir un Consejo Médico en El Hospital de Maternidad que estudie estos casos con agilidad para poder resolver de inmediato.

El grupo considera necesario el siguiente planteamiento de reforma:

Excluyentes De Responsabilidad. Art. 27 CP N°6.- No incurrirá en pena alguna el facultativo que provoque el aborto terapéutico como medio indispensable para salvar la vida de la embarazada en caso se encuentre en evidente peligro de muerte y sea el feto una dificultad para el tratamiento adecuado.

Aborto Agravado: Art. 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. Excepto cuando el Consejo Médico del Hospital de Maternidad determine previo estudio cada caso, de considerarlo necesario se aplicará la excepción N° 6 del Art. 27 CP.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Abad Yupanqui, Samuel B. *“Validez Constitucional del Aborto Terapéutico en el Ordenamiento Jurídico Peruano”*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX). Lima/Perú. 2008.

Alvarado Uriburu, Oscar. Alberto Badeni. *El Derecho a Nacer*. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1993.

Anderson, Bonnie S. y Otro *Historia de las mujeres: Una historia propia*. Vol. I. Edit. Crítica. Barcelona. 2000.

Bacon Bolaños, Adlin Nerlssa. *“Aborto Terapéutico en Nicaragua y El Salvador, la Mortalidad Materna y los Objetivos del Milenio”*. Vol.12, año 6, Numero 1. Nicaragua. 2013.

Cárdenas Quirós, Carlos. *Fecundación Extracorpórea y protección jurídica del embrión*. Universidad de Costa Rica. Santa Fe. 2000.

Carpizo, Jorge y otro. *“Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia”*. Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México. 2008.

Cook, R. Dickens, y Otro. *“Salud reproductiva y derechos humanos”*. Oxford. Profamilia. Bogotá. 2003.

González Vélez, Ana Cristina. *“Una Mirada Analítica a la Legislación Sobre Interrupción del Embarazo en Países de Iberoamérica y el Caribe”*. División de Asuntos de Genero, Santiago de Chile. 2011.

Jaña Fernández, Mitzi Yanett. *“Las Eximentes Incompletas: Requisitos Doctrinales y Jurisprudenciales para su Procedencia”*. Programa de Magister. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011.

Orantes, Blanca Ruth. *La nacionalidad de las personas naturales en El Salvador*. UTEC. 2004.

Rentería Díaz, Adrián. *El Aborto. Entre la moral y el derecho*. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. México. 2001.

Zea, Arturo. *Derecho Civil Mexicano*. México. 1985.

Zirmmerman M. *Aborto. Leyes prácticas: Legislación Política No. 3*. 1977.

TESIS

Ramirez Guillen, Nancy y Otra. *“Nivel de respeto al Derecho a la Vida de la Persona no Nacida por parte del Estado Salvadoreño a partir del reconocimiento Constitucional de su existencia desde el instante de la concepción”*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2012

LEGISLACIÓN

Código Civil. D.E. agosto de 1859. Gaceta Oficial del 19 de mayo de 1860.

Código de Familia. D.L. No. 677 de 11 de octubre de 1993. D.O. No. 231. Tomo 321. Del 13 de diciembre de 1993.

Código de Salud. D.L. No. 955. 28 de abril de 1988. D.O. No. 86, Tomo 299. Del 11 de mayo de 1988.

Código Penal. D.L. No. 1030 de 26 de abril de 1997. D.O. No. 105. Tomo 335. Del 10 de junio de 1997.

Código Procesal Civil y Mercantil. D.L. No. 712. de 18 de septiembre de 2008. D.O. No. 224. Tomo 381. Del 27 de noviembre de 2008.

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1824).

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1841).

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1864).

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1871).

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1880).

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1886).

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1939).

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1983).

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA).D.L. No. 839 de 26 de marzo de 2009. D.O. 68. Tomo 383. Del 16 de abril de 2009.

Código Civil de Argentina. (República de Argentina, Asamblea Legislativa Argentina, 1871)

Código de Bustamante. Convención de Derecho Internacional Privado. La Habana. Cuba. 1928.

Departamento de Derecho Internacional, DEA. Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Pacto de San José. San José Costa Rica. 1969.

Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina de Alto Comisionado. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Res. 2200 a (XXI). 16 de diciembre 1966.

United Nations Children's Fund. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) Convención sobre los Derechos de Niño. Resolución 44/25. Ratificada en Panamá el 20 de noviembre de 1989.

United Nations Children's Fund. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Res. 40/53. 1985.

JURISPRUDENCIA

Voto disidente en el caso B.C. Amparo 310-2013. Magistrado Florentín Meléndez.

Sentencia de Inconstitucionalidad. 22-2011

REVISTAS

Campos Salas, Jeannette; “Diferentes Enfoques Éticos al Problema del Aborto”; en Revista. Reflexiones, Vol. 85, Núm. 1-2, Costa Rica, 2006. Pág. 75-91, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72920817005>.

Precht Pizarro, Jorge E., “Consideraciones Éticas- Jurídicas del Aborto Terapéutico”, Revista chilena de Derecho, vol. 19 N° 3, Chile,

Rojas, Nerio; “Concepto Médico Legal del Aborto”, Revista Médica Hondureña Buenos Aires; <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1931/pdf/A1-1-193115.pdf>,

Vivanco Martínez, Ángela; “Aspectos Jurídicos del llamado “Aborto Terapéutico” en Chile”; Revista de Estudios Médico Humanísticos, Vol. 6, N° 6, <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/arsmedica6/art13.html>.

Revista El Universitario, Número 18, Época XIII, 2011, Disponible en: <http://www.ues.edu.sv/content/el-universitario-18-0>,

Revista los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos, Quinta edición, disponible en www.reproductiverights.org,

Precht Pizarro, Jorge E; “Consideraciones Éticas- Jurídicas del Aborto Terapéutico”, Revista chilena de Derecho, vol. 19 N° 3.

DICCIONARIOS

Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Edit. Heliasta.

SITIOS WEB

Alvarado Chacón, Joaquín Rafael. *La persona en el Derecho Romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina*, <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-1.pdf>.

Blázquez Martínez, José María. *Los anticonceptivos en la Antigüedad Clásica*. <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/antig/12819414326710495654435/014046.pdf?incr=1>

ANEXOS

Anexo I. Técnicas de Investigación Documental.

El uso de esta técnica permite obtener información del tema objeto de análisis en forma seleccionada.

Fuente Primaria:

Constitución de la República.

Tratados Internacionales.

Código Civil.

Código de Familia.

Ley Procesal de Familia.

Código Penal.

Fuente Secundaria

Dentro de esta se ubica la información complementaria de la que se hace uso para la presente investigación, y entre ellas se puede mencionar:

Libros

Sentencias

Revista

Periódicos.

Boletines

Información encontrada en Internet.

De igual manera, se hace necesaria la utilización de fichas bibliográficas y

Fichas de trabajo.

Fichas Bibliográficas:

Sirven para hacer un análisis documental en todo lo referente a los derechos del no nacido en la Legislación Familiar Salvadoreña; tomando criterios de

Tratadistas Nacionales y Extranjeros y haciendo consideraciones de los mismos para un mejor desarrollo de la investigación y estableciendo posibles soluciones en los problemas que se plantean.

En la investigación se hace necesario el uso de estas para analizar y clasificar la información bibliográfica que se obtiene de los diferentes tratadistas en materia familiar, permitiendo hacer un estudio objetivo de la problemática a desarrollar.

Fuentes de Investigación.

Biblioteca de la Facultad Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de EL Salvador.

Biblioteca del Ministerio de Justicia. Centro de Gobierno, San Salvador.

Biblioteca de la Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador.

Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador.

Biblioteca de la Universidad "José Simeón Cañas", UCA, San Salvador.

Biblioteca de la Organización de las Naciones Unidas, PNUD. San Salvador.

Hemerotecas y otros.

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Tribunales de Familia de la Zona Oriental.

Consejo Nacional de la Judicatura.

Secretaría Nacional de la Familia.

Organismo no Gubernamental.

