

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2011
PLAN DE ESTUDIOS 1993



TEMA: "CRIMINALIZACION FEMENINA Y TRATAMIENTO DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIDA DEL SER HUMANO EN FORMACION A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CODIGO PENAL DE 1998"

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:

LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

LISSANIA CAROLINA ZELAYA ZEPEDA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. DAVIR OMAR MOLINA ZEPEDA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR
MSC. ANA MARÍA GLOWER
VICERRECTOR ACADÉMICO
LICENCIADO SALVADOR CASTILLOS
VICERECTOR ADMINISTRATIVO
DRA. ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL
LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO
LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO
LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO
DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
LIC.DAVID OMAR MOLINA ZEPEDA
DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Vilma Estela Zepeda, quien me dio a luz, me cuidó, me enseñó la importancia del estudio y ayudó a hacer posible esta y otras metas.

A las mujeres que me mostraron las razones para abordar esta temática, con sus historias de vida, con sus reflexiones, vivencias y experiencias personales.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	1
1.2 DELIMITACION Y FORMULACION DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.	16
1.2.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA	
1.2.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	
1.2.3 OBJETIVOS	
1.2.3.1 OBJETIVO GENERAL	
1.2.3.2 OBJETIVO ESPECIFICO	
1.3 JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION	17
1.4 METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION	21
1.4.1 PROCEDIMIENTO METODOLOGICO	
1.4.2 TIPO DE INVESTIGACION	
1.4.3 UNIDADES DE ANALISIS Y MUESTRA	23
1.4.4 TECNICAS E INSTRUMENTOS	

CAPITULO II

ASPECTOS HISTORICOS DEL DELITO DE ABORTO

2.1 MARCO HISTORICO A NIVEL INTERNACIONAL	25
2.1.1 ABORTO EN LA EDAD ANTIGUA HASTA SIGLO I	
2.1.2 ABORTO EN LOS SIGLOS II AL XVIII O "ETAPA CRISTIANA"	26
2.1.3 ABORTO EN LOS SIGLOS XVIII AL XX	27
2.1.4 ABORTO EN EL SIGLO XX	
2.2 MARCO HISTORICO A NIVEL NACIONAL	28
2.2.1 REGULACION EN MATERIA CONSTITUCIONAL	
2.2.2 REGULACION EN MATERIA PENAL	32
2.2.2.1 CÓDIGO PENAL DE 1826	
2.2.2.2 CÓDIGO PENAL DE 1859.....	33

2.2.2.3	CÓDIGO PENAL DE 1881	
2.2.2.4	CÓDIGO PENAL DE 1904	
2.2.2.5	CÓDIGO PENAL DE 1973.....	35
2.2.2.6	CÓDIGO PENAL DE 1997.....	38

CAPITULO III

ASPECTOS CONCEPTUALES Y DOCTRINARIOS SOBRE EL ABORTO

3.1	MARCO CONCEPTUAL	42
3.1.1	CONSTITUCION	
3.1.2	DERECHO PENAL	
3.1.3	SISTEMA PENAL.....	43
3.1.4	BIEN JURIDICO	44
3.1.5	IUS PONIENDI	
3.1.6	PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION DEL DERECHO PENAL	
3.1.7	POLITICA CRIMINAL	
3.1.8	CRIMINALIZACION	45
3.1.8.1	PRIMARIA.....	46
3.1.8.2	SECUNDARIA	
3.1.9	VARIABLES DE TIPO SOCIAL QUE DETERMINAN A LA MUJER	47
3.1.10	EMBARAZO	48
3.1.10.1	EMBARAZO PATOLOGICO	
3.1.11	ABORTO	
3.1.11.1	ETIMOLOGICAMENTE	
3.1.11.2	PUNTO DE VISTA OBTETRICO	49
3.1.11.3	PERSPECTIVA MEDICO LEGAL.....	50
3.1.11.4	TECNICAS ABORTIVAS	51
3.2	MARCO DOCTRINAL	52
3.2.1	ABORTO EN LA DOCTRINA	
3.2.1.1	ABORTO PROPIO	
3.2.1.2	ABORTO CONSENTIDO	
3.2.1.3	ABORTO SIN CONSENTIMIENTO	
3.2.1.4	ABORTO AGRAVADO	

3.2.1.5	ABORTO HONORIS CAUSA	
3.2.1.6	ABORTO HUMANITARIO O SENTIMENTAL	53
3.2.1.7	ABORTO ECONOMICO	
3.2.1.8	ABORTO SEGUIDO DE LA MUERTE DE LA MADRE	
3.1.1.9	ABORTO PRETERITENCIONAL	
3.1.1.10	ABORTO CULPOSO	
3.1.1.11	ABORTO POR INDICACION MEDICA.....	54
3.1.1.12	ABORTO POR INDICACION MEDICO SOCIAL	
3.1.1.13	ABORTO SOCIAL	
3.1.1.14	ABORTO IMPUNE	
3.2.2	DIFERENTES POSTURAS SOBRE EN QUE MOMENTO EL PRODUCTO DE LA CONCEPCION DEBE CONCIDERARSE PERSONA.	55
3.2.2.1	A PARTIR DEL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN	
3.2.2.2	CUANDO EL HUEVO CIGOTO SE ANIDA EN EL ÚTERO DE LA MUJER	
3.2.2.3	CUANDO APARECE EL SURCO O CRESTA NEURAL	
3.2.2.4	DESDE QUE SE VERIFICA LA EMISIÓN DE IMPULSOS ELECTRÓNICOS.	56
3.2.3	MODELOS DE PROTECCION DE LA VIDA HUMANA EN FORMACION.	
3.2.3.1	MODELO DE PROHIBICIÓN ABSOLUTA	
3.2.3.2	MODELO PURO DE INDICACIONES.	57
3.2.3.3	MODELO PURO DE PLAZOS.	
3.2.3.4	MODELO DE INDICACIONES CON DECISIÓN ÚLTIMA DE LA MUJER.	
3.2.3.5	MODELO DE ASESORAMIENTO PREVIO U ORIENTADO AL ESTADO DE CRISIS	
3.2.3.6	MODELOS MIXTOS	
3.2.4	POSICIONES DOCTRINALES DE ALGUNOS AUTORES	58
3.2.4.1	GERARDO LANDROVE DÍAZ.	
3.2.4.2	QUINTANO RIPOLLES	60
3.2.4.3	LUZÓN PEÑA	
3.2.4.4	LAURENZO COPELLO.....	61

3.2.4.5	RUIZ MIGUEL	62
3.2.4.6	AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.....	65
3.2.4.7	EDUARDO PABLO JIMÉNEZ	
3.2.4.8	EUGENIO ZAFFARONI	66

CAPITULO IV

MARCO JURIDICO, JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO

4.1 REGULACION CONSTITUCIONAL	69
4.1.1 CONSTITUCION DE 1982	
4.2 REGULACION SECUNDARIA	
4.2.1 CODIGO PENAL DE 1997	
4.2.2 TRATADOS INTERNACIONALES	71
4.3 JURISPRUDENCIA.....	73
4.3.1 SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA EN EL AÑO 2007	
4.3.2 SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA EN EL AÑO 2011.....	83
4.4 DERECHO COMPARADO	84
4.4.1 EL MODELO ALEMÁN	
4.4.2 ESTADOS UNIDOS	91
4.4.3 MODELO ESPAÑOL.....	93
4.4.4 MÉXICO	96
4.4.5 ARGENTINA	98

CAPITULO V

ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.

5.1 ANÁLISIS DE DATOS CUALITATIVOS.....	102
5.2 ENTREVISTAS REALIZADAS A LOS ENTES ENCARGADOS DE LA CREACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL O CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA	
5.2.1 ENTREVISTA DIRIGIDA A DIPUTADO: MANUEL RIGOBERTO SOTO LAZO	103

5.2.1.1 ANALISIS Y OBSERVACIONES	107
5.2.2 ENTREVISTA DIRIGIDA A:	
DR. OSCAR FERNÁNDEZ.	108
5.2.2.1 ANALISIS Y OBSERVACIONES	114
5.2.3 CUADRO COMPARATIVO DE REPUESTAS OBTENIDAS EN ENTREVISTAS DIRIGIDAS A LOS ENCARGADOR DE LA ELABORACION DE LA POLITICA CRIMINAL	116
5.3 ENTREVISTAS REALIZADAS A LOS ENTES ENCARGADOS DE LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL O CRIMINALIZACIÓN SECUNDARIA.	117
5.3.1 ENTREVISTA REALIZADA A JUEZ: MARTIN ROGEL ZEPEDA JUZGADO TERCERO DE SENTENCIA	
5.3.1.1. ANALISIS Y OBSERVACIONES	123
5.3.2 ENTREVISTA REALIZADA A JUEZ: GLADIS MARGARITA SALGADO JUZGADO SEXTO DE SENTENCIA	126
5.3.2.1 ANALISIS Y OBSERVACIONES	131
5.4 CUADRO COMPARATIVO RESPUESTAS OBTENIDAS EN ENTREVISTAS REALIZADAS A LOS ENCARGADOS DE APLICAR LA POLITICA CRIMINAL O CRIMINALIZACION SECUNDARIA	134
5.5. ENTREVISTAS DIRIGIDAS A SECTORES INFLUYENTES, SECTORES SOCIALES Y OPINION PROFESIONAL.	135
5.5.1 ENTREVISTA DIRIGIDA A ESMERALDA CABRERA LICDA. EN SOCIOLOGÍA.	
5.5.2 THELMA DE HATA, SI A LA VIDA	138
5.5.3 ENTREVISTA DIRIGIDA A ROSA GUTIÉRREZ FUNDADORA Y PRESIDENTA DE CATÓLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR.....	144
5.5.4 ENTREVISTA DIRIGIDA A LICDA. MARGARITA RIVAS	147
DIRECTORA UNIDAD DE GENERO DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR	
5.6. CUADRO COMPARATIVO RESPUESTAS OBTENIDAS EN ENTREVISTAS REALIZADAS A SECTORES INFLUYENTES, SECTORES SOCIALES Y OPINION PROFESIONAL.	151
5.7. CUADRO COMPARATIVO RESPUESTAS OBTENIDAS EN ENTREVISTAS REALIZADAS, CLASIFICACION SEGÚN TIPO DE ARGUMENTO.....	152
5.8 RESUMEN DE COMPROBACION DE OBJETIVOS E HIPOTESIS	153

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES.....	157
6.2 RECOMENDACIONES.....	159
6.3BIBLIOGRAFIA.....	160

INTRODUCCION

La Criminalidad Femenina es un problema social escasamente estudiado y sin embargo en las estadísticas se observa un leve aumento de la criminalidad femenina; a diferencia de los hombres, las mujeres tienden a cometer otros tipos de delitos, tales como hurtos, posesión y tenencia de drogas, estafa, aborto, y recientemente la mujer ha jugado un papel activo en delitos como extorsiones, es aquí donde cabe hacer la afirmación de que la mujer delincuente, además de estar sometida a las variables de tipo general que también afectan al hombre delincuente, se encuentra sometida a ciertas variables de tipo social que le asignan un rol determinado en razón de su género, y tal es el caso para los Delitos en contra de la vida del ser Humano en Formación regulados en el Código Penal de 1997.

La investigación que a continuación se presenta tiene como objetivo mostrar y evidenciar los efectos criminalizadores de una ley Penal excesivamente restrictiva, utilizando los diferentes niveles del método científico para llegar a comprobar las hipótesis planteadas.

En el primer capítulo se presenta el planteamiento del problema y el manejo metodológico de la investigación, apartado donde se demostrara la necesidad de esta investigación, sus límites, alcances y la forma en que dicha investigación se ejecutó.

El segundo capítulo se denomina “Aspectos históricos del delito del aborto” donde se aborda de manera general la forma histórica de concepción de dicho delito, su regulación en civilizaciones antiguas a nivel internacional para luego abordar las diferentes maneras de regulación dentro de la Política Criminal Salvadoreña desde la promulgación del primer Código Penal que entro en vigencia.

En el Capítulo tres se abordan los aspectos conceptuales y doctrinarios del aborto, se presentan los diferentes términos a utilizar durante la investigación, así como las diferentes discusiones y planteamientos doctrinarios que sustentan la defensa del derecho a la vida y su evolución a través del pensamiento.

En el capítulo cuatro se encuentra el Marco Jurídico, Jurisprudencia y Derecho comparado, en este apartado se presenta la regulación del delito del aborto en la actual legislación Penal, dos sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre la temática y diferentes legislaciones Internacionales que regulan el delito del aborto adoptando diferentes tipos de sistemas de configuración de la ley para la protección del derecho a la vida.

En el Capítulo cinco, se exponen los resultados del método de investigación aplicado a través del instrumento, así como una interpretación y análisis comparativos del mismo para llegar a plantear la comprobación de objetivos e hipótesis.

En el Capítulo seis, se recogen a manera de conclusiones y recomendaciones todos los datos observados, sistematizados y analizados durante la investigación.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Si se observa, en forma global la criminología apenas se encuentra referencia a las mujeres. Las teorías criminológicas están escritas por hombres y para hombres y su validez universal se da por descontada (Gelsthorpe & Morris 1988)¹.

Cabe mencionar que la mujer delincuente está sometida a las mismas variables sociales de carácter general que el hombre, pero también se halla influenciada por las características propias del género femenino y de la función social que se le asigna, lo que permite una inflexión en la curva de análisis dotando de un espacio propio a la delincuencia femenina, las mujeres disponen de determinadas características físicas que dan como resultado un hecho diferencial respecto a su incidencia en la conducta criminal.

Los delitos más frecuentemente cometidos por las mujeres son los, homicidios pasionales, robo, hurto, posesión y tenencia de drogas, estafa, aborto, y recientemente la mujer ha jugado un papel activo en delitos como extorsiones.

En lo que al delito de aborto respecta; según la Organización Mundial de la Salud, se estima que 22 millones de abortos se realizan en condiciones de riesgo cada año, todos ellos de forma ilegal, resultando en la muerte de un estimado de 47 000 mujeres y discapacidades en 5 millones de mujeres.

Casi todas estas muertes y discapacidades podrían haber sido prevenidas a través de la prestación de un aborto inducido de forma segura y legal².

¹ FEMINISMO Y DERECHO PENAL ¿HACIA UNA POLITICA DE ABOLICIONISMO O GARANTISMO PENAL?, Rene van Swaaninge pág. 119

² ABORTO SIN RIESGOS, Guía técnica y de Políticas para Sistemas de Salud; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Segunda Edición, 2012

Cada día mueren en todo el mundo unas 800 mujeres por complicaciones relacionadas con el embarazo o el parto. En 2010 murieron 287 000 mujeres durante el embarazo y el parto o después de ellos.³

Las principales complicaciones, causantes del 80% de las muertes maternas, son: las hemorragias graves (en su mayoría tras el parto), las infecciones (generalmente tras el parto), la hipertensión gestacional (preeclampsia y eclampsia), los abortos peligrosos, Un 99% de la mortalidad materna corresponde a los países en desarrollo presentándose con mayor frecuencia en las zonas rurales y en las comunidades más pobres.⁴

Para el 2010 la tasa de mortalidad materna registrada a nivel nacional fue de 55.79 por 100,000 nacidos vivos, De estas, el 61% fueron de tipo directa, siendo las infecciones/sepsis, hemorragias graves y trastornos hipertensivos las principales causas de mortalidad. El departamento de San Salvador registró el mayor número de muertes. Luego de San Salvador, la mayor cantidad de fallecimientos corresponde a los departamentos de Santa Ana, San Miguel, Ahuachapán y La Libertad con el mismo número de muertes. Un 54% procedían del área urbana. Sin embargo, en los departamentos de Sonsonate, La Paz, La Unión y Morazán, las mujeres fallecidas procedían del área rural⁵.

El índice de pobreza también se relaciona necesariamente con el acceso a otros derechos, el análisis de la exclusión social en salud realizado, ***indica una incidencia de exclusión en salud de 53%***. A nivel nacional un 34.6% de

³ Organización Mundial de la Salud OMS, Centro de prensa, Mortalidad materna, Nota descriptiva N°348 Mayo de 2012.

⁴ Ibidem

⁵ Informe de Labores Ministerio de Salud 2010-2011, Primera edición, junio de 2011, Editorial del Ministerio de Salud, Dra. María Isabel Rodríguez MINISTRA DE SALUD, Dr. Eduardo Antonio Espinoza VICEMINISTRO DE POLÍTICAS SECTORIALES, Dra. Elvia Violeta Menjívar VICEMINISTRA DE SERVICIOS DE SALUD

los hogares se encuentran en pobreza; de estos el 10.8% se encuentran en pobreza extrema; mientras que el 23.8% están en pobreza relativa⁶.

Es de mencionar que para la OMS salud es el Estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad. Lo que indica que tanto la imposición de un embarazo riesgoso para la salud y vida de la madre como un embarazo producto de una violación o estupro, atenta contra la salud y otros derechos humanos de la mujer.

En El Salvador, se registran casos de violación de mujeres a toda edad, desde 1 hasta 60 años o más. Aunque se registra un pico entre las niñas de 10 a 14 años, seguido de los casos entre 15 y 19 años y entre 20 y 24 años en tendencia decreciente. Los datos sobre violaciones de mujeres muestran que las principales víctimas de este tipo de violencia son mujeres jóvenes estudiantes y mujeres dedicadas a oficios domésticos⁷. Muchas de estas niñas y mujeres resultan embarazadas, imponiéndosele un embarazo producto de un hecho traumático y deshumanizante.

Pese a esta realidad para el pensamiento conservador, la mujer no tiene derecho a disponer sobre su estado de preñez aunque esta se encuentre en las más penosas circunstancias pues *sobre todo valor se encuentra el valor de la vida y la mujer en calidad de madre debe ser la primera garante de la vida* que se encuentra en formación dentro de su matriz y apelan por sobre todo al “*instinto materno*” que no es más que una construcción cultural exitosa del sistema patriarcal.

Cerca del 39% de la población mundial vive en países con marcos normativos altamente restrictivos donde el aborto se prohíbe completamente.

⁶ “Pobreza y Educación, Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad de El Salvador, M.Sc. Roberto Mena, Director del INVE, 05 de Noviembre de 2008.

⁷ Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), Segundo informe nacional sobre la situación de violencia contra las mujeres en El Salvador / Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU). -- 1a. Ed. -- San Salvador, El Salvador. : ISDEMU, 2011.

El Salvador es uno de los países que actualmente poseen las leyes más restrictivas en la materia⁸ penalizando de manera absoluta el aborto, y aun así en su último informe, los datos Oficiales indican que entre enero de 2005 y diciembre de 2008, se registraron en todo el país 19,290 abortos. De ellos, 27.6 por ciento ocurrió a adolescentes⁹.

El tratamiento de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación sufrió un cambio de regulación con la entrada en vigencia del código penal de 1998.

Previo a este código penal el tratamiento de dichos delitos se regía por el sistema de indicaciones, que consiste en exceptuar expresamente la punición del aborto en situaciones como las siguientes: cuando el embarazo ponga en serio riesgo la vida o la salud de la madre o su salud (aborto terapéutico); cuando se presuma que el niño nacerá con graves malformaciones (aborto eugenésico o embriopático); y cuando el embarazo tenga origen en un delito contra la libertad sexual (aborto por razones morales).

En el Código Penal de 1973, el tratamiento a dichos delitos era menos severo y se regulaban ciertas indicaciones que daban la oportunidad a la mujer de realizarse un aborto bajo ciertas condiciones.

El Aborto Atenuado era regulado en el artículo 165 “Es aborto especialmente atenuado el de la mujer de comprobada buena conducta, que para preservar su reputación y sin que haya sido público su embarazo, provocare su propio aborto o consintiere que otro se lo practique.

⁵ **Panorama mundial del derecho al aborto, Centro de Derechos Reproductivos, Mapa Leyes sobre aborto en el mundo 2011**, Fecha de publicación: 29-mayo-2012

⁹ Datos de la Unidad de Información, Monitoreo y Evaluación del MSPAS

En este caso, la sanción aplicable será de seis meses a un año de prisión" conocido como aborto por HONORIS CAUSA en razón del móvil del delito, que consiste fundamentalmente en preservar la reputación de la mujer honesta; en los siguientes artículos se regulaban las figuras delictivas del aborto con consecuencias mortales; "Art. 166.- Si a consecuencia del aborto consentido sobreviniere la muerte de la mujer, el autor será sancionado con prisión de tres a seis años; y cuando se tratare de aborto practicado sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte, se sancionará al autor con prisión de seis a doce años". El aborto preterintencional; "Art. 167.- *El que con violencia causare un aborto, sin propósito de ocasionarlo, cuando el embarazo fuere notorio o le constare, será sancionado con prisión de seis meses a dos años*". Y el aborto culposo "Art. 168.- *El que culposamente causare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a un año*".

En el artículo 169 del mismo código se establecían los casos especiales en los cuales el aborto no sería punible; "Art. 169.- *No es punible:*

1o)- El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto;

2o)- El aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiere otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico.

Si la mujer fuere menor, incapaz o estuviera imposibilitada de dar el consentimiento, será necesario el de su cónyuge, el de su representante legal, o el de un pariente cercano;

3o)- El realizado por facultativo, cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer; y

4o)- El practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer Cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción".

En el ordinal primero se observa la figura del *aborto culposo propio* y la *tentativa*, en el ordinal segundo hace referencia al *aborto terapéutico o por orden medica* que también constituía en este código una razón para librar de toda culpa a la mujer, se refiere también a los abortos llamados *humanitarios* o *abortos sentimentales* para que opere esta excusa absolutoria de responsabilidad penal, bastaba con la presunción que el embarazo era producto de un delito de violación o estupro y el consentimiento de la mujer.

En el numeral cuarto se regulaba el aborto *eugenésico* que radica fundamentalmente en evitar el nacimiento de una criatura con deformidad y que dicha situación haya sido previsible.

Sin embargo; al entrar en vigencia el Código Penal de 1997 toda la configuración del delito cambio; es pertinente recordar aquí que como asegura Emilio García Méndez *en América latina, el derecho penal y la criminología deben ser percibidos “dentro del juego de correlación de Fuerzas Políticas”¹⁰*, El Salvador un país tercermundista donde las políticas criminales cada vez se alejan mas de las ideas de una mínima intervención del *Ius Puniendi* concebido según la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como *“la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito”¹¹* y la principal función del Sistema penal; se justifica mediante el formidable aparato de propaganda del sistema penal, que son los medios de comunicación masivos.

Existe una correlación de fuerzas políticas y económicas que marcan una fuerte influencia en la legislación del país, conllevando a reformas Legales y Constitucionales que para muchos de los casos carecen de un estudio real de la situación poblacional, para el caso específico de la mujer.

¹⁰ “¿Criminología o derecho penal en América latina?, en Derecho penal y criminología vol. 2, Emilio García Méndez, núm. 7, Bogotá, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, septiembre 1979, pág. 38.

¹¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Tipo de proceso: Amparos, Sentencia Definitiva, N° 524-2005, Fecha; 13/10/2006

Los argumentos que giran en torno a la discusión del aborto se basan en teorías acerca de la vida del ser humano en formación y la eterna discusión de cuando se debe considerar al producto de la concepción como persona donde cabe considerar que dichas teorías tienen su arraigo en diferentes planteamientos; religiosos, científicos y morales que de manera directa marcan una línea dentro de la legislación nacional.

Por ello cabe recordar que dichas reformas al tratamiento de la vida del ser humano en formación fueron políticas impulsadas por los sectores conservadores de la Asamblea Legislativa, los movimientos Pro-vida y la iglesia Católica que desplegaron una campaña a nivel nacional donde se satanizó a través de los medios de comunicación masiva la práctica del aborto.

En la constitución que entro en vigencia en 1983, se reconoce por primera vez a la persona humana como fin último del estado Salvadoreño¹², siendo la discusión principal, en qué momento debía considerarse al producto de la concepción como persona, que hasta ese momento no se le reconocía como tal, se acogió una visión personalista del estado, una concepción filosófica que incide en el campo jurídico caracterizando al Derecho y al Estado; desde el personalismo o humanismo¹³, se entiende que la función del Derecho es garantizar la libertad de cada individuo para permitir que éste realice libremente sus fines, y la función del Estado es la organización y puesta en marcha de la cooperación social, armonizando los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común, contrariamente, en las Constituciones anteriores el valor primordial a proteger por el estado Salvadoreño era la soberanía, la territorialidad y la independencia de otros

¹² Artículo 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

¹³ Constitución relacionada con Jurisprudencia, Sentencia de 19-VII-96, Inc. 1-92

estados. Dándole así, al bien jurídico vida un nuevo valor preponderante. En 1993, después de la firma histórica de los acuerdos de paz que le pusieron fin a un conflicto armado que durante años se había mantenido y convirtiendo al FMLN en un partido político legal, la temática del aborto cobro vida en el ámbito político del país; los miembros conservadores de la Asamblea propusieron que la fecha del 28 de diciembre el festival católico de los Santos Inocentes, se declarara un día nacional en memoria de los neonatos.

En 1994 el FMLN participo por primera vez como partido político en elecciones presidenciales y en 1995 apoyaba una propuesta muy diferente donde trataba una variedad de asuntos relacionados con las mujeres, como la violencia intrafamiliar y la violación, además contenía una disposición para ampliar las excepciones de aborto e incluir casos en los cuales la salud mental de la madre corría peligro, pero estas propuestas solamente fueron utilizadas por los contendientes políticos como un medio de difamación de su contraparte, alegando que el aborto era una práctica inaceptable que atentaba contra la vida y existencia de la especie humana.

Los legisladores que apoyaban la propuesta de FMLN, temerosos de perder las siguientes elecciones retiraron el apoyo a dicha reforma.

En 1997 fue aprobado el nuevo Código Penal entrando en vigencia en 1998, derogándose así el Código penal de 1974 pues *“su Contenido ya no guarda concordancia con el texto de la Constitución de 1983, ni con la realidad Política y social que vive el país”*¹⁴, las penas se agravaron y dejaron de existir figuras tales como el aborto atenuado, aborto terapéutico, eugenésico, por honoris causa y humanitario, esto según el legislador fue en razón de una nueva codificación del Código penal.

¹⁴ Exposición de motivos, Código Penal 1997

El sistema de indicaciones sería sustituido por El sistema común de penalización, en el cual los casos se someten a las reglas comunes de la Parte General del Código Penal, bajo las circunstancias ordinarias que eximen o excluyen la responsabilidad penal “el anteproyecto agrupa las causas que excluyen de responsabilidad penal en una sola disposición final (tratamiento unificado), sin estampar ningún termino clasificadorio...por consiguiente es más recomendable agrupar las causas de justificación, inculpabilidad o inimputabilidad en la forma que se presentan, pues todas tienen en común que cuando existen, excluyen de toda responsabilidad penal”¹⁵.

A raíz de la discusión llevada a cabo por la nueva legislación sobre el aborto en el Código Penal surgieron instituciones y organismos no gubernamentales que se abocaron a las diferentes instancias realizando peticiones y manifestaciones públicas, propugnando por la garantía del derecho a la vida desde el instante de la concepción. *“La excepción de la ley actual para salvar la vida de la madre es anticuada. No existe ningún caso en el cual la vida de la madre estaría en peligro, ya que la tecnología ha avanzado tanto. El Diablo, infatigable Príncipe de las Mentiras, ha intentado y continuará intentando cambiar nuestras leyes a fin de matar nuestros bebés.”¹⁶* Fue uno de los argumentos más emblemáticos, pronunciado por Julia Regina de Cardenal, fundadora de *Si a la vida*.

En 1999 se introdujo una reforma a la Constitución donde se reconoce al ser Humano como tal, desde el instante de la concepción¹⁷ otorgándole así desde un primer momento al no nacido la categoría de “persona” y

¹⁵ Exposición de motivos, Código Penal 1997

¹⁶ Declaración de Julia Regina de Cardenal, Fundación si a la vida, La situación de la mujer desde la perspectiva de la penalización del Aborto en la República de El Salvador. Resumen elaborado a partir de la publicación: “El Salvador: Nación Pro Vida. Por JACK HITT - 9 de abril de 2006 – NY Time”

¹⁷ D.L. Nº 541, del 3 de febrero de 1999, publicada en el D.O. Nº 32, Tomo 342, del 16 de febrero de 1999.

derivándose de este reconocimiento todos los efectos legales que ello conlleva; en razón principal la protección de la vida del mismo.

Con este nuevo conjunto de regulaciones se criminaliza de manera absoluta cualquier tipo de conducta abortiva, en consecuencia de ello se estableció todo un aparato encargado de procesar, investigar y denunciar cualquier actividad sospechosa en los hospitales públicos y en otros lugares del país¹⁸, criminalizando y etiquetando a la mujer como delincuente. El principal ejercicio de Poder del sistema penal, selecciona y criminaliza a un número de mujeres que son las que pasa por las instancias jurisdiccionales y carcelarias¹⁹.

Según un reciente estudio realizado por la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto terapéutico, ético y eugenésico desde el año 2000 hasta la fecha se han procesado a 129 mujeres por delitos relacionados a la vida del ser humano en formación, de estos, el 57.3 % de estos casos han sido denunciados por hospitales públicos, el 43.41 % de estas mujeres oscilaban entre las edades de 21 a 25 años, el 24.81% entre los 15 a 20 años, el 72.86% se dedican a las labores domesticas, obreras, empleadas del área comercial, meseras, vendedoras del sector informal y obreras agrícolas, el 27.14% son estudiantes, empleadas institucionales y profesionales²⁰.

Aquellas oficialmente registrados como "delincuentes", constituyen solamente una pequeña porción del total de personas involucradas en

¹⁸ Comité de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, sesión 99, Génova Suiza, octubre, 2010
Reporte de las violaciones de los Derechos de la Mujer debido a la Penalización absoluta del aborto, en respuesta a el reporte periódico de el salvador

¹⁹ CRIMINOLOGIA CRITICA Y CONTROL SOCIAL, 1 Poder Punitivo del Estado; **DERECHOS HUMANOS Y SISTEMAS PENALES EN AMERICA LATINA***, Eugenio Raúl Zaffaron, Ed. Juris Pág. 66

²⁰ Impacto de la penalización absoluta de la interrupción del embarazo en El Salvador Investigación realizada por la Agrupación ciudadana para la despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico, en Juzgados de Instrucción 2011.

eventos que legalmente permitirían su criminalización²¹, la “cifra oscura” son los casos que no llegan a ser del conocimiento de las autoridades en este caso del sistema de salud y del sistema legal y que por lo tanto no llega a ser parte de las estadísticas.

Se trata de las mujeres que exitosamente realizan la interrupción del embarazo por medio de métodos caseros o químicos, ya sea asistiendo a una clínica o autoaplicándose el procedimiento. Esto responde al posicionamiento económico de quien comete el delito. “El Derecho penal es Realmente el derecho de los pobres, no porque los tutela o protege, si no porque sobre ellos exclusivamente hace recaer su fuerza y rigor”²².

El aborto no es una práctica exclusiva de las mujeres de la clase pobre, aun que sean las que encabezan las estadísticas de mujeres procesadas y condenadas por el sistema judicial, la diferencia es que estas, no poseen la oportunidades de una mujer de clase económicamente privilegiada que puede tener acceso a un aborto de forma segura, ya sea realizándolo en una clínica privada, utilizando algún método químico o hasta trasladándose a los países más cercanos donde el aborto es legalmente permitido a lo que se le denomina *turismo abortivo*²³.

La excesiva restricción en materia penal imposibilita el acceso a la atención medica en caso de tomarse la decisión de interrumpir el embarazo y en casos extremos de recibir la atención médica adecuada post-aborto sin ser denunciada por el personal del hospital que violan el secreto de confidencialidad, además en caso de encontrarse la misma en dicho estado de necesidad, no cuenta con los medios adecuados para llegar a su fin,

²¹ CRIMINOLOGIA CRITICA Y CONTROL SOCIAL, 1 Poder Punitivo del Estado, EL ENFOQUE ABOLICIONISTA: POLÍTICAS CRIMINALES ALTERNATIVAS, , Ed. Juris , Louk Hulsman, pág. 75.

²² Heleno Claudio Frogoso, Aspectos Jurídicos de la Marginalidad social”, Derecho Penal y Criminología, Bogota, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la U. Externado de Colombia, vol I, pag 47

²³ Política Criminal del Aborto, Landrove Díaz, Gerardo, Barcelona, España, 1976

sometiéndose así a procedimientos inadecuados y métodos anticuados que muchas veces desembocan en la muerte la mujer.

Un principio básico que rige al Derecho Penal es la idea de que la intervención punitiva del Estado debe ser la última *ratio*, después de haber agotado otros mecanismos menos gravosos para la protección de los bienes jurídicos. Es un deber criminalizar las formas de realización del aborto en la medida que comportan la afectación de un bien jurídico digno de tutela penal, pero por otro lado, regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre es un requerimiento urgente en nuestro país.

La modalidad de sistema adoptado por el código penal de 1997 se basa en el análisis de los posibles conflictos entre la vida del *no nacido* y los derechos de la madre cuando tales conflictos ya se han judicializado, cuando ya están en conocimiento del juez penal, mientras que en la antigua legislación encontrábamos casos en los que la presunción de violación o estupro o la prescripción médica, otorgaba al facultativo la posibilidad de practicar el aborto y a la mujer le otorgaba la capacidad de interrumpir su embarazo sin que su acción fuese judicializada.

