

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2013
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



Universidad de El Salvador
Hacia la libertad por la cultura

TEMA

**“LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ABORTO
TERAPEUTICO EN EL SALVADOR”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN

**ARÉVALO LÓPEZ, DIANA ELIZABETH
LÓPEZ HERNÁNDEZ, REYNA ISABEL
MEJÍA LANDAVERDE, JOSÉ ADRIÁN**

**LIC. LEVIS ITALMIR ORELLANA
DIRECTOR DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2014.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICA

LICENCIADO ÓSCAR NOÉ NAVARRETE
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZAVALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PRESA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LIC. LEVIS ITALMIR ORELLANA
DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A DIOS. Por haberme guiado y protegido para poder cumplir con una de tantas metas trazadas, por haberme dado la fuerza y sabiduría de seguir adelante y obtener mi triunfo anhelado que es el de terminar mi carrera.

A MIS PADRES. Sonia Elizabeth López Orellana y Manuel de Jesús Arévalo Clemente, por haberme apoyado en mi vida personal y en mi formación profesional, por haberme sabido guiar con el buen ejemplo, inculcándome principios y valores, por su comprensión y confianza en mí al emprender este camino que hoy concluyo, ¡Gracias Padres! sin ustedes no hubiese llegado a cumplir mi meta, de todo corazón ¡gracias!, porque en cada fracaso estuvieron conmigo animándome y apoyándome a seguir adelante y que no me rindiera, por el amor incondicional que siempre me han dado, por sus consejos, por todo muchas gracias, no alcanzan las palabras para agradecerles todo lo que han hecho por mí y mi hermano los quiero mucho.

A MI HERMANO. Que lo quiero mucho, Manuel Romualdo Arévalo López, por el apoyo y confianza, que Dios te bendiga y te ilumine siempre, ya llegara tu momento para que cumplas tus metas y obtengas frutos de tu esfuerzo.

A MIS AMIGOS. Por brindarme su amistad incondicional, por los buenos y malos momentos, especialmente a mis amigos y compañeros de tesis, gracias por apoyarme, por estar conmigo en todo el largo camino de nuestra carrera, por compartir conmigo este triunfo que gracias ustedes a sido posible, los quiero mucho.

A NUESTRO ASESOR. Lic. Levis Italmir Orellana, por habernos guiado en el transcurso de este proceso, por su apoyo y ser fundamental en este logro.

DIANA ELIZABETH ARÉVALO LÓPEZ.

AGRADEZCO A DIOS: Porque Jehová da la sabiduría, y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia. El provee de sana sabiduría a los rectos; es escudo a los que caminan rectamente (Proverbios. 2:6). Dios ha sido mi guía, mi padre, mi amigo y mi todo, él ha concedido el deseo de mi corazón. Cuando inicié en el 2008 esta carrera sabía perfectamente que no sería fácil y al iniciar este proyecto de investigación en el 2013 lo puse en las manos de mi Padre celestial y ahora puedo decir: Dios mi ayuda has sido tú, mi fortaleza eres tú, a ti doy la gloria y la honra. ¡Gracias Dios de los cielos!

AGRADEZCO A MI FAMILIA: Agradezco a toda mi familia por su invaluable apoyo que me ha brindado durante esta ardua labor, y en especial agradezco a:

MARIA ISABEL HERNANDEZ VENTURA (MI MADRE):

Madre mía gracias por ser mi más grande inspiración de superación, dedico este trabajo en especial a ti por haberme dado la vida y cuidar de mi desde que estaba en tu vientre, sé que las cosas no fueron fáciles, pero el poco tiempo que Dios me permitió estar a tu lado fui la hija más feliz pues tenía a la mejor madre del mundo a mi lado. ¡Siéntete orgullosa de tu hija madre mía porque mi orgullo eres tú! ¡Te amo mamá!

SARA MARLENE HERNANDEZ (HERMANA)

Más que mi hermana eres mi mejor amiga y mi consejera, te agradezco todo tu apoyo moral y espiritual que me has brindado siempre, gracias por estar para mí cuando te he necesitado. Te quiero hermanita mía, te amo. Gracias por estar conmigo en las buenas y en las malas.

WILFREDO ANTONIO CORNEJO LOPEZ (HERMANO) Y SU ESPOSA.

Más que mi hermano has sido como un padre para mí, gracias por tu apoyo moral, espiritual y sobre todo gracias por el apoyo económico durante toda mi carrera sin la cual las cosas hubieran sido mucho más complicadas para

terminarla. Doy las gracias también a Estela Ascencio de Cornejo, mi cuñada, por su apoyo económico incondicional durante estos cinco años de mi carrera. Con gran sacrificio siempre se esmeraron por mí, y tengo muy presente en mi mente, como si hoy mismo hubiese sido, cada una de esas mañanas cuando tenía que ir a estudiar siempre me dejaban el dinero en la mesa para que lo tomara y me fuera a la universidad. Ambos han jugado un papel muy importante en todos los aspectos de mi vida de estudiante, me han impulsado a superarme y ahora no me resta más que decirles que les estaré eternamente agradecida. ¡Muchas gracias! ¡Son de gran estima para mí y los quiero muchísimo!

AGRADEZCO A MIS AMIGOS/AS Y COMPAÑEROS/AS: Gracias por permitirme formar parte de su vida, por tantos momentos compartidos en las aulas de estudio y fuera de ellas, y de manera muy especial quiero dar las gracias por compartir conmigo este gran logro a:

DIANA ELIZABETH AREVALO LOPEZ Y JOSE ADRIAN MEJIA LANDAVERDE.

Amigos gracias por emprender conmigo este proyecto de investigación, por su apoyo y motivación, por su paciencia y tolerancia durante este trayecto de nuestras vidas, gracias por ese trabajo invaluable en equipo, por compartir las mismas preocupaciones y soportar las presiones de la mejor manera, en equipo. Sé que las cosas no han sido fáciles para sacar este proyecto de investigación pero hoy puedo decir gracias a su ayuda: ¡Misión cumplida amigos! ¡Los quiero mucho!

GUSTAVO ALEJANDRO ZELAYA MENJIVAR.