Anexo 2. ESTADÍSTICAS

EL SALVADOR: NÚMERO DE ABORTOS EN EL MINSAL. 2009-2014

PERIODO	GRUPO DE EDADES	NUMERO DE ABORTOS ATENDIDOS EN MINSAL
2009	10 a 14	138
	15 a 19	1,716
	20 a 49	4,789
2010	10 a 14	123
	15 a 19	1,688
	20 a 49	4,850
2011	10 a 14	141
	15 a 19	1,759
	20 a 49	5,269
2012	10 a 14	103
	15 a 19	1,746
	20 a 49	5,408
2013	10 a 14	125
	15 a 19	1,634
	20 a 49	5,296
2014	10 a 14	134
	15 a 19	1,711
	20 a 49	5,094

Fuente: Elaboración propia con base en datos del Ministerio de Salud (MINSAL), para los años 2009-2012 Sistema Estadístico de Producción de Servicios (SEPS) a partir del año 2013 Sistema de Morbilidad y Mortalidad Web (SIMMOW).

Global Health Council, una red de grupos en defensa de la salud, calcula que entre 1995 y 2000 hubo un total de 246.275 abortos en El Salvador.

Y entre enero de 2005 y diciembre de 2008 la Unidad de Información, Monitoreo y Evaluación del Ministerio de Salud registró 19.290 abortos, todos ellos clandestinos. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el

11% de las mujeres y niñas que se sometieron a abortos clandestinos en el país murieron.

Como es muy difundido que es un delito penado por la ley, las mujeres probablemente lo realizan más en el anonimato, en condiciones poco seguras, arriesgando sus vidas y con personal poco entrenado", dice a BBC Mundo una ginecóloga que trabaja en el primer nivel de atención de El Salvador, pero que no quiere ser identificada.

Entre enero de 2000 y el primer trimestre de 2011 la Agrupación Ciudadana para la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugénico en El Salvador realizó una investigación en todos los juzgados de instrucción y tribunales de sentencia del país y analizó los expedientes de mujeres procesadas por aborto o delitos conexos.

El colectivo identificó 129 mujeres que habían sido procesadas por aborto u homicidio agravado. De ellas 49 habían sido condenadas, 13 por aborto y 26 por homicidio en distintos grados. El 68,22% tenía entre 18 y 25 años.

En cuanto al nivel de formación, 6,98% eran analfabetas, 40,3% tenían algún tipo de educación primaria, 11,63% habían llegado a cursar bachillerato y solo 4,65% tenían educación superior.

El 73,64% de esas mujeres eran solteras, el 51,16% no recibían remuneración económica alguna por su trabajo y un 31,78% recibían remuneraciones "muy bajas".

Anexo 3. Voto disidente en el Caso B.C. (Amparo 310-2013)

Magistrado Florentín Meléndez

Expreso mi voto disidente en la sentencia desestimatoria pronunciada en el proceso de amparo 310-2013, por no estar de acuerdo con el fallo emitido, en el cual la Sala concluye que las autoridades médicas demandadas no han incurrido en la omisión que se les imputa, y por lo tanto, no han violado derechos constitucionales de la peticionaria.

Admisión de la demanda de amparo. En la demanda se solicita que la Sala acepte el amparo y mande una provisión inmediata a las autoridades demandadas para interrumpir el embarazo de B.C., a fin de salvarle su vida, la cual está en riesgo por complicaciones de la salud y por el nasciturus que lleva en su vientre, que adolece de anencefalia. En dicha demanda no se especificó si se trataba de una solicitud de aborto o de otro procedimiento.

El personal médico, no obstante, se ha negado a realizar una intervención sobre la interrupción del embarazo de B.C., ya que considera que para ello se requiere de una autorización legal previa. La Sala admitió la demanda por la "omisión y la falta de diligencia" de las autoridades médicas demandadas, en la cual concurrí con mi voto, lo cual constituyó el objeto de control en el proceso de amparo. La Sala, asimismo, decretó medidas cautelares para que el personal médico del Hospital de Maternidad le garantizara la salud a B.C. mientras se tramitaba el proceso.

Derechos en juego en el proceso de amparo. En el proceso se demandó la protección del derecho a la vida y la salud de B.C., no así los derechos de

protección del nasciturus, lo cual no inhibía a la Sala a pronunciarse a su favor. A medida se desarrolló el proceso y se recibió la prueba pertinente se pudo constatar que en el caso también estaban en juego los derechos fundamentales de la niñez, cuya protección especial, según la Constitución (art. 1 CN.) y el derecho internacional de los derechos humanos, comienza desde el momento de la concepción. Por lo tanto, según mi opinión, en el caso está en juego no solo la protección de los derechos fundamentales de la madre, sino también, la protección de los derechos del nasciturus. (Derechos de la niñez) Derecho a la vida.

La Constitución reconoce el derecho a la vida de toda persona y garantiza su protección, conservación y defensa desde el momento de la concepción. Para la Constitución, persona humana es todo ser humano desde el instante de la concepción (arts.1 y 2 CN.). Por lo tanto, para efectos del amparo, tanto la madre como el nasciturus son sujetos de derechos protegidos por la Constitución y el derecho internacional.

El derecho internacional vigente en el país también reconoce el derecho a la vida como un derecho fundamental de carácter inderogable, que goza de protección desde el momento de la concepción. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.6; y Convención sobre los Derechos del Niño, art.6)

La jurisprudencia internacional ha desarrollado la protección del derecho a la vida humana en casos contenciosos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el Caso Villagrán Morales contra Guatemala, por ejemplo, el Juez Antonio Augusto CancadoTrindade, expuso en su voto concurrente de la sentencia que: "El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino

también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básica." Para el citado Juez de la Corte Interamericana: "El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas," como son los niños. Para el juez Cancado Trindade, el derecho a la vida, cuya interpretación se extiende igualmente al derecho a la existencia y a vivir con dignidad, forma parte del jus cogens internacional, es decir, del derecho imperativo para la comunidad internacional, por lo que se le cataloga como un derecho fundamental de carácter inderogable.

La Sala de lo Constitucional, por su parte, ha reconocido en su jurisprudencia el carácter esencial e imprescindible de la vida humana. (Amparo 166-2009, de 21 de septiembre de 2012). Al respecto ha manifestado que: "En nuestro ordenamiento jurídico, la vida constituye un derecho inherente a toda persona, sin excepción alguna, cuyo ámbito de protección se extiende, incluso, hasta el momento de la concepción." La jurisprudencia constitucional ha señalado que del derecho a la vida depende el ejercicio y goce de los demás derechos contemplados en la Constitución, y ha afirmado que el Estado es el principal obligado a procurar a los habitantes su conservación y tutela. (Amparos números 674-2006 de 17 de diciembre de 2007, y 348-99 de 4 de abril de 2001).

Para la Sala, "el contenido específico del derecho a la vida comprende dos aspectos fundamentales: el primero, referido al derecho a evitar la muerte, lo cual implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas; y el segundo, relacionado al derecho de estas a tener acceso a los medios, circunstancias o condiciones que les permitan vivir de forma digna,

por lo que corresponde al Estado realizar las acciones positivas pertinentes para mejorar la calidad de vida de las personas."

Derecho a la salud. La Constitución de la República establece que la salud de los habitantes es un bien público que el Estado está obligado a velar por su conservación y defensa. (art.65 CN.)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas - Ley de El Salvador-, reconoce el fundamental derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, y establece una serie de obligaciones a los Estados a fin de garantizarla efectivamente. Entre tales obligaciones se contempla que los Estados deben garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades y asegurar toda la asistencia médica y los servicios médicos en casos de enfermedad (art.12).

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador" -Ley de la República-, reconoce que: "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social," e impone a los Estados Partes una serie de obligaciones vinculantes en materia de salud, entre ellas, la obligación de garantizar la atención primaria de la salud, y la prevención y el tratamiento de las enfermedades, especialmente respecto de los grupos sociales de más alto riesgo. (Art. 10).

La jurisprudencia de la Sala también se ha referido al fundamental derecho a la salud, y en ese sentido ha expresado que tal derecho constituye "un estado de completo bienestar físico y mental de la persona, cuyo disfrute posibilita a los individuos el contar con una de las condiciones necesarias

para poder vivir dignamente. Dicha condición no se reduce a un simple objetivo o fin a alcanzar por el Estado, sino que, además, se perfila como un derecho fundamental que posee toda persona a acceder a los mecanismos que han sido dispuestos para asegurar la prevención, asistencia y recuperación de la salud, en los términos previstos en los artículos 2 y 65 de la Constitución."