En el Proceso de Inconstitucionalidad N. 18-1998, Fecha, 20 de noviembre 2007, la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés manifestó en Voto particular; *“parcialmente existe una omisión por parte del legislador al no regular con carácter previo la controversia que pueda suscitarse entre los derechos de la madre con los del nasciturus, como ya existe en la legislación comparada y no como resultado de un proceso penal”*; es decir; que el actual tratamiento al delito del aborto opera frente a una conducta consumada, de manera que de forma preventiva la posible controversia no podría ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de la indicación del aborto. *“Para dar total*

*cumplimiento al mencionado mandato constitucional, el legislador debería emitir la normativa jurídica correspondiente en la cual legisle sobre las circunstancias que extra proceso penal deben concurrir en las indicaciones del aborto*²⁴.

En octubre del 2010 en su periodo de sesiones numero 100, en la observación 10 del comité de Derechos Humanos que vigila el cumplimiento del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” expreso que; *su preocupación por la vigencia de las disposiciones del Código Penal que criminalizan el aborto en todas sus formas, dada la circunstancia de que los abortos ilegales tienen consecuencias negativas para la vida la salud y el bienestar de las mujeres*²⁵; *“continúa preocupado por el hecho que mujeres que acuden a hospitales públicos y que han sido relacionadas por el personal médico 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*²⁶

Pese a las observaciones y recomendaciones hechas por los organismos Internacionales en materia de Derechos Reproductivos de la mujer, y el movimiento feminista por la despenalización del aborto, la realidad jurídica del Sistema Penal Salvadoreño es otra; la incapacidad de los legisladores de analizar el tema de forma apegada a la realidad objetiva que vive la mujer salvadoreña, el conservadurismo extremo y la fuerte influencia de las iglesias

²⁴ Proceso de Inconstitucionalidad N. 18-1998, Fecha, 20 de noviembre 2007, Voto particular Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés.

²⁵ Observaciones y Recomendaciones de Organismos Internacionales al Estado Salvadoreño en Materia de Derechos Reproductivos de las Mujeres, publicación realizada por Agrupación Ciudadana por la Despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico, diciembre 2011.

²⁶ OP:CIT.

y sus posturas radicales que proponen la lectura bíblica diaria en las escuelas y se oponen a una Educación Sexual y Reproductiva dentro de las mismas, las posturas burguesas de los movimientos “pro vida” y sus amplias campañas que a través de los medios de comunicación social difunden, la imposibilidad de los juzgadores de hacer una separación entre sus valoraciones religiosas y jurídicas, propician un ambiente de inseguridad para la mujer que en determinado momento se encuentra con la necesidad de interrumpir su embarazo.

La criminalización generalmente se percibe como el símbolo por excelencia mediante el cual se muestra que algo está mal, e incluso la severidad de las penas es la cuestión clave en los medios de comunicación, utilizada para mostrar cuan mal está una acción²⁷.

La imagen de la “madre desnaturalizada”, “asesina”, “come niños”, son descritos en una forma, monstruosa e irracional, que nada resulta comparable a ellos. Este es el problema con el que tan frecuentemente se encuentra la explicación que se da sobre el delincuente en general; mas aun tratándose de una mujer cuanto más vista como monstruo, más fácil resulta crear una distancia entre ella y nosotros, decir que nunca han sido como nosotros, y que nosotros nunca seremos como ella.

La criminalización absoluta es incapaz de luchar eficazmente contra las prácticas abortivas, no logra la disminución de los mismos y da lugar a la existencia de la cifra oscura, esta clandestinidad propicia el crecimiento de un negocio donde médicos y aun personas sin el más mínimo conocimiento llevan a cabo procedimientos peligrosos para la vida y salud de la mujer, mientras que otras mujeres con menos capacidad económica deciden recurrir a medios caseros y anticuados para conseguir su propósito; ante las

²⁷ FEMINISMO Y DERECHO PENAL ¿HACIA UNA POLITICA DE ABOLICIONISMO O GARANTISMO PENAL?, Rene van Swaaninge
pag 132

complicaciones derivadas de dichas acciones la mujer tampoco recibe una atención médica adecuada y oportuna pues el personal del hospital es quien generalmente denuncia a la fiscalía los casos que reciben y presumen trata de un aborto provocado, se inicia entonces contra la mujer un proceso dentro del cual ya fue juzgada y culpabilizada por las personas que según su profesión tienen el deber de ayudarle.

Una vez en el sistema judicial, el derecho penal excesivamente represivo se encarga de juzgar y condenar a la mujer dejando de lado muchas veces en la aplicación de la ley penal consideraciones de importancia vital tal como lo es el hecho de que una mujer se encuentra en una situación de hecho totalmente desigual a la de cualquier otra persona y que por lo tanto esa condición desigual merecería un trato desigual o diferenciado en honor al principio de igualdad según el Artículo dos de la Constitución, lo cual resulta incompatible con la configuración del Código Penal.

Por otro lado cabe mencionar al eterno ausente en dichas discusiones; el hombre con el cual la mujer procreo este nuevo ser, que resulta libre de toda culpa moral, religiosa y legal ante el acontecimiento de un aborto.

Las concepciones patriarcales relacionadas con la maternidad y el ser mujer son construcciones sociales arraigadas fuertemente en la sociedad salvadoreña.

Se reporta que las penas impuestas son excesivamente severas hasta el punto calificar la acción como homicidio agravado, imponiendo hasta treinta años de prisión en casos extremos, donde el juez basa su decisión en ideas religiosas y concepciones morales sexistas y discriminadoras hacia la mujer, en los roles tradicionalmente impuestos por una sociedad donde predomina el conservadurismo y la iglesia aun tiene injerencia dentro de las discusiones políticas del país.

1.2 DELIMITACION Y FORMULACION DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.

1.2.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿En qué medida las políticas penales implementadas sobre el tratamiento de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación con la entrada en vigencia del código penal de 1998 propician la criminalización femenina en El Salvador?

1.2.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

¿Cómo regulaba el Código Penal de El Salvador, el tratamiento de los delitos relativos al ser humano en formación antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1998?

¿Cómo se regula en El Salvador actualmente el tratamiento de los delitos relativos al ser humano en formación?

¿Qué implicaciones trae para la mujer la punibilidad absoluta del aborto en materia penal

1.2.3 OBJETIVOS

1.2.3.1 OBJETIVO GENERAL

Investigar como las políticas criminales implementadas sobre el tratamiento de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación con la entrada en vigencia del código penal de 1998 propicia la criminalización femenina en El Salvador.

1.2.3.2 OBJETIVO ESPECIFICO.

Identificar las razones y argumentos que sustentan la política criminal de punición absoluta del aborto.

Establecer las implicaciones criminológicas que se derivan de la punibilidad absoluta del aborto y del tratamiento de dicho delito.

1.3 JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

A través de los tiempos se ha estudiado el comportamiento criminal y su incidencia en el desarrollo de las sociedades. Generalmente las investigaciones apuntan al desarrollo de la delincuencia, particularmente del género masculino, ya que se da con más frecuencia estadísticamente y es atractivo por sus características y su modus operandi.

La Criminalidad Femenina siempre ha sido objeto de olvido, tanto a nivel teórico como en la práctica de investigaciones científicas dentro del campo de las ciencias penales, considerado como poco esencial e intrascendente, ya que son relativamente insignificantes las cifras de incidencia y aún no ha constituido un claro problema social. Los pocos estudios realizados sobre este fenómeno delincuencial arrojan como resultado que la criminalidad femenina se vincula en mayor grado a delitos menores relacionados con el patrimonio y a delitos como el aborto.

En un país con altos índices de delincuencia, de explotación sexual comercial de niñas y mujeres, de violaciones y agresiones sexuales, con altas tasas de mortalidad materna a causa de embarazo y aborto practicado en malas condiciones, y con altos niveles de exclusión social con especial énfasis al género femenino; también es un país donde se criminaliza el aborto bajo cualquier modalidad, teniendo como consecuencia de ello un número de mujeres sometidas al proceso judicial y carcelario que imponen las penas elevadas, agravando así su situación de marginalidad al ser víctimas de todo un sistema criminalizador que la convierte en una delincuente.

En el Código Penal vigente se puede comprobar con facilidad la protección de las distintas fases de desarrollo de la vida humana, con anterioridad al nacimiento, pero no valora ni protege a la mujer en estado de gravidez, se

articula incluso con una mayor intervención del derecho punitivo, que la que se efectuaba por medio del Código Penal de 1973 que a diferencia del actual consideraba ciertos casos en los cuales el aborto es permitido. El legislador al cambiar la configuración del código penal, modificó totalmente la regulación jurídica en materia de aborto, pasando a judicializar una conducta que en la mayoría de ocasiones importa una problemática de balance o controversia entre los derechos de la mujer y el no nacido y que bajo el principio de mínima intervención del derecho Penal la problemática debería de resolverse sin necesidad de un proceso judicial que necesariamente conlleva a la reclusión de la mujer dentro del sistema penitenciario.

El Código Penal, legitima a todo un sistema formal e informal para reaccionar de acuerdo a sus valoraciones morales sin tomar en cuenta la realidad objetiva y la psiquis de la mujer que ha decidido o que necesita la interrupción de un embarazo y más aun ni siquiera estiman la situación psicológica que produce el estado previo que es el embarazo, además propicia la inaccesibilidad al derecho a la salud, pues la ley penal también criminaliza a los médicos o facultativos que realizaren o presten ayuda para realizar dicha acción, la mujer se ve obligada a acudir a clínicas clandestinas que operan en distintas partes del país y que sacan un gran provecho económico de ello o en caso de no poseerse los recursos económicos la mujer opta por medios caseros y anticuados que pueden provocar infecciones y en casos más severos la muerte por desangramiento de la mujer este tratamiento a dicho delito permite la evasión por parte del estado de su obligación a garantizarle a la mujer el Derecho a una Salud Sexual y Reproductiva, permite el desarrollo de una ley penal excesiva, criminalizando y judicializando controversias que bien podrían resolverse de manera extrajudicial garantizando así tanto los derechos del no nacido como los Derechos de la mujer.

En la última década el Derecho de la Mujer ha evolucionado de forma tal y se ha comprobado que la penalización absoluta del aborto no reduce los índices del mismo, por lo que en los últimos años, muchos países han optado por legalizar y garantizar el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad, regulando y legalizando los métodos y las circunstancias pertinentes dentro de las cuales la mujer puede realizarse un aborto, ahorrándose así la criminalización excesiva y procurando el principio de ultima ratio del Derecho Penal.

No cabe duda que la intención del legislador de proteger el bien jurídico “vida” es la más correcta, pero también se debe comprender que la penalización absoluta del aborto propicia la clandestinidad, las estadísticas muestran que con incriminación o sin ella, las mujeres abortan; a consecuencia de ese estado de ilegalidad del aborto la mujer sufre discriminación, tratos crueles e inhumanos, por parte de todo un aparato de coerción, constituido por los diferentes medios de control social, la imposibilidad que tiene la mujer de acceso a los medios adecuados dependen del estatus económico, la violencia sexual que tan frecuente es en niñas y jóvenes quedan en el ámbito del secreto familiar y muchas de estas víctimas son obligadas a llevar a término un embarazo.

Las estadísticas sobre la problemática que se muestran oficialmente son solamente los casos que llegan a conocimiento de las autoridades, sin embargo, en hospitales nacionales se reportan muertes maternas pero no especifica la causa, en materia penal, las estadísticas que se muestran en cuanto al número de mujeres procesadas y condenadas por el delito de aborto es mínimo, por lo que podríamos pensar que el problema no existe, sin embargo hay un número de mujeres que se encuentran recluidas en los centros penales condenadas por homicidio agravado cuando el tribunal

decidió convertir el delito de aborto consentido al delito de homicidio agravado, argumentando su decisión en la teoría de viabilidad del feto, estos casos quedan registrados como homicidios agravados, en las sentencias de los jueces pueden observarse claramente los argumentos basados en ideas fundamentadas en la religión y carácter sexista que pone en un plano de culpabilidad a la mujer que ha decidido interrumpir su embarazo y convirtiéndola en un ser despreciable a través de las construcciones culturales “madre desnaturalizada”, “come niños” ... que únicamente cumplen un fin de etiquetar para imponer un control social, en las campañas pro vida que los medios de comunicación social difunden se propaga la idea de que la despenalización del aborto provocaría que muchas mujeres accedieran a él sin regulación y que los movimientos por la despenalización del aborto están en contra de la vida, los argumentos extremistas que se utilizan para sustentar la penalización del aborto son fácilmente descartables con solo estudiar material e históricamente la situación social y económica de la mujer.

El estudio crítico del tratamiento que se le da a los Delitos Relativos a la Vida del Ser Humano en formación” requieren de un esfuerzo interdisciplinario que ponga al descubierto todos los factores sociales, económicos, psicológicos y antropológicos que conllevan al sujeto a realizar una acción que por razones de “política criminal” se ha convertido en un delito sin excepción alguna que se castiga con severidad desde la entrada en vigencia de un código penal que prometió estar en concordancia con la realidad política, económica y social de la nación.

La necesidad de avanzar progresivamente hacia un estado de derecho, requiere también de apertura a la pluralidad de pensamiento, el legislador al promulgar una ley debería realizar un estudio sistemático sobre su contenido, sobre sus alcances y efectos tanto de forma mediata como inmediata pero la

realidad política de nuestro país es otra y se develan otros intereses que muchas veces se alejan de la realidad de las grandes mayorías.

En este sentido, El Salvador, aun sigue con una deuda ante sectores de la sociedad que exigen la revisión de dichas políticas y ante las recomendaciones y tratados suscritos por los organismos internacionales que exigen una modificación a la severidad de las leyes.

Las razones por las cuales la política criminal nacional tiende a penalizar de forma absoluta la interrupción del embarazo y a pasar por alto la revisión que tanto ha estado exigiendo la comunidad internacional y ciertos sectores sociales sobre su tratamiento, cuando en legislaciones anteriores ya se notaba un avance en cuanto a la regulación específica de situaciones posibles, la criminalización y sus consecuentes efectos, sobre la vida, y salud de la mujer que se refiere no solo a su bienestar físico sino también psicológico, son temáticas que necesariamente deben estudiarse para propiciar el constante avance en el pensamiento jurídico, la legislación y la reacción social frente a la acción libre de una persona.

1.4 METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

1.4.1 PROCEDIMIENTO METODOLOGICO

Este apartado tiene como propósito la descripción de la metodología utilizada para la elaboración de la investigación, los lineamientos utilizados dentro de la misma para llegar a la comprensión de la problemática, sus causas y efectos, parte integrante de ello, constituye el procedimiento metodológico en lo relacionado con el tipo de investigación utilizada, incluyendo las unidades de análisis, objeto del estudio programado y la muestra tomada para su debida investigación.

1.4.2 TIPO DE INVESTIGACION

El tipo de investigación es mixto; se constituye por el método bibliográfico, documental y de campo, además según la finalidad de los resultados se realizó una investigación pura y aplicada, se analizaron diferentes tipos de fuentes; recopiladas en un sistema de fichero, donde se identifica cada documento consultado, los datos generales del autor y explicación breve del abordaje del tema, los documentos consultados constituyen libros, revistas, periódicos, documentos electrónicos, estudios realizados por instituciones autónomas, tesis, leyes, sentencias pronunciadas por los tribunales y fallos dictados por la sala de lo constitucional.

Se realizó también una serie de entrevistas dirigidas por una parte a las autoridades formuladoras y sectores que influyen en la creación de la política criminal que rige nuestro sistema penal; por otra parte se entrevistara a los agentes encargados de la ejecución y aplicación de dicha política en los juzgados y tribunales de sentencia; además se visitaran Instituciones No Gubernamentales que trabajan por la despenalización del aborto ético eugenésico y terapéutico a nivel nacional, para realizar entrevistas a los abogados que han asistido casos de mujeres que han pasado por un proceso judicial por practicarse un aborto, así como asistencia a reuniones y actividades feministas que tienen como objetivo exigir la despenalización del aborto para conocer de primera mano cuales son los argumentos centrales en que basan su petición.

Los niveles de desarrollo de la investigación serán; Explorativo, descriptivo y explicativo y predictivo; ya que la temática abordada en la investigación es causante de polémica, existe poca información y datos estadísticos oficiales, se encuentran escasos estudios realizados a nivel nacional sobre la problemática y desde el ámbito o punto de vista aquí abordado es una novedad, por ello será necesario llevar un estudio sistemático de los

documentos y datos recopilados en diversas fuentes, por otra parte, se pretende señalar los aspectos generales e históricos del problema en cuestión, identificando también para ello las causas que inciden en la problemática postulando hipótesis que permitan llegar a la esencia del problema, para; formular recomendaciones o soluciones una vez se obtengan las conclusiones del estudio.

1.4.3 UNIDADES DE ANALISIS Y MUESTRA

La población o universo del estudio lo comprenderán las instancias encargadas de formular las políticas criminológicas del país y los entes encargados de aplicar dicha política, la población objeto de estudio se tomara en base a la muestra probabilística estratificada o selectiva a base de informantes clave.

1.4.4 TECNICAS E INSTRUMENTOS

Se aplicaran los métodos generales; análisis, síntesis, inducción y deducción para concebir el problema como un todo integrado por componentes que determinan su ubicación contextual en sus relaciones internas y externas.

Los instrumentos a utilizar para la recopilación de la información serán; la entrevista que se realizara a los agentes productores y aplicadores de la política criminal que hayan intervenido directa o indirectamente en algún caso relativo al tema de investigación.

CAPITULO II

ASPECTOS HISTORICOS DEL DELITO DE ABORTO

2.1 MARCO HISTORICO A NIVEL INTERNACIONAL

2.1.1 ABORTO EN LA EDAD ANTIGUA HASTA SIGLO I

En la antigüedad el aborto no era considerado como un delito en la India, Asiria, China, Egipto y Judea; tampoco se penaba en Corea, Senegal ni entre los esquimales del continente ártico.

En código de Hammurabi, que data del S18 AC el aborto era legal, moral y religiosamente aceptado cuando era el padre que lo disponía, se consideraba un delito contra los intereses del padre o del marido, también una lesión a la mujer²⁸.

En Egipto se permitía el aborto pero se castigaba seriamente el infanticidio. Los hebreos, por su parte penaban solamente los abortos causados violentamente (Éxodo 20:22-23). En la antigua Grecia, Aristóteles, en principio se opuso a la autorización del aborto, pero en su "política" destaco que cuando es excesivo el número de ciudadanos se puede autorizar el aborto, antes de la animación fetal en las mujeres embarazadas. Platón aconsejo el aborto para evitar la superpoblación. Platón, Protagoras y los filósofos estoicos sostenían que la animación fetal se materializaba con el alumbramiento, el juramento hipocrático proscribía todo aquello que puede ser peligroso o dañino para la vida humana.

El aborto voluntario de la embarazada no se tenía por delito en la antigua roma republicana ya que ni el derecho ni la filosofía Estoica atribuía al producto de la concepción una vida propia, y bajo la doctrina que admitía el criterio de Pars Viscerum Matris, el parter familias disponía de la vida de sus descendientes.

La concepción que domina toda la antigüedad en los pueblos orientales, en Grecia y aún en Roma es "Pars Viscerum Matris", es decir que el feto es

²⁸ EL ABORTO EN LA HISTORIA, Vol. 17, No. 1, JOSE GARRIDO CALDERON Pág. 31.

parte del cuerpo de la mujer, y como ella pertenecía al padre, esposo o estado, esto se extendía a su vientre. En el antiguo Derecho Romano no hay disposiciones sobre el aborto. El Digesto, que es una recopilación escrita de la producción jurídica latina, condena severamente el aborto en el capítulo de las leyes penales (libro 47, fragmento IV) con el destierro de la mujer en todos los casos²⁹.

Es a partir de los escritos de los primeros cristianos el aborto se convierte en un asunto de teología y moral.

2.1.2 ABORTO EN LOS SIGLOS II AL XVIII O “ETAPA CRISTIANA”

En la edad media El cristianismo considero el aborto como un pecado capital al estimar que la vida humana, desde la concepción, era obra de dios y que por ende, debía atribuírsele un alma inmortal, vital del ser creado.³⁰ Podemos afirmar que la incriminación plena del aborto es obra de la ideología del cristianismo³¹. En efecto cambia radicalmente la actitud frente al aborto, primero en el pensamiento y más tarde en las leyes, sin embargo cabe observar que es en la epoca moderna donde la iglesia católica comienza a pronunciarse contra el aborto, en tanto en el Medioevo y en la época premoderna, padres de la iglesia como Pedro Lombardo (1095-1160), Santo Tomas de Aquino (1217-1274), Concilio de Trento (1556) y el Santo Oficio (1697 y 1713), consideraban que el aborto en las primeras etapas no era Homicidio³² basándose en la teoría de la “hominizacion retardada” esta teoría no es más que una discusión basada en la existencia del alma y en qué momento dios deposita esta alma en el cuerpo del feto.

²⁹ Aborto e Infanticidio, Aspectos jurídicos y médico-legales, García Maañon Basile Buenos Aires 1990, Ed. Universidad

³⁰ EL ABORTO EN LA HISTORIA, Vol. 17, No. 1, JOSE GARRIDO CALDERON Pág. 31

³¹ Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, 2000, pág. 20

³² OP.CIT

2.1.3 ABORTO EN LOS SIGLOS XVIII AL XX

La tercera etapa de la historia del aborto se caracteriza por configurarlo como un delito autónomo, alejado del homicidio y con penas atenuadas para ciertos casos. Junto al movimiento reformista de la ilustración se produjeron cambios sustanciales; por un lado desaparece la equivalencia del aborto con el homicidio, configurándose en un delito autónomo, suprime la pena de muerte que ha producto del pensamiento cristiano que influía fuertemente en la ley, se había impuesto; aparece la atenuación generales de las personas y modalidades, también atenuadas como el aborto “honoris causa”³³.

2.1.4 ABORTO EN EL SIGLO XX

Esta última fase nos revela *un movimiento despenalizador del aborto voluntario*. Comenzó en los países Nórdicos Europeos que dictaron las primeras medidas para liberalizar las leyes sobre aborto voluntario. Por primera vez se introdujeron razones médicas, eugenésicas, jurídicas y médico-legales. Se continuó esparciendo por el mundo con la siguiente característica: en los países más desarrollados se dio una mayor apertura en relación con las políticas de desincriminadoras sobre el aborto voluntario que en los países consideradas en vías de desarrollo o bien, subdesarrollados³⁴. Los primeros países que la usaron la píldora abortiva (no confundir con la llamada píldora del día siguiente o anticoncepción de emergencia) es el medicamento mediante el cual se realiza el aborto farmacológico o aborto medicamentoso, fueron los países de Europa abiertamente fueron Francia y China en 1988; luego siguió Inglaterra en 1991 y Suecia en 1992; actualmente se usa en Israel y Nueva Zelanda, y en todos los países de la Unión Europea, excepto Irlanda. La Food and Drug Administration (FDA) de los Estados Unidos la aprobó en septiembre del

³³ Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, 2000, pág 26

³⁴ OP.CIT

2000³⁵. . Su atractivo es que permite interrumpir un embarazo dentro de las primeras nueve semanas de gestación sin necesidad de hospitalización ni intervención quirúrgica. Es un método seguro, de alta efectividad, y los estudiosos al respecto demuestran que el 95% de los abortos inducidos por esta vía han sido exitosos.

La píldora abortiva contiene mifepristona, una sustancia que provoca el aborto al bloquear la acción de la progesterona. Junto con una dosis de prostaglandinas, interrumpe el desarrollo de la placenta y estimula las contracciones uterinas. Como resultado, se produce la salida del tejido embrionario de manera similar a lo que ocurre en un aborto espontáneo. Es importante someterse a una revisión ginecológica posterior para garantizar que la expulsión se haya realizado completamente.

2.2 MARCO HISTORICO A NIVEL NACIONAL

2.2.1 REGULACION EN MATERIA CONSTITUCIONAL

La Constitución de la Republica, es la carta magna que rige y direcciona la totalidad de legislación existente en un país, Ella, contiene los principios y valores que rigen en un tiempo y lugar determinado, es por eso que si observamos la evolución histórica del Derecho Constitucional en El Salvador como país independiente, encontraremos que cada constitución responde a los valores y principios del momento en que dicha legislación existió, no podemos desligar aquí, la situación política tan convulsionada de El Salvador, gobiernos militares, golpes de estado y una guerra civil que duro doce años, por ello debemos tomar muy en cuenta el momento histórico en el cual se da la normativa, para lograr comprender fácilmente el espíritu de

³⁵ Artículo, Aborto, Derecho y Religión en el Siglo XX, Documento Ciudadanía General, Marta Lamas.

los constituyentes, pues de la lectura de la misma podemos hacer un recorrido por la historia jurídica y social del país, en el período determinado.

El origen de la vida del ser humano y su reconocimiento como tal ha sido a través de la historia una problemática emblemática donde han intervenido y evolucionando distintas teorías, y en las diferentes en las Constituciones de El Salvador puede apreciarse la influencia de estas.

En un primer se reconocía al ser humano como tal en el momento de su nacimiento y este aunque formaba parte del estado Salvadoreño, no se consideraba como fin último del Estado.

En las Constituciones de 1824 y 1841, lo importante era la autonomía lograda como Estado, pues recientemente se habían experimentado una serie de cambios políticos, en 1821, se había logrado la independencia nacional, por lo que el sentimiento de aquel tiempo era la libertad de la nación, garantizar y proteger la Soberanía del Estado estaba por encima de los derechos fundamentales de las personas humanas, la Constitución de 1864 establecía en los artículos uno y seis, numeral segundo, la consolidación de El Salvador, como un Estado Soberano y autónomo, con capacidad de gobernabilidad por medio de legislaciones acordes al momento. Este artículo sigue considerando de mayor importancia resaltar al Estado como ente objeto de protección y reconocimiento respecto a los otros Estados³⁶.

El artículo seis, numeral segundo, sigue la misma línea de la normativa anterior, estableciendo el momento justo que una persona nace a la vida jurídica, siendo este el momento de su nacimiento, siendo así, no existe base constitucional para determinar jurídicamente "persona" antes del alumbramiento.

³⁶ **Art.1.-** "La República de El Salvador es soberana, libre e independiente y le corresponde el derecho esencial y exclusivo de gobernarse a sí misma, constituirse de nuevo o reformar su Constitución Política cuando convenga a su bienestar"

"Son salvadoreños:

2o. Los nacidos en territorio de la República, de padres, que, siendo originarios de las demás Repúblicas del Centro y de Hispanoamérica se hayan avecindado conforme a la ley y radicado con anterioridad en El Salvador".³⁷

En la Constitución de 1871 se seguía manteniendo de manera prioritaria la soberanía del Estado; en el art.7 de la misma, establece ampliamente las personas que serán considerados salvadoreños, así como también el texto persiste en establecer que la persona es tal en tanto haya nacido, *Art.7.-*

"Son salvadoreños naturales:

1o. Todos los nacidos en el territorio de El Salvador, excepto los hijos de extranjeros no naturalizados.

2o. Los hijos de extranjero con salvadoreña o viceversa nacidos en el territorio de El Salvador.

3o. Los hijos nacidos en país extranjero de salvadoreños no naturalizados en él".

Al igual que la anterior Constitución, no existe base constitucional para hablar de persona al referirse al feto en formación.

La Constitución de 1880, La Constitución de 1883 y 1886 Continúan con el concepto de "nacido", su espíritu sigue siendo el mismo, mantiene la priorización de la protección del Estado salvadoreño como tal, y luego se refiere a las garantías individuales, aun posteriormente a las garantías nacionales, es decir de nación.

En las constituciones de 1950 y 1962 se menciona que la soberanía reside en las personas, es decir comienza a referirse a los salvadoreños y salvadoreñas como parte fundamental del Estado pero aun no se reconoce al

³⁷ Art.6.- Constitución 1864

no nacido por lo tanto no se le considera persona. Ambas Constituciones contienen el mismo texto.

“Artículo 1.- El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo y está limitada a lo honesto, justo y conveniente la sociedad.

Artículo 2.- 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”

En la constitución de 1982 aun vigente se reconoce por primera vez a la persona humana como fin último del estado Salvadoreño.

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

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

En 1999 se realizó una reforma que adicionó un inciso al artículo uno donde se reconoce como persona a todo ser humano desde el instante de la concepción, quedando de la siguiente manera:

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

Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. Asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la En consecuencia, es obligación del Estado cultura, el bienestar económico y la justicia social.

2.2.2 REGULACION EN MATERIA PENAL

2.2.2.1 CÓDIGO PENAL DE 1826

El primer código fue decretado el 13 de abril de 1826, constaba de 840 artículos y formaba parte de la Recopilación de Leyes Patrias de 1885 obra del Presbítero y Doctor Isidro Menéndez tomándose como base el Código Español de 1822, el código comenzaba por la definición de delito y además regulaba la pena de muerte³⁸ ; el aborto se regulaba en los artículos 372, 654 y 655, disposiciones que se encontraban en el capítulo destinado al homicidio. Comprendía la penalización para la ayuda o inducción al aborto, el aborto sin consentimiento el aborto consentido propio y procurado, la tentativa de aborto y el aborto Honoris Causa o para ocultar la deshonra que constituía un atenuante de la pena.

“Art. 372. Los médicos, cirujanos, boticarios, comadronas o parteras, que a sabiendas administren, proporcionen o faciliten los medios para el aborto, serán castigados conforme al capítulo primero del título de delitos en la parte segunda del código”

“Art. 654. El que empleando voluntariamente y a sabiendas, alimentos, bebidas, golpes, o cualquiera otro medio análogo, procure que aborte una mujer embarazada, sin saberlo y consentirlo ella, sufrirá una reclusión de dos a seis años. Si lo hiciere con consentimiento de la mujer será la reclusión de 1a 4 años. Si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo una reclusión de 6 a 10 años en el primer caso y de 4 a 8 años en el segundo. Pero si es médico, cirujano, boticario, comadrón o matrona el que a sabiendas administra, proporciona o facilita los medios para el aborto, sufrirá si este no tuviera efecto, la

³⁸ Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño, José Enrique Silva, pág. 5

pena de 5 a 9 años de obras públicas con inhabilitación perpetua en ambos casos para volver a ejercer la profesión”

“Art. 655. La mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas alguno de los métodos expresados, y aborte efectivamente, sufrirá reclusión de cuatro a nueve años, pero si 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 encubrir su fragilidad, se le impondrá únicamente de 1 a 5 años de reclusión”

2.2.2.2 CÓDIGO PENAL DE 1859

El Código Penal de 1859 fue reformado en 1977 contemplaba el delito del aborto en los artículos 262 al 265 en forma similar.

2.2.2.3 CÓDIGO PENAL DE 1881

En 1881 entro en vigencia un nuevo código penal tomado del Código Español vigente en la época, castigo el Aborto Criminal en los artículos 368 al 371.

En 1893 se reformo el código penal, se regulaba expresamente en los artículos 367, 368, 369 y 370, en este no se contemplaba la pena de inhabilitación especial para el ejercicio profesional, la pena consistía en multas que se imponían al profesional infractor³⁹.

2.2.2.4 CÓDIGO PENAL DE 1904

El aborto se regulaba de la misma forma con la salvedad que cambia el número correlativo que contiene el tipo penal regulándose en los artículos 364 al 367.

³⁹ El delito del Aborto, Arrieta Peralta, José Ernesto, Tesis Doctoral, San Salvador, El Salvador, Diciembre de 1967.

“Art. 364. El que a propósito causare aborto será castigado:

1° Con seis años de presidio si ejerciere violencia en la mujer embarazada;

2° Con cinco años de presidio si, aunque no ejerciere violencia obrare sin consentimiento de la mujer;

3° Con cuatro años de presidio si la mujer lo consintiere”

“Art. 365. Sera castigado con dos años de prisión mayor el aborto ocasionado violentamente cuando no hubiere propósito de causarlo”

“Art 366. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo causare será castigada con tres años de prisión mayor.

Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en los dos tercios de la pena antes dicha.”

“Art. 367. El facultativo y el farmacéutico que abusando de su arte causaren el aborto o cooperen con él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 364 aumentados en una tercera parte”

En el artículo 364 sanciona el *aborto sufrido y consentido* y se sanciona con mayor gravedad cuando la acción se lleva a cabo sin el consentimiento de la mujer y la pena se agrava en caso de ser un profesional o facultativo quien administre los medios o realice el aborto, en el artículo 365 se puede observar que falta uno de los presupuestos fundamentales para la constitución de un delito; El Dolo, habla pues de un aborto culposo; el artículo 366 comprende la tres modalidades; *el aborto procurado, el aborto consentido y aborto honoris causa* que para el caso sirve como atenuante de la pena, para el caso del artículo 367 el conocimiento del facultativo y el farmacéutico es una condición especial que da lugar a la imposición de una pena mayor.

2.2.2.5 CÓDIGO PENAL DE 1973

Fue publicado por Decreto Legislativo N° 270, publicado en el Diario Oficial N° 63, Tomo N° 238, de 30 de marzo de 1973, siendo entonces el quinto Código Penal que regiría la vida jurídica de los salvadoreños, quedando derogado el Código de 1904.

El Código tiene inspiración de la corriente moderna⁴⁰, le daba primacía al valor jurídico VIDA y regula el delito del aborto en el Libro Segundo que trataba sobre los delitos, ubicándolo específicamente en el título I “Delitos contra la vida y la Integridad personal”, capítulo II, del artículo 161 al 169.

“Art. 161. La mujer que intencionalmente causare su aborto, será sancionada con prisión de uno a tres años.