A mi mejor amigo Gustavo Alejandro, quiero darle las gracias por su apoyo incondicional en todos los ámbitos durante toda mi carrera, ha sido la persona que más cerca ha vivido mis preocupaciones, mis tristezas y alegrías, mis logros y mis fracasos, mi más grande apoyo en esos momentos

cuando sentía que no podía más. Amigo mil gracias por todo lo que has hecho por mí, por aceptarme tal cual soy, por tu paciencia y tolerancia, por todo tu amor. Gracias por vivir mis preocupaciones como si fuesen tuyas; ahora quiero compartir contigo este gran logro, sin tu ayuda todo hubiera sido muy difícil de lograr. Gustavo, las palabras no me alcanzarían para decirte que estoy eternamente agradecida y doy gracias Dios por regalarme a un buen amigo como tú, ¡sin duda el mejor! ¡Te amo con todo mi corazón!

AGRADEZCO A MIS MAESTROS: Gracias por compartir sus conocimientos de las Ciencias Jurídicas dentro de las aulas de estudio, por motivarme e inspirarme con su ejemplo a ser una profesional de éxito, por formarme como profesional con un alto sentido humano con buenos principios y valores. Y de forma particular agradezco a mi asesor de tesis:

LIC. LEVIS ITALMIR ORELLANA.

Gracias por ser mi asesor en este proyecto de investigación, por su tiempo y dedicación para orientarnos e instruirnos durante esta ardua labor. ¡Se le estima mucho!

AGRADEZCO A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR (UES): La UES como cariñosamente le llamo se convirtió en mi segunda casa durante estos cinco años de mi carrera, he disfrutado, he reído y llorado, y los mejores momentos vividos dentro de ella han sido en mi querida facultad:

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

Querida facultad gracias por albergarme durante toda mi carrera, mi vida tiene un antes y un después desde que entré a estudiar en tus aulas, gracias por albergar tan excelentes docentes los cuales me han instruido en las Ciencias Jurídicas. Allí adquirí muchos conocimientos y ahora soy menos ignorante, allí hice muy buenos amigos, cosa que aprecio con todo mi corazón. ¡Por siempre vivirás en mi corazón!

UNIDAD DE ESTUDIO SOCIO ECONOMICO (UESE).

Doy las gracias me manera muy particular a la licenciada Yesenia Beatriz Martínez de Guzmán y a todo su equipo de trabajo por el apoyo económico que me brindaron desde el cuarto ciclo de mi carrera, apoyo económico que recibí mediante la beca remunerada y sin la cual no hubiera podido culminar mi carrera en el tiempo previsto. Infinitas gracias licenciada de Guzmán por su ardua labor en pro de los alumnos de escasos recursos económicos. ¡Que Dios les siga bendiciendo siempre!

REYNA ISABEL LÓPEZ HERNÁNDEZ.

ABREVIATURAS

A.C. Antes de Cristo

Art. Artículo

Cap. Capitulo

Cms. Centímetros

Cn. Constitución.

C.Pn. Código Penal

Etc. Etcétera

Ej. Ejemplo

Gr. Gramo

Inc. Inciso

N° Numero

Núm. Numeral

Ref. Referencia

INDICE

CONTENIDO	N° DE PÁG.
INTRODUCCION	i

CAPITULO I

METODOLÓGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento del Problema	1
1.1. Situación Problemática	
1.2. Enunciado del Problema	5
1.3. Delimitación de la Investigación	
1.3.1. Delimitación Temporal- Espacial	
1.3.2. Delimitación Teórica	6
1.4. Justificación de la Investigación	8
1.5. Objetivos de la Investigación	10
1.5.1. Objetivo General	
1.5.2. Objetivos Específicos	
1.6. Sistema de Hipótesis	11
1.6.1. Hipótesis General	
1.6.2. Hipótesis Específicas	
1.7. Estrategia o Base Metodológica	12
1.7.1. Tipos de Investigación	
1.7.2. Población y Muestra	
1.7.3. Unidades de Observación	13
1.7.4. Métodos, Técnicas e Instrumentos	

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ABORTO TERAPEUTICO Y DEL ESTADO DE NECESIDAD

2. Reseña Histórica del Aborto Terapéutico	14
--	----

2.1. Nivel Mundial	
2.2. Nivel Nacional	19
2.2.1. Código Penal de 1826 y de 1859	20
2.2.2. Código Penal de 1881	
2.2.3. Código Penal de 1904	21
2.2.4. Anteproyectos del Código Penal de 1974	22
2.2.5. Código Penal de 1974	24
2.2.6. Anteproyecto de 1994 Código Penal de 1998	27
2.3. Historia del Estado de Necesidad	30

CAPÍTULO III

ASPECTOS CONCEPTUALES Y DOCTRINARIOS DEL ABORTO TERAPEUTICO Y DEL ESTADO DE NECESIDAD COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SALVADOR

3. Etimología del Concepto de Aborto	37
3.1. Definición de Aborto	
3.1.1. Concepto de Aborto para la Medicina	40
3.1.2. Concepto de Aborto para el Derecho	41
3.2. Clasificación del Aborto	42
3.2.1. Clasificación de los Abortos Provocados	43
3.3. Definición de Aborto Terapéutico	45
3.3.1. Definición de Aborto Terapéutico según la Medicina	46
3.3.2. Definición de aborto Terapéutico según el Derecho	47
3.4. Características del Aborto Terapéutico	
3.5. Efectos y Consecuencias del Aborto	50
3.5.1. Efectos y Consecuencias del Aborto Terapéutico	51
3.5.1.1. Efectos y Consecuencias Psicológicas	

3.5.1.2.	Efectos y Consecuencias Físicas-de Salud	52
3.5.1.3.	Efectos y Consecuencias Legales	53
3.6.	Definición de Estado de Necesidad	54
3.6.1.	Clasificación del Estado de Necesidad	57

CAPITULO IV

ANALISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y DEL CONCEBIDO NO NACIDO EN LA PRÁCTICA DEL ABORTO TERAPEUTICO