Para la Sala, el contenido esencial del derecho a la salud implica "la adopción de medidas para su conservación, puesto que la salud requiere tanto de una protección estatal activa -que es obligación de los centros hospitalarios del Estado- como pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o bien restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; la asistencia médica, en cuanto debe garantizarse a toda persona la posibilidad de disponer y acceder al sistema o red de servicios de salud; y la vigilancia de los servicios de salud, lo cual implica la creación de las instituciones y los mecanismos que vigilen y controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas a la salud." (Amparo 674-2006 de 17 de diciembre de 2007).

Según nuestra jurisprudencia, este derecho fundamental, por su propia connotación, exige que el tipo de asistencia médica que se ofrece en el sistema de salud pública del país asegure a la población no sólo las técnicas quirúrgicas, métodos terapéuticos, medicamentos, etc., sino también aquellos que surjan como nuevos aportes de las ciencias en la rama de la medicina, en cuanto representen una alternativa eficaz para el restablecimiento pleno de la salud o bien ofrezcan a la persona que se ve obligada a vivir con una

enfermedad permanente la posibilidad de tener una mejor calidad de vida. - como es el caso de B.C.

El derecho a la salud, según la Sala, es 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.

El deber de garantía y protección del derecho a la salud de las personas le corresponde asegurarlo, precisamente, al Estado, desde el momento de la concepción, a través de la red hospitalaria del sistema nacional de salud a la cual pertenece el Hospital de Maternidad; y en el caso concreto, debe favorecer tanto a la madre como al nasciturus, como sujetos de derechos protegidos por la Constitución y por el derecho internacional vigente.

Derechos de la niñez: La Constitución reconoce el derecho de los niños y niñas a la protección y desarrollo integral por parte del Estado. También reconoce el derecho a la salud física y mental de los menores de edad, y el derecho a la vida desde el momento de la concepción. (arts. 1, 2, 34 y 35 CN.) Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, instrumento vigente en el país, establece que la infancia tiene derecho a cuidados, consideración y asistencia especiales, sobre la base del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, lo cual es afirmado de igual manera por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Convención reafirma que en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el "interés superior del niño," el cual deberá ser protegido contra toda forma de discriminación, en toda circunstancia. (arts.2 y 3).

Se reconoce en la Convención que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (art.6), y que, por lo tanto, los Estados Partes -El Salvador- deberán garantizar en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo de los niños y niñas. Además, se establece el derecho de los niños y niñas "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud," asegurándoseles la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud y la atención sanitaria prenatal y postnatal para la madre. (art.24).

Se reafirma en su preámbulo: "Que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento," lo cual también está contemplado en la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. (Preámbulo).

En dicha Declaración se establece, asimismo, la obligación de los Estados de proporcionar a los niños como a su madre, "cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal" (Principio 4); y reconoce el principio del interés superior de la niñez, como el principio rector de la protección integral, al establecer que "el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro." (Principio 8).

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -ley de la República,- establece el derecho de protección integral de la niñez (art. 19), y reconoce el derecho a la vida y su protección desde el momento de la concepción. (art.4)

En conclusión, el derecho interno e internacional y la jurisprudencia de la Sala y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han positivado y desarrollado los derechos fundamentales que están en juego en el proceso de amparo, referidos no solo a la madre sino también al ser humano que está por nacer -nasciturus-, ya que ambos son sujetos de derechos, y por lo tanto, gozan de protección especial.

Prueba aportada al proceso. En el proceso de amparo se aportaron diversas pruebas, las cuales debieron ser valoradas por la Sala conforme a las reglas de la sana crítica y fallar conforme a ellas. Entre dichas pruebas se mencionan: a) los expedientes clínicos donde consta el dictamen médico de B.C. practicado por el Hospital de Maternidad, tanto de su primer embarazo como del actual; b) el diagnóstico médico de B.C. sobre su embarazo actual, en el que consta que aun cuando la paciente está controlada y médicamente estable, adolece de enfermedades graves, y que el feto o nasciturus que está en gestación, adolece de anencefalia, -malformación congénita incompatible con la vida extrauterina-; c) el dictamen pericial del Instituto de Medicina Legal solicitado por la Sala y ampliado en la audiencia oral, en el que consta: que la paciente B.C. se encuentra estable de salud al momento del peritaje y no presenta riesgos pero puede enfrentar complicaciones; que el empeoramiento de su salud es impredecible; que B.C. tiene mayor riesgo con el lupus del que padece, el cual está en remisión o inactivo; que no es conveniente inducir el parto en este momento y que son los especialistas médicos los que deben decir cuál es el momento apropiado para ello; d) las

declaraciones recibidas en la audiencia oral de pruebas y de alegatos finales; y e) la declaración de B.C. en la audiencia en la que afirmó que ya ha tomado la decisión de que le interrumpan el embarazo ya que el niño no va a vivir, pero que su voluntad no implica que le practiquen un aborto.

Asimismo, consta en el proceso de amparo que el Jefe del Servicio de Perinatología y el Director del Hospital de Maternidad, afirmaron en la audiencia oral que la paciente B.C. se encuentra actualmente en estado estable, pero pueden presentarse afecciones a medida avanza el embarazo, las cuales, incluso, podrían poner en situación de riesgo de muerte a la paciente. Para los médicos del Hospital de Maternidad, el pronóstico de la vida del feto fuera del vientre materno es fatal o inviable, por lo que sostuvieron que la finalización de la gestación o interrupción del embarazo era la medida que ofrecía mayor beneficio a la madre, pero que no han procedido a ello porque consideran que la legislación penal se los impide, corroborando con ello la "omisión de actuar." No obstante, dichos médicos manifestaron en la audiencia que el procedimiento de interrupción del embarazo no implicaría practicar un aborto en B.C., sino realizar otro tipo de procedimiento médico que consistiría en una pequeña cesárea practicada en estado estable de la paciente y no cuando entre en emergencia médica. Para los médicos, el nasciturus recibiría la atención y asistencia médica hasta su fallecimiento, el cual es inevitable médicamente, según su dictamen.

Por su parte, la perito ginecóloga del Instituto de Medicina Legal (IML,) también afirmó en la audiencia que la paciente se encontraba estable de salud, pero que dada la enfermedad de B.C. y que el embarazo de la paciente no es normal, podrían presentarse varias complicaciones a su salud, por lo que lo procedente era finalizar el embarazo por la vía correspondiente.

Con la prueba aportada en la audiencia celebrada por la Sala se ha comprobado que tanto la madre como las autoridades médicas demandadas, lo que han solicitado a la Sala no es la autorización para practicar un aborto, sino realizar un procedimiento médico lícito.

También está probado en el proceso que las autoridades médicas demandadas: a) han omitido actuar de manera diligente en funciones que les corresponden y que son propias de su profesión médica, pero no han actuado por temor a las consecuencias penales que se pudieran derivar; b) han manifestado que en el referido hospital se han practicado con anterioridad intervenciones médicas para interrumpir embarazos antes de término, para proteger a las madres, sin necesidad de autorización legal y sin haber tenido consecuencias penales o de otra índole; c) conocen los procedimientos o protocolos médicos que hay que seguir en el caso de B.C., y no obstante que es un procedimiento legal, han omitido actuar; d) están conscientes que el procedimiento a realizar en B.C. no implica ninguna de las formas de aborto, ya que una interrupción del embarazo de B.C. no supondría, en este caso, la destrucción o muerte del feto o nasciturus, sino otro procedimiento que identificaron en la audiencia como "pequeña cesárea," por anticipo o inducción del parto; e) advirtieron que, aun cuando B.C. se encuentra estable, puede enfrentar riesgos de muerte a medida avanza el embarazo; y f) manifestaron en la audiencia que en caso de practicarse los procedimientos para la interrupción del embarazo de B.C., procederían también a brindar atención médica especial al nasciturus, aun cuando médicamente se habría ya comprobado que sobreviviría muy poco tiempo después del parto anticipado, ya que no tiene expectativa de vida extrauterina por la anencefalia que padece. No obstante todo lo anterior, las autoridades médicas demandadas no están dispuestas a actuar

médicamente para salvar la vida de la madre y brindar la asistencia médica que requiere el nasciturus, si no tienen una autorización legal para ello.