Por aborto deberá entenderse la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento”

“Art. 162. Sera sancionada con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere que otra persona le practique el aborto. En este caso el que practique el aborto será sancionado con prisión de dos a cuatro años.”

“Art. 163. El que causare aborto sin el consentimiento de la mujer, si contra esta se hubiere empleado fuerza física, intimidación o engaño será sancionado con prisión de tres a ocho años.”

“Art. 164. Es aborto especialmente agravado el cometido:

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

2º) en mujer que se encontrare en estado de perturbación de la conciencia que la incapacite para comprender sus actos;

3º) Por medico, farmacéutico u otra persona con abuso de su profesión.

⁴⁰ El Aborto en la Legislación Salvadoreña y en la Doctrina, Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1991

4°) *Por móviles de provecho económico.*

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

“Art. 165. Es aborto especialmente atenuado el de la mujer que comprobada buena conducta, que para preservar su reputación y sin que haya sido publico su embarazo, provocare su aborto o consintiere que otro se lo practique.

En este caso la sanción aplicable será la de seis mese a un año de prisión”

“Art. 166 Si a consecuencia del aborto consentido sobreviniere la muerte de la mujer, el autor será sancionado con prisión de tres a seis años; y cuando se tratare de aborto practicado sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte, se sancionara al autor con prisión de seis a doce años”.

“Art. 167 El que con violencia causare un aborto, sin propisito de ocasionarlo, cuando el embarazo fuere notorio y le constare, será sancionado con prisión de seis meses a dos años”

“Art 168. El que culposamente causare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a un año”

Art.169. No es punible:

1o)- El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto;

2o)- El aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiere otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico. Si la mujer fuere menor, incapaz o estuviera imposibilitada de dar el consentimiento, Será necesario el de su cónyuge, el de su representante legal o el de un

pariente cercano

3o)- El realizado por facultativo, cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer; y

4o)- El practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción".

Este Código Penal contenía las figuras del Aborto propio y procurado y además en el mismo artículo proveía una definición de aborto, en la siguiente disposición encontramos la figura del Aborto Consentido, que a diferencia del anterior aquí es una tercera persona la que realiza el procedimiento con el consentimiento de la mujer, en el artículo 163 la mujer se convierte en sujeto pasivo del delito y la disposición contiene de ciertos elementos; Dolo, que comprende la intención de causar aborto, conocimiento del embarazo y el conocimiento del poder abortivo del medio empleado. La mujer en tales circunstancias queda excluida de responsabilidad penal.

El artículo 164 por su parte contiene tres hipótesis; a) una agravación objetiva, al referirse a una mujer menor o privada de su razón; b) una agravación personal cuando el aborto es realizado por personas cuya profesión o estudio les han otorgado conocimiento especial, pues es evidente una mayor responsabilidad profesional y c) una agravación subjetiva, haciendo referencia al móvil⁴¹.

El siguiente artículo contiene la figura del aborto atenuado más bien conocido en la Doctrina como Aborto Honoris Causa, los siguientes artículos regulaban Aborto con consecuencias mortales, preterintencionales y culposas.

⁴¹ Ibidem.

El artículo 169 contenía la figura o indicaciones de las circunstancias en que el aborto era *no punible*, en el primer supuesto, el legislador ha tomado en cuenta la falta de intencionalidad o dolo de la mujer de provocar su propio aborto, en el segundo ordinal la disposición señala como supuesto necesario para que el aborto sea no punible, que se realice por facultativo, que el acto abortivo tenga como objetivo salvar la vida de la madre se trata de la figura de *aborto por indicación médica o aborto terapéutico*.

En el tercer ordinal observamos la figura del *aborto Ético o Humanitario* que tiene como indicación principal que el embarazo es producto de estupro o violación y la siguiente indicación se trata de un aborto *Eugenésico* permitido para evitar el nacimiento con una grave deformidad.

La configuración del delito de aborto en este Código Penal era mediante el sistema de indicaciones en el cual el legislador por razones Político-Criminal regula expresamente los casos y supuestos en que una conducta constituyente como delito y por lo tanto reprochable, se vuelve no punible.

2.2.2.6 CÓDIGO PENAL DE 1997

En 1997 entro en vigencia un nuevo código penal, que a diferencia del anterior, suprimió las figuras de aborto no punible, por considerarse que los casos excepcionales podrían resolverse bajo las causas de justificación o imputabilidad reguladas en el artículo 27 CPn., se cambio totalmente el tratamiento a los delitos de aborto. Regulando únicamente como no punible el aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada y la tentativa de ésta para causar su aborto. Dicha regulación se encuentra ubicada En el Capítulo II, título I, Libro II “*DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIDA DEL SER HUMANO EN FORMACIÓN*”.

“ABORTO CONSENTIDO Y PROPIO: Art 133. El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años”.

“ABORTO SIN CONSENTIMIENTO: Art. 134.- El que provocare un aborto, sin consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.

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

“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”

“INDUCCION O AYUDA AL ABORTO: Art. 136.- Quien indujere a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto, será sancionado con prisión de dos a cinco años”.
Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor del aborto, la sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior.

“ABORTO CULPOSO”: Art. 137.- El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.
El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, ni la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles”.

“LESIONES EN EL NO NACIDO” : Art. 138.- El que ocasionare en el no nacido una lesión o 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.”

“LESIONES CULPOSAS EN EL NO NACIDO”: Art. 139.- 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.”

Desde este momento preciso, la regulación y tratamiento de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación presentan un cambio histórico en su regulación, la nueva legislación suprimió las indicaciones de aborto no punible bajo la idea de una nueva configuración del Código Penal, que permitiría un tratamiento unificado de los delitos y bajo el entendido que todos los delitos contenidos en la parte especial del código son susceptibles a las reglas contenidas en la parte general del código, suponiendo entonces que las controversias generadas en materia de aborto puede resolverse bajo las Causas de Justificación del artículo 27 del CPn.

La reforma Constitucional posterior a la entrada en vigencia del Código Penal, le otorgo al no nacido la categoría de persona desde el instante de la concepción, equiparándolo de todos los derechos y garantías básicas que la constitución otorga; entre ellos el derecho a la vida.

Con este paquete de reformas lo que se pretendía era asegurar cualquier vacío que pudiera dar lugar a una nueva discusión sobre la temática.

CAPITULO III
ASPECTOS CONCEPTUALES Y DOCTRINARIOS
SOBRE EL ABORTO.

3.1 MARCO CONCEPTUAL

3.1.1 CONSTITUCION

Para Fix Zamudio es la “ley suprema, se caracteriza por su preeminencia jurídicamente relevante respecto de todas la normas de un ordenamiento jurídico y que mantienen relativa permanencia o rigidez al requerir un procedimiento especial para su reforma o modificación en relación al que existe para las leyes ordinaria⁴². La constitución es un conjunto de normas jurídicas con características propias y particulares, pero imbuidas en la naturaleza de toda norma jurídica, y además con una connotación jerárquica que las distingue del resto del ordenamiento: son las normas supremas del orden jurídico⁴³.

3.1.2 DERECHO PENAL

Desde un punto de vista general y conceptual, es entendido como el conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias, todo para proteger derechos de la persona y asegurar la convivencia dentro del cuerpo social. Desde una perspectiva deontológica, la mencionada rama del Derecho configura uno de los principales sistemas de protección de la persona y de la sociedad frente a la transgresión de bienes jurídicos que en los diferentes momentos históricos representan aquéllos intereses que, a juicio del soberano, deben ser estrictamente salvaguardados por el Estado de una forma especial: penalmente⁴⁴.

⁴² La debida Regulación Penal de los Casos de Aborto no Punible según la Constitución, Roxana Ivonne Martí Montalvo, José Fernando Marroquín Galo, Trabajo de Investigación Jurídica para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Ciudad Universitaria, febrero 1999.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Publicaciones Especiales N° 23, san salvador 1997

⁴⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva, N°29-2004, Fecha: 13/05/2005

Para Eteheberry es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones y establece penas para la contravención⁴⁵; es un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad, se diferencia de los otros instrumentos de control social que tienen por medio la sanción o el castigo, por la manera formal en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma. Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afecta⁴⁶. Desde este punto de vista, el derecho penal se vincula con el control social respecto de comportamientos desviados para los cuales el Estado (único titular del ejercicio de esta forma de control en las sociedades modernas) amenaza sanciones concretas.

3.1.3 SISTEMA PENAL

Se entiende que es el conjunto de agencias que operan la criminalización (primaria y secundaria) o que convergen en la producción de ésta. En este entendimiento cabe hablar de sistema en el elemental sentido de conjunto de entes, de sus relaciones recíprocas y de sus relaciones con el exterior (o ambiente), y nunca como símil biológico, de órganos del mismo tejido que realizan una función, puesto que estas agencias no operan de modo coordinado sino por compartimentos estancos, o sea, cada una conforme a su propio poder, con sus propios intereses sectoriales y controles de calidad respectivos.⁴⁷

⁴⁵ Derecho Penal, Parte General, Cury Arzua Enrique, Editorial Jurídica de Chile, 1997

⁴⁶ Manual de Derecho Penal, Enrique Bacigalupo

⁴⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, , Derecho Penal, Parte General, segunda edición, Buenos Aires Argentina

3.1.4 BIEN JURIDICO

Son aquellos valores cuya subsistencia es condición indispensable para la conservación de la organización social⁴⁸. El bien jurídico en cuanto producto social es un producto histórico, esto es que no pertenece a la sociedad en abstracto si no que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un periodo determinado⁴⁹.

3.1.5 IUS PONIENDI

El ius puniendi, entendido como la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es ilimitado; tiene fijados sus fines, así como sus postulados y principios rectores, a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución⁵⁰.

3.1.6 PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION DEL DERECHO PENAL

El principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano, quiere decir que “el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos”⁵¹.

3.1.7 POLITICA CRIMINAL

Constituye una forma de control social lo suficientemente importante para que sea monopolizado por el Estado, y que por tanto, requiere ser delimitada la política criminal jurídicamente con la máxima claridad posible como

⁴⁸ Derecho Penal, Parte General, Cury Arzua Enrique, Editorial Jurídica de Chile, 1997

⁴⁹ Homazabal Malaree, citado en La debida Regulación Penal de los Casos de Aborto no Punible según la Constitución, Roxana Ivonne Martí Montalvo, José Fernando Marroquín Galo, Trabajo de Investigación Jurídica para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Ciudad Universitaria, febrero 1999.

⁵⁰ Sala de lo Constitucional, Sentencia Definitiva N° 52-2003 Ac, Fecha: 01/04/2004, Tipo de proceso Inconstitucionalidad

⁵¹ Revista Internauta de Práctica Jurídica, Núm. 23, año 2009, págs. 1-10, Madrid, España

garantía para el ejercicio de los derechos de la persona humana. Dicho control social se ejerce mediante la consideración normativa de las conductas punibles, de manera que al acaecer en la realidad sean merecedoras de una pena⁵². Este planteamiento permite percibir la esencia de la intervención mínima. Ha de ser “mínima” en tanto que la represión criminal no se presenta como un fin en sí misma, sino que está subordinada al cumplimiento de unos objetivos. Y, dado que el Estado usa de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos, sólo los más graves. Por eso ha de ser comedido. He aquí uno de los componentes del principio de intervención mínima: la fragmentariedad. Es decir, que el derecho penal no protege todos y cada uno de los bienes jurídicos, sino sólo los más preciados, debe recurrirse al derecho penal “exclusivamente en la medida que ello sea necesario”

3.1.8 CRIMINALIZACION

Proceso mediante el cual la conducta o acción de una persona pasa al plano de la política criminal de un estado; todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (estados) seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena.

Esta selección penalizante se llama Criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias⁵³ que conforman el llamado sistema penal. El proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas, denominadas respectivamente primarias y secundarias⁵⁴.

⁵² SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva N° 52-2003 Ac, Fecha: 01/04/2004, Tipo de proceso Inconstitucionalidad

⁵³ Aniyar de Castro, El proceso de criminalización. p. 69 y ss.; Baratía, Criminología y dogmática penal, p. 26 y ss. Citado en; Derecho Penal. Parte General

⁵⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, , Derecho Penal, Parte General, segunda edición, Buenos Aires Argentina, pág. 7

3.1.8.1 PRIMARIA

Es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas.

Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan.

Por lo general, la la ejercen agencias políticas (parlamentos y ejecutivos), la criminalización primaria (hacer leyes penales) es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos⁵⁵.

3.1.8.2 SECUNDARIA

El programa que implican la criminalización primaria lo deben llevaran a cabo las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios).

Es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso(o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización)⁵⁶.

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ Ibídem

3.1.9 VARIABLES DE TIPO SOCIAL QUE DETERMINAN A LA MUJER

Comprende los estereotipos y roles y valores aceptados socialmente como correctos y que definen el “ser mujer”.

Dentro de los estereotipos encontramos la “idea de madre”, representación ideal, abstracta y generalizadora y que encarna la esencia atribuida a la maternidad el “instinto materno” y una serie de virtudes derivadas de esos elementos; paciencias, tolerancia, saber cuidar, educar, sanar, escuchar, proteger, sacrificarse...a partir de esta Gran Matriz se producen otros dos estereotipos; “mala madre”-“buena madre”. El fenómeno de las “malas madres” son esas mujeres que no cumplen con las expectativas ideales de ese papel social y que son estigmatizadas, señaladas, criminalizadas, dependiendo de la gravedad del incumplimiento, son mujeres desnaturalizadas o sea que contradicen la supuesta “naturaleza”, la de desear ser madre⁵⁷. “La mujer en tanto genero subordinado se le asigna como papel principal la reproducción, la obediencia, fidelidad y sometimiento⁵⁸; la configuración del estatus de la mujer en relación al hombre, es fundamental por cuanto, las normas y sanciones jurídicas implican obligaciones y deberes⁵⁹” Estas funciones o estereotipos son construcciones sociales ideadas dentro un sistema patriarcal que según Marcela Lagarde se trata de una organización social de géneros y una cultura sexista, que se caracteriza así mismo por un sistema político, público y privado de dominio de los hombres sobre las mujeres⁶⁰.

⁵⁷ “Malas Madres: la construcción social de la maternidad, Cristina Palomar Vereá, María Eugenia Suárez, Investigadoras del Centro de Estudios de Género Universidad de Guadalajara.

⁵⁸ Mujeres y Familias Centroamericanas, Principales problemas y tendencias, Tomo III, María Angélica Faune

⁵⁹ Op.cit

⁶⁰ El Aborto, Analisis desde las protagonistas, Estudio de Caso, Silvia Ethel Matus Avelar, Asociación Movimiento de Mujeres Melida Anaya Montes.

3.1.10 EMBARAZO

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), el embarazo inicia cuando termina la implantación. La implantación, es el proceso que comienza cuando se adhiere el blastocito a la pared del útero. Esto ocurre 5 o 6 días después de la fertilización. Entonces el blastocito, penetra el epitelio uterino e invade el estroma. El proceso, se completa cuando la protuberancia villi y el defecto en la superficie del epitelio se cierra. Esto ocurre entre el día 13-14 después de la fertilización.

3.1.10.1 EMBARAZO PATOLOGICO

Por definición es el embarazo que puede convertirse en enfermedad, entre las condiciones que pueden entenderse como tal pueden citarse las hemorragias durante el embarazo que siempre implican el riesgo de un aborto espontaneo. Aquí se comprenden los embarazos de alto riesgo para la vida y salud de la madre; embarazo ectópico, mola hidatiforme, cariocarcinoma, placenta previa, desprendimiento prematuro de placenta normalmente insertada o abruptio placentae, Síndrome de muerte fetal, estados hipertensivos, Cardiopatías, enfermedades de las glándulas endocrinas, tumores, embarazos en adolescentes.

3.1.11 ABORTO

3.1.11.1 ETIMOLOGICAMENTE

Deriva del latín *abortus* que se compone de *ab*: partícula privativa y *ortus*: nacimiento. También se encuentra el origen del término en el vocablo *aborire* : “nacer antes de tiempo”⁶¹.

⁶¹ Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, 2000, pág. 15

3.1.11.2 PUNTO DE VISTA OBTETRICO

Se entiende por aborto la expulsión del producto de la concepción mientras que no haya alcanzado la viabilidad, o sea dentro de los seis o cinco meses del embarazo; la expulsión del producto dentro de los tres últimos meses se considera como parto prematuro, ya que después de los seis meses y cinco meses y medio hay viabilidad⁶². La muerte o explosión del huevo, significa el fracaso final de la función generativa, es decir la imposibilidad de llevar el fruto hasta su madurez⁶³. Las formas clínicas de los abortos se clasifican en *espontáneos y provocados o inducidos*. Los abortos espontáneos se producen sin ninguna interferencia derivada. Incluyen formas especiales, como la configurada por la *mola adatiforme y embarazo ectópico*. La primera figura consiste en un embarazo falso. En efecto, en vez de generarse un embrión, crece una especie de vesícula, formada por lo que parecen pequeños racimos de uva. Este embarazo acaba en aborto de manera irremediable, en tanto, el embarazo ectópico es el que se implanta fuera de su lugar. Ósea, el huevo fecundado no se aloja en el útero o matriz sino que puede hospedarse en las trompas, ovarios o cavidad abdominal. Los abortos *provocados o inducidos* se verifican por la interrupción deliberada del embarazo por cualquier medio. Puede considerarse este tipo de aborto en legal e ilegal, según se realice en un país donde la ley lo acepte y en condiciones médicas adecuadas; o bien en forma clandestina sin condiciones médicas y al margen de la ley⁶⁴. El aborto clínicamente puede también clasificarse como: *Aborto en curso, aborto incompleto, feto muerto o retenido, aborto medico*. El primero es cuando el tratamiento de la amenaza de aborto fracasa, el proceso continua su evolución pues el desprendimiento del huevo

⁶² Conferencia. Barreda Solorzano, Luis, El Delito del Aborto: una carreta de buena conciencia, Porrúa, Mexico, 1999, citado en Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, 2000, pág. 15

⁶³ Calandra, Dante, Aborto, estudio Clínico, Psicológico, Social y Jurídico, Ed. Medica Panamericana S.A. Junin831, Buenos Aires, Argentina 1973.

⁶⁴ Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, 2000, pág. 16

progresa y se acentúa la metrorragia y el dolor, la progresión de este proceso hace que el huevo cigoto llegue a desprenderse y se elimina totalmente. El aborto incompleto se caracteriza por que pese a la eliminación de parte del huevo y sus cubiertas, la metrorragia persiste a veces abundante y con coágulos, dolor en el hipogastrio de tipo expulsivo, si no se produce la evacuación instrumental del útero se corre el peligro de la infección, cuando la hemorragia es demasiado abundante o constante se presenta la anemia aguda o crónica como complicación ineludible cuyo tratamiento es la trasfusión de sangre. Al síndrome de feto muerto o retenido se podría considerar una complicación del aborto espontáneo, pues significa la interrupción de la evolución natural del proceso abortivo, con retención intrauterina del huevo mas allá de 2 a 4 semanas después de su muerte⁶⁵, el aborto por indicación médica corresponde al medico la responsabilidad de la indicación del aborto, luego de haber planteado las diferentes dificultades o riesgos inherentes a la prosecución del embarazo⁶⁶.

3.1.11.3 PERSPECTIVA MEDICO LEGAL

Aborto es la muerte dolosa del feto en el útero o su violenta expulsión del vientre de la mujer con lo que también se consigue la muerte, la concepción jurídica plantea que la interrupción del embarazo en un tiempo en el cual el fruto todavía no es capaz de vivir extrauterinamente y cuyo desarrollo no ha pasado de la 28ª semana de vida intrauterina⁶⁷. Solo cuando la causa de la muerte es la expulsión prematura consecuente a la interrupción del embarazo, se configura el aborto, si el ser nace con vida y la muerte se

⁶⁵ Calandra, Dante, Aborto, estudio Clínico, Psicológico, Social y Jurídico, Ed. Medica Panamericana S.A. Junin831, Buenos Aires, Argentina 1973 Pág. 32, 33

⁶⁶ OP.CIT

⁶⁷ Alfonso Acosta Guzmán, Medicina Legal y Toxicología, Tomo I 4ª Edición, 1969, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, Serie Ciencias Medicas, No 9.

causa durante el nacimiento o por un acto posterior a él, esa muerte no será aborto si no homicidio agravado⁶⁸.

3.1.11.4 TECNICAS ABORTIVAS

Las técnicas utilizadas para los abortos provocados o inducidos se pueden clasificar en tres grupos; *mecánicas*; entre los que encontramos traumatismos abdominales de naturaleza contusiva, traumatismos menos intensos, (masajes uterinos efectuados a través de las paredes abdominales) con el objetivo de lograr el desprendimiento del cigoto; con presión abdominal violenta y prolongada por medio de fajas o prendas similares; *físicas*; consiste en taponamientos vaginal y cauterizaciones del cuello uterino; la punición de las membranas (con agujas de tejer, varillas, alambres, etc) la cual suele provocar el vaciamiento del útero, este medio es muy frecuente en las primeras etapas, otros medios son la aspiración al vacío y la inyección intrauterina de líquidos a determinada presión, estos pueden provocar embolias cerebrales; y *tóxicos*, implican un alto riesgo de intoxicación severa ya sea que se administren por vía oral o si se aplican de forma directa en genitales. Se utilizan venenos minerales, alcaloides, fármacos de empleo terapéutico⁶⁹.

Estos métodos generalmente son utilizados en los abortos que se realizan en la clandestinidad, sin asistencia médica adecuada, los países que en su legislación cuentan con una regulación expresa sobre la aplicación de la interrupción del embarazo utilizan otros métodos a base de fármacos que han sido aprobados legalmente para el propósito y se genera en condiciones óptimas que garantizan el bienestar físico de la mujer

⁶⁸ Carlos Fontan Balestra Op. Cit.

⁶⁹ OP.CIT

3.2 MARCO DOCTRINAL

3.2.1 ABORTO EN LA DOCTRINA

3.2.1.1 ABORTO PROPIO

Es la figura conocida como auto aborto, o sea el hecho de que la mujer se cause el aborto intencionalmente por sí misma.

3.2.1.2 ABORTO CONSENTIDO

Consiste en que la mujer embarazada permita a un tercero que le cause el aborto. No es suficiente que la mujer adopte una actitud meramente pasiva, el consentimiento para que le ocasione el aborto debe implicar cierta actividad por parte de la mujer⁷⁰.

3.2.1.3 ABORTO SIN CONSENTIMIENTO

Cuando la mujer no ha consentido el aborto, el que lo procuro o provoco es el evidente autor del delito.

3.2.1.4 ABORTO AGRAVADO

Los tratadistas al referirse a este tipo de aborto en su mayoría basan la razón de la agravación en razón de la profesión del responsable, en la edad de la abortada y en el móvil de provecho económico⁷¹.

3.2.1.5 ABORTO HONORIS CAUSA

Según el criterio de algunos tratadistas este tipo de aborto es una figura

⁷⁰ EL ABORTO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA Y EN LA DOCTRINA. TESIS DOCTORAL, ADOLFO MENDOZA VASQUEZ, UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, FACULTAD DE JURISPRUDENCIAS Y CIENCIAS SOCIALES, SAN SALVADOR, EL SALVADOR, 1991

⁷¹ EL ABORTO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA Y EN LA DOCTRINA. TESIS DOCTORAL, ADOLFO MENDOZA VASQUEZ, UNIVRSIDAD DE EL SALVADOR, FACULTAD DE JURISPRUDENCIAS Y CIENCIAS SOCIALES, SAN SALVADOR, EL SALVADOR, 1991

“privilegiada” que varía en los textos, pero generalmente identifica que se trata de “ocultar la deshonra”.

3.2.1.6 ABORTO HUMANITARIO O SENTIMENTAL

También llamado aborto ético cuyo fundamento se basa en que se trata de una maternidad violentamente impuesta y por tanto debe dársele a la madre la posibilidad de realizarse la interrupción del embarazo, este tipo de aborto considera los casos de violaciones sexuales y estupro⁷².

3.2.1.7 ABORTO ECONOMICO

Se conoce también como aborto social que se sustenta en la incapacidad económica que tiene la madre para mantener a un hijo, la carencia de vivienda.

3.2.1.8 ABORTO SEGUIDO DE LA MUERTE DE LA MADRE

Se trata de un aborto causado por un tercero ya sea que consienta o no la mujer y que producto de las maniobras resulta la muerte de la mujer.

3.2.1.9 ABORTO PRETERITENCIONAL

Se castiga una acción de violencia ejercida contra la mujer por un tercero y que ha desembocado en un aborto pero no llevaba la intención de causarle el aborto.

3.2.1.10 ABORTO CULPOSO

El aborto sería culposo si el sujeto lo causare por violencia pero sin que el estado del embarazo le sea confesable, le constare o fuese notorio, a diferencia del anterior, el autor ignora el embarazo.

⁷² Op. Cit

3.2.1.11 ABORTO POR INDICACION MEDICA: EUGENESICO Y TERAPEUTICO

Consiste fundamentalmente en salvar la vida de la madre, y además exige que no exista otro medio posible para salvarla, únicamente practicando el aborto, para tal efecto debe haber un dictamen médico que haga constar el grado de peligrosidad que corre la vida de la mujer embarazada y la necesidad de practicar el aborto para salvarla⁷³.

También estamos frente a una excusa absolutoria que radica fundamentalmente en evitar el nacimiento de una criatura con deformidad y que dicha situación haya sido previsible, comprende Anomalías congénitas del sistema nervioso central y anomalías genéticas.

3.2.1.12 ABORTO POR INDICACION MEDICO SOCIAL.

Suele reservarse este nombre para aquellos casos en los que los factores sociales adquieren una notoria relevancia modificatoria de la enferma y su enfermedad⁷⁴.

3.2.1.13 ABORTO SOCIAL

Se permite el aborto en razón de Embarazos no deseados, multiparidad, condiciones familiares, falta de vivienda, abandono del padre o de la familia, imposibilidad de ocuparse del hijo, soltería, causas económicas.

3.2.1.14 ABORTO IMPUNE

La impunidad del aborto varía en cada país y en cada legislación, estos son los tipos abortos que son aceptados social y legalmente y por lo tanto no son punibles.

⁷³ Aborto, estudio clínico, psicológico, social y jurídico, Dante Calandra, Ed. Medica panamericana S:A. Buenos Aires Argentina, 1973

⁷⁴ Óp. Cit

3.2.2 DIFERENTES POSTURAS SOBRE EN QUE MOMENTO EL PRODUCTO DE LA CONCEPCION DEBE CONSIDERARSE PERSONA.

3.2.2.1 A PARTIR DEL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN.

Sostiene que desde que se unen los gametos femenino y masculino y se conforma el huevo o cigoto, existe una persona⁷⁵. Se entiende por concepción el momento de la fecundación que corresponde a la unión del ovulo con el espermatozoide. Es necesario fijar un momento a partir del cual la mujer este embarazada y por lo tanto cual existe el momento material del aborto, habiendo existido controversia entre la fecundación, momento de unión entre el ovulo y el espermatozoide y la anidación, momento en que el ovulo fecundado se une a la pared del útero; hoy está aceptado que este criterio es demasiado inseguro, pues por causas naturales, la mitad de los óvulos no anidan y son expulsados naturalmente⁷⁶.

3.2.2.2 CUANDO EL HUEVO CIGOTO SE ANIDA EN EL ÚTERO DE LA MUJER.

Afirma que el estatus de persona se adquiere con la anidación o fijación del huevo cigoto en el útero de la mujer⁷⁷.

3.2.2.3 CUANDO APARECE EL SURCO O CRESTA NEURAL.

La teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central considera como elemento diferenciador y esencial el momento en que se

⁷⁵ Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos aires argentina, 2000

⁷⁶ Código Penal Salvadoreño Comentado, Tomo I, Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda Garcia, Concejo Nacional de la Judicatura, año 2002

⁷⁷ Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos aires argentina, 2000

inicia la traslación de información genética correspondiente al sistema nervioso central, ya que estima que este es el factor determinante en la ontogénesis del ser humano. En este aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién con la con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural estaríamos frente a un ser viviente que mas allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana⁷⁸

3.2.2.4 DESDE QUE SE VERIFICA LA EMISIÓN DE IMPULSOS ELECTRÓNICOS.

Sostiene que con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables se estima el inicio de la vida específicamente humana, esta postura expone que siendo el hombre un ser consciente, no se le puede catalogar como tal hasta el cuarto mes de gestación, momento en que se logra detectar la actividad eléctrica del sistema nervioso central, ligada directamente a la posibilidad de tener conciencia⁷⁹.

3.2.3 MODELOS DE PROTECCION DE LA VIDA HUMANA EN FORMACION.

3.2.3.1 MODELO DE PROHIBICIÓN ABSOLUTA.

Conmina por vía penal toda conducta abortiva sin reconocer ninguna clase de excepción expresa. Las indulgencias proceden de un estado de necesidad o circunstancias atenuantes⁸⁰.

⁷⁸ Ibídem

⁷⁹ Ibídem

⁸⁰ Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos aires argentina, 2000

3.2.3.2 MODELO PURO DE INDICACIONES.

Se mantiene la intervención penal durante todas las etapas de gestación pero se establece de manera expresa los supuestos en los cuales la interrupción del embarazo no es punible. También conocido como sistema de REGLA-EXCEPCION por cuanto la regla general es la protección penal y la excepción son las indicaciones que posibilitan la práctica voluntaria del aborto.

3.2.3.3 MODELO PURO DE PLAZOS.

Posibilita la interrupción del embarazo dentro de un periodo determinado de la gestación que generalmente abarca los tres primeros meses.

3.2.3.4 MODELO DE INDICACIONES CON DECISIÓN ÚLTIMA DE LA MUJER.

Combina las indicaciones como excepciones a la regla general de tutela penal, con el elemento propio del sistema de puro de plazos; durante un periodo inicial de gestación, lo auténticamente relevante es la voluntad de la mujer.

3.2.3.5 MODELO DE ASESORAMIENTO PREVIO U ORIENTADO AL ESTADO DE CRISIS.

Presta especial atención a la consulta previa a la interrupción del embarazo, esta instancia se concibe con el expreso objetivo de evitar una decisión final de la embarazada a favor del aborto y prevenir –se alcance o no el fin anterior- situaciones similares en la vida futura de la mujer.

3.2.3.6 MODELOS MIXTOS.

Conjugan las indicaciones expresas con un plazo determinado, excepto en aquellos casos en donde está en riesgo la vida o la salud de la mujer, en ellos procede el aborto voluntario sin ninguna clase de limitación temporal.

3.2.4 POSICIONES DOCTRINALES DE ALGUNOS AUTORES

3.2.4.1 GERARDO LANDROVE DÍAZ⁸¹.

Para Gerardo Landrove Díaz, las posiciones ideológicas entorno a la interrupción voluntaria del embarazo cristalizan fundamentalmente en cinco posiciones posibles:

- a) Postura conservadora Extrema, que no admite su solicitud o excepcionalmente en supuestos de conflicto con la vida de la mujer embarazada.
- b) La postura conservadora moderada, que recomienda un sistema de indicaciones limitado a la eugénica, terapéutica y ética.
- c) La solución intermedia; propone un sistema de indicaciones amplio, dando cabida a la denominada indicación social o de necesidad.
- d) La opción liberal que se fundamenta con el sistema de plazos.
- e) La Posición radical que proclama el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo en cualquier momento del mismo

La polémica sobre el aborto adopta como premisas incontrovertibles de un lado, que la vida del producto de la concepción entra en conflicto con intereses ajenos, fundamentalmente los de la madre.

En la primera postura influye la posición oficial de la iglesia y busca proteger a toda costa la vida del feto, sin admitir suspensión alguna en el periodo de gestación, y atender a posibles conflictos con otros intereses. La inadmisión de supuestos de conflicto imposibilita el debate. La posición de la iglesia se podrá aceptar o no, pero difícilmente discutir, dado el terreno dialectico en

⁸¹ Gerardo Landrove Díaz, Citado en ; La debida Regulación Penal de los casos de Aborto no Punible según la Constitución Vigente, Trabajo de Investigación Jurídica para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Ciudad Universitaria, Febrero 1999.

que se coloca. Por lo que se refiere a la postura radical del derecho absoluto al aborto, derecho que encontraría su fundamento en la libertad absoluta de la madre a decidir sobre su propio cuerpo es sostenida por determinados grupos feministas que califican al producto de la concepción como pars ventris (parte del vientre); desde el plano jurídico se ha apelado al derecho fundamental de la libertad de la mujer embarazada que tendría su reconocimiento en la constitución o en el libre ejercicio del derecho a la maternidad, de modo el derecho a tener hijos recíprocamente entraña el derecho a no tenerlos, es decir, el derecho al aborto.

Dentro de las posturas que toman en cuenta el conflicto de interés está el sistema de plazo, que propugna la permisión del aborto hasta un determinado momento de la gestación, fijado en las doce primeras semanas del embarazo. Los defensores del sistema de plazos no pretenden dejar sin protección la “esperanza de vida” que constituye el producto de la concepción, sino estimar que la pena no es el medio más adecuado para acceder a dicha protección en el plazo de los tres primeros meses. Los partidarios del sistema de plazos consideran el producto de la concepción como bien jurídico protegido, diferenciándose del sistema de indicaciones exclusivamente de que el hecho de que los tres primeros meses de embarazo la madre tiene la libertad absoluta de continuar o no la gestación.

El sistema de plazo quiere encontrar su fundamento en la tradicional observación de la obstetricia sobre la distinción entre embrión y feto.