4.	Los Derechos Fundamentales	64
4.1.	La relevancia del Derecho a la Vida del Concebido no Nacido con la Reforma a la Constitución de la República de El Salvador	66
4.1.1.	El Derecho a la Vida del no Nacido en un rango Constitucional	
4.2.	Protección del Derecho a la Vida del Nasciturus con la Reforma al Código Penal salvadoreño en Materia de Aborto Terapéutico	74
4.3.	Deficiencias de la Nueva Normativa Penal en relación a la Práctica del Delito de Aborto terapéutico	78
4.4.	Violación de Derechos Humanos a la luz de los Tratados Internacionales y Legislación Nacional al no Regular Prácticas de Aborto Terapéutico Adecuadas en El Salvador	82
4.5.	El Conflicto de Derechos (Materno-Fetal) en el Aborto Terapéutico	84
4.5.1.	Derecho a la Vida	
4.5.2.	Derecho a la Integridad Física y Psíquica, seguridad y libertad	86

4.5.3. Derecho a la Igualdad ante la Ley y a la no Discriminación	88
4.5.4. Derecho a la Salud	89
4.5.5. Derechos Sexuales y Reproductivos	92

CAPITULO V

LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO TERAPEUTICO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

5. Sistema de Regulación del Aborto Terapéutico en el Derecho Comparado	93
5.1. Regulación Jurídica del Aborto Terapéutico y el Estado de Necesidad en los Países que Adoptan el Sistema de Regulación Prohibitivo o de Silencio Legislativo	95
5.1.1. Semejanzas y Diferencias de la Regulación del Aborto Terapéutico y Estado de Necesidad en Honduras, Nicaragua y Chile	102
5.1.1.1. Semejanzas	
5.1.1.2. Diferencias	103
5.2. Regulación Jurídica del Aborto Terapéutico y el Estado de Necesidad en los Países que Adoptan el Sistema de las Indicaciones Terapéuticas	
5.2.1. Semejanzas y Diferencias de la Regulación del Aborto Terapéutico y Estado de Necesidad en Argentina, Brasil y Colombia	107
5.2.1.1. Semejanzas	
5.2.1.2. Diferencias.	108
5.3. Regulación Jurídica del Aborto Terapéutico y el Estado de Necesidad en los Países que Adoptan el Sistema de Plazos	
5.3.1. Semejanzas y Diferencias de la Regulación del Aborto	

Terapéutico en Alemania, Francia e Italia	111
5.3.1.1. Semejanzas	
5.3.1.2. Diferencias	

CAPITULO VI

CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ABORTO TERAPEUTICO

6. El Estado de Necesidad como Excluyente de Responsabilidad Penal en el Aborto Terapéutico	112
6.1. Criterios de Aplicación del Estado de Necesidad en la Práctica del Aborto terapéutico	113

CAPITULO VII

ANALISIS DE RESULTADO

7. Análisis	122
7.1. Descripción del Proceso y Tipo de Investigación	
7.2. Resultado de la Encuesta	123
7.2.1. Característica de la Población encuestada	
7.3. Resultado de la Entrevista	131

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones	133
Recomendaciones	135

BIBLIOGRAFIA	137
---------------------	-----

ANEXOS	145
---------------	-----

INTRODUCCION

La presente Investigación lo constituye la problemática del Aborto Terapéutico, siendo este un problema muy debatido en la sociedad actual, en el cual entra en conflictos bienes jurídicamente protegidos, pero no es el único, junto con este tipo de aborto se encuentran otros que en un momento formaron parte del contenido del Código Penal de 1974. El tema del presente trabajo de investigación, está enfocado en “La Aplicación del Estado de Necesidad en el Aborto Terapéutico en El Salvador”.

La razón por la cual se estudia el Aborto Terapéutico en este trabajo, es para analizar la posible Aplicación del Estado de Necesidad al cometimiento del Ilícito Penal del Aborto Terapéutico, y que este a pesar de no estar contenido de forma expresa en la legislación penal, se encuentra inmerso de forma tácita, debido a la aplicación de las Excluyentes de Responsabilidad Penal, y al criterio primordial que los derechos humanos, no son absolutos.

En el primer capítulo, se desarrolla un breve esbozo de los lineamiento de la *base metodológica*, tomados en cuenta para la elaboración y ejecución del presente trabajo de investigación, en el mismo se detalla el planteamiento del problema, el enunciado, objetivos de la investigación, así como las respectivas hipótesis, y el manejo metodológico de la investigación como delimitación temporal y teórica, y tipo de investigación.

El segundo capítulo versa sobre la *Perspectiva Histórica del Aborto Terapéutico y del Estado de Necesidad*, en el cual se determina, donde surgió, como se fue desarrollando, desde los antecedentes históricos del aborto en general, para luego determinar los inicios de las prácticas abortivas

terapéuticas, terminando con la evolución que ha tenido tanto a nivel internacional como nacional el tema del Aborto Terapéutico.

El tercer capítulo consigna el *Marco doctrinario*, donde se menciona la definición de Aborto Terapéutico, Estado de Necesidad, sus distintas clases, en el cual se hacen definiciones prácticas del derecho a la vida, los derechos humanos y el aborto las modalidades de este a partir de la legislación penal, es decir conceptos básicos sobre el tema en mención.

En el cuarto capítulo, se estudian *los Derechos Fundamentales que entran en conflicto en la consumación de las prácticas abortivas del Aborto Terapéutico*, explicando la característica de limitados y no absolutos de los derechos fundamentales, así como los derechos en conflicto materno- fetal, como son: el Derecho Vida, el Derecho a la Integridad Física y Moral, Derecho a la Salud Reproductiva y Sexual, entre otros.

El quinto capítulo, desarrolla un breve bosquejo de *la Legislación Comparada sobre el Aborto Terapéutico*, en el que se estudian los distintos Sistemas de Regulación del Aborto en los países del mundo, y las diferencias y similitudes que presentan la normativa de los demás países del mundo con la de El Salvador, así como es abordada dicha problemática, las posibles soluciones y alternativas de resolución, cuando se presenta un caso de aborto terapéutico.