Voto disidente del fallo pronunciado por la Sala. La Sala pronunció sentencia desestimatoria denegando el amparo solicitado por B.C., aduciendo que las autoridades médicas demandadas no incurrieron en la omisión que se les imputa, y por consiguiente, no vulneraron los derechos fundamentales a la salud y la vida de B.C., ya que le han brindado atención médica, la han internado en el hospital, han monitoreado su estado de salud y le han suministrado medicamentos para estabilizarla, desconociendo la Sala que en el proceso se comprobó que el procedimiento médico que podría llevarse adelante, si fuere estrictamente necesario para interrumpir el embarazo y salvar la vida de la madre, es un acto lícito, no prohibido ni penado por la ley. La Sala no consideró en su sentencia que en caso de practicarse dicho procedimiento se le brindaría atención médica al nasciturus; es decir, que no se practicaría un aborto, lo cual constituye un acto propio del ejercicio legítimo de la profesión médica y un deber ético del personal médico, que no requiere de autorización previa de ninguna autoridad, dada la licitud de los procedimientos médicos a realizar, conforme lo dispone el Código de Ética y Deontología Médica de El Salvador. (Colegio Médico de El Salvador, 2001) La Sala pretende, además, producir efectos jurídicos vinculantes para las partes en una sentencia desestimatoria, mediante la cual, por una parte, se niega el amparo a B.C., y por otra, se dictan medidas positivas a las autoridades médicas demandadas. Estos efectos no pueden colegirse de un fallo de esta naturaleza.

Por lo tanto, considero que el fallo de la Sala es equívoco, ya que no se trataba de amparar a B.C., y como consecuencia autorizar la práctica de un aborto u otro procedimiento médico prohibido; sino que debió amparársele a

fin de garantizar que el personal médico dejara de omitir y actuara diligentemente en todo momento, sin necesidad de autorización legal previa, y proteger así la vida de la madre y la vida del ser humano que lleva en su vientre, hasta donde la ciencia médica lo permita.

Mi voto disidente no implica, por lo tanto, que esté de acuerdo con la práctica del aborto de la madre; sino más bien, con la defensa de la vida de ambos, tal como lo ordena la Constitución y el derecho internacional.

En consecuencia, no existe razón ni fundamento válido para haberle negado el amparo a B.C.; y aun cuando estoy de acuerdo con varias de las aseveraciones, fundamentos y precedentes citados en la sentencia, no comparto el fallo ni la conclusión a la que ha llegado la Sala, ya que no responde coherentemente a la información y los elementos probatorios que constan en el proceso, ni a la voluntad expresada por B.C. en la audiencia.

En el proceso de amparo ha quedado comprobado, entonces, que las autoridades médicas demandadas han omitido actuar y que no están dispuestas a hacerlo, a menos que cuenten con una autorización legal. Esta "omisión de actuar" es, precisamente, el objeto de control del amparo solicitado, y constituye la base para haber pronunciado una sentencia estimatoria a favor de la demandante.

Tratándose, entonces, de un procedimiento médico lícito, e independientemente de la sentencia desestimatoria pronunciada, son los médicos especialistas del Hospital de Maternidad y no la Sala, quienes deberían decidir sobre el procedimiento a aplicar y el momento oportuno de hacerlo, con el menor riesgo posible para la vida de la madre, pero brindando al nasciturus la asistencia médica apropiada a su situación especial,

garantizándose de esta forma el derecho a la vida y la salud de la madre, y el derecho del nasciturus a nacer dignamente y a recibir los cuidados médicos especiales que fueren necesarios. El personal médico del Hospital de Maternidad tiene, por lo tanto, el deber jurídico de actuar de manera diligente para salvaguardar la vida de ambos seres humanos, brindándoles la atención médica idónea y de manera oportuna.

En el presente caso, el Estado salvadoreño está obligado a cumplir con su deber de respeto y garantía del derecho a la vida y la salud, tanto de B.C. como del nasciturus que lleva en su vientre.

Finalmente, es necesario aclarar que la Sala no es la instancia competente para autorizar la práctica de abortos en ninguna de sus formas o indicaciones (v. gr. aborto terapéutico, eugenésico, ético, etc.); pero sí tiene la obligación de amparar a las personas que resulten afectadas en sus derechos fundamentales por una omisión injustificada de la autoridad, tal como se ha comprobado en el presente caso. La única instancia del Estado que tiene competencia para regular esta materia es la Asamblea Legislativa, por medio de la ley, tal como se ha afirmado ya en la jurisprudencia de la Sala. (Sentencia de inconstitucionalidad No. 18/98, de 29-XI-2007).

-----F. MELÉNDEZ-----
-----PROVEÍDO POR EL SEÑOR
MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBE-----
E SOCORRO C.-----SRIA-----
-----RUBRICADAS-----

Anexo 4. Sentencia de Inconstitucionalidad. 22-2011

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las trece horas con cincuenta minutos del quince de febrero de dos mil diecisiete. Este proceso fue promovido por el ciudadano Víctor Cristóbal Díaz Espinal, para que se declare la inconstitucionalidad del art. 72 inc. 1º del Código Civil –CC, aprobado por Decreto Ejecutivo S/N, de 23-VIII-1859, publicado según decreto de 10-IV-1860, Gaceta Oficial No. 85, tomo 8, de 14-IV-1860–, por la supuesta contradicción con el art. 1 inc. 2º Cn. Al admitir la demanda, esta sala determinó que, para efectos de resolver sobre la pretensión, existe una conexión entre el contenido del artículo impugnado y el del art. 75 CC., por lo que así fue incorporado, como objeto de examen del presente proceso. Los artículos antes mencionados disponen lo siguiente: “Art. 72 (inc. 1º) La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. “Art. 75. Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de los dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 72, inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”. En el proceso han intervenido el actor y el Fiscal General de la República. Analizados los argumentos y considerando: I. 1. En el motivo de inconstitucionalidad admitido por esta sala, el demandante dijo que el art. 72 CC contradice al art. 1 inc. 2º Cn., porque aquel dispone que la existencia legal de toda persona principia al nacer, mientras que la Constitución reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, “adquiriendo la capacidad de goce y por consecuencia tiene derecho a la protección que

el Estado le brinda a todos sus ciudadanos”. Añadió que discute “específicamente lo relativo al momento en que se considera persona a alguien en nuestro ordenamiento jurídico”; y que el art. 72 CC “hace referencia no solo a la condición o vinculación patrimonial del sujeto de derechos, sino que determina el nacimiento del titular del derecho de la persona física con lo cual, el surgimiento para él de sus derechos fundamentales y todos los atributos inherentes como titular de derechos, que no es exclusivamente lo patrimonial, sino los atributos de personalidad, derecho de identidad, derecho al nombre, domicilio y otros”. Además dijo que: “al establecer nuestra norma suprema el principio de persona humana, desde el instante de la concepción en el art. 1 inc. 2º Cn., es obvio que desde ese mismo momento nacen y se reconocen sus derechos fundamentales, sus atributos de personalidad y los denominados derechos patrimoniales”, pero, a diferencia de ello, “el art. 72 CC, al establecer el principio de la existencia de las personas, a partir del momento de separarse completamente de su madre, se estaría volviendo imposible de reconocer y aun de amparar garantías fundamentales [...] violándose [...] los atributos de personalidad y los derechos patrimoniales”. Como ejemplo de reconocimiento legal de derechos no patrimoniales del nasciturus, el demandante explicó que el art. 58 del Código Procesal Civil y Mercantil –CPCM– estatuye que el concebido no nacido puede intervenir como parte en los procesos civiles y mercantiles para todos los efectos que le sean favorables, de modo que materializa “el derecho de acceso a la jurisdicción [...] el cual no está condicionado como lo regula el art. 75 [CC] al nacimiento de la persona para que pueda ejercer su derecho a intervenir en un proceso de naturaleza civil o mercantil”. 2. La Asamblea Legislativa no rindió el informe de justificación de la constitucionalidad de las disposiciones examinadas. El informe se le requirió mediante auto de 15-VIII-2012, notificado el 19-X-2012. En lugar de responder a la demanda, la Asamblea remitió a la Corte Suprema de Justicia