Por encima de que el argumento de que en el periodo embrionario el producto de la concepción crece de forma humana al no tener todavía, ni siquiera en un estadio insipiente los órganos y miembros característicos del ser humano, se encuentran también el argumento de que la interrupción del embarazo en los tres primeros meses acarrea menos peligros para la mujer.

3.2.4.2 QUINTANO RIPOLLES

Admite el carácter justificante de la indicación terapéutica pero no de las restantes. Al respecto sostiene que “así como la aceptación plena sin reservas en derecho del aborto terapéutico, mediante la causa de justificación del estado de necesidad no creo que ofrezca ningún género de duda, su extensión a las otras indicaciones eugénicas, ético, social y económicas, pienso que no las ofrece tampoco, pero en el sentido contrario, de absoluta repulsa. En ninguno de sus supuestos, en efecto, hay situaciones de necesidad, sino de mera conveniencia, ni por añadidura, mal susceptible de entrar en paragón con el sacrificio de una vida humana futura. En las indicaciones de eugenesia, la probabilidad de degeneración de la prole no constituye más que una hipótesis discutible en la ciencia, que no da lugar a equiparar con la realidad incuestionable de la destrucción del feto. En cuanto a las motivaciones éticas, por ser el hijo fruto de una violación, o la social económicas, por la situación de mísera de la madre, los daños eventualmente derivados del nacimiento afectan a la reputación o a la economía familiar, esto es, que sobre no ser de mayor ni siquiera de igual identidad que el daño de la muerte, carecen además de la inminencia que el estado de necesidad reclama.

Existen, en efecto, otros medios de ocultación de la criatura, del alejamiento o deposito en establecimientos que excluyen en absoluto el criminal remedio de su sacrificio.

3.2.4.3 LUZÓN PEÑA

Anticipa un panorama general de la cuestión, expone que: “ en la doctrina de los otros países que admiten “indicaciones ”, es discutido si se trata de causas de exculpación, de impunidad o de justificación, siendo mayoritariamente esta última solución, en España es doctrina dominante (por ejemplo: Arroyo, Bajo, Bustos, Cobo/Carbonell, Cuerda, Jiménez de Asúa,

Mir, Muñoz Conde, Queralt) que en los sistemas en que las admiten, las indicaciones constituyen causas de justificación, salvo en el caso del artículo 417 bis, dos, frente a quienes, acepto en el claro supuesto justificante de peligro para la vida de la mujer, las consideran causas de inculpabilidad o excusas absolutorias, para la indicación ética.

Otros autores no se pronuncian sobre la naturaleza de esas eximentes. Se suele argumentar que justifica el interés preponderante y la inexigibilidad. Pero realmente, en general para el estado de necesidad ante conflictos de intereses, no es preciso el interés preponderante, si no que basta el interés (concepto más amplio que bien jurídico) igual para la indiferencia y permisión jurídica, puesto que todo estado de necesidad es justificante. En todos los casos de indicaciones habría claramente un conflicto de interés no preponderante, sino iguales. Y precisamente por eso “si se quiere asegurar la impunidad en tales casos, son necesarias las eximentes específicas que acaban con las dudas de interpretación por los tribunales y contribuyen por ello a la seguridad jurídica.

3.2.4.4 LAURENZO COPELLO

“Los partidarios del estado de necesidad justificadamente no dejan de tropezar con las serias dificultades, pues si bien no parece difícil vincular las indicaciones con los diversos presupuestos del estado de necesidad, no sucede lo mismo con lo que tal vez pueda caracterizarse como elemento diferenciador de esta eximente en su vertiente justificante, esto es, la diferencia esencial en el valor de los intereses que colisionan. Por ello, aunque la mayoría de los autores siguen inclinándose por el estado de necesidad justificante salvando el obstáculo antes dicho mediante una ponderación amplia de intereses que, como veremos, en gran medida supera los criterios generalmente admitidos en esta materia, otro sector de la doctrina considera inadmisibles esta solución. En este grupo se cuentan los

autores que recurren a otras causas de justificación no basadas en el interés del principio preponderante, o que renuncian a la justificación para resolver el problema en el ámbito de la culpabilidad o la punibilidad” Al señalar las deficiencias de las tesis mayoritarias parte de que los autores que optan por el estado de necesidad justificante como fundamento de las indicaciones no coinciden. Así, mientras algunos autores consideran que todos los bienes implicados en el aborto poseen carácter individual, centrando la problemática en el valor que debe otorgarse a la vida, integridad física y psíquica y sobre todo la libertad de la mujer en relación a la vida del nasciturus, otros agregan a la ponderación ciertos intereses sociales, tales como asegurar que la intervención sea lo menos perjudicial posible para la embarazada, o el interés de la comunidad en permitir una aplicación normal de la ley así como las oportunas ayudas sociales a la mujer que aborta, intereses estos que serían los que en definitiva inclinan la balanza en favor de la interrupción del embarazo. Aclara sintéticamente la cuestión. “el menor rigor con que el derecho penal castiga las acciones lesivas de la vida humana aun no nacida con la vida ya nacida, solo se puede explicar en base a criterios valorativos; tanto el delito de aborto como los tipos de homicidios protegen un mismo bien jurídico: La vida humana. La vida no es un fenómeno estático por el contrario, durante su desarrollo se ve sometido a una serie de transformaciones que inciden en su consideración social lo que a su vez se refleja en su diversa valoración jurídica⁸²”

3.2.4.5 RUIZ MIGUEL

Su exposición se basa en el carácter excepcional de las indicaciones, este autor expresa: “la figura de las causas de exclusión de la punibilidad, también conocidas como “causas absolutorias” tiene una naturaleza heterogénea

⁸² Óp. Cit

para la dogmática jurídico penal, pero en todo caso tiende a considerarse solo en último término como excluyente de responsabilidad penal respecto de conductas delictivas y sobre todo da pie para ser interpretada en la práctica como causa de apertura y seguimiento de un proceso penal que depure la concurrencia de la causa legal en el caso concreto. Por otro lado, caracterizando las indicaciones como causa de justificación a juicio de este autor semejantes posiciones parecen ser más acordes con el tipo de excepciones previstas en dicho precepto y con su relación con otras semejantes previstas en el código penal, sin que, además, tenga una consecuencia práctica tan evidente e inmediata como la precedente pues en la medida en que concurren las causas legales no parece haber lugar a abrir procedimiento penal, sin embargo si en cuanto a causas de justificación excluyen la antijuricidad de las conductas de practicar y consentir el aborto, al hacerlo confirma por ello mismo que la regla general sigue siendo que tales conductas sean, precisamente, antijurídicas.

La anterior referencia que se advirtió meramente ejemplificada pone de manifiesto la necesidad de aludir en este trabajo, aunque sea en apretada síntesis, a la configuración del estado de necesidad, tanto justificante como exculpable, constatando los posibles problemas que presenta para actuar como base legal de las indicaciones en el aborto.

Considerando el estado de necesidad como causa excluyente de responsabilidad penal se encuentran.

- A) *La teoría de la adecuación* que parte de reconocer que la acción realizada en estado de necesidad (lesiva de un bien jurídico) no es conforme a derecho o jurídicamente correcta. Sin embargo, sostiene, estos casos se excluyen de castigo por razones de equidad, en virtud de la acción psicológica en que el sujeto se encuentra al actuar. Esta tesis es sostenida por Kant.

B) *La teoría de la colisión*, formulada por Hegel, consiste en entender que el fundamento de estado de necesidad es el mayor valor objetivo que para el derecho tienen los intereses salvados en comparación con los intereses que se sacrifican. Tomando en cuenta dicha superioridad valorativa, al producirse la colisión de intereses la acción realizada deviene objetivamente correcta, justificada y no solo exculpada pues salva un interés más importante, lo determinante es el carácter predominante del interés que salva.

En relación con las categorías tradicionales con la teoría del delito, estas dos tesis acarrearán consecuencias distintas, así para la primera, la acción del estado de necesidad no es conforme a derecho significa que es antijurídica y por lo tanto no está justificada, mas bien, a punta a excluir la culpabilidad, pues es aquí donde se analiza la capacidad de motivabilidad ; para la segunda la acción es objetivamente correcta por salvaguardar el interés superior de los dos colisionados, ello significa, que la conducta no es antijurídica por lo tanto, siguiendo el esquema progresivo, carece de objetivo entrar a analizar si la acción es o no culpable pues no será delito por causa de antijuridicidad.

C) *teoría de la diferenciación*; utiliza los argumentos de la coacción psicológica y el interés preponderante para dividir el estado de necesidad en dos grupos distintos.

Primero, cuando con la acción se lesione un interés objetivo y esencialmente inferior al que se trata de salvaguardar, se está frente a un estado de necesidad justificante u objetivo (teoría de la colisión).

Segundo, cuando el interés mencionado es igual o superior al interés protegido, la conducta no está justificada pero se considera exculpada por que el sujeto actúa bajo un estado de necesidad exculpante u objetivo. Se llama "subjetivo" por la especial situación psicológica en que se haya el

sujeto que realiza la acción, cabe anotar que es una manifestación de la inexigibilidad de otra conducta. Debe acotarse que, el derecho penal no puede exigir una conducta distinta a la realizada típica y antijurídicamente por que le sujeto, al elegir ante a la conducta adecuada a la norma y la acción ilícita, se encuentra con que la opción por esta ultima lo enfrenta con la eventualidad de ver menoscabados sus propios bienes jurídicos; se entiende pues, que cuando pelagra bienes como estos (personalísimos) exigir su sacrificio seria exigir una conducta “heroica” y el derecho no se dirige a héroes sino al ciudadano medio.

D) La teoría de la unidad; sostiene que el estado de necesidad es siempre una causa de justificación. Par a llegara tal conclusión se determina primero la diferente motivación de la exclusión de la responsabilidad penal.

Otros sostienen la identidad del bien jurídico y afirman que el distinto tratamiento obedece a motivos político-criminales ajenos al bien jurídico, acepta que se trata de un mismo bien jurídico (vida), pero entiende que la diferente valoración, se origina el una variación cualitativa que la vida experimenta en el nacimiento, evento a partir del cual su valor se ve fuertemente incrementado.

3.2.4.6 AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

Sostiene que la vida humana en formación debe ser tutelada constitucionalmente, pero menciona que “donde apunta el tema del aborto debe haber una distinción, el problema del aborto antes de ser estudiado desde la perspectiva constitucional ha sido estudiado desde la perspectiva penal; por ese motivo creo que hay que distinguir el problema de la penalización del problema de la protección: no todo lo que está protegido, cuando se viola, debe ser penalizado, creo que el tema debe empezar por

hacer esta línea demarcadora, que no todo lo que está protegido aun constitucionalmente, su violación genera sanción penal”. “Creo que se puede decir que la vida humana en formación está protegida constitucionalmente (en Argentina)y también se puede decir, es constitucional un sistema que despenalice el aborto, porque atiende a otro tipo de valores existentes en la sociedad, como por ejemplo, que la realidad sociológica demuestra que los efectos de la penalización del aborto llevan a la destrucción de la vida de las mujeres, esta es la razón por la cual, en muchas constituciones Europeas, no obstante que los autores admiten la protección constitucional de la vida en formación, sostienen sin embargo, la constitucionalidad de leyes que despenalicen el aborto dentro de ciertas circunstancias”.

3.2.4.7 EDUARDO PABLO JIMÉNEZ

Plantea que el hecho de que la Constitución consagre o no el “derecho a nacer”, no significa que las conductas abortivas deban estar incriminadas y sancionadas penalmente por imperativo constitucional. Ello así, pues tal decisión es privativa de la *Política Criminal del Congreso* y no a una exigencia constitucional. Se puede prohibir sin penalizar; se puede descartar sin obligar. La sociedad democrática debería acostumbrarse a que la sanción penal no sea la única forma de desalentar una conducta, el “derecho Penal Mínimo” debería ser la antesala de un derecho asistencial, preventivo y educador máximo, que propugne la libertad ciudadana con responsabilidad social.

3.2.4.8 EUGENIO ZAFFARONI

Sostiene una nítida distinción entre el poder punitivo y el derecho penal; “Creo que el primero es un hecho político de poder que no tiene legitimidad (es algo así como la guerra), en tanto que el derecho penal es el esfuerzo

jurídico por contenerlo; desde esta perspectiva creo que el poder punitivo nunca protege nada o por lo menos no lo sabemos. El derecho penal es una vía de protección de los bienes constitucionales, sin duda, porque sin él, el poder punitivo los aniquilaría al operar sin ningún límite.

CAPITULO IV

**MARCO JURIDICO, JURISPRUDENCIA Y DERECHO
COMPARADO**

4.1 REGULACION CONSTITUCIONAL

4.1.1 CONSTITUCION DE 1982

En la constitución de 1982 aun vigente se reconoce por primera vez a la persona humana como fin último del estado Salvadoreño.

*“Artículo 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común
En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.*

Y en 1999 se realizo una reforma que adiciono un inciso al artículo uno donde se reconoce como persona a todo ser humano desde el instante de la concepción, quedando de la siguiente manera:

*“Artículo 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común
Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción
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.”*

4.2 REGULACION SECUNDARIA

4.2.1 CODIGO PENAL DE 1997

En 1997 entro en vigencia un nuevo código penal, que a diferencia del anterior, suprimió las figuras de aborto no punible, por considerarse que los casos excepcionales podrían resolverse bajo las causas de justificación o

imputabilidad reguladas en el artículo 27 CPn., se cambio totalmente el tratamiento a los delitos de aborto. Regulando únicamente como no punible El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada y la tentativa de ésta para causar su aborto. Dicha regulación se encuentra ubicada En el Capítulo II, título I, Libro II “*DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIDA DEL SER HUMANO EN FORMACIÓN*”,

“ABORTO CONSENTIDO Y PROPIO”: Art 133. El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años”.

“ABORTO SIN CONSENTIMIENTO “: Art. 134.- El que provocare un aborto, sin consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.

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

“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”

“INDUCCION O AYUDA AL ABORTO “: Art. 136.- Quien indujere a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto, será sancionado con prisión de dos a cinco años”.

Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor del aborto, la

sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior.

“ABORTO CULPOSO”: Art. 137.- El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

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

“LESIONES EN EL NO NACIDO “: Art. 138.- El que ocasionare en el no nacido una lesión o 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.”

“LESIONES CULPOSAS EN EL NO NACIDO”: Art. 139.- 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.”

4.2.2 TRATADOS INTERNACIONALES

El Salvador ha ratificado la mayoría de los tratados principales de derechos humanos, incluyendo el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR)* que en su Artículo 3 se refiere a que los Estados Partes: “...se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. En la Observación General No. 28, el Comité se enfoca en la indivisibilidad de todos los derechos humanos declarando “los importantes efectos de este artículo en cuanto al goce por la mujer de los derechos humanos amparados

por el Pacto”. Además, declara de que “El Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria⁸³; *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR)*, *el Convenio Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD)*, *el Convenio del los Derechos del Niño (CRC)*, *Convenio de la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)* que en el Artículo 12 del CEDAW establece que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

Al nivel regional (Sistema Interamericano), El Salvador ha ratificado varios convenios relevantes como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar Violencia Contra La Mujer, estos tratados contienen las obligaciones internacionales de El Salvador para proteger y garantizar los derechos de las mujeres y las niñas, principalmente a la no discriminación y a vivir libre de violencia. La Convención contra la Tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes n ha definido que el Artículo 6 es aplicable “cuando las vidas de mujeres embarazadas están en riesgo debido a abortos clandestinos”, Además, la Observación General No. 28 establece “que los Estados Parte deberían proveer información en referencia al Artículo 6, sobre cualquier medida tomada por el Estado para ayudar a mujeres a prevenir embarazos no deseados y asegurar que no tengan que acudir abortos clandestinos que

⁸³ ICCPR General Comment No. 28, Equality of Rights Between Men and Women 1 (2000) UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

ponen en riesgo su vida.”

Artículo 7 declara que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” lo cual claramente prohíbe el sufrimiento físico o mental. Este Comité ha declarado que el Artículo 7 es aplicable cuando tratamientos médicos son negados. La Observación General No. 28 enfatiza que los “Estados Parte tienen una obligación a dar acceso a abortos legales cuando una mujer está embarazada producto de una violación⁸⁴.”

4.3 JURISPRUDENCIA

4.3.1 SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA EN EL AÑO 2007.

Interpuesta en el año 2007; a fin que el tribunal declarase la inconstitucionalidad del D. L. n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. n° 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, que contiene el Código Penal (C. Pn.); por considerar que dicho cuerpo normativo adolece de inconstitucionalidad por omisión al no contener las llamadas indicaciones tradicionales del delito de aborto, vulnerándose con ello los arts. 1, 2, 3 y 246 Cn.,⁸⁵ a propósito de esta demanda, la Sala resolvió en el siguiente sentido; en cuanto a la “...libertad de configuración del legislador (por ejemplo, en las sentencias de los procesos de inconstitucionalidad 18-96 Ac., de 19-V-2000; 1-98, de 19-II-2002; y 52-2003 Ac., de 1-IV-2004; y 8-2003, de 22-XII-2004). Este Tribunal ha insistido en que la Constitución se diferencia netamente de las demás normas, por la amplitud de la materia que ella regula, el carácter

⁸⁴ Observaciones y Recomendaciones de Organismos Internacionales al Estado Salvadoreño en materia de Derechos Reproductivos de las Mujeres, publicación de Agrupación Ciudadana por la despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico, 2011.

⁸⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las ocho horas y veinte minutos del veinte de noviembre de dos mil siete, N° 19-98.

sintético de muchos de sus preceptos, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales y el correspondiente grado de apertura que permite una pluralidad de realizaciones. La ley no es, entonces, ejecución de la Constitución, como el reglamento es ejecución de la ley. Por ello, el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta. Al momento de dotar de contenido material, por ejemplo, a una disposición secundaria, el Órgano Legislativo puede tomar diversas posiciones y consideraciones, bajo su responsabilidad política y atendiendo a una diversidad de criterios como pueden ser: el orden social, la moral, la economía, la política o simplemente aspectos coyunturales. Esta diversidad de criterios y consideraciones que el legislador puede adoptar en la configuración de las leyes, es lo que la doctrina y la jurisprudencia de este tribunal denomina *libertad de configuración del legislador* o *libertad de formación democrática de la voluntad*. Esa configuración del legislador puede responder a su peculiar interpretación jurídica, lo que siempre le llevará a "legislar en controversia", es decir, bajo la crítica de aquéllos que no estén conformes con las concreciones legislativas, legislación de desarrollo de preceptos constitucionales o simples normas secundarias”

En esta Sentencia se analizaron los aspectos centrales de la demanda presentada, es decir, si efectivamente existe o no un mandato o encargo al legislador, para que de manera directa o indirecta legisle sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado (1); si el legislador ha omitido cumplir ese mandato (2); y aclarar algunos aspectos de la argumentación expuesta por los demandantes, que condicionan el alcance de esta sentencia. En cuanto al primer aspecto, a partir del contenido de los arts. 1 y 2 Cn., la Sala considera que “dichos preceptos efectivamente se expresan en términos de potenciar la dignidad de la persona y de garantizar el derecho a la vida son preceptos que, como los demás de la Constitución, tienen fuerza

vinculante para todo órgano o institución del Estado y desde luego para todas las personas. El Órgano Legislativo salvadoreño se encuentra ante un mandato que de manera implícita se contiene en tales disposiciones, consistente en el deber de legislar y potenciar el contenido de los derechos que se establecen en la Constitución, tanto de la madre como los del Nasciturus, existe una clara voluntad del constituyente de extender la protección del Estado a la vida prenatal, voluntad manifiesta en el tenor literal del inc. 2º del art. 1 de la Constitución: respecto al período del embarazo, el legislador tiene la obligación de regular además, otros intereses en juego, de los cuales es titular la mujer embarazada como son su salud e integridad física, moral y psíquica, además de su dignidad humana. Y es que, si bien es cierto, como se ha afirmado, la tesis de un "derecho al cuerpo", o "derecho al vientre" de la madre es descartada por la reforma al art. 1 Cn, ello no implica la punición absoluta de todos los abortos, por la libertad de la mujer embarazada y los otros derechos que intervienen. Derechos que también están constitucionalmente reconocidos y que no pueden ser ignorados a la hora de decidir jurídicamente la solución a tan difícil conflicto”.

En definitiva, el mandato constitucional delimitado implica: por una parte, el deber de criminalizar las formas de realización del aborto en la medida que comporta la afectación de un bien jurídico digno de tutela penal. Pero por otro lado, se deben regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre; de este modo, resulta ineludible arbitrar una solución normativa para resolver los casos concretos que puedan acontecer; en términos generales, las alternativas de punición del aborto en los casos de colisión de los derechos del nasciturus con los de la mujer embarazada son tres: i- El sistema común de penalización, en el cual los casos se someten a las reglas comunes de la Parte General del Código Penal, bajo las circunstancias

ordinarias que eximen o excluyen la responsabilidad penal –en nuestro caso el art. 27 C. Pn.– . ii- El sistema o solución de plazos, en el que se permite el aborto hasta un determinado momento de la gestación, fijado por lo general en las doce primeras semanas del embarazo, con base en la tradicional distinción entre embrión y feto y la idea que la interrupción del embarazo, en los tres primeros meses, acarrea menos peligros para la mujer. iii- El sistema de indicaciones, que consiste en exceptuar expresamente la punición del aborto en situaciones como las siguientes: cuando el embarazo ponga en serio riesgo la vida o la salud de la madre o su salud (aborto terapéutico); cuando se presuma que el niño nacerá con graves malformaciones (aborto eugenésico o embriopático); y cuando el embarazo tenga origen en un delito contra la libertad sexual (aborto por razones morales). En las dos últimas circunstancias, la interrupción del embarazo debe practicarse dentro de un período de tiempo legalmente determinado. En el C. Pn. vigente –de forma distinta al C. Pn. de 1973– no se ha establecido una regulación específica de las llamadas "indicaciones" tradicionales del aborto, ni tampoco se ha optado por una solución conforme al sistema de plazos. En este punto es necesario aclarar que la regulación de ciertos plazos para las indicaciones ética y eugenésica –afirmada por la Asamblea Legislativa, en su informe relacionado en I.3, como argumento contra la omisión acusada en la demanda– se refiere al proyecto de Código Penal y no a la forma en que finalmente se aprobaron las disposiciones pertinentes de dicho cuerpo normativo. En el Código Penal actual, el legislador ha desechado el sistema de indicaciones porque considera que cada uno de los casos comprendidos en las mismas puede ser resuelto conforme a las eximentes completas del art. 27 C. Pn.

El contenido de esta disposición, de acuerdo con el asunto discutido en este proceso, comprende tanto exenciones del carácter antijurídico del hecho (causas de justificación), como de la responsabilidad personal del autor (causas de inculpabilidad). ...De las ideas previas surge que las situaciones

de conflicto entre los derechos del *nasciturus* y los de la mujer embarazada pueden ser objeto de diversas configuraciones legislativas. Los únicos supuestos en los que estaría ausente una medida legislativa para arbitrar esas colisiones de derechos serían aquellos de penalización absoluta e incondicional del aborto (que anularía los derechos de la mujer embarazada), así como los de 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 esté reconocida la posibilidad de conflicto entre los derechos fundamentales citados y que se regule una medida destinada a la resolución de esas colisiones.

También se ha verificado que el sistema común de penalización adoptado por el Código Penal de 1997, vigente en la actualidad, reconoce la posibilidad de conflicto entre los derechos del *nasciturus* y los de la madre en los supuestos de aborto y que, a diferencia del sistema de las indicaciones expresamente reguladas, dispone la aplicación de las causas generales de exención de responsabilidad penal, como alternativas para la determinación judicial del conflicto. La postura adoptada en el C.Pn. permite resolver el conflicto jurisdiccionalmente, desde la óptica de las causas de justificación como de las excluyentes de la culpabilidad, *conforme a los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto*. Con una interpretación amplia de las eximentes del estado de necesidad e inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho, se pueden solventar los casos que se presenten. De cualquier modo, tanto la alternativa del sistema común, como la de las indicaciones o la de los plazos, resultan vías de solución que dependen de los criterios político-criminales que orientan la labor legislativa y, a menos que se demuestre una infracción constitucional, dicho elenco de medidas constituye un ámbito de libre configuración para el

legislador. Por ello, después de una revisión de la normativa que podría estar relacionada con el tema de las indicaciones, esta Sala considera que respecto al delito de aborto, *al tomar la opción del sistema común de penalización, el legislador salvadoreño no ha omitido cumplir el mandato constitucional de regular una solución del conflicto entre los derechos constitucionales de la mujer y los del nasciturus.*

Los demandantes afirmaban que la mujer embarazada, en los casos de aborto tradicionalmente indicado, se encuentra en una situación fáctica totalmente distinta a la de cualquier otra persona que se enfrente a una de las causas de exclusión de responsabilidad penal que regula el art. 27 del C. CPn., porque hay una "tremenda peculiaridad que representa el hecho de que los intereses fetales solo pueden desarrollarse en el interior de la embarazada, que es la portadora de su vida. Se trata de una dualidad en la unidad, son dos seres distintos, pero un cuerpo soporta el otro". Concluyen, por tanto, que, "en los casos de aborto tradicionalmente indicado, la mujer se encuentra en una situación de hecho totalmente desigual a la de cualquier otra persona ante una causa de exclusión de la responsabilidad penal, y por tanto, dicha situación desigual merece un trato también desigual o diferenciado, incompatible con la regulación genérica del art. 27 del CPn.". Sobre tales afirmaciones se considero la Sala de lo Constitucional que; "*los demandantes no han establecido que el tertium comparationis, o término de comparación planteado, tenga la suficiente entidad para justificar una regulación ad-hoc o específica, de este posible conflicto de derechos*".

En la demanda también sostuvieron los demandantes que "en el plano de las tradicionales indicaciones del aborto" "la dogmática penal presenta serias fisuras, por tratarse de una cuestión muy polémica" y que al remitirse al Art. 27 C.Pn. "sin regularlas expresamente, su efectiva aplicación está librada a

una heterogeneidad de criterios interpretativos que no es congruente con el derecho a la seguridad jurídica de la mujer embarazada".

Según la Sala de lo Constitucional "Este argumento no puede aceptarse, en primer lugar, porque el número de posibles conflictos con los derechos fundamentales de la mujer, no se limita a los que se tutelan mediante las indicaciones tradicionales (por ejemplo: libertad ambulatoria, libre determinación de la madre, condiciones económicas precarias o "cuarta indicación"). Además, incluso en los países donde se han regulado expresamente, las indicaciones generan interpretaciones jurídicas dispares con relación a su naturaleza jurídica, sus alcances y requisitos; ello demuestra que tanto si se regularan expresamente en el CPn. vigente, como si se acude a una excluyente genérica de responsabilidad penal, será ineludible una actividad de argumentación jurídica conforme al estado actual de la dogmática penal y de la teoría del delito, cuyo corpus teórico ofrece diversas posibilidades de solución de los casos. Más bien, para la argumentación de este motivo, los demandantes se fundamentan en una proyección subjetiva y particular de hipótesis aplicativas de la norma, sin confrontar propiamente el contenido de ésta con el parámetro de constitucionalidad, como lo requiere la naturaleza abstracta del control concentrado que se realiza en este proceso. En consecuencia, respecto de este argumento también deberá sobreseerse en la presente sentencia."

"...En definitiva, este Tribunal ha determinado que no existe la omisión inconstitucional en los términos planteados por los demandantes. Por otra parte, la posibilidad que la configuración legislativa sobre estos casos afecte esencialmente el contenido de alguno de los derechos enfrentados, sólo puede analizarse dentro de los límites definidos por una pretensión de inconstitucionalidad. En atención a la libertad de configuración del legislador y de las circunstancias del caso presentado, el examen del cumplimiento de un mandato constitucional de legislar debe circunscribirse a los términos en

que dicho mandato haya sido concretado por este Tribunal y a los argumentos que se hayan planteado, válidamente, como vicios de inconstitucionalidad de la regulación producida para obedecer dicho mandato...”

En esta sentencia se emitió un voto particular por parte de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés; que expreso: “Todo el análisis que se hace en la sentencia gira alrededor de cómo resolver los posibles conflictos entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la madre *cuando tales conflictos ya se han judicializado, es decir, cuando ya están en conocimiento del juez penal*. Pero es sabido que un principio básico que rige en el Derecho Penal parte de la idea de que la intervención punitiva del Estado debe ser la última *ratio*, después de haber agotado otros mecanismos que también van encaminados a la protección de los bienes jurídicos, en este caso la vida. Al determinar que mediante el art. 27 del C. Pn. se pueden resolver las mencionadas colisiones, se concluye que sólo de manera parcial existe eficacia del mandato constitucional por parte del legislador; ya que -por una parte-, existe el deber de sancionar las formas de realización del aborto en la medida que comportan la afectación de un bien jurídico tutelado, pero -por otro lado-, deban regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre.

Afirmo lo anterior porque el art. 27 del CPn. sólo operaría frente a una conducta consumada, de manera que de forma preventiva la posible controversia no podría ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de la indicación del aborto. Es decir que, parcialmente existe una omisión por parte del legislador *al no regular con carácter previo la controversia que pueda suscitarse entre*

los derechos de la madre con los del nasciturus, como ya existe en la legislación comparada y no como resultado de un proceso penal. Para dar total cumplimiento al mencionado mandato constitucional, el legislador debería emitir la normativa jurídica correspondiente en la cual legisle sobre las circunstancias que extra proceso penal deben concurrir en las indicaciones del aborto.

Y es que, como afirma la misma sentencia citando a Hans Hoachim Hirsch, en la problemática sobre la interrupción del embarazo no es la legislación la que desempeña el rol central; se trata más bien de un problema socio-político general. En consecuencia, quien trate de contener los abortos, ha de ver su tarea principal en la remodelación de las correspondientes medidas socio-políticas: por un lado *han de jugar un papel destacable las medidas de prevención de los embarazos no deseados –sobre todo en el sector de la población más vulnerable, p. ej., adolescentes– y, por otro, deben crearse posibilidades reales que eviten que la mujer embarazada aborte precipitadamente ante un conflicto personal que no pueda ser resuelto por otra vía.* Así también, me interesa -como lo dice la sentencia- reafirmar que la incuantificable cifra negra de estos delitos será reducida de manera efectiva por otro tipo de medidas como pueden ser la asistencia psicológica y la ayuda social, o como la creación de los denominados *centros de asesoramiento*, medida implementada en el derecho comparado, los cuales, al ser establecidos por el legislador, se integran por equipos multidisciplinario -ejemplo Alemania, Italia, entre otros-, quienes debe orientar de forma competente a las mujeres embarazadas que tengan diferentes dificultades personales, además de estar provistos de medios económicos y logísticos suficientes para que en el caso de que sea necesario, prestar una eficaz ayuda financiera, social y familiar. Tal propuesta se fundamenta en la obligación del Estado de asegurar la protección y desarrollo de los titulares

de derechos constitucionales puestos en conflicto recurriendo sólo a la ley penal como la decisoria y última alternativa válida capaz de ponerle fin a la controversia, lo que implica mi posición es que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a establecer dentro de la normativa jurídica, el ente estatal al que otorgaría la competencia para conocer y decidir de la situación planteada, los requisitos que deban cumplirse así como las condiciones en las que ha de decidirse si determinada indicación procede o no, de manera previa a la judicialización penal del conflicto. Utilizar únicamente como vía de solución el proceso penal es una desacertada salida de un Estado que sólo atiende los efectos de los problemas sociales y no sus causas, por ello es que el tribunal ha debido extender, a mi criterio, la sentencia a una declaración de que, sí existe, inconstitucionalidad por omisión por parte del legislador al no haber regulado dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad de que en un conflicto entre los derechos de la madre y los del nasciturus el mismo pueda ser resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, se debió declarar que existe una violación a la Constitución por no haber determinado la legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectare uno o varios derechos se haya consumado.

En síntesis, defiende el derecho a la vida prenatal, pero el tratamiento o solución del aborto no puede ser sólo punitivo, debe ser esencialmente preventivo y materializarse también en una política educacional que permita a la mujer valorarse en sus diversos roles: de trabajadora, profesional, madre, etc., con capacidad para diseñar su propio proyecto de vida, respetándose a sí misma y a los derechos de los demás. Las posiciones radicales en el abordaje de esta problemática, impiden todo dialogo que

pueda conducir a encontrar respuestas honradas y coherentes con la defensa de la vida...”

4.3.2 SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA EN EL AÑO 2011.

Interpuesta en el año 2011; donde solicitan se declare la inconstitucionalidad por vicio de contenido del artículo 133 del Código Penal CPn.; el motivo en que descansa la inconstitucionalidad del art.133 CPn. es por el exceso en la restricción o limitación del derecho a la libertad, vida, privacidad y de la prohibición de infligir tratos crueles inhumanos o degradantes a la mujer que aloja en su seno al embrión o feto, con o sin su consentimiento.