En el sexto capítulo, se determinan *los Criterios de Aplicación del Estado de Necesidad en el Aborto Terapéutico*, en el que se detallan los criterios adoptados por los jueces o profesionales en la materia para la efectiva aplicación de una Excluyente de Responsabilidad Penal, en caso de estar ante la práctica de un aborto terapéutico, y cuál sería el tratamiento.

El séptimo capítulo, versa sobre el *análisis y resultado* de la investigación de campo, en el cual se facilita el producto obtenido de las encuestas realizadas a la población, así como de la entrevistas realizadas a los especialistas sobre el tema en estudio, analizando cada respuesta obtenida, para que de esa forma se pueda corroborar las hipótesis planteadas al inicio de la investigación. Ostentando por último y no menos importante, capítulo ocho, en el que se presenta *las conclusiones y recomendaciones de la investigación*, en el cual se particulariza sobre lo observado en la investigación, y las alternativas a la problemática en estudio.

Y por último, se despliegan las *fuentes bibliográficas* que sirven para elaborar el presente trabajo de Investigación, clasificándolos en libros, tesis, legislación, jurisprudencia y páginas web; así también los *Anexos*, donde se han colocado los instrumentos de investigación utilizados, como la Cédula de Entrevista y el Cuestionario de la Encuesta.

Cabe destacar que el tema del Aborto Terapéutico ha sido muy discutido en El Salvador, para muestra de ello está la reforma al Código Penal de 1974, sin embargo para muchos este tipo de aborto no es permitido, por no estar contenido como aborto no punible en la normativa penal, por lo que con la investigación se pretende dar un aporte a los futuros estudiantes en cuanto a que se inmiscuyan en el tema en mención y brindar parámetros del tema, dando a conocer aportes descubiertos con la presente investigación.

CAPITULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento del Problema.

1.1. Situación Problemática.

El Aborto, desde tiempos remotos ha sido objeto de problemática y actualmente sigue preexistiendo como tal, encontrándose presente en las distintas áreas de la sociedad, tales como:

El Área Jurídica: el problema se debe a la diversidad de posturas relacionadas con la tipicidad de la figura de aborto en la norma penal, ya que para algunos no debe ser considerado como un acto delictivo, porque la mujer es dueña de su cuerpo; y para otros el acto debería ser considerado un homicidio, porque nadie debe quitarle la vida a otro mucho menos a un ser indefenso.

El Área Religiosa: la Iglesia defiende su postura, al negar todo tipo de Aborto, ya que para ellos solo existe un Ente Superior y Divino que puede quitar la Vida, negando a toda persona dicha potestad, y considerando ese acto contrario a la ley Divina, la que se encuentra en la Biblia y bajo la cual se rigen las personas en la tierra.

El Área Ético moral¹: En esta postura se plantean criterios que limitan al Aborto con la actividad médica, y de ahí parte la idea de establecer

¹**CAMPOS SALAS, Jeannette**; *"Diferentes Enfoques Éticos al Problema del Aborto"*; Costa Rica, Revista Reflexiones, Vol. 85, Núm. 1-2, 2006, Pág. 75 a la 91, formato PDF, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72920817005>, sitio consultado en fecha 15 de junio de 2013.

principios como el de no causar daño o mal al paciente, otros plantean que el aborto un medio cuyo fin es evitar consecuencias no deseables (Utilitarismo²).

El Área Cultural: En la Sociedad salvadoreña, el aborto se considera un tabú, un mal, algo cruel y no aceptable por las personas, sin embargo, actualmente se practica clandestinamente y eso representa un alarmante índice de muertes maternas en el país.

El problema actual que aborda el Estado salvadoreño, es la crítica internacional, que recae sobre la normativa penal, específicamente la referente a los delitos relativos a la vida del ser humano en formación, donde se encuentra regulado el tipo penal ABORTO, por la mala imagen que genera la penalización de la misma, la que se considera ABSOLUTA, y esto debido a que diversos países, como México, Estados Unidos, Alemania entre otros, han optado por despenalizar dicha figura, o han establecido excepciones o circunstancias dentro de las que su comisión se encuentra justificada, ejemplo, el aborto ético³ y el aborto terapéutico⁴.

²**Utilitarismo:** De manera que, desde este punto de vista, el acceso al aborto podría ser esencial para la salud y la supervivencia no solo de las mujeres y de las familias, sino también la de sistemas biológicos y sociales mayores de los que la vida dependen. “Ante la insuficiencia de los métodos anticonceptivos actuales y la falta de un acceso generalizado a la planificación familiar, la posibilidad de evitar un crecimiento rápido de la población exige por lo general alguna utilización del aborto”. La cita corresponde a **CAMPOS SALAS, Jeannette**; *Ibidem*, Pág. 79.

³ABORTO ETICO: también denominado sentimental, se realiza para evitar que nazca el producto de la concepción, cuyo origen sea una violación o un estupro. Véase en **PEREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena**; “*El Aborto una lectura de Derecho Comparado*”; México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1 ed, 1993, Pág. 15, formato PDF disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=990>, sitio consultado en fecha 18 de julio de 2013.

⁴ABORTO TERAPÉUTICO: es el que se lleva a cabo con el fin de evitar riesgos para la vida o la salud de la mujer embarazada. Véase en **PEREZ DUARTE, y NOROÑA Alicia Elena**; *Op. cit.* Pág. 15, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=990>, sitio consultado en fecha 18 de julio de 2013.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), por ellos manifiesta: *“El Estado salvadoreño debería de tomar medidas para que las mujeres que acuden a hospitales públicos no sean denunciadas por el personal médico o administrativo por abortar. Asimismo, mientras no se revise la legislación en vigor, el Estado debe suspender la incriminación en contra de las mujeres y niñas por el delito de aborto, y además debe iniciar un diálogo nacional sobre los derechos a la salud sexual y reproductiva de las mujeres ya que permite que en sus leyes exista una regulación que penaliza el aborto a su parecer de forma absoluta⁵”,* lo cual vulnera diversidad de derechos reconocidos universalmente y consagrados en la constitución.