la notificación antes mencionada, junto con otras relativas a sendos procesos constitucionales, afirmando que “persisten algunas dudas sobre la legitimidad de tales resoluciones”. Al respecto, se reitera que “en armonía con la lógica del Derecho Procesal y el principio de legalidad, los sujetos procesales carecen de ‘habilitación’ o ‘poder’ capaz de suspender o dilatar la ejecución de las decisiones judiciales. Además, según el principio de legalidad procesal, las formalidades con que deben realizarse los actos procesales o deben computarse los plazos establecidos en la ley son imperativas, de manera que los intervinientes o partes procesales, aun cuando se tratare de un órgano del Estado, no pueden alterarlas a su arbitrio” –auto de sobreseimiento de 2-X-2013, Inc. 83-2011; y sentencia de 6-IX-2013, Inc. 16-2012; también sobre los límites de las actuaciones procesales de las autoridades demandadas, véase la sentencia de 14-IV-2011, Amp. 288-2008–. 3. El Fiscal General de la República dijo que no existe la inconstitucionalidad alegada. Luego de un extenso preámbulo doctrinario y citas normativas sobre el principio de la existencia de las personas, en lo relevante, expresó que hay que distinguir entre “persona” y “personalidad”. Con esta última “se alude a la persona desde el punto de vista jurídico, cuando se afirma que esta es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la personalidad es la idoneidad de ser persona de derecho. El concepto jurídico de persona está compuesto por una serie de atributos, considerados como caracteres inherentes e imprescindibles de aquella; que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico”. Según el Fiscal, el art. 1 inc. 2º Cn. “reconoce a la persona humana desde el momento de la concepción, pero solamente para ejercer sus derechos, sin importar el período o momento en que se encuentre el ser concebido y no como una aptitud que se reconozca para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas [...] la reforma no considera el concepto de la persona desde el punto de vista legal, sino biológicamente, sin menoscabar los

derechos fundamentales, patrimoniales y los atributos de la persona humana, que están en suspenso ha porque si se constata la contradicción alegada, el objeto de impugnación habría sido derogado desde la entrada en vigencia de la Constitución o de la reforma constitucional respectiva, que genere dicha incompatibilidad –criterio reiterado desde la sentencia de 20-VI-1999, Inc. 4-88; por ejemplo, en la sentencia de 26-VIII-2015, Inc. 123-2012–. 2. Por otra parte, para resolver esta pretensión de inconstitucionalidad: (III) se realizarán unas consideraciones sobre el contexto normativo en el que se insertó la reforma que agregó el actual inc. 2º al art. 1 Cn., dada su relevancia en el desarrollo legislativo futuro de dicha disposición; (IV) se retomará la jurisprudencia interamericana y la de esta sala, para avanzar en la determinación del significado que tiene el reconocimiento de la condición de persona humana desde la concepción; (V) y por último se analizarán los argumentos del demandante, tomando en cuenta la opinión del Fiscal y la fundamentación previa realizada por este tribunal. III. 1. El inciso 2º del art. 1 Cn. dispone lo siguiente: “Asimismo, [El Salvador] reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”. Dicho párrafo fue incluido en la Constitución según reforma aprobada mediante el Acuerdo de Reformas Constitucionales nº 1, de 30-IV-1997, publicado en el Diario Oficial nº 87, tomo nº 335, de 15-V1997; y ratificada mediante el Decreto nº 541, de 3-II-1999, publicado en el Diario Oficial nº 32, tomo nº 342, de 16-II-1999. Los considerando I y II del Acuerdo referido expresan: “I.- Que el derecho humano más fundamental y bien jurídico más preciado es la vida humana y ningún otro derecho tiene sentido si no se protege éste férreamente. La falta de la debida protección de la vida humana resquebraja en su misma base el estado de derecho y la paz social. II.- Que el orden jurídico salvadoreño debe reconocer esa realidad, y en consecuencia, proteger la vida humana desde su concepción, incluyendo disposiciones Constitucionales, en concordancia con normas expresas del Pacto

Internacional de Derechos Civiles, y Políticos, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Esta reforma constitucional proporciona claves para la solución de problemas jurídicos difíciles, relacionados con el alcance de la expresión “persona humana” en el ordenamiento jurídico salvadoreño, tales como el del estatus jurídico del nasciturus y el del momento a partir del cual surge la titularidad de un derecho a la protección del Estado. A estas cuestiones generales se vinculan otros problemas específicos, algunos incluso por ahora ignorados, que surgirán en el incierto devenir de la condición humana y sus relaciones sociales. Sin embargo, es necesario tener claro que la reforma constitucional no resuelve por sí misma esos problemas –ya que sus propios términos, “persona”, “ser humano”, “concepción”, pueden ser objeto de interpretación– sino que únicamente restringe, en algunos casos, el campo de alternativas dentro del cual los actores de la deliberación pública –ciudadanos, legisladores, funcionarios de la Administración, jueces y tribunal constitucional, entre otros– deben buscar respuestas para esas delicadas cuestiones. La dificultad hermenéutica y la complejidad social de los problemas relacionados con el régimen jurídico de la persona que está por nacer obligan a tomar en consideración el contexto normativo en que se inserta la reforma constitucional al art. 1 Cn. 2. Al respecto es pertinente recordar que la Constitución de la República de El Salvador está fundamentada, entre otras, en concepciones racionales humanistas o personalistas y liberales. Sobre la primera de estas, el preámbulo de la Constitución y su art. 1 identifican a la dignidad humana como uno de los “valores de nuestra herencia humanista”. Como ha dicho esta sala: “la máxima decisión del constituyente se encuentra fundada en la idea de un Estado y una Constitución personalista, en donde la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad [...] el trasfondo humanista o personalista [...] es una

concepción filosófica en la que la función del derecho es garantizar la libertad de cada individuo, de forma que se le permita realizar libremente sus fines y la función del Estado es organizar y poner en marcha la cooperación social, armonizar los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común” –sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18-98–. En la misma sentencia antes citada, dentro de lo que debería considerarse un límite a la organización de la sociedad que corresponde al Estado mediante el Derecho, parafraseando el conocido imperativo kantiano, se determinó que: “la dimensión nuclear de la dignidad de la persona humana es el mínimo invulnerable y constante, cualquiera que sea la situación en que se encuentre el individuo, con relación a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en correspondencia consigo mismo y su entorno, que no sea tratado como un objeto o instrumento de parte del Estado o los demás”. También se dijo que los derechos fundamentales son “proyección inmediata” y “desarrollo lógico inevitable de la dignidad”, de modo que su interpretación “debe favorecer una comprensión de los derechos que promueva la dignidad de la persona y su consideración como ser libre e igual, capaz de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”. Una de las consecuencias de esta visión personalista de la Constitución es la inexistencia de derechos absolutos. Volviendo a la sentencia en mención: “la idea de ser humano cuya dignidad se protege y de la que parte el Constituyente, no es la correspondiente a la de un ser aislado sino ligado a un entorno social, obligado por tanto al respeto de las normas jurídicas y a los derechos de los demás” –también en este sentido, la sentencia de 14-XII-1995, Inc. 17-95, considerando XIII–. Dado que esta idea se predica respecto de cada ser humano, resulta que todos ellos están vinculados por esa proyección de la dignidad de los otros que son sus respectivos derechos, de manera que ninguno de estos puede imponerse desde antes o en forma abstracta, a los derechos de los demás. Como esta

compleja interacción entre seres igualmente dignos y libres no descarta, sino que más bien presupone, los conflictos, esta sala ha rechazado como alternativa el establecimiento de alguna forma de jerarquía rígida entre los derechos, ni siquiera desde una coyuntural mayoría electoral, y en lugar de eso ha utilizado la ponderación o armonización razonada de los derechos en juego, en casos genéricos –con el primer turno para el legislador– o singulares –labor típica de los jueces–. Así lo afirman las sentencias de 12-IV-2007, de 24-IX-2010 y de 22-V-2013; Inc. 28-2006, considerando III.3; Inc. 91-2007, considerando V.2.B; e Inc. 3-2008, considerando VI, respectivamente.