Al respecto dijo la Sala: “Es evidente como se enuncia en la referida sentencia- que la decisión legislativa por cualquier sistema de penalización materia de abortos es un marco que compete a las valoraciones político criminales y político sociales que rigen en un país en un determinado momento histórico y que al menos en El Salvador se ha optado por un sistema: el de penalización común con las excepciones generales. Tal decisión es competencia del Legislador como representante de la voluntad popular y en dicho seno de carácter democrático es donde habría que postularse el cambio de la regulación por otros sistemas como el de plazo o el de las indicaciones; sin embargo, no puede argüirse falta de complitud de la disposición legal impugnada cuando la misma no satisface la visión de cada persona sobre cómo debe ser la manera más adecuada de regular un sector de la realidad social y ello deba entenderse necesariamente como una omisión legislativa, para arbitrar tales conflictos existe en el art. 27 CPn. el cual puede ser fácticamente relacionado con el art. 133 CPn. mediante el procedimiento interpretativo de la auto-integración como se expuso en la

mencionada sentencia. A lo que también se agrega que la decisión legislativa por cualquier sistema de penalización en materia de abortos es un marco que compete a las valoraciones políticas criminales y políticas sociales que rigen en un país en un determinado momento histórico, que no pueden ser sustituidas por esta Sala. Por tanto, debe declararse la improcedencia de la pretensión contenida en la demanda que nos ocupa, en relación con la violación a los arts. 1, 3 y 246 Cn., ya que los argumentos esgrimidos descansan sobre una petición –la omisión de regular normativamente el sistema de indicaciones en materia de abortos– que ya fue resuelta anteriormente por este Tribunal...”

4.4 DERECHO COMPARADO

4.4.1 EL MODELO ALEMÁN

El modelo alemán⁸⁶ se manifiesta en dos sentencias del Tribunal Constitucional alemán emitidas en 1975 y 1993. En el código Alemán vigente hasta 1975, sancionaba sin excepción el aborto, Sin embargo según sentencia del Reochsgerericht (El Tribunal Supremo antes de la guerra) del 11 de marzo de 1927, se admitía la justificación de un aborto en el caso de que estuviera en peligro la vida de la mujer embarazada, lo cual a partir de esta fecha se venía tipificando en la dogmatica como “Estado de necesidad

⁸⁶ Steiner, “La Controversia en Alemania sobre la regulación Penal del Aborto”, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, N° 37, Enero-Abril de 1993; domingo, Rafael: “Observaciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 28-5 -1993”, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado Vol. XI de la Universidad Complutence de Madrid, España, 1995; Priester. Jens-Michel; “Normativa sobre el aborto provocado en Alemania”. Persona y Derecho, Suplemento Humano Iura de Derechos Humanos, n°3, España, 1993; Motilla, Agustín: “la legalización del aborto en el derecho comparado”, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. VII, de la Universidad Complutence de Madrid, 1992; Sánchez Cordero Dávila, Jorge “Algunas Consideraciones jurídicas entorno al problema del aborto”, *En el aborto, un enfoque* multidisciplinario, Universidad Autónoma de México (UNAM). México, 1980; Marian Gámez, José. “Aborto y constitución”, Universidad de Jaen , España, 1996.

Supralegal". Este tipo de justificación fue legalizada a continuación por el artículo 14 de la Ley Nacionalista "para la prevención de progenituras con taras hereditarias". Al culminar la guerra, esta normativa siguió vigente en la mayor parte de los estados de Alemania. Solo se abolió esta norma en Baviera y en la República Democrática de Alemania (RDA), mientras que se declaró inaplicable en el estado de Hesse, donde se recurría directamente al concepto de "Estado de Necesidad Supralegal". El Parlamento Alemán consideraba la posibilidad de permitir el aborto sobre la base de dos ideas fundamentales: a) interrumpir la interrupción del embarazo en los supuestos expresamente determinados por la ley, b) permitir la interrupción del embarazo dentro de un término legal cualquiera fuese la causa. El 18 de junio de 1974 el Bundestag aprobó una ley de reforma del código Penal que preveía una solución de plazos. Varios Landers (Estados Federados) y miembros de la minoría parlamentaria impugnaron la constitucionalidad de la reforma ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

La sentencia del tribunal de 25 de febrero de 1975 resolvió declarar incompatible con la ley fundamental de Bonn un sistema de plazos, pero si aceptó la constitucionalidad de un sistema de indicaciones que contuviera la indicación social. En primer lugar el Tribunal Supremo expresó que la vida que se desarrolla en el seno materno es tutelada por el artículo 22 de la ley fundamental del Bonn. Por lo tanto, su naturaleza de bien jurídico Constitucional obliga al estado a protegerla y a favorecerla incluso utilizando los mecanismos del Derecho Penal. La vida en sentido de la existencia histórica de un individuo humano comienza, según seguro conocimiento biológico a partir del decimocuarto día de la concepción, con la anidación del ovulo fecundado dentro del claustro materno. En ese momento se inicia un desenvolvimiento continuo y sin cortes radicales a través de los distintos estadios del desarrollo. En consecuencia, existe una obligación por parte del estado de proteger la vida del Nasciturus, ya que en los derechos

fundamentales no se agota en la obligación del estado de no afectarlos, sino que además tiene que protegerlos y fomentarlos. La protección constitucional del Nasciturus puede entrar en conflicto con otros derechos de la mujer garantizados por la constitución. Estos intereses en conflicto se presentan en la cuestión del aborto como insolubles desde el instante en que la interrupción significa siempre la anulación de la vida del feto de la gestante. Ante este dilema, el tribunal Constitucional declara preferente la vida del no nacido que representa en el orden Constitucional un valor supremo, base de la dignidad humana y fundamento de los otros derechos fundamentales. Sin embargo, ante el problema de la incriminación del aborto voluntario, considera no punible supuestos en que, por la peculiar situación de la mujer embarazada, de obligarle a continuar la gestación derivarían posibles daños a su vida, salud o circunstancias familiares o sociales, por lo que se crearía un conflicto de tal gravedad que no es razonable exigirle penalmente la continuación del embarazo.

La utilización del derecho penal conlleva problemas específicos, ya que por la especial relación del nasciturus con la mujer, pueden surgir situaciones de conflicto que superen de modo evidente "lo normal". De esta manera, se plantea el problema de si el derecho, en estas situaciones, puede exigirle a la embarazada la continuación del embarazo mediante la amenaza penal. En los casos de la indicación médica, el legislador no puede exigirle a la mujer que continúe su embarazo. A la vez, pueden quedar impunes los abortos cuya continuación suponga una carga extraordinaria para la embarazada, que, por su gravedad se asemeje a una indicación médica: las indicaciones ética, eugenésica y social. En este último caso, el Tribunal exige que el legislador, describa claramente la gravedad de la situación de necesidad que da lugar al reconocimiento de un indicación social. En estos casos no es suficiente con la constatación de la indicación, sino que se hace necesario un asesoramiento que recuerde a la mujer su deber de continuar el embarazo.

La doctrina de la no “exigibilidad” que entronca con el tradicional “estado de necesidad”, es un eximente que faculta a sacrificar un bien jurídico por otro cuando es la única solución posible y ambos bienes son proporcionados. Asimismo, conduce a considerar constitucional el llamado “Sistema de indicaciones” o de despenalización del aborto en casos excepcionales.

El voto diferido de dos jueces criticaba que la mayoría no solo había definido los derechos fundamentales en su función de derechos defensivos contra la intervención estatal, sino que además como base para obligar al estado a imponer la penalización, si el castigo debía ser utilizado como “ultima ratio”, la mayoría carecía de verificación en lo atinente a los criterios de idoneidad e indispensabilidad con respecto a imponer una penalización abstracta que no tenga efecto, o que hasta puede llegar a ser perjudicial. Considerando como base la sentencia del Tribunal Constitucional, el 21 de junio de 1976 se sancionó una ley que recogió un sistema de indicaciones: médica, eugenésica, criminológica y social. Estas tres últimas, dentro de los límites temporales del embarazo.

El tratado de unificación del 31 de agosto de 1990 en la cláusula 31.4, estableció que antes del 31 de diciembre de 1992 se debía promulgar una ley de aborto que sustituyera a las dos vigentes: La de la Antigua República Democrática, que despenalizaba el aborto atento a un sistema de plazos y la de la República Federal, que seguía un sistema de indicaciones.

El 27 de julio de 1992 se dictó la ley de ayuda a mujeres embarazadas y a las familias. Ella estableció mediante varias resoluciones sociales y políticas (como el derecho a la educación sexual y a la entrega gratuita de contraceptivos a los asegurados que no habían cumplido los veinte años) un conjunto de medidas auxiliares para la madre y el niño- entre otros derechos, a un lugar en la guardería infantil para cada niño a partir de 1995- asesoramiento y ayudas prácticas para mujer con problemas relacionados con el embarazo. En cuanto al régimen sobre el aborto, el proyecto preveía

la siguiente nueva versión del artículo 281 a StGB: “ El Aborto no es antijurídico, siempre que: a) la gestante exija el aborto y haya presentado al médico practicante un certificado en el que conste la realización de la consulta, por lo menos, tres días antes de la intervención, b) la intervención se realice por un médico y c) no hayan pasado más de doce semanas desde la concepción”. El párrafo dos regía que el aborto no es antijurídico en el caso que sea necesario para evitar un peligro para la vida del gestante, o en el caso en que esté en peligro su integridad física o psíquica (y siempre que los requisitos 1 y 2 del primer párrafo se hayan cumplido). El párrafo tres reglamentaba la indicación “eugenésica”, es decir, “el caso en que se presume que el feto nacerá con taras físicas irremediables relacionadas con su estructura hereditaria, o con influencias dañinas antes de su nacimiento, que por su gravedad hagan inadmisibles a la gestante la exigencia de continuación en el estado de embarazo”. En estos casos, el aborto no es antijurídico, si la mujer no realiza la correspondiente consulta, y no pasaron más de 22 semanas desde la concepción. El párrafo cuarto sostiene otro privilegio para la gestante, no será punible el aborto, cuando se realizare dentro del margen de 22 semanas y tal intervención fuere acompañada de una consulta médica anterior. El artículo 219 preveía disposiciones en materia de aplicación del procedimiento de consulta, de la cual el legislador esperaba un éxito especial: el papel central que desempeña la consulta se puede derivar del significado “Modelo de consulta”.

El espíritu de la norma alemana expuesta descansa en 4 postulados a) puesto que está garantizado el derecho constitucional a la vida del natus, la interrupción del embarazo no puede ser ningún acto exclusivo de auto decisión unilateral, sino que necesita una ponderación de intereses, b) para evitar una interrupción del embarazo susceptible de ser prevenida si la mujer recibe adecuado consejo y ayuda con inclusión de apoyo financiero, la mujer está obligada a un asesoramiento social antes de tomar su decisión a favor

del aborto o en contra del, c) si pese a todo, la mujer decide por la interrupción del embarazo, se a de respetar su decisión última como un acto de responsabilidad individual, d) puesto que la ayuda a la mujer se presenta mucho más eficaz que la amenaza penal, la ley incluye numerosas medidas sociales para animar a la mujer a tomar una decisión a favor de la vida no nacida ⁸⁷ El 28 de mayo de 1993 el Tribunal Constitucional Alemán dicto sentencia estableciendo que: a) Es nulo el art.218a StGB que ratificaba la legalidad del aborto provocado y le atribuía impunidad, b) Es nulo el art 219 StGB que regulaba las circunstancias de la consulta, c) Derogo la normativa que abolía la obligación de llevar un registro de estadística en materia de abortos provocados, al igual que la competencia jurídica. A continuación, el tribunal decreto una detallada disposición, cuyo contenido precisa una sofisticada reglamentación para el procedimiento de la consulta.

De esta manera, atendiendo al binomio juridicidad-penalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, parecen desprenderse tres clases de abortos: a) un aborto justificado legalmente por ende, despenalizado e incluso subvencionado públicamente, como por ejemplo el que deriva de una indicación médica, b) un aborto declarado ilegal, pero no penalizado y no subvencionado como el realizado por un medico durante las primeras doce semanas del embarazo con el consentimiento de la mujer embarazada, c) el aborto ilegal penalizado, por ejemplo los efectuados a partir del tercer mes de embarazo. El argumento central del fallo se basa en que la mejor manera de proteger la vida humana en formación no tiene porque ser de proteger la vida humana en formación no tiene porque ser necesariamente la vía penal.

El máximo Tribunal considera que, si bien el aborto es en principio ilegal, no debe ser penalizado: el ámbito de la ilegalidad es mucho más amplio que el campo de la penalidad, pues esta queda reservada al comportamiento

⁸⁷ ESER,ALBIN: "reforma a la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado", Actualidad Penal N° 4, 24-30 de enero, Pag. 59 España.

mínimo socialmente exigible para el buen funcionamiento de la sociedad. El Tribunal Constitucional optó por un modelo de protección constitucional de la vida humana en formación que autoriza a l legislador a garantizar la protección del nasciturus durante el período inicial del embarazo a través de un concepto de consulta, este lo habilita a desistir de una penalización de cualquier tipo de indicación para convencer a la gestante.

Al final del (en lo esencial inalterado) Art. 218 CP alemán en el que se establece la prohibición general de la interrupción del embarazo, se encuentra en el p. 1. 9 Art. 218 a la siguiente excepción:

«La interrupción del embarazo no es antijurídica si:

1. La embarazada solicita la interrupción del embarazo y ha notificado al médico a través de una (determinada) certificación que se ha dejado asesorar por lo menos 3 días antes de la intervención (consulta de la embarazada en una situación de necesidad y de conflicto).
2. La interrupción del embarazo se efectúa por un médico y
3. No han transcurrido más de doce semanas desde la concepción»⁸⁸.

La sentencia de 1993 aporta nuevos elementos, ahora también se reconoce la posibilidad de afección del derecho fundamental a la dignidad humana, en casos excepcionales existe la obligación de cancelar el deber de llevar a término el embarazo, el tribunal considera que el aborto relacionado con la consulta previa obligatoria no está de acuerdo con el ordenamiento valorativo y esto solo se da en caso de no exigibilidad para la mujer, como en los supuestos de peligro para su vidas o salud, una violación o un defecto gravísimo de la vida humana en formación.

⁸⁸ ALBIN ESER, Reforma de la Regulación Alemana sobre el Aborto desde una Perspectiva de Derecho Comparado pág. 75

4.4.2 ESTADOS UNIDOS

El modelo Norteamericano tiene su principal exponente en los fallos de la Suprema Corte de los EE.UU; “Roe vrs Wade” y “Doe vrs Dolton”, ambos en 1973. De acuerdo con estos, se determino que las legislaciones de Texas y de Georgia que regulaban el embarazo, eran inconstitucionales. Pues, restringían el derecho de la mujer a decidir sobre la prosecución o culminación del embarazo⁸⁹.

Existen dos precedentes jurisprudenciales que son la base en que se sustento la Corte Suprema de los EE.UU., para dictar los fallos anteriormente enunciados, asi mismo mediante el “principio de ajuste”, ósea, el seguimiento de fallos anteriores propiciaron un cambio pretoriano trascendental. Estas dos síntesis fueron: “Griswold vrs. Conneticut” (1965) y “Eisnstadt Vrs. Baird” (1972).

En el fallo “Griswold”, la Corte dio el primer paso hacia la anunciación de una nueva doctrina constitucional de la vida privada (privacy). El caso consistió en que una mujer casada que residía en Connecticut, interpuso un recurso con el objeto de que se declarase inconstitucional que prohibía con sanciones penales la distribución, la venta y la tenencia de anticonceptivos. El tribunal insiste sobre el carácter sagrado de la unión conyugal, de tal forma que considera que la policía pueda extender sus investigaciones con el fin de descubrir indicios sobre la utilización de anticonceptivos, la sentencia señala que esa sentencia es contraria a la noción de vida privada que envuelve a la relación matrimonial.⁹⁰

En el caso “Eisenestadt”, el tribunal supremo amplía la doctrina dictada en

⁸⁹ Motilla Agustin, “La legislación del aborto en el Derecho Comparado”, Anuario de Derecho Eclesiastico del Estado, Vol VIII; de la Universidad Complutence de Madrid, España, 1992, Citado en: Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, 2000

⁹⁰ Brock Dan “libertad reproductiva, su naturaleza, bases y limites”, en la obra colectiva “dilemas eticos”, Mark Platts (compilador). Fondo de cultura económica, Mexico, 1997.

Gris Wold, al declarar inconstitucional una ley de Massachusetts que prohíba dar u vender anticonceptivos a otras personas distintas de los esposos.

En el caso Roe vrs Wade la corte suprema construye su decisión en base al derecho de elegir y decidir libremente el aborto, en base a la decimo cuarta enmienda de la constitución que proclama el derecho a la privacidad o limitación del estado en aquellas cuestiones en materia de procreación, que pertenecen al ámbito de la libertad individual.

En cuanto a la protección del nasciturus, la corte renuncio a pronunciarse sobre el inicio de la vida, problema que envía a las discusiones medicas, filosóficas o teológicas conforme a lo expuesto, la tesis de la corte suprema de los EE.UU puede enunciarse en estos tres puntos:

- a) La práctica del aborto, dentro del primer trimestre del embarazo, es una decisión exclusiva de la mujer y del juicio de su médico.
- b) En los siguientes tres meses el estado en función de interés de proteger la salud de la mujer y si así lo de sea, puede reglamentar el procedimiento de aborto, a efecto de preservar la salud de la mujer.
- c) En la etapa final de embarazo, el estado tiene interés en proteger la potencialidad de la vida humana cuando el feto es viable y puede. En consecuencia puede prohibir la práctica del aborto a no ser, que conforme a un dictamen médico, aquel fuere necesario para preservar la salud o vida de la mujer.

En 1992 la corte suprema de los EE.UU. redefinió la doctrina de “Roe” en los siguientes aspectos:

- a) una mujer tiene derecho a que se le practique un aborto antes de la viabilidad del feto, esta opción debe poder ser ejercida sin la interferencia del estado, b) el estado tiene la facultad de restringir los abortos después de la viabilidad del feto debiendo las normas proveer excepciones en los casos que

esté en peligro la vida de la mujer, c) desde el principio del embarazo el estado tiene interés en proteger la salud de la mujer y la vida del feto que puede llegar a ser una persona.

Los gobiernos republicanos que se mantuvieron en el poder durante doce años (1980-1992) hicieron caso a las demandas de los grupos próvida y restringieron hasta donde pudieron los alcances de las disposiciones de la corte suprema.

El 22 de enero de 1993 con la nueva conducción demócrata en el poder el presidente firmo cuatro memorándums promedio de los cuales revocó algunas medidas dictadas en los anteriores gobiernos tendientes a restringir el derecho al aborto. Las disposiciones presidenciales retiraron:

a) la prohibición que tenía el gobierno federal de destinar fondo a las clínicas extranjeras en donde se realizaran abortos o bien dieran información al respecto, b) la prohibición que tenía el personal de los centros de la salud y clínicas de planificación familiar financiadas por el estado de aconsejar la interrupción del embarazo, c) la prohibición que tenían los hospitales militares de efectuar prácticas abortivas, d) a prohibición que establecía una moratoria en el financiamiento del estado en las investigaciones biogenéticas desarrolladas con tejidos fetales.

4.4.3 MODELO ESPAÑOL

El modelo Español se manifiesta, principalmente por medio de la sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 53/1985. Mediante la Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del código penal, se intento incorporar el siguiente artículo: "El aborto no será punible si se practica por medico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o

Salud de la embarazada.

2) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de los diez días de las primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado. 3) Que sea probable que el feto ha de nacer, con graves lesiones físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada. En la sentencia el Tribunal Constitucional analiza la constitucionalidad de cada una de las indicaciones presentes en el proyecto de despenalización: peligro para la vida o salud de la mujer, embarazo producto de violación, eugenésica, optando en cada caso de conflicto de valores que se presente, por aquel que considera de mayor jerarquía. Cuando analiza la indicación “grave peligro para la vida de la embarazada” , el Tribunal sostiene al respecto de este supuesto: “es de observarse que si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería mas la vida del no nacido que la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre”. Al revisar la indicación “grave peligro para la salud de la embarazada”, el Alto Tribunal expresa: “el grave peligro afecta seriamente el derecho a la vida y a la integridad física de la mujer, por ello la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal, puede estimarse inadecuada”. En tanto, la indicación “embarazo producto de violación dentro de las primeras doce semanas” se funda que: “...la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no solo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia

lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho a su integridad física y moral, al honor a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectara profundamente a la suya en todos los sentidos”. Por último al sostener la indicación “probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto”, el Tribunal Constitucional afirma: “el fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos limite, se encuentran en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia”.

De la sentencia 53/85, emanan dos grandes núcleos argumentales⁹¹:

- a) en primer término, la posibilidad que tiene el legislador de tomar en cuenta situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Esto sucede en los supuestos en que la vida del nasciturus entra en colisión contra los derechos de la madre, b) En segundo lugar, los principios acuñados por la doctrina penal, de razonable exigibilidad de una conducta y de proporcionalidad de la pena. Sobre la base de estos principios, el tribunal considera que el legislador puede renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del estado, respecto del bien jurídico en otros ámbitos.

⁹¹ Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, 2000. Pág. 250

La evolución legislativa posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional arrojó como resultado la incorporación al código penal (ley orgánica 9/85) de una norma que establece tres presupuestos:

“Art. 417 bis: No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurren algunas circunstancias siguientes:

1° Que sea necesario para evitar peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2° Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce semanas primeras de gestación y que el mencionado hecho hubiera sido denunciado.

3° Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento, público o privado o no se hayan emitido dictámenes médicos exigidos”

4.4.4 MÉXICO

El sistema legal Mexicano sigue la tradición del derecho Continental que descansa en la supremacía constitucional, Representada en la Constitución Federal, además de esta existen las Constituciones Estatales y de Distrito

Federal; la regulación penal del aborto a nivel en los Estados Unidos de México está establecida en el Código Penal Federal (1931) entre los artículos 329 al 334, donde se entiende que la norma protege a la vida en gestación. El Código Federal Penal regula las siguientes figuras de aborto no punible; aborto culposo, aborto por violación, aborto por peligro de muerte para la embarazada.

Artículo 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación⁹².

Artículo 334.- No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.

El Código Penal del Distrito Federal de 1999 refiere en cuanto al delito del aborto en los artículos 144 al 148; La primera discusión de la Suprema Corte se produjo en enero del 2002 a raíz de la modificación del Nuevo Código Penal que autorizó el aborto bajo diferentes hipótesis en el 2002, en el año 2007 se modificó por un decreto de ley que despenaliza el aborto hasta las primeras doce semanas de esta manera el Código Penal del Distrito Federal cuenta con un sistema de plazos e indicaciones⁹³.

ARTÍCULO 148. No se impondrá sanción:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;

⁹² CÓDIGO PENAL FEDERAL , Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931 TEXTO VIGENTE , Últimas reformas publicadas DOF 14-06-2012, CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN

Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Estados Unidos Mexicanos.

⁹³ México, Regulación Jurídica y Normativa del aborto, Programa Inclusión social y Género , Serie Documentos Electrónicos N° 1, abril 2011, Flacso Chile

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada ; o

IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada

En los casos contemplados en las fracciones 1, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos ; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable .

4.4.5 ARGENTINA

El artículo 86 del Código Penal de la Nación (CPN), que entró en vigencia en enero de 1922, determina los casos en los que el aborto se encuentra despenalizado, es decir, permitido. Según la segunda parte de este artículo: Estas circunstancias de despenalización fueron propuestas por la primera comisión del Senado encargada de revisar el proyecto de Código Penal, y una segunda comisión en 1921 elaboró la versión final del artículo 86.

En 1968, con el fin de terminar con los desacuerdos sobre el alcance de los permisos contenidos en el artículo 86, el decreto ley 17.567, siguiendo el proyecto de 1960 elaborado por Sebastián Soler– introdujo el requisito de

gravedad del peligro, incorporó la exigencia de que la acción judicial por el delito de violación hubiera sido iniciada. La reforma agregó, además, el requisito de que “cuando la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente” sería necesario “el consentimiento de su representante legal”. Los cambios introducidos en esta última parte zanjaron las dudas sembradas sobre el alcance de la despenalización del inciso 2 y confirmaron que la norma establecía una permisión genérica del aborto en caso de violación y una especificación sobre la necesidad de representación legal en el caso de violación de la mujer “idiota o demente” o de la mujer menor de edad.

Estas modificaciones fueron dejadas sin efecto en 1973 por la ley 20.509, sancionada con el objetivo de derogar la legislación penal del gobierno militar. Así, la redacción original de 1921 volvió a tener vigencia, hasta que, en 1976, el nuevo gobierno dictatorial, mediante el decreto ley 21.338, derogó la ley 20.509 y reincorporó la versión del artículo 86 establecida por la ley 17.567. Es decir que durante la dictadura que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983 la redacción del CPN dejaba en claro que la permisión del inciso 2 autorizaba el aborto en todos los casos de violación. Posteriormente, en 1984, el nuevo gobierno democrático dictó la ley 23.077, una “ley ómnibus” que dejó sin efecto, en forma general, las reformas introducidas al CPN por la dictadura. De esta manera, el artículo 86 volvió a su versión original, que se mantiene hasta nuestros días⁹⁴.

ARTICULO 86⁹⁵. - 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 cooperaren a causarlo.

⁹⁴ “El aborto no punible en el derecho argentino”, Paola Bergallo y Agustina Ramón Michel, despenalizacion.org.ar, Por la Despenalización del aborto N° 09 / Abril 2009, Fundación para estudio e investigación de la Mujer.

⁹⁵ Código Penal de la Nación Argentina

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º 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.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

CAPITULO V

ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.

5.1 Análisis de datos Cualitativos

Una de las características de la investigación cualitativa es la paradoja de que aunque muchas veces se estudia a pocas personas, la cantidad de información obtenida es muy grande. Hay multiplicidad de fuentes y formas de datos. Hay información que proviene de observaciones estructuradas o no estructuradas. Otra de entrevistas, ya sean abiertas, estructuradas o etnográficas, y también de medidas menos intrusivas, como documentos cotidianos o especiales, registros o diarios.

Para sustentar la presente investigación se eligió un método de recolección de datos por medio de entrevista mixta que contiene preguntas cerradas y abiertas, dirigida a los entes encargados de la creación de la política criminal, a sus aplicadores y algunos profesionales que se encuentran relacionados con la temática investigada.

5.2 Entrevistas realizadas a los entes encargados de la creación de la política criminal o criminalización primaria.

En las visitas realizadas a la Asamblea Legislativa se logro entrevistar a un Diputado de la fracción Independiente y a un asesor político de la fracción legislativa del FMLN, el periodo planificado para realizar las entrevista era de un mes, sin embargo se presentaron ciertas inconveniencias para la realización de las mismas, las fracciones de GANA, ARENA, PCN, se negaron a hablar sobre la temática, aduciendo que “los diputados están muy ocupados” “Están en un congreso”, otros dijeron “no conocer del tema” o simplemente se negaron, la negatividad de los legisladores para hablar del tema se vincula a la “seriedad o delicadez del tema”, tal como lo expusieron sus secretarias, dicha respuesta puede traducirse en la incapacidad de los

legisladores para tratar la problemática, la ignorancia y falta de criterio que muestran con su actitud se traduce a una ley incapaz de resolver conflictos que se materializan en la realidad de la mujer salvadoreña.

Con miras a presentar un análisis ordenado y sistematizado se organiza cada entrevista de acuerdo a la siguiente estructura :

- E/ (Pregunta de la entrevistadora)
- R/ (Respuesta del entrevistado)
- A continuación de cada entrevista se presenta un cuadro de observaciones

Posteriormente se presentara un cuadro comparativo y sobre los datos que sean posible cuantificar se presentara en gráficos.

5.2.1 Entrevista dirigida a DIPUTADO: Manuel Rigoberto Soto Lazo

1. E/ En el Código penal de 1976 que fue derogado por el código penal de 1997, se regulaban casos de aborto NO PUNIBLE

R/ No era diputado todavía....Pero antes se regulaban y ahora no... es como darle un arma legal a aquellas personas que ya lo hacen de forma ilegal.

2. E/ Quiero que me hable o comente sobre las políticas criminales pertinentes a la punición absoluta del delito de aborto.

R/ Yo no soy abogado y no estoy en ninguna de esas comisiones, cualquier opinión seria a título personal, bueno en el tema del aborto usted sabe que es algo que ni en la sociedad está permitido ni en las leyes salvadoreñas.

3. E/ Es atribución de la AL decidir sobre las políticas criminales, a la AL le corresponde la discusión de esta temática

R/ Si, por ejemplo cuando hay iniciativa de ley se le da seguimiento y ahí surge la labor de nosotros de legislar, la corte tiene que hacer cumplir las leyes, pero así, una política encaminada a combatir el aborto no hay, ósea eso se da dentro de la Constitución cuando por ejemplo dice “la persona humana”, Un bebe o un organismo, porque a veces le llaman de esa manera, no se a cuantos meses ya se considera ciudadano, entonces nosotros como diputados velamos por la protección del ser humano, tanto derecho tiene un bebe como una persona que ya nació, desde ese punto lo vemos nosotros y en la comisión de justicia y asuntos constitucionales, ahí se revisa todo lo que es de materia penal.

4. E/ ¿Con respecto a la Configuración actual del código penal, cree que la punición absoluta del aborto es la más idónea o debería de haber algún tipo de excepción?

R/ yo creo que la ley salvadoreña esta clara, de lo que se trata es de como los jueces van a poner en práctica la legislación, a veces las interpretaciones de los jueces de una u otra manera hacen que hayan vacios legales, porque la ley es clara y si la interpretamos tal y como la ley dice, yo creo que esta mas que protegido y más que claro que en el salvador la justicia está en contra del aborto.

5. E/ como se resolverían entonces En los casos de embarazos ectópicos, abortos recomendados por razones médicas o por razones sociales.

R/ para los embarazos ectópicos que es cuando el feto se ubica fuera de la matriz de la madre, hay un procedimiento, le llaman “legrados” y normalmente son embarazos que a las seis, siete semanas el mismo cuerpo femenino los expulsa, ahí no se considera aborto, le llaman que no pudo retener el cuerpo femenino y lo expulso, luego los médicos hacen una y

terapéutico, no están contemplados en la legislación salvadoreña limpia, pero no se considera aborto. Los casos de aborto ético, eugenésico

6. E/ ¿Cree Ud. Que esa es la mejor manera de legislar en cuanto al aborto?

R/ Yo creo que la ley salvadoreña es amplia y clara; si nos mantenemos dentro de la ley usted verá que no hay espacio para los abortos en nuestro país, y es una lástima que a veces se den las confrontaciones entre las iglesias y poderes del estado, pero en realidad hay casos lamentables y esto podría abrir el chorro para que otros casos de aborto se puedan aceptar.

Yo pienso que en un país libre la Persona humana es el centro de todo, entonces tenemos que crear políticas que vayan en defensa de la familia salvadoreña, si se fomenta el aborto lo que se da es una pérdida de valores dentro de la familia, y eso es lo que muchas veces nos lleva al tema de las maras, la pérdida de valores, de moralidad, por ejemplo : el matrimonio, ya las personas no se quieren casar, no se pueden estar con una persona que se casar se divorcian un montón de veces, eso origina una pérdida de valores en el ser humano, se pierde la unión familiar.

7. E/ ¿Que bienes jurídicos se están protegiendo con esta legislación?

R/ Tal vez no bienes jurídicos, si se está protegiendo la figura humana, el ser, además de eso se está protegiendo la moralidad que la sociedad salvadoreña ha perdido bastante y es un llamado a la integración de los valores familiares.

8. E/ ¿para la creación de esta política se han tomado en cuenta los derechos de la mujer?

R/ Claro, los defiende en el sentido de que por decirle algo, nosotros

defendemos la vida y si alguien decidió traer a alguien al mundo, esperamos que esa persona nazca, porque un aborto en muchos casos puede llegar a convertirse en un asesinato y muchas veces muere la mujer, cuantas mujeres no han muerto en esos abortos que se hacen a escondidas en los moteles, muchos casos se les mueren a los médicos y dicen que son asesinadas por las maras, y la verdad es que se han muerto por un aborto mal practicado.

9. E/ ¿Para los casos de embarazos no deseados que son producto de violación o estupro?

R/ Es bien complicado, pero recuerde que cualquiera puede decir que fue objeto de una violación y quiero un aborto, lo mejor son los lavados, que cuando una persona fue violada en la unidad de salud se dan ciertos lavados o tratamientos cuando los casos han sido denunciados, imagínate que llegue una persona a los 3 meses de embarazo y que diga que fue violada y que por eso quiere abortar, es complicado porque a cualquiera le puede pasar, nadie queda exento.

En nuestro país se da también el problema de los malos médicos, así como hay médicos que dan constancias de incapacidad falsas también hay médicos que puede diagnosticar mal un aborto.

10.E/ ¿Cree que podría haber otra forma de regular o condicionar esas mismas conductas, sin tener que recurrir al DERECHO PENAL?

R/ Habría que estudiarlo pero no hay iniciativas, los diputados funcionamos a través de iniciativas de ley pero no hay expedientes que hablen sobre el tema que usted tiene pero si considero que si hay expedientes y casos que se pueden estudiar, valdría la pena hacerlo.