En la legislación Penal de El Salvador no se plasman expresamente circunstancias o parámetros para que el aborto sea permitido, pero esto no significa que la figura del Aborto se encuentre penalizada de manera absoluta o que se violenten Derechos de la mujer; porque el código opta por el sistema de regulación donde no es necesario establecer expresamente y taxativamente en la norma, criterios bajo los cuales se determine qué tipos de abortos están permitidos, pero que mediante las reglas generales de interpretación permite que se aplique al tipo penal aborto, las excluyentes de responsabilidad penal que existen.

El delito de aborto presupone que se cumplan con las condiciones o características del tipo penal, dentro de los cuales está el dolo o la intencionalidad de dar muerte al concebido o ser que está en desarrollo. En el aborto terapéutico, se presenta esa intencionalidad de causar la muerte

⁵**OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES AL ESTADO SALVADOREÑO EN MATERIA DE DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES;** San Salvador, publicaciones de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético, Eugenésico, 2011, pág. 10, Formato PDF, disponible en: <http://www.agrupacionciudadana.org/index.php/biblioteca/publicaciones/nuestras-publicaciones>, consultado en fecha 18 de julio de 2013.

del ser concebido, pero la razón esencial es que existe esa situación extrema de imposibilidad de acudir a otra vía para salvar a la mujer gestante, por ello, el hecho a pesar de ser típico y antijurídico, es justificado, por el fin mismo que busca, que es salvaguardar un bien jurídico en defecto de lesionar otro.

Es importante aclarar que el aborto terapéutico no está reconocido expresamente en la norma penal, como aborto no punible, pero interpretando la norma por medio del sistema teleológico, es decir, aquel que considera el espíritu del legislador al momento de crearse la norma, se puede percibir que si bien se protege al no nacido en el art. 1 inc. 2 de la Constitución, esto no limita el hecho de que si se presentan situaciones en las cuales el feto por su constitución genética cause la muerte de la madre, debe omitirse salvaguardar la vida de uno de ellos, porque que el fin de contemplar las excluyentes de responsabilidad penal en la ley, es evitar un daño mayor.

El Estado de Necesidad es una excluyente de responsabilidad penal, regulada en el artículo 27 numeral 3) del Código Penal, y se define *“como aquel que no reconoce ley, por lo cual se tiene derecho, para salvarse así mismo o salvar a otro, lesionando los bienes de terceros⁶”*; o en palabras de Liszt *“El Estado de Necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, los cuales están jurídicamente protegidos por la ley⁷”*.

El estado de necesidad puede ser justificante o ex-culpante, doctrinariamente el primero significa que el hecho es ilícito y antijurídico;

⁶**BETTIOL, Giuseppe**; *“Derecho Penal: Parte General”*; 4ª Edición, Editorial Temis, Bogotá 1965, Pág. 293.

⁷**VON LISZT, Franz**; *“Tratado de Derecho Penal”*; Tomo II, 2ª Edición, Editorial Reus (S.A.) Preciados, Centro de Enseñanza Preciados, Madrid, 1927, Pág. 341.

existiendo un conflicto de derechos de diferente valor, en cuanto al segundo, el hecho es antijurídico y existe un conflicto entre un derecho con otro que es de igual valor, por lo que se disculpa la conducta de lesionar un bien que tenía el mismo valor o inclusive mayor valor que el protegido. No puede considerarse aborto terapéutico, aquel en el cual se tenga criterios de racionalidad, es decir, que se busque las medidas menos gravosas para el concebido, porque entonces no sería un efecto deseado, ni una muerte directa del concebido, el embrión en ese caso morirá al curar el médico la enfermedad que padece la mujer, no porque sea la única vía, en otras palabras la intención es curar a la madre, no interrumpir el embarazo, no configurándose por tal motivo ese elemento primordial del aborto terapéutico, ya que no existe la intencionalidad de realizar la conducta típica.

La problemática versa en saber ¿Cuáles son los criterios jurídicos adoptados por los jueces en la aplicación del estado de necesidad en el delito de aborto terapéutico?, y ¿qué tipo de estado de necesidad es más flexible para el sistema judicial aplicar en el caso del aborto terapéutico?

1.2. Enunciado del Problema.

¿Cuáles son los criterios jurídicos adoptados por los jueces en la aplicación del estado de necesidad en el delito de aborto terapéutico?

1.3. Delimitación de la Investigación.

1.3.1. Delimitación Temporal – Espacial.

La investigación comprende el estudio de la ley penal que rige a nivel nacional. Investigación que inició en abril de 2013 y finaliza en abril de 2014.

1.3.2. Delimitación Teórica.

La investigación se realiza de forma Bibliográfica-Documental en lo referente al tema en estudio, para abordar el tema, se optó por utilizar las diferentes teorías que existen, que son las siguientes:

Teoría de la Violencia Moral⁸. (Tiraqueau, Puffendorf, Garuad, Rossi, Carrara, Possina Filangieri). Sostiene que la conducta del sujeto se encuentra coaccionada debido a la amenaza inmediata existente, por lo que la decisión del mismo esta nulificada, es decir que considera a la acción realizada por el sujeto activo del delito, no como un acto que se quiera realizar de forma dolosa, sino más bien un acto como consecuencia de querer evitar un daño igual o mayor al que se ocasionaría.

Teoría de la Colisión de Derechos⁹. (Hegel). Establece que el fundamento del estado de necesidad se encuentra en conflicto de bienes o de intereses de diferente valor, la misma sostiene que en los conflictos de bienes jurídicos desiguales la importancia debe darse al bien de mayor valor, (protección al superior). Sin embargo establece la existencia de actos en los que la colisión se da entre derechos de igual valor, caso en el cual debe haber simplemente una excusa, el fundamento de la ultima es que en estos casos es mejor perder una sola vida que dos.

Teoría de la debilidad humana¹⁰. (Antón Oneca). Considera que en el estado de necesidad existe una impunidad de la acción necesaria, ya que el

⁸**RAMOS CALDERÓN, Eduardo**; *“Estado de Necesidad como Excluyente de Responsabilidad”*; Tesis para optar al Título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, El Salvador, San Salvador, 1977, pág. 20.