3. En cuanto a las concepciones liberales, la jurisprudencia de esta sala ha reconocido la importancia del llamado “techo ideológico” de la Constitución salvadoreña, es decir, de sus “principios inspiradores”, su “espíritu” o su “filosofía”, “expresiones [con las que] se busca representar las exigencias políticas y justificativas o axiológicas de ideologías que inspiran la decisión suprema” –sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18-98–. Pues bien, dentro de ese trasfondo ideológico de la Constitución se halla “el sistema de valores y principios que las tradiciones del constitucionalismo liberal, social y contemporáneo han derivado de la dignidad humana y del principio democrático”, como parte de lo que también se denomina la Constitución “en sentido material” –sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99–. De hecho, en El Salvador la sucesión de Constituciones entre 1871 y 1886 ha sido planteada, desde la perspectiva histórica, como expresión de las complejas tensiones y poderosas resistencias surgidas frente a manifestaciones progresivas del constitucionalismo liberal. Este “constitucionalismo liberal” se caracteriza por dar prioridad a la garantía de los derechos del individuo frente al poder político, en especial mediante la forma de gobierno representativo y limitado, como medio para que la persona conserve un espacio de libertad que le permita su autorrealización o la búsqueda de su felicidad. No se trata solo de un reconocimiento particular del valor de la libertad humana, sino también de

la forma en que esta visión impregna el diseño de las instituciones estatales, el método o el procedimiento de ejercicio del poder, como garantía de la persona. Si cada uno debe ser libre para decidir la ruta de su desarrollo personal, el inevitable riesgo de roces o colisiones entre trayectorias vitales diversas debe ser contenido, cuando sea indispensable, por el Estado, pero mediante la representación y el consenso, porque son estos justamente los instrumentos políticos derivados de la igual autonomía de todas las personas. Así, los peligros de un individualismo sin límites son precavidos mediante la conjunción entre libertad e igualdad que se manifiesta, entre otros aspectos, en la fórmula política del gobierno. Desde esas concepciones liberales, este tribunal ha dicho que: “la libertad es rasgo esencial, condición indispensable o presupuesto definitorio del ser humano. La libertad, como la igualdad, es proyección inmediata e inseparable de la dignidad humana, de manera que la convivencia social solo es posible a partir de su reconocimiento, así como de la adecuación permanente de los medios necesarios para garantizar, en cada época, su eficacia” –sentencia de 27-VIII-2014, Inc. 79-2011–. La libertad es un destello de la dignidad humana. Por consiguiente, “los poderes públicos tienen el deber de respetar y de garantizar a la persona que, en su condición de ser racional, igual, libre y capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y con su entorno, pueda, sin interferencias injustificadas, optar por aquellos aspectos de la vida que más se ajusten a su personalidad, ideas e intereses y que coadyuven al desarrollo de su personalidad en los ámbitos individual, familiar y social” –sentencia de 11-III-2015, Amp. 749-2014–. 4. Junto con las formas de organización del poder, el constitucionalismo liberal se expresa en ciertos principios sustantivos que informan y rigen los procedimientos de decisión pública sobre cuestiones fundamentales para la sociedad salvadoreña. Uno de ellos es el de laicismo, que se expresa en la ausencia de una religión oficial, pero también en el mismo principio de libertad religiosa –art. 25 Cn.– y

en la exigencia constitucional reiterada del “estado seglar” de los candidatos a los principales cargos públicos –arts. 82, 151, 160, 176, 177, 179, 180 y 201 Cn.–. Se trata de una manifestación de la libertad o autonomía moral de las personas, porque si estas deben poder elegir por sí mismas las acciones adecuadas para su propia realización, el Estado –y el Derecho como su instrumento de coordinación social– no pueden imponer ninguna visión particular del bien, de la espiritualidad o de la moral religiosa, cuya influencia depende solo de la persuasión. Como lo ha dicho esta sala: “si las instituciones han de tratar a todos los ciudadanos como iguales y resulta que estos ejercitan libremente diferentes credos o ideologías, entonces es un deber de las instituciones del Estado mostrarse neutrales frente a tales credos o ideologías” – sentencia de 22-V-2013, Inc. 3-2008–. En la base del laicismo está a su vez el principio de tolerancia. Si nadie puede pretender poseer la verdad en grado mayor que cualquier otro, el derrumbamiento de las certezas indiscutibles, absolutas o definitivas da paso a la libertad de crítica y a la revisión permanente de las verdades aceptadas desde la razón, el diálogo, la libre discusión y el consenso entre iguales. Como efecto de ello, la diversidad de opiniones, la pluralidad de valores, la criticidad del pensamiento y la competencia permanente de visiones alternativas, dejan de ser males o peligros para el desarrollo social y, por el contrario, se reconocen como bienes o valores positivos e indispensables para el progreso de la civilización humana. Solo la intolerancia no debe ser tolerada, de modo que una visión cerrada, intransigente o fundamentalista de la realidad no puede servir de base para decisiones públicas o institucionales. Por eso, la Constitución aspira a que mediante la educación se logre “combatir todo espíritu de intolerancia” –art. 55 inc. 1º Cn.–, pues así, dentro del marco institucional democrático y los límites de los derechos de los demás, la libre confrontación de ideas y el disentimiento razonado previenen el paternalismo estatal, la manipulación de la conciencia o la anulación de las

individualidades. Finalmente, el laicismo y la tolerancia son condiciones para el pluralismo, que en el plano ideológico “implica favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones del mundo, a partir de la convicción de que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad y de que esta solo puede alcanzarse a través de la discusión y el encuentro entre posiciones diversas” –sentencia de 1-III-2013, Inc. 78-2011, con cita de la sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99–. El pluralismo en este sentido da lugar a una especie de relativismo, no como escepticismo frente a la realidad y los valores, sino como oposición a los dogmatismos y a las ideas fijas o absolutas sobre esa realidad y esos valores, en la medida en que estos pueden depender de los contextos, situaciones históricas o marcos de referencia de quienes procuran conocerlos. Al regular la libertad de pensamiento –art. 6 Cn.– y el pluralismo político – art. 85 inc. 2º Cn.–, la Constitución coincide en los presupuestos de lo que se ha llamado “sociedad abierta”, es decir, una forma de organización social que reserva espacios de libertad para la crítica, la discusión racional y el disenso moral entre sus integrantes –idea que ha sido retomada por esta sala con relación a la interpretación constitucional, desde la sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006–. IV. 1. Todo este marco de referencia debe ser el punto de partida para la interpretación, en especial por el legislador y los jueces, del art. 1 inc. 2º Cn., en relación con el problema planteado. Como lo ha dicho esta sala, la interpretación constitucional consiste en la atribución de un significado elegido entre varios posibles, con base en razones o argumentos que justifican esa forma de entender el texto de la disposición como la alternativa más adecuada para resolver una duda, pregunta o problema interpretativo, que es el que origina la necesidad de interpretación. Así, el significado de un texto constitucional no puede ser descubierto, encontrado o hallado por el intérprete con una simple lectura, sino que este debe construirlo en función del problema a resolver –sentencia de 14-X-