5.2.1.1 ANALISIS Y OBSERVACIONES

OBSERVACIONES	
ITEMS	
1	En reiteradas ocasiones el diputado dijo “no era diputado en esa época”, lo que nos indica el desconocimiento histórico y evolutivo de la ley y la problemática que se desarrollo luego de que una ley se ha reformado, desconoce las diferentes alternativas de protección de la vida del no nacido que pueden existir en una ley para poder prescindir del derecho penal como única instancia de solución de la problemática.
2.	El diputado señala a manera de introducción que no es abogado, ni pertenece a las comisiones encargadas de discutir este tema que para el caso serian “Comisión de Justicia y Asuntos Constitucionales” y “Comisión de la Mujer y Genero”, por lo tanto desconoce sobre la temática en cuestión , sin embargo emite opinión a título personal.
3.	Ante la negativa, se procedió a cuestionar su atribución y deber como Legislador, el diputado responde que cuando hay iniciativa de ley es cuando surge su deber de legislar y expresa que el “bebe y el nacido tienen igualdad de derechos”
4	No responde a la pregunta y responsabiliza al órgano judicial de la interpretación y aplicación de la ley, por otra parte se vale de argumentos meramente positivistas afirmando: “la ley es la ley”
5	El diputado desconoce sobre el tratamiento médico que se les da a las pacientes en hospitales públicos, donde existe una tasa de mortalidad a causa de embarazos de riesgo debido a que la ley también imposibilita al médico para que pueda proceder a la interrupción del embarazo
6	Una vez más se puede apreciar un argumento positivista que además se basa en concepciones moralistas religiosas, lejanas a la realidad de la población salvadoreña. Argumenta que la permisión del aborto fomentaría la “pérdida de valores y unión familiar”
7	El Diputado no sabe lo que es un BIEN JURIDICO y además señala la MORALIDAD como un valor a proteger mediante el Código Penal.
8	Limita el derecho de la mujer al hecho de tener hijos o ejercer la maternidad pero no toma en cuenta el derecho entrañable de no tenerlos, tal como lo señala <i>Aida</i>

	<i>Kemelmajer de Carlucci</i> ⁹⁶ el derecho de tener hijos trae consigo el derecho a no tenerlos.
9	Menciona “lavados”, estos son lavados vaginales que no evitan un embarazo, su función es prevenir infecciones y enfermedades de transmisión sexual, no así en caso de VIH-SIDA o embarazos.
10	El diputado alega que “no hay casos o expedientes” que den lugar al estudio de nuevas alternativas para regular dicho conflicto.
OBSERVACIONES GENERALES	
El diputado alega no conocer en su totalidad sobre la problemática debido a que “no es abogado y además no era diputado en esa época” , este argumento denota la pobreza e incapacidad de investigar sobre una problemática latente en la sociedad salvadoreña, el no conocer sobre la problemática limita y además incapacita a los legisladores para poder realizar su mandato constitucional de “LEGISLAR” con forme a la realidad y necesidades de una sociedad, la mayoría de sus argumentos son basados en “supuestos o en pensamiento religioso moralista” , alejándose de la investigación científica y objetiva que es necesaria para la regulación de una problemática que presenta casos específicos y particulares.	

5.2.2 ENTREVISTA DIRIGIDA A:

DR. OSCAR FERNÁNDEZ. (ASESOR POLÍTICO DE FRACCIÓN FMLN)

1. E/ Como fue que se cambió la configuración del código penal en cuanto a la regulación del aborto, porque en el Código Penal de 1976 se encontraban excepciones de casos no punibles, como es que el legislador toma la decisión de suprimir dichos casos?

La decisión se toma de esta manera; primero hay que decir que el FMLN votó a favor, el asunto es esto, nosotros vivimos en una sociedad muy conservadora, una sociedad donde prima el pensamiento religioso el pensamiento mágico y que en estas situaciones se apela más que al

⁹⁶ Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, 2000.

contenido científico y biológico del problema de la vida humana, se apela mas al sentimentalismo, y la gente dice “hay pobrecito el niño”, bueno y cual niño, en esa etapa todavía no es un niño, bueno entonces el partido nuestro (FMLN) voto a favor porque en esos momentos no convenía (ahora es distinto el caso de esta muchacha Beatriz), entrar en choque con el resto de la sociedad, porque en esta sociedad son la minoría quienes apoyan la libertad de decisión de la mujer, pero la mayoría de gente le va decir que eso es “pecado”, somos una sociedad un pueblo muy penetrado religiosamente, el pecado, el miedo a que va a castigar dios; entonces la derecha aprovecha esas cuestiones y todo esto se dio en el marco de un tratado internacional que tiene que ver con los derechos de la mujer, cuando se llego a la discusión del tema del aborto el FMLN tenia la postura de que ese era un derecho de la mujer, pero que también primaba un problema de educación sexual, tiene que haber una educación sexual desde pequeños. Cuando aquí se estuvo impulsando a través del Ministerio de Educación algunos programas con contenidos de educación sexual, la primera que salto fue la Iglesia; este es un viejo dilema que viene desde la iglesia medieval siglo XIII y XIV donde uno de sus grandes pensadores San Agustín establece esa disyuntiva entre el placer y la reproducción, que es lo que sucede? Que el placer es pecaminoso pero la reproducción es una cuestión de dios, hay ahí un dilema que no se resuelve para la iglesia, usted comete pecado porque siente placer y al mismo tiempo tiene que reproducirse, la mujer tiene su aparato reproductor. Y si hacemos un recuento entre la gente el 90 % no lo ve como política menos como una cuestión científica y cronológica, lo ven como un problema del pensamiento religioso, como parte del pecado, si Ud.:”usted qué opina de que la mujer aborte?” lo que le responden es que es pecado y punto y no hay mas explicación que esa, porque así es el pensamiento religioso no requiere de explicaciones. Lo que priva es el pensamiento más reaccionario de la Iglesia y los del movimiento de Si a la

Vida están ligados a la expresión más de derecha de la iglesia, del opus dei, pero desgraciadamente los políticos y los legisladores a la hora de legislar se someten porque ellos también son producto de ese pensamiento retrasado en donde la mujer no tiene libertad, aun hoy con todos los derechos políticos que ha conquistado, la mujer sigue en segundo plano, en el imaginario histórico de la gente lo que priva es el pensamiento religioso, el pecado es el instrumento de amenaza, el miedo es la forma de dominación, es pecado nacer lo que llaman el pecado original, usted nace y ya es pecadora, imagínese que forma más reaccionaria de pensar, usted sabe que en la Asamblea Legislativa se trata de la suma de votos entonces las derechas están totalmente a favor de penalizar cualquier tipo de aborto, nuestras compañeras diputadas no piensan así, y encima de eso traen aquí a esas organizaciones (si a la vida) y vienen vestidas de blanco, y traen al sacerdote, mueven todo su aparato ideológico, porque es un problema que para esta sociedad machista la mujer tiene libertad “de aquí hasta aquí ” no mas, así es el derecho en las sociedades burguesas, el derecho que se le da a la gente es un derecho que no lesiona a la burguesía, ese es el estado de derecho....”vos podes gritar de aquí para acá, pero no grites mas porque si no te aplasto” ese es el poder del capitalismo. Entonces el mismo efecto surge con el problema del aborto. Es una discusión contra las formas culturales de las sociedades pero es como aquella discusión de si existe dios o no y con un creyente no vaya a discutir eso porque por más que usted demuestre con pruebas científicas que dios no existe el creyente quiere creer y punto, aquí todavía las mujeres culpan de las cosas a las mujeres, es una sociedad conservadora.

2. E/ Considera usted que la punición absoluta del aborto es la mejor forma de prevenir y sancionar este delito?

Claro que no porque en la cuestión del aborto hay que ver cada caso,

no se puede meter todos los casos en un mismo “costal ” del código penal, hay que ver cada caso particular, esta niña Beatriz ha estado siendo a lo publico pero aquí hay un montón de mujeres con ese tipo de problemas, el código penal no es lo adecuado para resolver este problema, pero aquí todo es penal, todo, hemos creado un derecho penal totalmente punitivo y como dijo Zafaroni “es el derecho penal del enemigo”, es un derecho penal que protege a la burguesía contra el pueblo, de quien es el derecho? De la gente? Pregúntele a esta niña Beatriz. No vaya a ser el derecho de una empresa porque ahí si tiene derecho, es el derecho de la burguesía, del capital.

3. E/ ¿Que bienes jurídicos estaría protegiendo el legislador cuando realizo el cambio de configuración?

Es que aquí hay una concepción del derecho penal que responde a la burguesía, y para ellos, todas esas conductas deben ser penalizadas y que además implican una doble moral, es el pensamiento más oscuro de la iglesia, ese pensamiento Ud. cree que ya termino?..... Si usted revisa la historia de la mujer quien es la culpable de los problemas del mundo.... Siempre la mujer y por eso hay que castigarla porque además “le agarro la manzana a la serpiente”....

4. E/ ¿en virtud del “Instinto materno” cree usted que es aceptable obligar a la mujer por medio de una ley penal llevar a término un embarazo no deseado o de riesgo?

El derecho penal es la máxima representación de fuerza del estado, y ese instinto maternal lo tiene la loba, la leona etc..... Ese instinto maternal no es problema del derecho penal, hay peores delitos, como estados unidos puede bombardear un país en nombre de los derechos humanos, y mata cien niños de un bombazo y por otro lado se opone a que una mujer aborte un niño y

acaban de matar a cien, son dobles morales y así se maneja la moral burguesa, o ¿usted cree que las mujeres de la burguesía no se realizan abortos fuera del país? Claro que si, el problema es que esto no se puede probar, pero he tenido conocimiento de casos.

5. E/ ¿Cual considera usted que debería de ser la forma de resolver estos conflictos que surgen entre la vida del no nacido y la de la madre?

Primero hay que decir que el peor instrumento para resolver un conflicto es el derecho penal simple y sencillamente porque él actúa después del delito, no previene nada, lo que se debe hacer primero es reestructurar la educación, nuevos valores, enseñar a los niños y niñas como es la reproducción de la vida, dejar de decir mentiras, si el joven conoce como se desarrolla la vida, como se pueden proteger, esa forma de educación progresista permitiría la disminución de embarazos no deseados y así también los abortos, porque la mujer tampoco puede abortar como método anticonceptivo. Lo peor que se puede usar es el derecho penal frente a este problema, es problema social común y corriente, yo creo que la clave esta primero en la formación educativa, en poder hablar dejando de lado el pensamiento mágico religioso y poder hablar llanamente del sexo, pero aquí no se hace, se oculta se disfraz. La mejor forma de prevenir es la educación y la forma de dirimir estos conflictos es que hay que estudiar cada caso en concreto.

6. E/ Como tendrían que resolverse los casos de abortos por indicación médica, abortos por estupro o violación?

Si un medico hace los exámenes y lo constata medicamente, el tendría que presentarlo en algún lugar, un concejo medico por ejemplo que sería el ente

que le facultaría, pero hoy hemos retrocedido, también hay que tomar en cuenta que hay médicos que cobran grandes cantidades por abortar, existen clínicas clandestinas donde las condiciones no son las adecuadas, hay gente que vende pastillas que ni funcionan a veces son veneno. Aquí si hablamos de practicar un aborto tiene que ser científicamente bien planteado, en algunos países de unas semanas para allá ya no se permite por el desarrollo del feto, en cuba así es y lo primero que le pregunta el médico a la mujer es si quiere o no quiere tenerlo y no hay problema, no hay escándalo. Científicamente hablando cada cuestión de aborto debe ser individualizada, en medicina decimos una cosa “no hay enfermedades, hay enfermos” porque cada enfermo responde de una manera diferente, cada caso de aborto no es lo mismo, se debe revisar cada caso para emitir un dictamen CIENTIFICO Y ETICO. Para los casos de violación como le digo en esta sociedad la mujer es la culpable de todo, desde que mordió la manzana y engaño a Adán....se debe analizar cada caso y aquí la decisión debería ser de la mujer porque hay niñas de 9 años teniendo hijos producto de violación, esto es una tortura...

7. E/ ¿Cree que sería viable regresar al antiguo sistema de indicaciones que regulaba el anterior código penal?

Viable es. Lo que se debe hacer es que las organizaciones sociales lo impulsen, los partidos de derecha se oponen, las organizaciones sociales deben proponer reformas al código penal, y creo que el FMLN lo apoyaría.

La corte va a resolver en contra de Beatriz, eso que nada de eso es cierto, lo que hay es poder y sometimiento hacia las clases bajas, ¿quién es esta muchacha? una campesina pobre, si hubiese sido la hija de un millonario, toma un avión y se va a practicar el aborto a otro país, la pregunta surge otra vez ¿De quién es el derecho? Evidentemente la ley es contra la mujer

5.2.2.1 ANALISIS Y OBSERVACIONES

OBSERVACIONES	
ITEMS	
1	<p>Para el entrevistado la decisión de cambiar la legislación sobre el aborto en ese momento fue por conveniencias políticas, “al FMLN no le convenía entrar en choque con el resto de la sociedad”; esto denota la incapacidad de los legisladores de discutir el tema de forma objetiva sin politizar la problemática, actualmente esa es la principal razón por la cual la temática sigue siendo un tabú, y a pesar de los mandatos de organismos internacionales, el estado salvadoreño sigue incumpliendo tratados internacionales que mandan a hacer una revisión sobre la ley en cuestión.</p> <p>Destaco los siguientes aspectos:</p> <p>El pensamiento “mágico-religioso” imperante en nuestra sociedad, las personas no ven el problema dentro del ámbito político ni científico, sino religioso, la influencia de la Iglesia y los del movimiento de Si a la Vida están ligados a la expresión más de derecha de la iglesia, del Opus Dei</p> <p>Los políticos y los legisladores a la hora de legislar se someten porque ellos también son producto de ese pensamiento retrasado</p> <p>Es el derecho en las sociedades burguesas.</p>
2	<p>A esta pregunta el entrevistado responde con una frase de Zafaroni: “Derecho penal del enemigo”, explica que el derecho penal NO es la mejor forma de regular la problemática pues cada caso es particular, el Código Penal generaliza, incluyendo todo tipo de aborto dentro de un mismo tipo penal que transforma toda acción abortiva en delito.</p>
3	<p>Para el entrevistado esta ley protege : Intereses de la Burguesía y La doble moral de la sociedad burguesa, para proteger dichos intereses utiliza el pensamiento “más oscuro de la iglesia</p>
4	<p>Aquí el entrevistado responde que “el instinto materno” no debe ser problema del derecho penal, resalta la doble moral de una sociedad burguesa y lanza la pregunta ¿Usted cree que esas mujeres de la burguesía no se hacen abortos en otros países?, esta situación que el entrevistado señala es lo que en la teoría se denomina “Aborto turístico”.</p>
	<p>El entrevistado antes de señalar algunas medidas alternativas para la solución de</p>

5	este problema recalca que “El derecho penal es la PEOR forma querer resolver este conflicto” Es necesario: FORMACIÓN EDUCATIVA ; dejando de lado el pensamiento mágico-religioso y Estudio de cada caso en concreto.
6	Para el caso del aborto medico: Debería existir un concejo medico ante este se presentaría cada caso y este tendría que resolver. Para los casos de violación o estupro Señala debería ser decisión de la mujer Es una tortura, para cada caso se debería emitir un dictamen MEDICO Y ETICO
7	A manera de conclusión el entrevistado dice que son las Organizaciones sociales quienes deben promover un cambio en la legislación, (menciona caso Beatriz), y asegura que son las mujeres pobres quienes sufren las consecuencias de la penalización absoluta, menciona el “turismo abortivo” y concluye con una pregunta: ¿De quién es el derecho? Evidentemente la ley es contra la mujer.
OBSERVACIONES GENERALES	
<p>Ante la negativa e imposibilidad de entrevistar a algún diputado y ante la insistencia se concedió la entrevista con el Dr. Oscar Fernández. (Asesor político de fracción FMLN), quien tubo toda la disponibilidad para platicar sobre la temática, durante la entrevista resalto varias situaciones o factores que influyen directamente en la imposibilidad de discusión del tema y su regulación.</p> <p>El pensamiento mágico-religioso , la falta de educación, derecho penal del enemigo, conveniencias políticas, Derecho burgués; todos estos factores en conjunto conforman el aparato ideológico que promovido por los medios de comunicación social, mantiene y legitiman un sistema de penalización absoluta de las conductas abortivas, criminalizando a mujeres que por distintas razones o necesidades han recurrido a realizarse un aborto de manera clandestina o bien que han sufrido aborto espontáneos, propiciando así la existencia de un mercado negro donde médicos y hasta personas ajenas a la profesión se lucran de la venta y comercialización de métodos peligrosos y obsoletos que muchas veces desemboca en la muerte o encarcelamiento de la mujer, por otra parte la existencia de las posibilidades de realización de una interrupción de embarazo de forma segura en otros países, a lo cual acuden la mujeres con capacidad económica. El derecho penal criminaliza a las mujeres de clase pobre, aseguro el entrevistado, esta afirmación está en consonancia con los datos expuestos a lo largo de esta investigación.</p>	

5.2.3 CUADRO COMPARATIVO DE REPUESTAS OBTENIDAS EN ENTREVISTAS DIRIGIDAS A LOS ENCARGADOR DE LA ELABORACION DE LA POLITICA CRIMINAL

ITEMS	FMLN	INDEPENDIENTES
	Dr. Oscar Fernández. Asesor político	Dip. Manuel Rigoberto Soto Lazo
¿Considera usted que la punición absoluta del aborto es la mejor política para prevenir y sancionar el delito del aborto?	No	Si
¿Cuáles fueron las razones del legislador para modificar la configuración del delito de aborto con la entrada en vigencia del código penal de 1998?	Presiones de Grupos conservadores, conveniencia política	yo aun no era diputado en esa época
¿Qué sectores de la sociedad participaron o influyeron en la elaboración de la política criminal relativa a los delitos de aborto?	la iglesia católica, si a la vida y grupos de extrema derecha	
¿Qué bienes o intereses protege el Código Penal al omitir casos excepcionales donde se permita a la mujer realizarse un aborto?	una concepción de derecho penal que protege a la burguesía y criminaliza a los pobres	la figura humana, los valores morales, la familia
¿Dentro de la Política Criminal de punición absoluta, se ha tomado en cuenta los bienes jurídicos o Derechos Constitucionales de la mujer?	no	Si
¿La configuración general del Código Penal es la más adecuada para el tratamiento de este delito?	no	Si
¿Considera necesario judicializar de manera indiscriminada todos los casos de aborto?	no	Si
¿La política Criminal adoptada en materia de aborto, responde al principio de mínima intervención del poder punitivo del estado?	no	no soy abogado
¿Cuál sería la forma más adecuada para regular este problema?	Educación Sexual y sistema de indicaciones	la ley penal
¿En virtud del instinto materno, debe obligarse a una mujer por medio del poder punitivo del estado a llevar a término un embarazo no deseado o producto de alguna violación a sus derechos?	no	Si

5.3 Entrevistas realizadas a los entes encargados de la aplicación de la política criminal o criminalización secundaria.

Las entrevistas se realizaron en el “Centro Judicial Isidro Menéndez”, se escogieron juzgados en los cuales ya se ha tramitado algún caso de aborto, se logro entrevistar a dos Jueces de los Tribunales de Sentencia, la primera entrevista fue realizada en el Juzgado Tercero de Sentencia , Juez: Martin Rogel Zepeda quien mostro gran apertura y disponibilidad al hablar del tema, la segunda entrevista fue otorgada por la juez suplente Gladis Margarita Salgado, Juzgado Sexto de Sentencia quien manifestó que los jueces titulares no otorgaban entrevistas ni encuestas a estudiantes y reiteradamente expreso que “el tema es muy delicado. Pese a los inconvenientes la entrevista se realizo y producto de ello se presentara a continuación; la estructura de análisis será la misma que en el apartado anterior; primeramente se presentara la entrevista con sus respectivas preguntas y respuesta y posteriormente se pasara a la elaboración de un cuadro de observaciones, finalmente se presentaran gráficos de los datos que sea posible cuantificar.

5.3.1 ENTREVISTA REALIZADA A JUEZ: MARTIN ROGEL ZEPEDA; JUZGADO TERCERO DE SENTENCIA

1. E/ me gustaría saber si en este tribunal ya se ha dado algún caso y como es el proceso

Primero hay que mencionar que los casos que vienen a los tribunales prácticamente son nulos, hay una cifra negra de aborto que no son llevados En los tribunales no va encontrar delito de aborto. Lo más usual son homicidios, drogas, no es que no hayan abortos, si no que es una cifra negra En una oportunidad vino un caso pero resulto que no se traba de aborto sino

de lo que conocemos como infanticidio era un homicidio agravado; ahora si viniera un caso de esos el tratamiento que tendría que dársele es señalar vista pública y dictaminar si se mantiene en reserva o no el caso, hay que analizar prueba pericial, dictamen de peritos, pruebas testimoniales, obviamente que en estos casos existen pruebas particulares que hay que tomar en cuenta como es el análisis psicológico, pruebas psiquiátricas para evaluar las condiciones de la madre o de quien provoco el aborto, hay muchos casos que en los tribunales no toman en cuenta las condiciones propias de género y es algo que en la actualidad se debe comenzar a tomar en cuenta, puesto que no solamente se trata de constatar la expulsión violenta del producto de la concepción, también hay que ver las condiciones particulares de la persona, hay casos que tienen una base de carácter social, hay que analizar todo el contexto en el que se produce el hecho.

2. E/ ¿Cree usted que es necesaria o lo más indicado la punición absoluta del aborto?

No, estoy totalmente en desacuerdo, el derecho penal por principio debe ser un derecho penal de última ratio aunque algunos todavía critican esto porque dicen que es el derecho penal clásico, el derecho penal debe ser lo último a lo que debemos llegar. La persona está inmersa en una sociedad determinada y hay que ver cuáles son los factores que provocan este tipo de situación, el producto de la concepción puede ser concebido en una situación de violación y se va obligar a esa mujer a tener un hijo que le va a recordar constantemente esa violación ese evento traumático, aquí cabe la posibilidad de un aborto de carácter ético, como se permitía en el código penal de 1974, encontrábamos ahí el aborto ético, terapéutico, cuando la vida de la madre está en peligro ahí lo que hay es un conflicto de valores, la vida de la madre y la del no nacido, en nuestro código actual no está regulado esta situación, lo que no significa que bajo ciertos supuestos se

pueda permitir el aborto, en el capítulo 2 se regula el delito de aborto, antes había una disposición que planteaba bajo que supuestos no sería punible el aborto; a mí me parece que el derecho penal no es la solución, sin embargo el derecho penal debe regular estas conductas de alguna manera porque no se trata de un cheque en blanco, no se trata de que la mujer pueda abortar cada vez que quiera todas las veces que quiera, pueden haber casos en que se autorice pero debe estar regulada de manera específica, analizar cada caso por medio del especialista, claro que vivimos en una sociedad bastante provincial y eso no permite el mayor desarrollo de las temáticas y se ve a la mujer como un objeto que no tiene la libertad de decidir, en otras legislaciones hay posibilidades de interrupción del embarazo dentro de un término de tiempo, ya pasado ese lapso se protege de otra manera. El derecho penal debe ser lo último, se debe trabajar en una educación integral, en escuelas, en las familias y que aun las religiones se abran a analizar este tema, porque somos seres inminentemente sexuales y son temas que ocultamos y eso no nos permite evolucionar como sociedad. La religión siempre se opone a la educación sexual bajo el argumento de que eso va a dar lugar a un desenfreno, cuando en realidad lo que se pretende es educar para evitar así embarazos no deseados, a mí me parece que hay que trabajar en otras áreas, claro sin dejar de lado al Derecho Penal.

3. E/ ¿Para los casos de delito de aborto, proceden las eximentes de responsabilidad del artículo 27 del Código Penal?

Por su puesto, el art 27 es una disposición general, que puede aplicarse en casos concretos, la política que ha diseñado el legislador ha sido que no se establezca la punibilidad, para mandar un mensaje para decir que aquí no se permitirá un aborto pero eso no quita en determinado caso no pueda concurrir un estado de necesidad o de no exigibilidad, claro eso depende del caso concreto, el juez debe estar atento a la posibilidad de concurrencia de

estos supuestos y los abogados deben estar consientes que estos presupuestos son aplicables a cualquiera de los tipos penales, claro eso hay que verlo en cada caso particular, evaluando los presupuestos, porque ahí lo que se hace es una ponderación de bienes de igual valor vida con vida, es similar a los casos de legítima defensa donde se justifica el hecho de que una persona pueda quitarle a vida a otra, de igual manera en los casos donde la vida de la mujer corre peligro, se le debe permitir el aborto.

El punto es que para ese entonces ya está puesta en marcha la maquinaria jurisdiccional, por eso volvemos al punto anterior, el derecho penal no puede llegar a resolver toda la problemática, previo a esto tendría que existir una ley en materia de salud, habría que trabajar en una ley específica por medio de la que se pueda autorizar, oficialmente el aborto es decir previo a abortar podría autorizarse, el caso de Beatriz se ha planteado ante la sala porque no hay otro ente, si hubiese otro mecanismo, se acudiría por ejemplo a un juez especial que calificaría, tendría que crearse una ley específica que regule quien va a dictaminar. Para este caso ha sido llamado el instituto de medicina legal, pero ellos son personas prejuiciosas, religiosas, ellos saben analizar cadáveres pero en el caso se pone de manifiesto sus prejuicios sobre el tema.

4. E/ ¿cree que esta falta de regulación expresa propicia la criminalización femenina como efecto de una interpretación extensiva de la ley por parte de los jueces?

Sí, me parece que conlleva a que una mujer que quiera abortar lo haga en una clínica clandestina, da lugar a la doble moral, definitivamente también tiene influencia el hecho de que el legislador no ha querido meterse a discutir ese tema porque es un tema que si bien puede generar simpatías en un sector de la sociedad más liberal, pero le resta apoyo por parte de los sectores conservadores, y por eso puede ver que por parte de los partidos

políticos de derecha siempre va sobre una línea de la pena de muerte, prohibición del aborto, lamentablemente los grupos parlamentarios solo están pensando en el voto, lo que no permite una discusión franca sobre el tema y este tendría que ser un tema debatido pero aun en los países desarrollados, también es un tema polémico.

5. E/ Puede haber en estos casos una interpretación extensiva de la ley por parte de los jueces?

Lo que pasa es que hay que ver los parámetros, desde cuando el feto ya es viable porque se han dado casos en que el embarazo ya está en termino y se produce la asfixia de la persona al momento de nacer, ahí no se trata de aborto y se da el cambio de calificación cuando se trata de una vida humana que ya es viable, aquí vino un caso, que por cierto reviso la sentencia y la mujer se puse en libertad porque revisamos la sentencia y determinamos que habían errores por un dictamen de medicina legal, que no hizo la docimasia que establece el protocolo para poder asegurar que había nacido vivo y que en el momento del parto había sido asfixiado. A esas decisiones nos enfrentamos los jueces y se pueden cometer errores por la falta de preparación, por los prejuicios de los mismos peritos, la falta de idoneidad de los jueces, en el código actual los casos son conocidos por un juez de derecho, (ART 52, 53 CPRP)

6. E/ ¿cuáles son los parámetros a considerar para la imposición de la pena en los casos de aborto?

Hay parámetros de carácter general que son aplicables a los casos y específicos en consideración a la persona, la base está en el art 27 de la Cn. Las penas deben tener un fin socializador, readaptador, que la pena no debe ser una venganza, el art 62 y 63 CPn establece criterios de individualización, hay que ver las condiciones sociales, psicológicas, educación de la persona

y por supuesto hay que establecer un mínimo y un máximo de pena, si es una persona a la que se le pueda exigir más por sus particularidades, condición económica, de educación o si por el contrario es una persona pobre, marginada, obviamente el nivel de exigibilidad hacia estas personas es menos.

7. E/ ¿Cuál cree usted que sería la manera más idónea para regular estos casos?

A mí me parece que se debería volver al sistema anterior, donde se regulaba explícitamente los supuestos por los cuales sería permisible o no era punible un aborto, se trataba de los casos terapéuticos, eugenésico y humanitarios, no porque no se pueda aplicar o resolver vía una eximente de responsabilidad penal si no porque hay muchos jueces que consideran que porque no está regulado de esa forma, todos los abortos deben ser punibles, sería necesario una normativa especial que regulara situaciones antes a lo que es el ámbito del derecho penal. Por ejemplo que el médico facultado en casos de emergencia, pueda actuar de manera inmediata, pero en nuestro sistema de salud si un medico procede también se le penaliza, está el ejemplo del caso de Beatriz y lo traen a la cámara porque no hay otro tribunal que pueda resolver, y para el caso que el médico proceda se entera fiscalía y comienza el proceso, hay que probar estado de necesidad etc... no habría necesidad todo esto si existiese un mecanismo expedito que permitiera tomar una decisión en tiempos cortos, no solamente debe existir regulación de materia penal si no también debería existir un ente encargado de este tema, podría ser un juez especialista en esta área.

8. E/ ¿Cómo percibe usted la influencia de la iglesia y grupos conservadores en la temática y hasta en la legislación?

La influencia es muy grande, estos grupos tiene la capacidad de incidir en los

legisladores, en los jueces, este país es sumamente conservador y esta problemática requiere que se esté dispuesto a asumir los costos políticos y los legisladores nuestros no están dispuestos a esto, a tomar una posición clara y no solamente en este tema, creo que hay que educar a la gente para que ya no tenga tanto hijo, nuestro país es sumamente poblado, países más grandes tienen menos habitantes, necesitamos partidos, iglesias que si bien sean conservadores en otras áreas, que en el aspecto social se deben flexibilizar un poco. Las iglesias, las escuelas son mecanismos que inciden en el pensamiento de las personas, deberíamos ser mas autónomos y analizar las necesidades del momento, el reprimir y oponerse de manera contundente a lo que lleva es a que de todos modos se haga, y se haga sin ningún tipo de control y lo que debe haber es eso control para que no se dé un desborde, hay que tener cuidado cuando uno habla de estos temas, la gente lo primero que piensa es que uno está a favor del libertinaje, a lo que debemos ir es a la educación, como vamos a exigir si no educamos y en la actualidad ya no podemos seguir con la idea de que vamos a tener los hijos que dios nos dé, la economía de las familias no está para eso, para darle una vida digna a sus hijos. Entonces una vez más a lo que vamos es a la educación.

5.3.1.1. ANALISIS Y OBSERVACIONES

OBSERVACIONES	
ITEMS	
1	<p>Primeramente el entrevistado menciona la llamada “cifra oscura”, asegura que en el juzgado no se encuentran delitos de este tipo y que es más común encontrar delitos de hurto, robo, extorción</p> <p>En este tribunal se llevo el seguimiento de un caso pero su configuración se cambio al delito de “Homicidio agravado”, dentro de los parámetros que el juez menciona deben tomarse en cuenta en un proceso por delito de aborto llama especial atención el hecho que aseguro:</p>

	<p><i>“Hay que tomar en cuenta las condiciones propias de género y es algo que en la actualidad se debe comenzar a tomar en cuenta, puesto que no solamente se trata de constatar la expulsión violenta del producto de la concepción, también hay que ver las condiciones particulares de la persona, hay casos que tienen una base de carácter social, hay que analizar todo el contexto en el que se produce el hecho”.</i></p>
2	<p>Manifestó estar en total desacuerdo con la forma de regulación del delito de aborto, menciono que debería de tratarse el tema bajo el principio del “derecho penal mínimo”.Además menciono algunos de los supuestos anteriormente regulados en el Código Penal de 1974, como lo son los casos de aborto ETICO, TERAPEUTICO Y EUGENESICO, dentro de su análisis menciono que existe un conflicto de intereses o valores entre la vida del no nacido y de la madre, estas situaciones deben ser reguladas por el derecho.</p> <p>Menciono algunos presupuestos a considerar para analizar la situación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se deben regular de manera específica los casos en que es posible permitir un aborto - Vivimos en una sociedad provincial donde las situaciones no se analizan de forma objetiva - la mujer no tiene la posibilidad de elegir. - El derecho penal debe ser el último recurso a utilizar - Debe haber una educación integral
3	<p>Para el entrevistado, es responsabilidad del juez y los abogados aplicar o solicitar la aplicación de estos presupuestos, menciono que lo que aquí se hace es una ponderación de bienes jurídicos VIDA-VIDA y asimila estos casos a la legítima defensa, donde se JUSTIFICA que una persona le quite la vida a otra.</p> <p>Pero menciona <i>“claro para este momento ya está puesta en marcha la maquinaria jurisdiccional, por eso volvemos al punto anterior, el derecho penal no puede llegar a resolver toda la problemática”</i></p> <p>Para evitar que estos casos se tramiten de esta manera propone que por ejemplo debería de existir una ley en materia de salud que analice y autorice la interrupción del embarazo (Menciona caso Beatriz) sin necesidad que este se tramite por la vía judicial cuando la acción ya ha sido cometida.</p>
4	<p>Afirma que la falta de regulación expresa de estos casos propicia la criminalización femenina además de otras situaciones tales como:</p>

	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de clínicas clandestinas - Doble moral ya que hay mujeres que tienen la posibilidad económica de realizarse abortos en otros países o clínicas privadas - No hay una discusión franca sobre el tema pues los legisladores piensan más en el voto
5	<p>A esas decisiones nos enfrentamos los jueces y se pueden cometer errores por la falta de preparación, por los prejuicios de los mismos peritos, la falta de idoneidad de los jueces.</p> <p>Menciono un caso que fue tramitado dentro de este juzgado donde se condeno a Karina del Carmen Herrera Clímaco por homicidio agravado al constatarse que el producto era viable al momento de su expulsión, sin embargo, el caso fue revisado y la condenada fue puesta en libertad porque se comprobó que el perito no había realizado las pruebas pertinentes para probar que el producto había nacido vivo.</p>
6	<p>Se debe según el juez, para estos casos analizar presupuestos de carácter general y de carácter especial; condiciones sociales, psicológicas, si es una persona a la que se le pueda exigir más por sus particularidades, condición económica, de educación o si por el contrario es una persona pobre, marginada, obviamente el nivel de exigibilidad hacia estas personas es menos.</p>
7	<p>A esta interrogante el juez respondió: “Se debería volver a la regulación anterior”, refiriéndose a los casos de aborto ético, terapéutico y eugenésico, a los casos no punibles que encontrábamos en la legislación anterior.</p> <p>Señala también que hay jueces que por el hecho de no estar regulados los casos específicos, piensan que todos los casos de aborto deben ser punibles.</p>
8	<p>Señala que vivimos en un país extremadamente conservador, donde las iglesias tienen influencias en los legisladores y aplicadores de la ley, “se debe estar dispuesto a asumir los costos políticos” y nuestros legisladores piensan más en el voto.</p>
OBSERVACIONES GENERALES	
<p>El entrevistado mostro una gran disponibilidad y apertura para hablar sobre la temática, uno de los datos más sobresalientes es el hecho de que el juez menciona que es necesario aplicar para estos casos “la teoría de género o las condiciones propias del genero”, aclara que muchas veces este delito tiene connotación social por lo que deben incluirse además de los presupuestos especiales a analiza, presupuestos especiales que</p>	

otorgan a la mujer si es el caso una condición distintiva de otro tipo de delitos especialmente cuando se trata de embarazos que han sido producto de violación o estupro, además aporta posibles formas de solucionar la problemática de una manera alternativa al Derecho Penal, en virtud del principio de mínima intervención del derecho penal, menciona la educación como uno de los factores más importantes para prevenir estos casos, visibiliza la cifra oscura y menciona que en toda la problemática tiene mucha influencia el pensamiento religioso y falta de capacidad de los legisladores de tratar el tema con objetividad, menciona además que de tratarse este tema se debe estar dispuesto a “asumir costos políticos”, dejando entrever que existe un poder o manipulación dentro del seno del Órgano legislativo, señala algunas de las consecuencias de ello, tales como: la existencia de una cifra oscura, que se refiere a delitos cometidos en la clandestinidad y que no llegan a conocimiento judicial, la existencia de clínicas clandestinas donde muchas veces sujetos sin conocimiento aplican procedimientos inadecuados. Aclara que la criminalización es propiciada desde el momento en que la ley penal no hace distinción y regula todos los casos en un mismo tipo penal, podemos vincular a ello, la falta de idoneidad de jueces y peritos que manejan la ley de una forma extensiva, creyendo que por el hecho de no ser regulados expresamente los casos no punibles, todos los abortos deben ser castigados, a esta situación puede sumársele el pensamiento castigador con el cual predominantemente se aplican las penas. A manera de conclusión el Juez menciona que existe falta de educación y capacidad política para abordar el tema.