⁹*Ibidem.*

¹⁰*Ibidem*

sujeto prefiere el mal ajeno al propio, es decir prefiere dañar otro bien jurídico que el propio.

Teoría del Fin¹¹. (Von Liszt) establece *"que no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos, que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado"*.

La teoría de la ponderación de bienes, invocaba "que no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor" La ponderación de bienes, establece que debe verificarse la comparación de la jerarquía de los bienes jurídicos en colisión (por ejemplo: vida y propiedad; propiedad e integridad corporal; honor y libertad, etc.)

Teoría de la ponderación de intereses, sostiene que el interés que recae sobre el bien protegido aunque sea menos valioso que el bien lesionado, permite otorgarle un grado de ponderación preponderante sobre el dañado. La ponderación de intereses, cuya misión es que se permita considerar la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación, incluyendo los aspectos objetivos y subjetivos, en vista a los intereses en pugna.

Teoría de la ponderación de intereses combinada con la teoría del fin: dicha teoría dispone que la justificación dependerá de "dos valoraciones", en las que se reflejan las opiniones doctrinales, desarrolladas respecto del estado de necesidad supra legal: en primer lugar, se refiere a una ponderación correcta entre los intereses y bienes jurídicos en conflicto, que

¹¹ **CLAUS, Roxin**; *"Derecho Penal Parte General"*; Tomo I, Fundamentos de la Estructura General del Delito, 2ª ed., Editorial Civitas, S.A. España, 1997.

están reconocidos en un Estado de derecho, y que el interés que protege el autor debe preponderar sustancialmente sobre el interés que menoscaba (teoría de la ponderación de bienes); y por otra parte, la acción de estado de necesidad debe aparecer en una valoración global ético-social como el empleo del medio correcto para un fin correcto (teoría del fin)".

1.4. Justificación de la Investigación.

La determinación de la presente investigación, es que en El Salvador, una gran parte de mujeres y niñas embarazadas están proclives a morir, por los diferentes riesgos que acarrea consigo el embarazo y más cuando éste presenta complicaciones y acuden a clínicas clandestinas por miedo a evitar ser procesadas, ya que en los hospitales nacionales se les niega dicha asistencia médica, debido a la interpretación errónea e insuficiente que los médicos hacen de la norma penal, considerando que podrían ser procesados por practicar un aborto, y no esa situación en las cuales el feto no tiene ninguna viabilidad y produce la muerte de la gestante.

El Estado salvadoreño con el fin de evitar y darle solución al problema del aborto, reformó la Constitución en su artículo 1 inc. 2, en el que estableció la protección y reconocimiento de la persona al nasciturus desde el momento de la concepción, asegurando al ser no nacido todos los derechos reconocidos tanto a nivel universal como nacional.

La regulación sobre el aborto en materia penal entra en disputa la ética, la medicina, la religión y el derecho en tal sentido que la prohibición absoluta del aborto violenta derechos de la mujer (ámbito del derecho), considerándose internacionalmente un acto inhumano, sin raciocinio, penalizar a una mujer que aborte en circunstancias donde se ha encontrado

en grave peligro y que ni el avance científico actual hubiera evitado que se produjere dicha consecuencia, haciendo factible una solución según la medicina y la ética, la cual es El ABORTO TERAPÉUTICO.

La relevancia de la investigación parte de esa idea, ya que se basa en concientizar a la población que el aborto a pesar de ser penalizado, tiene como única intención la de evitar con ello la mortalidad infantil y materna en el país producto de embarazos no deseados, lo cual hoy en día resulta muy común que jóvenes debido a su falta de experiencia o de información quedan embarazadas y su decisión es deshacerse del producto de la concepción antojadizamente, previendo ello, es que el legislador estableció que el aborto es un delito, pero considera que hay situaciones en las cuales se podría justificar, siendo necesario aplicar una excluyente de responsabilidad penal al actor cuando se realice o efectuó el mismo bajo un estado de necesidad.

En relación a esto último es que la investigación obtiene trascendencia, ya que para saber ¿cuándo se encuentra dentro de un Estado de necesidad de Justificación o de inculpabilidad?, fue necesario realizar un análisis técnico, Jurídico-doctrinario, y posteriormente anclar esas ideas del aborto, no desconociendo que existen colisiones de derechos e intereses en el mismo, así como ¿Qué criterios utilizan los jueces para determinar si el derecho que se vulnera es menor al que se salva o si el bien jurídico legal afectado es mayor o igual al bien jurídico con el cual entra en coalición?

La investigación tiene un alto grado de interés para las ciencias jurídicas, en materia penal, ya que por medio de ella se propone dar una explicación de la regulación del aborto, y explicar que en El Salvador dicha figura no está penalizada de forma absoluta, porque tácitamente se permite el aborto siempre y cuando posea la indicación terapéutica y se efectuó

mediante la aplicación de una excluyente de responsabilidad penal. La finalidad esencial es brindar a la comunidad jurídica un conocimiento sobre la aplicación del estado de necesidad en el aborto Terapéutico, y causar un interés al Estado de la necesidad de establecer guías médicas, para que la práctica de este tipo de aborto se lleve a cabo con la diligencia debida, asegurando que el procedimiento se aplique de la mejor manera posible, y de esa forma garantizando el bienestar de los derechos de las mujeres embarazadas.

1.5. Objetivos de la Investigación.

1.5.1. Objetivo General.

Determinar los criterios jurídicos adoptados por los jueces en la aplicación del estado de necesidad en el aborto terapéutico.

1.5.2. Objetivos Específicos.

1. Establecer un enfoque histórico del aborto y el Estado de Necesidad como Excluyente de Responsabilidad Penal en El Salvador.
2. Presentar los enfoques conceptuales e institucionales del Estado de Necesidad en el Aborto Terapéutico.
3. Explicar la eficacia de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que protegen el derecho a la vida del no nacido y de la mujer gestante.
4. Identificar los derechos violentados a la mujer por no permitirse la praxis

del Aborto Terapéutico, en los casos de Estado de Necesidad sea Justificante o Ex culpante, y los criterios para determinar el mismo.

5. Señalar las ventajas y desventajas de la normativa comparada con la legislación salvadoreña, en cuanto a la regulación del aborto terapéutico.