2013, Inc. 77-2013, considerando III.1–. En consecuencia, la interpretación del art. 1 inc. 2º Cn., con respecto al objeto de este proceso, no intenta zanjar todas las cuestiones posibles de discusión a propósito de dicho inciso de la Ley Suprema ni determinar con exhaustividad el significado de cada término de la disposición – “persona”, “ser humano”, “concepción”–, sino solo en la medida necesaria para responder a la pregunta planteada por el demandante. 2. Para determinar lo que significa el reconocimiento de la calidad de persona a todo ser humano desde el instante de la concepción es útil observar que la propia argumentación de la reforma constitucional hizo referencia a instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–, la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–. El art. 6 PIDCP dispone que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”, sin pronunciarse sobre cuándo comienza esta última condición. La CDN en su preámbulo expresa que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Luego, el art. 1 CDN expresa que: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; y en su art. 2 establece que los derechos que ella reconoce deben ser respetados y asegurados “sin distinción alguna, independientemente de [...] el nacimiento o cualquier otra condición”. Por su parte, la CADH en su art. 1.2. Dispone que: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; y, en su art. 4.1. Establece que: “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”. Al interpretar estos artículos de las tres convenciones internacionales citadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 28-XI-2012, Caso Artavia Murillo y otros – “Fecundación in vitro”– vs. Costa Rica –considerando VIII.C–, ha concluido

que en ninguna de esas regulaciones se ha pretendido definir con precisión el alcance del derecho a la vida del nasciturus y que en los procesos de elaboración normativa de dichos instrumentos, ante la falta de consenso internacional sobre el asunto, se recurrió a fórmulas de compromiso, como la indefinición expresa del PIDCP, la ubicación de la frase categórica de la CDN en su preámbulo y no en su texto normativo, así como la más reveladora expresión “en general”, del art. 4.1. CADH, claramente significante de posibles excepciones. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos [...] la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” –sentencia antes citada, párrafos 258 y 264–. Este criterio se considera aplicable al presente caso, aunque el resto de la sentencia se refiere a un problema jurídico distinto, sobre el cual esta sala no debe hacer valoraciones en esta oportunidad. 3. Lo anterior no significa que la invocación de los instrumentos internacionales mencionados en la argumentación de la reforma constitucional haya sido impertinente. La regulación de dichos tratados sí refleja una común aspiración internacional de reconocer la mayor protección posible a las personas, aunque, tal como lo constata la jurisprudencia interamericana citada, la definición precisa de a partir de cuándo se tiene esa condición es

un asunto en el que la regulación interna de cada Estado parece el contexto más adecuado de solución. En dicho sentido, la opción salvadoreña sobre el alcance de la protección de la persona humana, elevada a rango constitucional en 1999 mediante la reforma al art. 1 Cn., está dentro del marco de posibilidades regulatorias que el margen de apreciación nacional de los Estados permite, en cuestiones tan importantes como complejas y delicadas. Al estipular o convenir una definición de persona que comprende a todo ser humano desde el instante de la concepción, el Estado salvadoreño ha precisado que el nasciturus tiene esa calidad o condición y este es un punto de partida fundamental para el análisis del presente caso. Entre las implicaciones de esa definición constitucional, esta sala ya ha determinado que la calidad de persona “desde luego no puede ser entendida o interpretada en el sentido que se trata de un sujeto de obligaciones frente al Estado o frente a otros sujetos. El reconocimiento que en la disposición constitucional se hace, es en el sentido de entender que se trata de un nuevo ser de la especie humana, de manera que el Estado y demás sujetos se encuentran obligados a garantizarle la vida desde ese mismo instante. Es decir, se trata de una concepción de persona que fundamentalmente busca la protección de los derechos del nasciturus y no en el sentido de reconocerlo como sujeto de obligaciones frente a otros sujetos” –sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18-98–. En otras palabras, una de las consecuencias del reconocimiento constitucional de persona al ser humano que está por nacer es su innegable titularidad de ciertos derechos fundamentales; para comenzar, el derecho a la vida, con la correlativa obligación del Estado de garantizar su protección – sentencia de 28-V-2013, Amp. 310-2013–. Ahora bien, la expresión “desde el instante de la concepción” que emplea la Constitución salvadoreña no parece implicar una connotación muy distinta de la que tiene la frase “a partir del momento de la concepción”, en el art. 4.1 CADH. La referencia al “instante de la concepción” no puede interpretarse en

el sentido de que el Constituyente haya pretendido definir o resolver un asunto científico, sobre los tiempos del proceso biológico que determina el comienzo de una nueva vida humana, que aún hoy es objeto de debate en ese ámbito del conocimiento. Se trata más bien de una expresión utilizada, a modo de matiz lingüístico, para remarcar o enfatizar la idea de máxima protección posible de la persona, siempre en relación interdependiente con los derechos de los demás. Esta idea no prejuzga el significado de la “concepción” que el art. 1 inc. 2º Cn. fija como punto de partida para el reconocimiento de la calidad de persona, cuestión que no es necesario resolver en esta ocasión, ya que no es ese el problema planteado en la demanda. 4. Por otro lado, es importante observar que aunque el art. 1 inc. 2º Cn. carece de la cláusula “en general” que sí contiene el art. 4.1. CADH, hay coincidencia en el resultado interpretativo de ambas disposiciones, pues como ya se dijo, un efecto de la visión personalista de la Constitución, del principio de dignidad humana y de su proyección en los derechos fundamentales de todas las personas –nacidas y por nacer–, es que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no existen derechos absolutos. De este modo, el derecho a la vida de la persona que está por nacer “no es un derecho que en todos los supuestos deba prevalecer sobre los otros, sino que es necesario hacer una ponderación para cada caso” –sentencia de 20-XI-2007, Inc. 18-98 ya citada– y “tampoco reclama un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación” –sentencia de 28-V-2013, Amp. 310-2013 aludida–. La imposibilidad de absolutizar la protección de la vida intrauterina –puesto que esto supondría jerarquizarla o preferirla sobre los derechos de los demás– deja espacio para que el legislador tome en cuenta los cambios del proceso biológico, a fin de realizar valoraciones diferenciadas sobre los niveles de protección a los que el Estado está obligado. Ciertamente, ni la definición constitucional del concepto de persona ni la totalmente legítima, y moralmente valiosa, finalidad de protección de la

vida del nasciturus predeterminan el alcance efectivo y en todo caso de esa protección. La calificación del nasciturus como persona es un juicio de valor, no la descripción de un hecho objetivo. La definición de persona del art. 1 inc. 2º Cn. es producto de una convención o acuerdo social, en un momento histórico determinado; es un producto cultural, no el reflejo inevitable de alguna esencia inmanente o trascendental de lo que es su objeto de regulación –en este mismo sentido, en la sentencia de 9-XII-2009, Amp. 18-2004, se descartó la invocación del Derecho Natural para producir actos jurídico-estatales–. Por ello, reconocer la condición de persona del ser humano por nacer no significa una equiparación plena de este con la persona ya nacida, que borre las diferencias entre ellos, al menos en cuanto a las capacidades morales de relación consigo mismo –autoconsciencia– y con los demás, inherentes a la persona humana y que el nasciturus solo posee en forma de potencia contingente. Esta diferencia, influida por la gradualidad o progresividad del desarrollo vital, no desmerece la protección de la vida humana prenatal ni reduce en abstracto la obligación estatal en dicho sentido, pero sí puede justificar valoraciones diferenciadas de protección o de los derechos en conflicto, en su caso, a partir de las fases o estadios de dicho desarrollo. Como debería ser claro, el rechazo jurídico de una valoración absoluta de la vida prenatal puede diferir con las visiones propias de otros campos normativos, morales o religiosos. Sin embargo, según se indicó en el considerando anterior, las disposiciones constitucionales no deben ser interpretadas, ni desarrolladas legislativamente, como vehículos o instrumentos de imposición de opiniones y valores morales de un sector de la sociedad hacia el resto de ciudadanos, dotados todos como están, de igual dignidad y autonomía moral. De lo contrario, se abusaría del monopolio coercitivo que caracteriza al Derecho para promover ideas y pautas de conducta que pertenecen a otros órdenes normativos de control social y cuya aceptación las personas deben decidir