5.3.2 ENTREVISTA REALIZADA A

**Juez: Gladis Margarita Salgado (suplente)
Juzgado sexto de sentencia**

Juez: Solo que antes de todo le voy a señalar que nos vamos a limitar a hablar de lo legal porque usted sabe que en estos momentos la temática está en discusión, incluso los señores jueces me decían que a ellos no les gusta dar declaraciones o pronunciarse con respecto a estos temas, especialmente por la coyuntura en la que estamos; tarde o temprano nos puede venir una situación de ese tipo y vamos a tener que resolver y pueda resultar que

hayamos adelantado criterio y puede generar inconveniente, pero la vamos a escuchar.

1. E/ Primeramente quisiera que usted me explicara cómo se da el tratamiento a los delitos relativos a la vida del ser humano en formación, en este juzgado ya se ha tramitado algún caso?

No, casos de aborto no se han tramitado, al menos que sea de mi conocimiento, y el tratamiento que se les da es el que se les deba dar en caso de cualquier delito.

2. E/ ¿Cuales son los criterios que en este caso se toman en cuenta para imponer una pena?

Realmente no se cual es el criterio que toman los jueces titulares, le repito esta novela aquí empieza, lo único que le digo que el criterio es el que dicta la ley, el art 1 de la Cn. En relación con el 4.1 de la Convención del derecho humano ya está señalando que debemos protección y dice desde el momento de la concepción, los criterios que se deben seguir son esos, la protección a la vida del ser humano desde el momento de la concepción.

En este caso la acción penal le corresponde a la fiscalía, por denuncia, por aviso, de cualquier manera, que se dé cuenta de la existencia del hecho delictivo que ha afectado a la vida del ser humano, no solo el feto, esto con cualquier ser humano ya sea nacido o no. Que como se dan cuenta? Ya sea que en el hospital tuvieron conocimiento o cualquier persona puede informar que x o y persona posee desde una clínica clandestina o que ella misma se lo realizo. Tiene que establecerse en primer lugar la participación del sujeto activo, que puede ser la madre o un tercero, las formas en que se realiza, usted sabe en que tipos de maneras, extracción o que dentro del útero se destroce el feto, tiene que ser dentro, si hablamos de algo que ya está fuera y que no se realizo ningún tipo de acción ya es otra cuestión.

3. E / ¿Para estos casos es posible aplicar las eximentes de responsabilidad penal del artículo 27 ?

Podría, ser cada caso plantea sus circunstancias, puede darse al caso de que la persona no se encuentre con sus facultades mentales, hay varias situaciones pero cada caso hay que estudiarse. Si concurre, habría que analizar si se va atenuar la pena o para absolverse. Una persona que se ha decretado que no tiene uso de sus facultades mentales y que realiza acciones de esa índole, hasta por su propia salud podría absolverse de responsabilidad penal

4. E/ Para los casos de abortos por razones éticas, terapéuticas y eugenésicas.....

No usted sabe que esos casos no son permitidos, hay situaciones donde comúnmente se entiende que pues un aborto, pero si ya para el caso pongamos por ejemplo el legislador exige que el feto tenga vida, eso es lo que se exige que lo que se va a destruir dentro tenga vida y no estoy hablando del caso en concreto, como ya le dije no sabemos y no quiero hablar de caso concreto, estamos hablando de forma general, porque no quiero tocar caso concreto. Tiene que establecerse que hay vida porque no se puede hablar que hay un aborto cuando ya el producto de la concepción ha muerto dentro de la madre, hasta que se tiene completa certeza de que al salir ya no tenía vida. Hasta ahí voy a llegar.

5. E/ ¿Cuales serian entonces los casos o presupuestos que podrían encajar dentro de los estados de necesidad o de no exigibilidad de otra conducta?

Es que en el caso del aborto no puede considerarse, estamos hablando que es producto de la concepción que tiene vida y que por lo tanto ya se sabe que tiene expectativas de vida, entiende? Pero se sabe que desde adentro

del vientre de la madre ya está establecido que no va a tener vida, para mí en lo personal podría hablarse de un aborto.

6. E/ Es posible bajo nuestra ley plantear una colisión de derechos?

Es complicado porque se habla de la vida de la madre y la vida del feto, del bien jurídica vida en ambos casos, para mí sería muy complicada y arriesgada porque son dos vidas y por lo tanto tienen igual protección ante la ley y si nos vamos al artículo uno, ¿cuál sería la colisión? Si es vida de uno y de otro, ¿Cuál sería la colisión?, si se encuentran en igualdad de derechos.

7. E/ ¿Considera necesario judicializar todos los casos de aborto sin excepción?

Esa es una situación complicada, evidentemente no hay necesidad de judicializar todo, para mi punto de vista no todo no, con lo que tenemos es suficiente no sé si está pensando es sacar una nueva penalidad, de otro tipo, claro que cuando se atenta contra el producto en formación y que tenga vida dentro del útero de la madre, de ahí las diferentes modalidades, para mí no hay necesidad de regular todas las conductas.

8. E/ ¿Con respecto a la punición absoluta del aborto en nuestra legislación penal y su relación con el Principio de mínima intervención, que me puede decir?

Es que lo que sucede es que si estamos hablando de que se está afectando una vida humana como podemos decir que hay una mínima afectación?, usted está hablando de que la ultima ratio seria el proceso penal, pero en este caso es la vida, estamos equiparando la situación del feto con la vida de cualquier ser humano y que si no estaríamos afectando, claro que hay situaciones excepcionales, pero si ya se está señalando que el feto viene con posibilidades de morir como el caso actual tan sonado, porque aun está vivo,

ya me estoy metiendo en camisa de once varas, mejor no hablo de eso, como le repito puede ser que una situación similar venga después y me toque a mi y eso podría generar inconvenientes y no quiero yo hablar de mi apreciación particular, porque podría ser diferente a lo que el legislador.... Y mire usted me está grabando, pero bueno con esto le digo todo, yo estoy sometida a lo que la legislación me establece, lo que me dice la constitución y los tratados internacionales que están suscritos por el salvador y por lo tanto si se me señala que tengo la obligación de defender para este caso la vida del no nacido pues yo tengo que cumplir lo que la ley me establece en este caso.

9. E/ ¿Se han tomado en cuenta los derechos y bienes jurídicos de la madre?

No, cuando es el aborto usted bien sabe, se va tomar en consideración el bien jurídico que se ha dañado, cuando usted habla de las causas de excluyentes, eso se valora y en el aborto no es la excepción, todo eso se valora y tengo entendido que ya se ha absuelto en casos de ese tipo por esa valoración. Tanto en el aborto como cualquier delito estamos obligados a aplicar lo que señala el código penal, no se trata de un caso especial porque es aborto.

10.E/ Se analiza el caso concreto de la mujer tomando en cuenta condiciones especiales derivadas de su género?

No, nosotros valoramos tal como lo plantearon los legisladores y el legislador no tomo en cuenta la teoría de género para esta situación, no quiere decir que porque es mujer se va a sancionar o dejar de sancionar por esa razón, no crea que porque es mujer se le va a privilegiar.

11.E/ En la regulación del Código Penal de 1974 se protegía la vida

humana por medio de un sistema de indicaciones, en la actualidad esas indicaciones ya no existen, se suprimieron con la entrada en vigencia del código penal de 1997, cree usted que este cambio de regulación y suprimir los casos de abortos no punibles fue la mejor decisión del legislador?

Para la criminalización del aborto llegara a ser como en la actualidad, hubo ciertas presiones, evidentemente de la iglesia, grupos conservadores, no fue lo más acertado, pero mejor no quisiera meterme en eso como le repito tarde o temprano puede llegar algún caso a mi conocimiento y espero que no se pronuncie mi nombre en ningún lado. Es que mire nosotros no damos entrevistas porque podría permitir pensar que se ha dado criterio adelantado, hay cosas que yo no comparto pero me debo a la ley, estoy sometida a ella aunque no comparto tengo que cumplir lo que establece. Hubiese sido bueno que se tomaran otros parámetros para establecer la legislación pero usted sabe como estamos aquí, la iglesia como ejerce presión y cierto sector de la sociedad que tiene mucho peso, mucho poder.

Si le contesto esa pregunta estaría dando mi opinión particular y como le dije dar mi opinión puede resultar no coincidente y preferiría que la entrevista llegara hasta

OBSERVACIONES

OBSERVACIONES	
ITEMS	
	Antes de iniciar la entrevista la Juez, “ <i>a los señores jueces no les gusta hablar del tema</i> “, pero manifestó que ella me atendería, se percibía cierto disgusto o indiferencia en sus frases
1	Manifestó que según su conocimiento en este tribunal no se han tramitado casos de aborto, su respuesta fue concreta.
2	A esta pregunta la entrevistada respondió “los criterios que se deben seguir son esos, la protección a la vida del ser humano desde el momento de la concepción”. En este comentario queda en evidencia su pensamiento como aplicador de la ley y

	cuál podría ser probablemente el tipo de resolución que emitiría, su respuesta se limito a mencionar el ente encargado de la acción penal (fiscalía) y las formas de denuncia del delito, un dato importante es que después aclara, que el delito del aborto se persigue como cualquier otro delito al asegurar “ <i>no solo el feto, esto con cualquier ser humano ya sea nacido o no</i> ”. El mandato es bajo este supuesto “la protección de la vida desde el instante de la concepción”
3	Para la juez el único caso que podría adecuarse al artículo 27 del Código Penal serian los casos de que la persona no se encuentre con sus facultades mentales
4	La respuesta otra vez fue tajante “no, usted sabe que esos casos no son permitidos”, como ya le dije no sabemos y no quiero hablar de caso concreto, estamos hablando de forma general, porque no quiero tocar caso concreto”.
5	Para la entrevistada, ningún caso cabe dentro de los presupuestos de “estado de necesidad o no exigibilidad de otra conducta”, y se refiere a que podría permitirse un aborto cuando el producto de la concepción ha muerto y se necesite realizar dicho procedimiento para evacuar el producto. Sin embargo observamos que uno de los presupuestos necesarios para la configuración del delito de aborto es que “el producto este vivo”, por lo que en el caso mencionado por la entrevistada ya no se configuraría como un aborto porque no encajaría dentro de los presupuestos necesarios para cumplir con el tipo penal, no sería una acción típica y por lo tanto no habría delito que procesar.
6	Se puede deducir según la respuesta de la entrevistada que no conoce la teoría de “Colisión de derechos puesto que a la pregunta contesta:” <i>son dos vidas y por lo tanto tienen igual protección ante la ley y si nos vamos al artículo uno, ¿cuál sería la colisión? Si es vida de uno y de otro, ¿Cuál sería la colisión?, si se encuentran en igualdad de derechos.</i>
7	Manifiesta que para su punto de vista no es necesario judicializar todos los casos “Con lo que se tiene basta”, “ <i>No sé si están tratando de establecer una nueva penalidad</i> ”, expresa la entrevistada, para su punto de vista siempre que se trate de la muerte de una vida dentro del útero de la madre, se tratara de un aborto y este tendrá que ser penado por la ley.
8	La entrevistada dice que para los delitos contra la vida no cabe el principio de “mínima intervención del derecho penal ” pues no hay una “mínima afectación” y en este punto dice que prefiere no hablar más porque no quiere “Adelantar criterio” y además se trata de un tema polémico y agrega “Y mire usted me está grabando,

	pero bueno con esto le digo todo, yo estoy sometida a lo que la legislación me establece”.
9	A esta pregunta la entrevista responde de una manera tajante explicando que los derecho de la mujer no se encuentran contemplados pues de lo que trata este delito es de una lesión al bien jurídico vida del no nacido por lo tanto protege su derecho y señala que “no se trata de caso especial porque sea aborto”
10	En esta respuesta aclara lo antes dicho, No se aplica la teoría de género no se valoran condiciones especiales relacionadas al género puesto que, alega proceder conforme a lo establecido por el legislador y este no tomo en cuenta dicho parámetro, por lo tanto la ley se aplica. La jueza considera que hacer consideraciones especiales propicia la desigualdad, puesto que no se le debe otorgar privilegios a nadie por el hecho de ser mujer y agrega categóricamente: “no se aplica, no crea que porque es mujer se le va a privilegiar”.
11	Menciono varios aspectos importantes para que se diera el cambio de legislación: Presiones de la iglesia y presiones de grupos conservadores de derecha. Sin embargo se detuvo y expreso su preocupación por estar siendo grabada y dijo que esperaba que su nombre no se mencionara en ningún documento

OBSERVACIONES GENERALES

A lo largo de la entrevista la Juez se manifestó reservada y se limito esencialmente a hablar legalmente, alego que la ley es la ley, “que ella se debe a la ley aunque no la comparta”, se pudo denotar temor al hablar sobre la problemática y todo el tiempo evito hablar sobre casos concretos, la mayoría de sus repuestas son tajantes y breves y su actitud hacia la entrevista fue de recelo, incluso hizo mención de su preocupación por la posibilidad de publicación de esta entrevista, alego que podría estar “adelantando criterio ” y en muchas acciones prefirió no contestar o cortar su idea. La entrevista finalizo abruptamente cuando ella expreso: “Si le contesto esa pregunta estaría dando mi opinión particular y como le dije dar mi opinión puede resultar no coincidente y preferiría que la entrevista llegara hasta aquí, hágame el favor de apagar lo que está grabando” La imposibilidad y el temor de hablar sobre el tema es una de las características que se evidencian en muchas personas y instituciones de gobierno, la tematica del aborto sigue siendo un tema tabu, del cual no se puede conversar libremente, pues cualquier declaración o argumento puede conllevar a “Costos políticos”, incluso para el caso la Juez, aunque hablo del tema lo hizo con temer y reservas donde opino meramente apoyada en la ley vigente alegando que ella se debe a ese mandato Constitucional “obedecer la ley

aunque en algunas ocasiones no esté de acuerdo”, sin embargo ante la pregunta donde se busco saber su opinión sobre la regulación de este delito dijo “actuar conforme a ley”, y decidió dar por terminada la entrevista sin contestar mas.

5.4 CUADRO COMPARATIVO RESPUESTAS OBTENIDAS EN ENTREVISTAS REALIZADAS A LOS ENCARGADOS DE APLICAR LA POLITICA CRIMINAL O CRIMINALIZACION SECUNDARIA

ITEMS	Juzgado tercero de lo penal Juez: Martin Rogel Zepeda	Juzgado sexto de sentencia Juez: Gladis Margarita Salgado (suplente)
¿Considera usted que existe una omisión por parte del legislador al no contemplar explícitamente los casos de aborto no punibles?	si	no
¿Cree que este tratamiento u omisión de las figuras de aborto no punible dentro del Código Penal propicia la criminalización de la mujer?	si	si
¿En el tratamiento de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación se toman en cuenta los casos de no exigibilidad de la conducta o estado de necesidad?	a veces, depende del juez y del abogado	si
¿La omisión de casos de aborto no punible dentro de la legislación penal Salvadoreña puede conllevar al juzgador a una interpretación extensiva de la ley?	si	no
¿Al realizar el juicio de subsunción de la conducta dentro del tipo penal, se analiza la posibilidad de colisión de los derechos del no nacido con los de la madre?	no	no
¿Considera usted necesario judicializar toda conducta abortiva?	no	si
¿Al procesar y juzgar a una mujer por el delito de aborto, se toman en cuenta sus condiciones de salud mental, emocional, económicas, sociales?	si	si
¿Cuáles son los parámetros a considerar para la imposición de la pena?	culpabilidad, teoría de género, condiciones especiales o particulares	condiciones generales que se analizan en todo delito
¿Dentro del proceso penal que se aplica a la mujer, se analiza y toma en cuenta la teoría de género?	no	no
¿Cuál considera usted que debería de ser la manera más correcta de regular esta problemática?	educación sexual, sistema de indicaciones	prefiero no dar mi opinión particular

5.5. ENTREVISTAS DIRIGIDAS A SECTORES INFLUYENTES, SECTORES SOCIALES Y OPINION PROFESIONAL.

Las entrevistas que se presentan en este apartado fueron una selección de sectores u organizaciones de la sociedad que en determinado momento han influido o participado o han tomado una postura política a cerca del tema, para su análisis se utilizara la siguiente estructura:

- Se presentara entrevista
- Cuadro comparativo de preguntas y respuestas

5.5.1 Entrevista dirigida a Esmeralda Cabrera

Licda. En Sociología.

(Representante de Movimiento Salvadoreño de Mujeres Melida Anaya Montes, “Las Melidas”)

1. E/ ¿Cree usted que la punición absoluta es la mejor política para prevenir y sancionar las conductas abortivas?

No porque estamos atentando contra la vida de las mujeres, esa política es producto de un retroceso que hubo en 1998, se debe buscar la eliminación de este tipo de pensamiento basado en la moral religiosa, es una política que viene de ese pensamiento conservador. No hay para la mujer posibilidad de elección solo se priva a la mujer por argumentos morales y no científicos, muchas veces ni se toma en cuenta que ese feto no va a vivir o tiene alguna enfermedad, se priva desde el sentimentalismo y no desde lo científico.

2. E/ ¿Cree que dentro de esta política se defienden o se toman en cuenta los derechos de la mujer?

No y el problema del aborto es un problema que atañe a la mujer, porque es ella quien sufre todas las consecuencias de la penalización absoluta, los

hombres no están siendo juzgados y encarcelados por su paternidad irresponsable, se juzga a la mujer y dentro de toda esta discusión es la que menos derecho tiene a opinar. Con esta regulación se está irrespetando el derecho a la vida de la mujer, porque muchas mujeres mueren a causa de embarazos ectópicos y muchas veces, muere el feto y muere la mujer, no se está respetando ni la constitución.

3. E / ¿Cree que es necesario judicializar todos los casos de aborto?

No se debe aplicar este sistema extremadamente punitivo si ni siquiera existe avances en cuanto a una educación sexual y laica en las escuelas, en la salud, este tipo de configuración es producto de valores anti derecho porque violan el derecho que tiene toda mujer a tomar una decisión libre sobre su cuerpo y agregándole los dogmas judío cristianos.

4. E/ ¿En virtud del instinto materno cree que es correcto obligar a una mujer a llevar a término un embarazo no deseado, riesgoso para su vida o producto de alguna violación a sus derechos?

Los seres humanos, somos animales, pero lo que nos diferencia de las demás especies es que tenemos capacidad de razonar, tenemos conciencia, podemos racionalizar, no podemos pensar que así como los animales tienen instintos de cazar, de vivir, no es lo mismo con los seres humanos porque tenemos la capacidad de elegir como llevar nuestras vidas, cuando se dice instinto materno se está naturalizando el hecho de ser madres, cuando la mujer tiene la capacidad y el derecho de decidir cuándo tener hijos y cuántos hijos tener, así mismo si es que no quiere tener, el instinto materno es una construcción social, a las niñas desde pequeñas se les educa para ser madres; es algo aprendido, lo que pasa es que esta problemática siempre se discute desde la moral religiosa, la moral judío cristiana, no hay ciencia, no hay ética. Además para los casos en que la mujer ha sido víctima de

abuso sexual, estamos en contradicción a lo que muchos protocolos internacionales dicen, la mujer tiene el derecho a vivir una vida libre de violencia y por ende al ejercicio pleno de su deseo y si se trata de un caso de violación debe ser ella la que decida si este embarazo llega a término, el estado no debe decidir por ella menos cuando ha sido víctima de violencia |En el salvador hay muchos convenios que no han sido ratificados porque siempre se sigue con la visión moral de la situación real de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer el estado no se debe intervenir en la vida privada de la mujer, el papel del estado debe ser velar por que se cumplan sus derechos como ciudadana, ese es el deber del estado, garantizar el ejercicio libre de sus derechos y por ende de su decisión, porque la mujer es un sujeto de derechos, que vive, que vota, que tiene nombre y todos los atributos como persona, caso contrario el feto que constituye una esperanza de vida.

5. E/¿Cómo se debería regular esta controversia?

Para mi no debería existir ninguna forma de punición en los casos de aborto, yo pienso que es derecho de la mujer decir sobre su cuerpo, es contradictorio que prime la vida de un ser que aun no se puede llamar ciudadano que la vida de una mujer ciudadana con plenos derechos, se debe regular el derecho a la vida, pero no desde la concepción, el mandato constitucional dice que nadie debe gozar menos derechos por las circunstancias, entonces en este caso se está haciendo lo contrario, el derecho penal está privando a la mujer de un derecho en razón de su circunstancia. La idea que dice que se es ser humano desde la concepción deviene de una idea religiosa que habla de ello como algo mágico y no, realmente lo que hay es una mezcla química, un ovulo y un espermatozoide, pero para ellos en su ideario religioso es un ser humano porque posee alma, pero entonces quiere decir que nuestra constitución se maneja por ideas

meramente religiosas y no científicas y laicas como debería de ser. Se debe regresar a la antigua forma de regulación, donde se contemplaban casos de abortos no punibles. En El Salvador no es posible despenalizar toda forma de aborto porque sabemos que el estado salvadoreño tiene una gran influencia de la iglesia católica.

5.5.2 Thelma de Hata, Miembro Junta Directiva.

Si a la vida

1. E/ como surge su organización

Si a la vida es una asociación sin fines de lucro, apolítica, que se dedica al rescate de los valores morales, la familia, luchar contra la pobreza, derecho a la vida y básicamente se divide en varios proyectos, tenemos lo que la ayuda y defensa de la vida de la mujer, que es donde vienen mujeres que quieren abortar y se les brinda la información y ayuda, más del 99% de los casos es falta de información, las mujeres no saben los riesgos y peligros que conlleva un aborto, se les brinda el apoyo emocional, medico y cualquier otro apoyo que necesiten dependiendo de cada caso, también tenemos un hogar de madres solteras, hay casos de mujeres que vienen con embarazo inesperado y ojo digo embarazo inesperado porque un embarazo nunca es no deseado, siempre va haber alguien que lo desee, que quiera a ese bebe; a veces tenemos casos en que la mama del bebe no tiene donde ir, se les ofrece albergue , se les da educación apoyo psicológico, a lo largo de su embarazo. Otro de los proyectos importantes es el de prevención, nos dedicamos a dar capacitaciones a lo largo del país, en escuelas, colegios, empresas, sobre el derecho a la vida del ser humano, no solo el aborto si no también una sexualidad sana y plena que es dentro del matrimonio para evitar consecuencias emocionales y psicológicas. También abordamos

temas como maternidad responsable, los métodos artificiales, uso de condón, pastillas, tratamos de tener un programa completo de educación para prevenir que lleguen aquí a esta puerta, porque muchas de estas mujeres, son por falta de información, pero nosotras aquí atendemos a cualquier mujer que venga por cualquier razón que necesite ayuda económica, porque el aborto nunca es una solución, necesitamos prevenir estas cosas.

La fundación si a la vida nació por un grupo de padres de familia interesados en defender el rescate de los valores de la familia, por hablar y concientizar en la importancia de la dignidad humana que empieza desde el instante de la concepción hasta la muerte natural. Tomamos estos temas de importancia porque queremos ser un ejemplo para la sociedad, positiva en cuanto a la vida, los valores, la familia, la sociedad de ahí surgió la idea, bueno sabemos lo que está pasando, hagamos algo, no solo nos quedemos diciendo hay dios mío y hagamos algo, de ahí surgió. Hemos salvado a mas de cinco mil bebés del aborto. Hemos tenido casos de violación, se les ofrece ayuda psicológica para superar el trauma y saber conllevar este tipo de embarazo, la mujer esta en la facultad de decir si acepta este tipo de ayuda que es el que les ofrecemos, les brindamos albergue según el caso.

2. ¿Considera usted que la punición absoluta del aborto es la mejor manera de prevenir y sancionar el delito del aborto?

E/ Tengo entendido que para su organización Si a la Vida participo e influyo activamente en la elaboración de la política criminal relativa a los delitos del aborto en 1997 cuando se reformo el Código Penal y posteriormente en la reforma Constitucional del artículo numero 1. Si fue un proceso en donde se pidió que se ratificara el hecho de que aborto fuera ilegal, incluyendo los tres casos que se mantienen como no punibles a nivel mundial, que son los casos de malformación congénita, salud de la madre o violación. En 1993

fue el decreto legislativo donde se instauró el día del derecho a nacer y en 1997 fue la reforma del código penal, a partir de ese momento todo tipo de aborto es penalizado en el país, también se reformó el artículo uno de la constitución que se ratificó en 1999 donde se reconoce a todo ser humano desde el instante de la concepción y finalmente en el 2006 se ha iniciado una lucha para proteger la institución del matrimonio aunque aún no se ha logrado la ratificación, estamos esperando ahorita que ya vengan las elecciones. Nosotros somos una entidad apolítica, lo que pasa es que a veces nos vemos obligados a opinar públicamente sobre algunos temas, nosotros solo tratamos de mantener un punto de proveer información y esperar, educar y capacitar sobre los conocimientos, esperando que se tomen las decisiones políticas correctas que beneficien a la familia, al país, de ahí nosotros no tenemos control de lo que van a legislar, lo único que podemos hacer es concientizar.

3. E/ ¿cuál cree usted que es la mejor forma de regular los casos de embarazos ectópicos, los casos de malformaciones congénitas en el feto o casos de embarazo producto de violación o estupro?

Primero ahí viene lo que se conoce como eufemismo, ético, eugenésico, descifremos, que significa ético, que por situaciones éticas hay que terminar con ese embarazo, eso se pretende con esa palabra, el terminar la vida de un ser humano nunca es ético, se alega en varios casos, ejemplo por violación, es un caso bien difícil emocionalmente, pero que es lo que pasa, que el aborto y si tú te preguntas por internet hay todo tipo de estudios para lo que tú quieras creer, pero al hablar de estudios científicos el provocarle un aborto a una mujer después de una violación pasa de ser víctima a tener una traba de culpabilidad emocional espantosa y en muchos estudios se traduce en una segunda violación, una segunda invasión a su cuerpo, hablando del trauma a la mujer, de ahí las demás consecuencias físicas,

como hemorragias, esterilidad, porque no existe ningún aborto seguro. Un aborto es un trauma aunque la mujer haya solicitado el aborto porque no lo quiere. Tú me imagino que no sos mama, pero me imagino que si podes imaginarte el amor que una madre siente hacia sus hijos, yo tengo dos, uno especial y uno normal, entonces, hay casos donde los padres pierden a un hijo, la ley de la vida es que el hijo tiene que enterrar a sus padres, pero cuando es al revés, eso es en contra de la naturaleza, ahora imagínate si esta mujer se provoco un aborto ella algún día va pensar “yo mate a mi hijo”. Violación un trauma el borto seria un caso aun peor, eso que dice “hay es que va pasar viendo la cara del violador, se va pasar acordando todos los días del violador”, bueno y las niñas que nosotros tenemos aquí fueron violadas y aman a sus hijos. Por mal formación, dos cosas si es un caso extremos donde el niño no es viable fuera de la madre, como el caso de Beatriz, ese es un caso extremo, pero hay maneras éticas de manejar un caso así, especialmente cuando la madre no corre peligro, en este caso la madre no corre peligro, los médicos han hecho un trabajo extraordinario cuidando a esta mujer porque si tiene un cuadro médico difícil, pero ya se está controlando. Un caso así se controla de cerca a la paciente, ya después de las 20 semanas ya no es un aborto, se induce a un parto y no va a sobrevivir porque no hay manera que sobreviva un bebe sin cerebro, de ahí otros casos que le falta un pie, una mano, tú no has visto en la tele la entrevista de un hombre que no tiene todas sus extremidades y es pintor.... Maravilloso, crees que el se merecía que su madre lo matara? Es que la vida no tiene control de calidad, imagínate tus papas hubieran dicho, huy esta va nacer enana, huy con pelo negro y no tiene ojos azules, no va ser buena en matemáticas así que como no va a nacer como nosotros queremos entonces mejor la vamos a matar, imagínate que tus padres hubiesen dicho eso. Nosotros no podemos decidir a quién matamos y a quien no, solo dios puede hacer eso, solo dios tiene el don de dar y quitar la

vida, nuestro trabajo es proteger ese regalo que nos ha dado dios que es la vida y sea como venga porque no tiene culpa. En un embarazo ectópico, que es cuando el feto se aloja en las trompas de Falopio, es bien riesgoso, pero también hay maneras ética, se tiene que monitorear diariamente a la paciente y al embarazo, eso embarazos no duran mucho, naturalmente el cuerpo los expulsa, es un aborto natural, se debe esperar a que el cuerpo de la mujer lo expulse naturalmente, porque el cuerpo es sabio, hay casos en que si el feto no ha sido expulsado, los médicos están monitoreando de cerca a su paciente, en caso de hemorragia interna, porque lo que sucede es que el feto con su crecimiento revienta la trompa, entonces que se debe hacer? Y es moralmente aceptado, se va y se repara el problema, cual es el problema? Cortar el pedacito de la trompa y ya para la hemorragia, ahí no se está atacando directamente al bebe, aunque lo más probable es que no sobreviva, se está tratando el problema médico no atacando al bebe, porque el problema no es el bebe, es donde se alojo , entonces se ataca la trompa, se trata eso y las consecuencias pueden ser muchas, pero dios es maravilloso, si en el proceso se causa la pérdida del bebe no es moralmente objetable porque se le dio el tratamiento adecuado. Conocí a una mujer que tenía cáncer, ella tenía tratamiento, tubo su hijo y gracias a dios su hijo no tuvo consecuencias por el tratamiento, lo que hay que ver aquí es que el problema de cáncer no lo produjo el bebe ni tampoco le estaba agravando su problema, el bebe es simplemente una complicación de logística, ella puede llevar el tratamiento para su enfermedad y para su bebe. A parte de la preclampsia que si es un problema directo que afecta a la mama a causa del embarazo, lo que se hace es una cesárea y sobrevive el bebe, de ahí no hay casos que se diga que el embarazo es el culpable, no para eso hay condiciones medicas, yo estaba enferma de los riñones y un montón de cosas, eso se arreglo medicamente. El bebe no tiene la culpa de ningún problema médico de la mama.

4. E/ ¿Estas soluciones médicas que usted menciona se brindan en los hospitales públicos de nuestro país?

Es complicado los casos que nosotros tratamos son los casos que nos vienen directamente, de ahí datos externos no manejamos, no manejamos estadísticas ni nada de eso. Yo se que hay grupos de médicos de bioética que estan preocupados de concientizar a otros médicos de tratar a los pacientes con este punto de vista, nosotros solo trabajamos con lo que viene aquí.

5. E/ ¿cree que es necesario penalizar todo tipo de aborto?

En nuestra legislación como vos sabes que no se permite ningún tipo de aborto, es la ley.

Todo lo que te he dicho es basado en estudio científico, no es una creencia no es cuestión religiosa, es que así es, por ejemplo la vida comienza desde el instante de la concepción, desde ahí ya no es solo un ovulo, no es solo un cigoto, es una vida, científicamente así es. Hay diferentes pensamientos pero esas solo son teorías. La verdad es que desde el instante de la concepción ya está ahí el color de ojos, el color de pelo, ese cigoto ya es un ser humano no es que luego se va a convertir, lo que pasa es que así se ve un ser humano en las primeras etapas de su vida de su desarrollo, un bebe de un mes se ve diferente a un niño de un año, un bebe de cinco años se ve diferente a uno de trece, un adulto un anciano, esa es la foto de un ser humano en desarrollo, que pasaría si nos dijeran el ser humano tiene que verse así (muestra una pintura de jesus), mi hijito no se ve asi y solo por eso lo voy a matar?