1.6. Sistema de Hipótesis.

1.6.1. Hipótesis general.

La inaplicación del estado de necesidad en los casos de aborto terapéutico, como excluyente de responsabilidad penal, ocasiona violación a los derechos de las mujeres en El Salvador.

1.6.2. Hipótesis Específicas.

1. Las malas condiciones jurídicas-médicas adecuadas para salvaguardar los derechos de la mujer a la hora de practicar un aborto genera la evolución de abortos clandestinos.
2. La escasa difusión de la información relativa al estado de necesidad aplicable a los delitos de aborto no punible, genera un desconocimiento sobre la problemática y violación a derechos.
3. La inexistencia de clínicas asistenciales legalmente constituidas para la práctica de aborto terapéutico, genera incremento de muertes de mujeres embarazadas.
4. La falta de interpretación de la normativa que regula los derechos del no

nacido y de la madre gestante, limita la protección del derecho a la vida de la madre en embarazos de alto riesgo.

5. Falta de una normativa que permita el aborto terapéutico, genera que El Salvador sea considerado como violatorio a los derechos de las mujeres gestantes al penalizarlo de forma absoluta como se le ha considerado a nivel internacional.

1.7. Estrategia o Base Metodológica.

1.7.1. Tipos de Investigación.

La Investigación Jurídica se realiza en sentido amplio, bibliográfica-documental, cubriendo los niveles descriptivo, explicativo y predictivo del conocimiento científico. En cuanto el nivel descriptivo se logró con plantear los aspectos generales o externos del fenómeno; el explicativo se cubrió al identificar las causas o los factores que inciden en el estado de necesidad en el aborto terapéutico; y el nivel predictivo se alcanzó al señalar las recomendaciones o medidas de solución que al finalizar la investigación, se verificara con la información recopilada.

1.7.2. Población y Muestra.

La población o Universo de la investigación comprende las mujeres, y niñas embarazadas en casos que requiera la interrupción del embarazo debido a la gravedad de la situación en la cual se desarrolla el embarazo, poniendo a la mujer en grave peligro a su salud y a su vida. La muestra será un porcentaje de personas entrevistadas y encuestadas para determinar los criterios que se adoptan para poder practicar el aborto y no penalizar a las

personas que lo practican o que consienten que se les practique, debido a la gravedad de la situación.

1.7.3. Unidades de Observación.

Las Unidades de Observación son las mujeres, niñas, y los funcionarios o autoridades del gobierno relacionados con la problemática, como los jueces administradores de la justicia en el país, el estado y abogados de la república.

1.7.4. Métodos, Técnicas e Instrumentos.

Para la construcción inicial del tema y el planteamiento del problema, se han aplicado los Métodos Generales de las Ciencias Sociales: Análisis, Síntesis, Inducción, Deducción e Intuitivo, y los Métodos Particulares de las Ciencias Particulares de las Ciencias Jurídicas, utilizándose el Trialismo Jurídico, al estudiar el estado de necesidad en el aborto terapéutico como norma, hecho y valor, al concebir al objeto de estudio como un todo integrado. Se utiliza como Técnicas de Investigación la Observación, la encuesta, la entrevista, y el Estudio de Casos. Instrumentos tales como la Guía de Observación, Cuestionarios, Cédulas de Entrevistas y las fichas bibliográficas con (3x5") y de contenido (5x8").

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ABORTO TERAPEUTICO Y DEL ESTADO DE NECESIDAD

2. Reseña Histórica del Aborto Terapéutico.

2.1. Nivel Mundial.

Para estudiar el inicio del aborto terapéutico es oportuno primeramente analizar la aparición del aborto en general, cuyo surgimiento se considera paralelo al de la humanidad, es decir, desde tiempos remotos este se ha presentado en las diversas sociedades y épocas que a nivel mundial han existido. El primer antecedente se encuentra en un texto Chino de medicina escrito tres mil años antes de Cristo (3,000 A.C), donde se encuentra la primera receta abortiva oral¹².

Otros datos importantes los ofrece Fray Bartolomé de Las Casas, quien describe como los indígenas que habitaban en América a la llegada de los españoles, abrumados por el exceso de trabajo y maltratos de los conquistadores, se provocaban el aborto para que sus descendencias no llegaran a sufrir las mismas desgracias. Los Criollos nacionalistas que en las primeras décadas del siglo pasado declararon su independencia, adoptaron el Código Napoleónico que sancionaba a la mujer que se provocaba el aborto; y los Aztecas que se inclinaban más en el uso de hierbas para facilitar la expulsión del feto tanto en el aborto, como en el parto.-(Ej. el bledo, que tiene poder oxiótico).

¹²**GARRIDO CALDERON, José;** *“El Aborto en la Historia”*; Charla pronunciada en la cena conmemorando el XVI aniversario de la fundación de la Revista Acta Medica Dominicana el 10 de febrero de 1995, Salón Bohechlo, Hotel Santo Domingo, Santo Domingo, República Dominicana.

En la Antigua Grecia, el aborto era considerado una práctica normal de regulación del nacimiento, y así fue utilizado desde épocas muy antiguas, como un método de control natal y como tal no planteaba problemas morales en las sociedades antiguas; Aristóteles y otros filósofos por ejemplo, defendían el aborto con el fin de limitar los nacimientos en las familias muy numerosas y humildes; Hipócrates dio a conocer formulas abortivas, las que implicaban grandes riesgos para la salud; Sorano de Éfeso, en el siglo II, descubrió tisana con efecto abortivo, como la ruda o hisopo.

Existen registros que en la época primitiva el aborto en general era legal, moral y religiosamente aceptado cuando era el padre que lo disponía, por ejemplo el Código de Hammurabi (2,500 A.C.) *“consideraba el aborto un delito contra los intereses del padre o del marido, y también una lesión a la mujer”*, y esto debido a que en esta época la concepción dominante –en los pueblos orientales, Grecia y aún en Roma- era el *“Pars Viscerum Matris”*, que sostenía *“que el feto es parte del cuerpo de la mujer, y como ella pertenecía al padre, esposo o Estado, la posesión de estos se extendía al vientre de la gestante”*¹³.