por sí mismas, en ejercicio de su libertad. Así ocurriría, por ejemplo, si una parte del texto constitucional se sobrepone a otras mediante una interpretación que jerarquiza o absolutiza su contenido normativo y se omite la consideración ponderada de los otros principios, derechos fundamentales o bienes constitucionales en juego. V. A continuación corresponde analizar la pretensión del demandante. Como ya se dijo, su alegato es que el art. 72 CC contradice al art. 1 inc. 2º Cn., porque aquel dispone que la existencia legal de toda persona principia al nacer, mientras que la Constitución reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. De este modo, habría una discrepancia en lo relativo al momento en que se considera persona a alguien en nuestro ordenamiento jurídico y esto afectaría los atributos de personalidad y los derechos patrimoniales de quien está por nacer. Tomando en cuenta lo expuesto en los considerandos anteriores, se advierte que la calidad de persona es una atribución de valor, una estimación moral –regida por ideas sobre el bien o lo bueno– que el Derecho efectúa al reconocer la igual dignidad de todos los seres humanos. Es decir, que esa valoración se aplica a una realidad predominantemente física, natural o biológica que, a partir de características funcionales determinadas, constituye al “ser humano” –como individuo o miembro de la especie humana–. Luego, la proyección jurídica de la valoración moral que confiere la calidad de persona a un ser humano es la condición de sujeto de derecho. Ser persona, que en principio es un estatus moral, se traduce para el ordenamiento jurídico en ser sujeto de derecho, esto es, ser un centro de imputaciones normativas o punto de referencia de la regulación del Derecho, mediante el establecimiento de vínculos o relaciones –también jurídicas– con otros. Lógicamente, quien es sujeto de derecho lo es porque existe desde la perspectiva jurídica, justo porque esa calidad deriva de que el Derecho lo hace centro de relaciones normativas. El instrumento para operativizar o hacer funcionar la condición de sujeto de

derecho es la personalidad –o capacidad– jurídica, es decir, la titularidad de derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones son parte de las formas en que se expresan esos vínculos o relaciones creados por el Derecho. Tener derechos es una manifestación de tener personalidad jurídica, que a su vez depende de la condición de ser persona y que, en el caso de los seres humanos, su fundamento último radica en la dignidad humana. Hay una correspondencia, aunque no identidad, entre ser persona y tener personalidad jurídica. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 6, dispone que: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” –y así lo reconocen también los arts. 16 PIDCP y 3 CADH–. La jurisprudencia de esta sala, siguiendo a la interamericana, ha entendido este derecho a la personalidad jurídica como “la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general” –sentencia de 11-XII-2015, Hábeas Corpus 488-2014–. Partiendo de lo anterior, es necesario aclarar que la personalidad jurídica, como capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, es una condición graduable, como lo indican las nociones civiles de capacidad de goce –tener derechos– y capacidad de ejercicio –poder ejercer en primera persona o directamente los derechos y obligaciones de que se es titular–. También en el ámbito del Derecho Civil, el concepto de personalidad jurídica se ha desglosado en una serie de atributos o elementos –nombre, capacidad, domicilio, patrimonio, nacionalidad–, que pueden ser objeto de regulaciones específicas o diferenciadas, en función de las situaciones jurídicas particulares de los sujetos de derecho a quienes se refieren. Esto implica que tener personalidad jurídica no significa necesariamente y en todo caso una capacidad plena en relación con los derechos y obligaciones susceptibles de ser atribuidos por el Derecho. Entonces, se puede tener una personalidad jurídica relativa a ciertos derechos, aunque respecto de las obligaciones y demás atributos esa

capacidad esté condicionada a eventos de diversa naturaleza. Pues bien, antes se dijo que una de las consecuencias del reconocimiento constitucional de persona al ser humano que está por nacer es su innegable titularidad de ciertos derechos fundamentales; para comenzar, el derecho a la vida, con la correlativa obligación del Estado de garantizar su protección, pero que desde luego esa calidad no puede ser entendida o interpretada en el sentido que se trata de un sujeto de obligaciones frente al Estado o frente a otros sujetos. También se determinó que la diferencia entre las personas nacidas y las que están por nacer, influida por la gradualidad o progresividad del desarrollo vital, no desmerece la protección de la vida humana prenatal ni reduce en abstracto la obligación estatal en dicho sentido, pero sí puede justificar valoraciones diferenciadas de protección o de los derechos en conflicto, en su caso, a partir de las fases o estadios de dicho desarrollo. Todo lo anterior significa que el ser humano desde la concepción y hasta antes del nacimiento es sujeto de derecho o tiene personalidad jurídica –proyección jurídica de su condición de persona, según la valoración actual del constituyente–, aunque esta se limite al ámbito de ciertos derechos y no tenga por qué equipararse, en cuanto a los atributos de la personalidad, a las demás personas. Dicho de otro modo, al reconocerle al nasciturus la condición de persona y la respectiva titularidad de ciertos derechos fundamentales, la Constitución sin duda, en forma simultánea, le está reconociendo existencia jurídica, de manera que es un contrasentido que la ley secundaria postergue y condicione la atribución de la “existencia legal” a la ocurrencia del nacimiento. Desde este enfoque, es aceptable la pretensión del demandante y deberá declararse la contradicción parcial o en este punto, entre los arts. 72 inc. 1º y 75 CC y el art. 1 inc. 2º Cn. Sin embargo, esa incompatibilidad no se extiende a la regulación sobre condiciones suspensivas de ciertos derechos patrimoniales de la persona prenatal (como en el ámbito sucesorio o hereditario) o relativas a otros atributos de la

personalidad (ausencia de registro civil de los concebidos, por ejemplo), porque estas distinciones obedecen a circunstancias objetivas de la persona que está por nacer, que justifican un tratamiento distinto respecto de las personas nacidas, frente a la necesidad de seguridad jurídica de los demás sujetos de derecho. Así, la contradicción constatada se limita a la regulación sobre el momento de inicio de la existencia jurídica de las personas, que los artículos impugnados sitúan a partir del nacimiento, mientras la Constitución la establece desde el instante de la concepción. Dicho de otro modo, la contradicción verificada radica únicamente en las expresiones de los arts. 72 y 75 CC que condicionan la existencia del nasciturus al hecho del nacimiento o que indican que la existencia legal principia al nacer. Esto afecta prácticamente a todo el inciso primero y a la frase final del inciso segundo del art. 72 CC, pero solo a algunas expresiones del art. 75 CC: “si el nacimiento constituye un principio de existencia”; “como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron”; y “como si la criatura no hubiese jamás existido”. De esta manera, la regla que establece la condición suspensiva del nacimiento para el goce de los derechos sucesorios –en cuanto es manifestación de una razonable valoración legislativa diferenciada entre las personas nacidas y las que están por nacer– no adolece de la contradicción señalada por el demandante, si bien en su aplicación debe prescindirse de las expresiones que supeditan la existencia legal al hecho del nacimiento. Esto permite diferenciar entre el inicio de la existencia legal de la persona –que no puede separarse del momento en el que el constituyente le reconoce derechos y por tanto existencia jurídica, atribuyéndole una personalidad jurídica, aunque sea limitada– y el inicio de la capacidad para ejercer o gozar ciertos derechos civiles, tiempo que sí puede estar condicionado a un evento como el de nacer, precisamente porque esa capacidad jurídica admite graduaciones o adecuaciones en función del tipo de derechos o de los requisitos objetivos que el legislador considere relevantes para modular su goce o ejercicio. Por

supuesto, no se trata de una mera cuestión de palabras o de pureza terminológica, pues el reconocimiento constitucional de la existencia jurídica del nasciturus actualiza o pone de manifiesto una valoración social sobre la importancia de la vida humana y su mayor protección posible, siempre en concordancia con los derechos fundamentales de las demás personas. Por tanto, Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y art. 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta sala Falla: 1. Declárase que los arts. 72 y 75 del Código Civil –aprobado por Decreto Ejecutivo S/N, de 23-VIII-1859, publicado según decreto de 10-IV-1860, Gaceta Oficial No. 85, Tomo 8, de 14- IV-1860–, contradicen el art. 1 inc. 2º de la Constitución, en cuanto a que este reconoce la existencia jurídica de la persona desde el instante de la concepción, mientras algunas expresiones de los artículos examinados admiten dicha existencia hasta que ocurre el nacimiento. Por ello, tal como lo ordena el art. 249 Cn., las expresiones de los arts. 72 y 75 del Código Civil que condicionan la existencia legal al hecho del nacimiento y que de ese modo contienen la incompatibilidad mencionada, fueron derogadas por la entrada en vigencia de la reforma constitucional que agregó el actual inc. 2º al art. 1 de la Constitución. 2. Notifíquese la presente decisión a todos los sujetos procesales. 3. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, para lo cual se enviará copia al Director de dicha oficina. A. PINEDA.-----F. MELENDEZ.-----J. B. JAIME.-----E. S. BLANCO R.----- R. E. GONZALEZ.-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----J. R. VIDES.-----SRIO.-----RUBRICADAS.