6. E/ ¿Dentro de la política de punición absoluta de los delitos del aborto, se han considerado los derechos de la mujer?

Claro que si, aunque en otros países ya existe el aborto legal, para el caso

de Beatriz por ejemplo ya no es un aborto y lo ético es que se de un parto via vaginal, hay organizaciones que mienten en los medios de comunicación y hacen ver como que los médicos no están actuando. Todo ser humano tiene derecho, así que tu no puedes decidir por la vida de alguien más, es el bebe no es parte del cuerpo de la mama solo porque lo lleva dentro, partimos de que todos tenemos derechos iguales, pero nadie tiene derecho de decidir sobre la vida de alguien más. Desafortunadamente en otros países permiten el aborto y digo desafortunadamente porque el aborto no se debe permitir bajo ninguna circunstancia. El aborto natural ya es otra cosa.

5.5.3 ENTREVISTA DIRIGIDA A Rosa Gutiérrez

Fundadora y Presidenta de Católicas por el Derecho a Decidir

1. E/ ¿Cree usted que el sistema de penalización absoluta es la mejor forma para prevenir y sancionar este delito?

Claro que, no porque la penalización absoluta trae otros problemas no son solo legales, propicia un aprovechamiento de gente que practica abortos en hospitales o clínicas privados, ellos se enriquecen, el mercado negro vende Misoprotol a precios bien altos, las mujeres que no saben no utilizan este método, ellas no pueden pagar y por eso recurren a métodos que no son, como meterse agujas de crochet, varillas de sombrilla, y eso produce la infección, hay mujeres que se ponen antiparasitarios en la vagina, acido de batería, esto no provoca el aborto, se dan hemorragias pero son a nivel vaginal, hay tantas cosas, y cuando tenemos ese fenómeno de la penalización absoluta, es tan dañino para nuestro país, lo que resulta es que existen dos grupos, uno de mujeres que pueden hacerlo en clínicas privadas, con misoprostol o viajando a otro país y el otro grupo de mujeres que son las mujeres empobrecidas y que es un grupo más grande que es el que no tiene

acceso, las muertes maternas aumentan, además de eso todos estos gobiernos han decidido ser cómplices de todo esto, mantiene en silencio las estadísticas sobre mortalidad materna, hay una clandestinidad tan terrible, y la gente piensa, estamos bien no hay muertes maternas, lo que pasa es que todo está oculto. En un país que se dice que estamos de avanzada no puede ser que haya mujeres que mueran y otras que fácil se van para Miami y problema arreglado en pleno siglo XXI.

2. E/ ¿Cómo debería de ser el sistema o la forma de regular este problema?

En primer lugar debería de haber educación sexual a nivel de todo estudiante, porque son ellos los que más necesitan saber, una educación sobre métodos de planificación familiar a las mujeres, regular los precios y que las chicas se tomen así la conciencia de su derecho a decidir, es necesario. El estado tiene la obligación de garantizar la salud y por lo tanto tiene la obligación de garantizar un aborto legal, seguro y gratuito, estoy segura que si se implementara un sistema de educación junto con la de penalización del aborto, estos disminuirían, porque la mujer no va ignorar, se le habrá dado el conocimiento, para poder decidir si quiere o no quiere tener un hijo, tener placer usando métodos, porque hay un alto índice que jovencitas que se suicidan porque no quieren ser madres ese fue un estudio del UNFPRA no estoy inventando.

3. ¿En virtud del instinto materno cree que es correcto que a una mujer se le obligue a llevar a término un embarazo producto de violación o cuando su vida corre riesgo, por medio del poder punitivo del estado?

No es correcto, además no es instinto lo que tenemos si somos animales pero somos racionales, la maternidad se puede racionalizar, ellas pueden decidir y por eso la obligación del estado debería de ser permitir y brindar las

condiciones necesarias para que un producto de la violación sea evacuado, porque las chicas han sido abusadas, no los quieren, después los maltratan, además caen en un círculo de violencia. Yo como católica por el derecho a decidir estoy a favor de que se les permita a las chicas decidir sobre sus cuerpos por medio de una educación sexual libre de prejuicios y que el estado deje puertas abiertas para que la chica decida si evacua o no un embarazo, por supuesto que no va ser como una obligación o costumbre, no eso se trata de una decisión personal en un momento, dependiendo de las circunstancias. Porque nosotras no tenemos instinto, somos seres racionales, las mujeres somos seres racionales.

4. E/ ¿cuál es su postura ante la influencia de la Iglesia Católica dentro de las políticas punitivas relacionadas con el aborto?

Nosotras como católicas por el derecho a decidir tenemos una práctica, yo me eduqué en los comités de base eclesiales, ahí aprendí que la jerarquía católica es como un pequeño reino, a nivel mundial todos le ofrecen pleitesías, es un pequeño reino y ellos utilizan la mente de las personas para poder dominarlas, por ejemplo el castigo, la condena del infierno y nosotras somos católicas y se preguntara porque hablamos así, y hay gente que dice que no soy católica, claro que lo soy, soy bautizada y si me quiero salir de esa lista tengo que seguir un juicio que se llama apostasía, para que me borren del libro solo deja de ser católica si la borran del libro de la vida del vaticano. Entonces yo no estoy de acuerdo con las políticas de la iglesia, y como tengo conciencia, razón, puedo decir “yo no estoy de acuerdo con lo que está diciendo el arzobispo” porque está diciendo mentiras, hay documentos de la iglesia que permite todo tipo de aborto y porque esto no se lo dicen a la gente? Nosotras no estamos de acuerdo con que engañen a la gente, además no tienen la capacidad ni moral ni ética, la iglesia católica debe cambiar, de quien es la iglesia católica? De los poderosos, la iglesia ha

impuesto tantos dogmas, por ejemplo el dogma relacionado a la virgen María; que es santa, nombre si todas las mujeres somos santas y nos ponen a María como la única santísima y nosotras que somos entonces? Grandes putas?.....

No cabemos en lo que ellos quieren de la mujer, yo no estoy de acuerdo con sus políticas, además desde que se empodero impulso un ataque masivo contra las mujeres, la iglesia tiene que cambiar sus políticas.

Las mujeres somos sabias y no se nos toma en cuenta, no se respeta nuestra capacidad de decidir, nosotras sabemos que no hay infierno, son mentiras de la iglesia, que nos van a excomulgar, si el derecho canónico permite el aborto, el mismo papa Benedicto XVI, cuando no era papa todavía dijo; “entre la conciencia y dios nadie interviene” , una mujer que ha decidido abortar, ha consultado con su conciencia y entonces dios esta con ella.

5.5.4 ENTREVISTA DIRIGIDA A Licda. Margarita Rivas Directora Unidad de Genero de la Universidad de El Salvador.

1. E / Cree usted que la punición absoluta es la mejor política para prevenir y sancionar el delito?

Bueno antes de 1998 se permitía fue a partir de una gran campaña de la iglesia católica que violento el estado laico, porque supuestamente eso somos constitucionalmente hablando, que se aprueba el cambio de configuración, ese legislación es absoluta, no deja la posibilidad ni siquiera de salvar la vida de una mujer, cuando el producto es inviable, ni cuando es embarazo producto de una violación, no deja ninguna posibilidad.

Yo soy defensora de los derechos humanos y esta legislación es totalmente violadora de los derechos humanos y el derecho de la mujer a decidir, es una ley que viola tratados internacionales, es absolutista, y afecta sobre todo a

las mujeres pobres que no tienen acceso a nada. La mayor parte de los países permite el aborto aunque sea en algunos casos específicos, en América latina solo República Dominicana, Nicaragua, Honduras y El Salvador tienen ese tipo de penalización absoluta, esto nos dice que en otros países se valora más la situación de la mujer.

2. ¿Cree que esta legislación propicia la criminalización femenina?

Esta ley es tan restrictiva que aun las mujeres con problemas obstétricos que sucede mucho en el campo, son criminalizadas, muchas veces las encuentran tiradas inconscientes y se las llevan al hospital ahí hacen la denuncia e inmediatamente se van presas en la actualidad hay 24 o 26 mujeres presas y son mujeres de extrema pobreza y son condenadas hasta 30 años, es algo grotesco.

3. E / ¿Cree que dentro de esta política elaborada por la Asamblea Legislativa se tomó en cuenta la situación real y los derechos de la mujer?

No para nada, ni consultaron a las mujeres, ahí la voz que primero fue la de Julia Regina de Cardenal y su organización Si a la Vida que llegaron con argumentos religiosos, fuera de lo que es una discusión jurídica y política. En El Salvador no se respeta el estado laico, está bien que crean en Dios y todo lo que quieran creer, lo que no es bueno que quieran imponer sus creencias religiosas a través de una ley, es bien importante.

4. E/ ¿cuál cree que debería de ser la manera correcta de regular este problema?

Se debería por lo menos volver a la legislación pasada donde se permitía el aborto en algunos casos, tuviéramos hasta menos casos, el 30% de partos que se atienden son de niñas de 9 a 16 años y son niñas violadas, hay una

gran impunidad en todos los aspectos, hay misoginia en esa legislación, al menos deberían reformar y dejar esas tres eximente, porque venimos e involucionamos? Para mi no debería de ser punible el aborto, porque no lo impide, li impiden otras medidas, educación, acceso a métodos anticonceptivos, que acaso las mujeres no tenemos suficiente ceso para decidir sobre nuestra maternidad, el aborto no es un método anticonceptivo, para nada, pero cuál es el temor de dejar a las mujeres la libertad de decidir. En una sociedad tan dogmatica y tradicional como la nuestra lo mínimo que se debe exigir es que se permita el aborto en las tres eximente, caso de violación, cuando la vida de la madre corre peligro y si el feto es inviable o posee una malformación congénita.

5. E/ ¿Cree que es correcto que se aluda al instinto materno para culpabilizar a una mujer en caso de aborto?

No es que no somos animales que no piensen, nos movemos atreves de decisiones no de instinto, tenemos amor de madre que es otra cosa y que es construido en un ideario social, es una descripción del amor, el amor es un concepto. Además como le van a exigir a una mujer que producto de una hemorragia ha caído inconsciente que cuide a su hijo... las mujeres no somos sobrehumanas, si hay casos que realmente en las sentencias se pueden ver argumentos cargados de estereotipos tan profundos, yo leí una sentencia que decía “aborto por infidelidad” esa gente debería de ser enjuiciada porque es en base a estereotipos que están juzgando, la legislación es tan discriminadora, los hombres si tienen el derecho a decidir cuándo, dónde y con quien tener hijos y las mujeres no y el abandono es una forma de esa decisión, las que sufren las consecuencias son las pobres porque en una clínica particular un medico no deja morir a la paciente y realiza procedimientos abortivos, en el sistema público es diferente y ahí hay que ver que hay una violación, ejemplo el caso de Beatriz, y que dicen los

médicos, que este caso no es el único y esto es coartar el ejercicio de la profesión del médico.

6. ¿Es importante que la teoría de género se aplique a la ley?

Si, Tiene que ser una ley que vea todas las aristas, las leyes tienen que dar respuesta al bienestar social, y si la mujer presenta una condición especial, su situación debe ser estudiada de manera especial. Hay que me mande a la santa Inquisición la señora de Cardenal..... Esta situación es de doble moral, para los pobres está bien la regulación pero para los adinerados, si fuera hija de algún poderoso rápido le mandan a Miami o donde sea, la ley ahí no actúa, esa doble moral es bien común.

7. E/ Que aspectos debería de tomar en cuenta la Asamblea Legislativa para regular este tema?

Se debe tomar en cuenta el contexto real, que hagan investigación que no se dejen llevar, porque pienso que legislan por motivos particulares no por el bien común, ahí está la ley de igualdad, la ley especial integral para una vida libre de violencia, hay que tomarlas en cuenta, porque esa ley lo que provoca es un Femicidio de estado. Deben salirse de sus patrones machistas, diputados, jueces, abogados y la sociedad en general, aquí no se respeta la diferencia de pensamiento, se debe salir del esquema del sistema patriarcal

8. E/ ¿Qué puede decirme acerca de la influencia de la iglesia y de los grupos fundamentalistas dentro de la legislación?

La influencia religiosa no tendría que privar si estamos en un estado laico, en un estado laico también el ejercicio de la función pública debe ser laica, hablando de funcionarios públicos hablamos desde profesores, hasta jueces, debemos actuar como profesionales. El caso de Beatriz es un ejemplo fehaciente del porque la legislación no tiene que ser absoluta, el embarazo

por muy saludable que se a una mujer siempre es un riesgo, las condiciones que viven las mujeres de el salvador, mujeres desnutridas, jovencitas que muchas veces han sido violadas. Porque ser tan crueles con la mujer y obligarla a llevar a término un embarazo riesgoso o producto de un hecho traumático.

5.6. CUADRO COMPARATIVO RESPUESTAS OBTENIDAS EN ENTREVISTAS REALIZADAS A SECTORES INFLUYENTES, SECTORES SOCIALES Y OPINION PROFESIONAL.

INSTITUCION	SI A LA VIDA	CATOLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR	"LAS MELIDAS"	UNIDAD DE GENERO UES
	Thelma de Atha.	Rosa Gutiérrez	Esmeralda Cabrera.	Licda. Margarita Rivas
E/ ¿Cree usted que la punición absoluta es la mejor política para prevenir y sancionar las conductas abortivas?	si	no	no	no
¿En virtud del instinto materno cree que es correcto obligar a una mujer a llevar a término un embarazo no deseado, riesgoso para su vida o producto de alguna violación a sus derechos?	si	no	no	no
¿Cree que dentro de esta política se defienden o se toman en cuenta los derechos de la mujer?	si	no	no	no
¿Cree que es necesario judicializar todos los casos de aborto?	si	no	no	no
Cómo se debería regular esta controversia?	la ley es clara	Educación sexual, sistema de indicaciones	Educación sexual no debería haber penalización alguna	Educación sexual, sistema de indicaciones

5.7. CUADRO COMPARATIVO RESPUESTAS OBTENIDAS EN ENTREVISTAS REALIZADAS, CLASIFICACION SEGÚN TIPO DE ARGUMENTO.

ARGUMENTO	CIENTIFICO	JURIDICO		MORAL	RELIGIOSO
		DE DERECHO	LEGALIDAD		
ENTES ENCARGADOS DE LA CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA					
FMLN Dr. Oscar Fernández. Asesor político	X	X	X	X	X
INDEPENDIENTES Dip. Manuel Rigoberto Soto Lazo			X	X	X
ENTES ENCARGADOS DE LA CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA					
Juzgado tercero de lo penal Juez: Martin Rogel Zepeda	X	X	X	X	
Juzgado sexto de sentencia Juez: Gladis Margarita Salgado (suplente)			X	X	
ENTREVISTA DIRIGIDA A ORGANIZACIONES SOCIALES Y OPINION PROFESIONAL					
Thelma de Atha. Junta Directiva SI A LA VIDA			X	X	X
CATOLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR; Rosa Gutiérrez Fundadora y Presidenta de Católicas por el Derecho a Decidir		X		X	X
Esmeralda Cabrera. Socióloga LAS MELIDAS	X	X		X	
UNIDAD DE GENERO UES Licda. Margarita Rivas Directora Unidad de Genero de la Universidad de El Salvador.	X	X		X	
TOTAL	4	5	5	8	4

5.8 RESUMEN DE COMPROBACION DE OBJETIVOS E HIPOTESIS

La comprobación no es más que Confirmación o prueba de la existencia, veracidad o exactitud de una cosa, para el caso en concreto, los objetivos se cumplen cuando a través de un proceso de sistematización de datos se logra comprobar la hipótesis planteada.

El objetivo general y específico se ven cumplidos en la medida en que las hipótesis han sido comprobadas, por ello se presenta en este apartado la comprobación de dichas hipótesis a través del ordenamiento de los datos obtenidos durante toda la investigación.

Hipótesis General: La entrada en vigencia del Código Penal de 1998 y el tratamiento de los delitos contra la vida del ser humano en formación propicia la criminalización femenina.

Dicho planteamiento se comprueba al constatar que las políticas adoptadas por la Asamblea Legislativa, conllevan a una excesiva criminalización, alejándose de la idea del “Derecho Penal como última instancia ” y estableciendo figuras delictivas sin excepción, si bien la configuración del Código Penal de 1998, establece en su parte General Artículo 27 los presupuestos que dan lugar a causas de Justificación, donde se analizaría la situación según la ponderación de bienes, en la mayoría de los casos tal como lo exponía el Juez Rogel Zepeda durante la entrevista, los jueces piensan que porque no hay excepciones al delito del aborto, toda conducta de este tipo debe ser penada, dejando de lado el análisis de colisión de derechos, por otra parte cabe mencionar que existen posibilidades jurídicas de solucionar el conflicto sin que este sea judicializado, existen posibilidades jurídicas de proteger la vida del no nacido y proteger también la vida de la madre.

Hipótesis Específicas:

1. La adopción de la política criminal en materia de aborto está determinada por las características propias del género femenino y la función social que se le asigna a la mujer.

Al constatar a través del método de investigación histórico las razones por las cuales el legislador decidió cambiar totalmente la configuración del delito de aborto suprimiendo todas las excepciones que anteriormente se regulaban en el código penal de 1973, se puede observar y afirmar que dentro de la Asamblea Legislativa, primo el pensamiento conservador, influencia de la Iglesia, grupos de poder económico y Organizaciones de tipo fundamentalista, los intereses partidarios ya que la coyuntura política era similar a la de la actualidad (contienda electoral), antes que el argumento científico y de derecho.

Es evidente que las iglesias y dichos grupos, basan sus ideas en una moral religiosa, en un ideario construido a partir de la idea de la existencia de un dios y un mandato hacia la mujer: el de ser una BUENA MADRE, basando sus argumentos en la protección del ser humano desde el instante de la concepción pero dejando de lado la calidad humana de la mujer, siendo este tipo de pensamiento una influencia directa y predominante en nuestra sociedad que basa su pensamiento en la idea mágico-religiosa y la construcción social del género donde se debe castigar severamente a la mujer que por alguna razón o circunstancia se encuentra con la decisión o necesidad de interrumpir su embarazo.

2. El tratamiento de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación conlleva implicaciones criminológicas al omitir los casos de colisión de derechos del no nacido con los de la madre.

Las implicaciones criminológicas que surgen mediante la omisión de casos excepcionales al delito de aborto, se dejan entrever en diferentes dimensiones; la existencia de una cifra oscura sobre la comisión del delito, la existencia de clínicas clandestinas, la realización de abortos inseguros y clandestinos para las mujeres con menos recursos económicos y como contraparte la existencia del “aborto turístico ” para mujeres de clases económicamente predominante, la tasa mortalidad materna a causa de embarazos ectópicos o infecciones a causa de abortos mal practicados, el sometimiento judicial a mujeres por parte del estado que en su mayoría son personas con escasos recursos económicos, las condenas excesivas debido a la interpretación extensiva de la ley, la violación sistemática de los derechos humanos de la mujer por parte del estado salvadoreño.

CAPITULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

Partiendo de la experiencia adquirida en cada una de las visitas y entrevistas es posible formular observaciones concluyentes, que parten desde las actitudes, disponibilidad o apertura para hablar del tema, hasta el momento de la entrevista misma.

Dicho esto cabe mencionar que tanto en el Órgano Legislativo como en el Órgano Judicial, se presentó la misma actitud predominante entre dichos funcionarios públicos, la falta de disponibilidad y hermetismo a la hora de hablar este tema permite que dentro de la sociedad misma se siga reproduciendo como un tabú, “Están muy ocupados”, “no tienen tiempo”, “no manejan ese tema”, “no le pueden atender”, fueron algunas de las frases que con frecuencia expresaron, además tomando en cuenta la coyuntura de ese momento (CASO BEATRIZ).

La negativa a verter su opinión fue acrecentándose; pese a las dificultades se logró realizar, tres entrevistas (De 84 diputados) en el Órgano Legislativo y dos en el Órgano Judicial (De seis Juzgados de Sentencia).

En el caso de las entrevistas realizadas a los legisladores, se pudo constatar, que las temáticas relacionadas con el aborto no forman parte de la agenda política, que es un tema que se ha politizado de tal manera que verter una opinión a favor o en contra, repercute positiva o negativamente a sus intereses, que básicamente son los votos, se puede observar con facilidad como las opiniones y argumentos se centralizan en cuestiones morales y religiosas dejando de lado el análisis científico y de derecho que debería

primar como un presupuesto necesario para la creación y promulgación de una ley, la influencia de la Iglesia y de los grupos de poder es una realidad innegable.

El resultado es el de la existencia de leyes, basadas en “jugadas políticas”, defensa de intereses de un derecho Penal altamente restrictivo, sancionador y vengativo que se aplica a las clases desposeídas, tal como lo dijo uno de los entrevistados citando al célebre Jurista Zafaroni “Es el derecho penal contra el enemigo, el derecho penal es para los pobres”, olvidando presupuestos de importancia tal como lo es ,“el principio de mínima intervención del Derecho Penal”, en la sociedad salvadoreña predomina la idea de la corrección del criminal por medio del castigo; el hermetismo y falta de criterio con que los Diputados y Diputadas se niegan a discutir el tema, propicia la violación sistemática de los Derechos de la Mujer, si bien el legislador ha decidido que el derecho a la vida se obtiene desde el instante de la concepción, debió haber pensado que la Mujer también es un Humano y que por lo tanto su vida merece igual protección, pero es evidente la falta de conocimiento general sobre la temática por lo cual tampoco podríamos esperar mejor resultado que una ley altamente restrictiva y sancionadora que generaliza todos los casos sin distinguir las condiciones especiales relacionadas al género y a la posición de la mujer como tal dentro de la sociedad salvadoreña.

Para el caso de las entrevistas realizadas en el Órgano Judicial, se tomo a bien solicitar audiencia en los seis Juzgados de Sentencia de San Salvador, ubicados en el Centro Judicial Isidro Menéndez, de esas solicitudes dos fueron respondidas y atendidas en el resto de los juzgados se expreso “no tener tiempo para atender a estudiantes”. Con estas entrevistas se comprueba que de hecho el Juez en su mayoría de resoluciones lo que hace es “Aplicar la ley”, dejando de lado muchas veces el análisis concreto y

especifico de la situación dada y tal como lo expreso uno de los entrevistados, pese a que en la actualidad existen aplicadores de la ley que en estos momento intentan tomar en cuenta nuevos criterios para ejecutar la ley, la gran mayoría tiene ideas conservadoras que le llevan a aplicar la ley bajo argumentos basados en prejuicios morales y religiosos. La actual configuración del Código Penal pretende proteger la vida del ser humano en formación, pero por la falta de razonamiento científico y de derecho dentro de ambas instancias propicia la existencia de una Ley Penal Excesivamente Criminalizadora que faculta al Estado Salvadoreño a castigar indistintivamente cualquier caso de aborto, incumpliendo con uno de los principios fundamentales del derecho penal “ultima Ratio”, y propiciando el procesamiento de casos donde no se toma en cuenta la colisión de derechos entre el no nacido y la madre, obteniendo como resultado una criminalización femenina en base a argumentos morales y religiosos que ciertos grupos de poder promulgan y defienden.

6.2 RECOMENDACIONES

Al ente encargado de la elaboración de la Política Criminal o Criminalización Primaria: Se recomienda impulsar una investigación eficaz y pertinente fundamentada en el método científico, sobre la problemática real de las mujeres salvadoreñas, desechando argumentos e influencias moralistas y religiosos, provenientes de la jerarquía de la Iglesia Católica y Organizaciones “Pro vida”, para poder promulgar leyes adecuadas para el cumplimiento del mandato Constitucional del Derecho a la vida, tanto del no nacido como del no nacido, tomando en cuenta los diferentes tratados internacionales y recomendaciones realizadas por diferentes entes, referidas a la revisión de la ley sobre el aborto, tomar en cuenta otros mecanismos legales de protección a la vida en armonía con el principio de “Mínima Intervención del Derecho Penal”.

Al ente encargado de la Aplicación de la Política Criminal o Criminalización Secundaria: Cumplir con su mandato Constitucional de aplicar la ley, no obstante, tomando en cuenta nuevos enfoques para la resolución de conflictos, la teoría de género, colisión de bienes jurídicos, realizando un análisis jurídico y no meramente moral, religioso o basado en roles o condiciones especiales que determinan a la mujer.

6.3 BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BACIGALUPO Enrique, *Manual de Derecho Penal*.

BARATTA Alessandro Criminología crítica y crítica del Derecho Penal, Introducción a la Sociología Jurídico Penal, Ed. Siglo Veintiuno, Republica Argentina, 2004.

CALANDRA, Dante, *Aborto, Estudio Clínico, Psicológico, Social y Jurídico*, Ed. Médica Panamericana S.A. Junin831, Buenos Aires, Argentina 1973.

CALDERON Garrido José, *El Aborto en la Historia, Vol. 17, No. 1*, 1995
Código penal de la nación argentina

CURY Arzua Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1997

DOMÍNGUEZ Andrés Gil, *Aborto voluntario, Vida Humana y Constitución*, Buenos Aires, 2000

.

FAUNE María Angélica, *Mujeres y Familias Centroamericanas, Principales problemas y tendencias, Tomo III*

FROGOSO Heleno Claudio, *Aspectos Jurídicos de la marginalidad social”, Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la U. Externado de Colombia, vol. I

GARCÍA Maañon Basile, *Aborto e infanticidio, Aspectos Jurídicos y Medico Legales*. Buenos Aires, 1990, Ed. Universitaria.

GARCÍA Méndez, Emilio *¿Criminología o Derecho Penal en América Latina?*, en *Derecho penal y criminología vol. 2, núm. 7*, Bogotá, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, septiembre 1979

IGUARAN Arana Mario Germán, *Manual Único de Criminología, Republica de Colombia*, Fiscalía General de la Nación, Fiscal General de la Nación.

ISLAS Colin Alfredo, *El Aborto en el Derecho Romano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, División de Universidad Abierta.

LANDROVE Díaz Gerardo, *Política Criminal del Aborto*, Barcelona, España, 1976

LARRAURI Elena, *La Herencia de la Criminología Crítica*, Siglo Veintiuno de España, Ed. Sa. Madrid España.

MATUS Silvia Ethel, *El Aborto, Análisis desde las protagonistas, Estudio de Caso*, Asociación Movimiento de Mujeres Melida Anaya Montes

MEDINA Romo Miguel, *Criminología y Derecho, I*, Universidad Autónoma de México, 1989, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

MUÑOZ Conde, Windfried Hassemmer, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia 1989.

NAVAS Corona Alejandro, *Breviario Histórico de Derecho Penal*, Colección Ciencia Jurídica n° 4, Bucaramanga Colombia, Diciembre 1998.

R. Pedro. David, *Criminología y Sociedad*, , Ed. Pensamiento Jurídico, Buenos Aires Argentina, Febrero 1997.

SILVA José Enrique, *Introducción al estudio del Derecho Penal Salvadoreño, Parte General*, San Salvador: JUS, 1979.

SUAREZ María Eugenia, Palomar Vereá Cristina, *Malas Madres: la Construcción Social de la Maternidad*, Investigadoras del Centro de Estudios de Género Universidad de Guadalajara.

VAN Swaaninge Rene, Varios Autores, *Criminología Crítica y Control Social, el poder Punitivo del Estado, Feminismo y Derecho Penal ¿Hacia una política de abolicionismo o Garantismo Penal?*, , Ed. Juris Dorego 3668, Provincia de Santa Fe, Argentina, Septiembre de 1993.

TESIS

ARRIETA Peralta, José Ernesto, *El Delito del Aborto*, Tesis Doctoral, San Salvador, El Salvador, Diciembre de 1967.

CALDERÓN Garrido, José, Dr. Director Maternidad, E Perdomo Manuel, Dr. Instituto Dominicano de Seguros Sociales, *El Aborto en la Historia*, Santo Domingo, RD. 1994.

MARTÍ Montalvo Roxana Ivonne, Marroquín Galo José Fernando, *La debida regulación Penal en los casos de Aborto no punible según Constitución vigente*, Trabajo de Investigación Jurídica para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 1999.

MENDOZA Vásquez Adolfo, *El aborto en la Legislación Salvadoreña y en la Doctrina*, Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencias y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador 1991.

INDICE LEGISLATIVO

CONSTITUCION DE 1983 con reformas al Art. , abril, 1997

CONSTITUCIÓN DE 1983 RELACIONADA CON JURISPRUDENCIA

CÓDIGO PENAL DE 1973

CÓDIGO PENAL DE 1997

CÓDIGO PENAL SALVADOREÑO COMENTADO, Tomo I, Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, Concejo Nacional de la Judicatura, año 2002

JURISPRUDENCIA

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia N° 52-2003 Ac, de fecha 01 abril 2004

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia N°29-2004, de fecha 13 de mayo 2005.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia N°. 18-1998, de fecha, 20 de noviembre 2007,

DOCUMENTOS PDF

BERGALLO Paola, Ramón Michel Agustina, *El Aborto no punible en el Derecho Argentino*, Despenalizacion.org.ar, Por la Despenalización del aborto N° 09 / Abril 2009, Fundación para estudios e investigación de la Mujer.

Billings Deborah, Hessini Leila, Clark Andersen Kathryn, *Guía de grupos focales para explorar el estigma con relación al aborto*, IPAS.

Centro de Derechos Reproductivos, *Panorama mundial del Derecho al Aborto, Mapa Leyes sobre aborto en el mundo 2011*, Fecha de publicación: 29-mayo-2012

CRLP, Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, *Leyes sobre el Aborto en el mundo*, Hechos; Marzo 1999. http://www.familycareintl.org/UserFiles/File/pdfs/CRLP_leyes%20sobre%20aborto.pdf

FLACSO Chile, México, *Regulación Jurídica y normativa del aborto, Programa Inclusión Social y Genero* , Serie Documentos Electrónicos N° 1, abril 2011, <http://www.censos.gob.sv>

ICCPR General Comment No. 28, Equality of Rights Between Men and Women 1 (2000) UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

ISDEMU, Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, *Segundo Informe Nacional sobre la situación de violencia contra las mujeres en el Salvador*, 1a. Ed. -- San Salvador, El Salvador. : ISDEMU, 2011.

Ministerio de Economía A través de la Dirección General de Estadísticas y Censo , INDICADORES DEL PAIS, RESULTADOS OFICIALES DE LOS CENSOS NACIONALES VI DE POBLACION Y V DE VIVIENDA, Realizados del 12 al 27 de Mayo, 2007.

MINISTERIO de Economía, Dirección General de Estadísticas y censos – DIGESTYC, Fondo de población de las Naciones Unidas, UNFPA, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, CELADE, San Salvador julio 2008. *El Salvador, fuentes de datos, metodología y estimaciones demográficas del periodo 1950-2007*

OMS, Organización Mundial de la Salud, Centro de prensa, *Mortalidad materna*, Nota descriptiva N°348 Mayo de 2012.

OMS, Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos, Guía técnica y de Políticas para Sistemas de Salud*, Segunda Edición, 2012.

R Benavente Claudia, Dides C., M Cristina Saez A, Isabel, *Estudio de Opinión Pública sobre aborto, Brasil, Chile, México y Nicaragua, Principales Resultados. "Serie Documentos Electrónicos N° 1, Programa de Inclusión Social y Genero, Octubre 2010"*.

RODRÍGUEZ María Isabel, Ministra de Salud, Menjívar Elvia Violeta Viceministra de Servicios de Salud, Espinoza Eduardo Antonio Viceministro de Políticas Sectoriales, *Informe de labores Ministerio de Salud 2010-2011, Primera Edición, junio de 2011*, Editorial del Ministerio de Salud.

REVISTAS

Agrupación ciudadana para la despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico, *"Impacto de la Penalización Absoluta de la interrupción del embarazo en El Salvador Investigación realizada en Juzgados de Instrucción 2011"*.

Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto *"Observaciones y recomendaciones de Organismos Internacionales al Estado Salvadoreño en materia de Derechos Reproductivos de las mujeres, , Diciembre 2011"*.

AÑO 13 ,Revista Española de Derecho Constitucional, “*La Controversia en Alemania sobre la Regulación Penal del Aborto*”, , N° 37, Enero-Abril de 1993

BADILLA Ana Elena, Martínez Vásquez Oscar, “*Acceso a la Justicia y Salud en situaciones de violencia sexual en El Salvador*”, Fondo de Población de la Naciones Unidas, UNFPA, Agosto 2010.

CERRITOS Yaneth, Lic. En Salud Materno Infantil y Maestra en Educación Sexual y Reproductiva, Rivas Margarita, Lic. En Fisioterapia y terapia ocupacional y Maestra en ESR., “*Embarazos que ponen en riesgo la Vida y la Salud de las mujeres*”, Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, S.S, El Salvador, Centroamérica.

Comité de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, “*Reporte de las violaciones de los Derechos de la mujer debido a la penalización absoluta del aborto, en respuesta a el reporte periódico de El Salvador*”, sesión 99, Génova Suiza, octubre, 2010,

HITT Jack, Declaración de Julia Regina de Cardenal, Fundación Si a la Vida, “*La situación de la mujer desde la perspectiva de la penalización del aborto en la república de el salvador. Resumen elaborado a partir de la publicación: el salvador: nación pro vida*” 9 de abril de 2006 – NY Time.

Lamas Marta, “*Aborto, Derecho y Religión en el siglo xx*”, Documento Ciudadanía General.