La concepción mencionada regia en el antiguo Derecho Romano y no existía ninguna disposición que regulara el aborto, y debido a la corrupción en las costumbres y el libertinaje femenino es que se llegó al punto que las mujeres abortaban por el simple hecho de castigar a su marido o para evitar que se revelara el adulterio, sin embargo, si el marido se quejaba de dichos actos, la mujer era fuertemente castigada por considerarlo objeto de delito.

Otra concepción que también domino fue la filosofía pagana, esta

¹³*Ibidem.*

establecía que el feto pertenecía o era parte de las entrañas de la madre, por lo que ella podía destruirlo por sí misma o pedirle a otro que lo hiciera sin ninguna consecuencia, ejemplos de esta concepción la encontramos ya en el siglo XX, con el famoso Anteproyecto Federal Suizo de 1916¹⁴, que en su artículo 112 establecía: *"El aborto practicado por un médico titulado con el consentimiento de la embarazada, no es punible"*. En este mismo año aparecen en términos contemporáneos la doctrina eugenésica y la doctrina feminista; La primera está basada en la idea de prever enfermedades hereditarias, así como en la planificación familiar, y la segunda establece que corresponde a la mujer el derecho de decidir tener hijos.

Otra concepción muy importante fue la católica, en la que se cree que el alma es la que brinda a un ente u organismo la categoría de ser humano, esto es lo que se denomina "la concepción hilo-mórfica de la naturaleza humana", su principal defensor fue *Santo Tomás de Aquino*, quien sostenía que el espíritu era forma sustancial del alma, en tanto que el cuerpo era el producto de la unión del alma con la materia¹⁵.

Es a partir de los escritos de los primeros cristianos donde el aborto se convierte en un asunto de teología y moral, durante los primeros seis siglos de la cristiandad los teólogos no lograron ponerse de acuerdo sobre este punto y en diferentes áreas geográficas regían diferentes opiniones, mientras una minoría opinaba que la hominización ocurría en el momento de la fecundación, otros opinaban, que no; Las contradicciones sobre el momento de la hominización no fueron resueltas sino a partir de los escritos de San

¹⁴**Instituto Superior de Ciencias Médicas de la Habana**; Facultad de Ciencias Médicas, "Miguel Enríquez"; *Algunos Aspectos Históricos y sociales del Aborto*; disponible en: http://bvs.sld.cu/revistas/gin/vol28_2_02/gin12202.htm, consultado en fecha 19 de septiembre de 2013.

¹⁵**Zirmerman M**; "Aborto". Leyes prácticas: Legislación Política No. 3, abril, 1977.

Agustín, donde la teoría de la hominización tardía predominó, siendo convertida en doctrina oficial de la Iglesia en el siglo XIX, quedando oficializada la opinión de San Agustín, afirmando que "el aborto es homicidio solo cuando el feto se ha formado".

Tres siglos después en 1588, el Papa Sixto V, en un intento de frenar la prostitución en Roma, declara el aborto y la anticoncepción pecados mortales, posibles de excomunión o muerte en la hoguera.

El Papa Gregorio XIV, restableció el principio de la hominización tardía. En 1869, Pio IX proclama nuevamente la hominización inmediata a la concepción, según la cual el alma humana está presente desde el mismo momento de la concepción, convirtiéndose esta la opinión predominante en la actualidad y los avances científicos han dado razón a la Iglesia.

Los primeros Indicios del Aborto Terapéutico, se encuentra en las colonias norteamericanas en el año de 1607 y luego en las décadas de los 80 (1828), se inició una fuerte discusión sobre el aborto, esto originó fuertes controversias públicas las que se dividieron en tres grandes posiciones:

- a. Los que deseaban desterrar al aborto en cualquier circunstancia (caso del movimiento en Defensa de la Vida);
- b. Los que estimaban que el aborto debería practicarse a instancias de cualquier mujer embarazada, se fundamentaba que la mujer podía decidir libremente (opinión del grupo favorable a la libre elección)¹⁶,
Como un derecho que solo ella poseía; y

¹⁶ **MASTERS WH, Johnson VE, Kolodny RC**; "*La sexualidad humana*". La Habana. Editorial Científico-Técnica; 1987, pág. 681.

- c. Los que restringirían la práctica del aborto a determinadas situaciones, como el riesgo grave para la salud de la madre, o cuando el embarazo fuera el fruto de violación o incesto¹⁷.

Otros indicios se dieron en Cuba¹⁸, donde la ley más antigua sobre el aborto es el código penal de 1870, que fue promulgado en mayo de 1879 por Decreto Real y se mantuvo vigente hasta 1936, cuando fue publicado el Código de Defensa Social que se mantuvo hasta 1959 y que señalaba que el aborto intencionalmente provocado pero amparado por una causa establecida legalmente, sería considerado lícito; esas causas eran:

- a. El aborto necesario para salvar la vida de la madre o para evitar grave daño en su salud (aborto terapéutico).
- b. El que se provocase o llevase a cabo con su anuencia, cuando la gestación hubiese sido ocasionada por haberse cometido sobre la grávida el delito de violación, rapto no seguido de matrimonio o estupro (aborto por razón de honor).
- c. El que se provocase o llevase a cabo con la anuencia de los padres, cuando el propósito sea evitar la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa de carácter grave (aborto eugenésico).

En 1920 la antigua Unión Soviética se convierte en el primer país en

¹⁷El fin de este criterio era que la ley arbitre garantías que impidan la práctica "irresponsable" del aborto, y que lo permitiera pero de forma responsable cuando el embarazo, podía ocasionar graves riesgos a la madre inclusive la muerte.

¹⁸**RAIMUNDO CEA, Rodolfo Guadalupe;** "El Aborto en General"; Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, 2001, pág. 6.

legalizar el aborto, practicándose en el hospital siempre y cuando sea a solicitud de la madre en el primer trimestre de gestación; en 1948 Japón adoptó la ley de protección eugenésica, permitiendo la práctica del aborto por una amplia variedad de razones, y de esa forma flexibilizándose así la legislación en cuanto al tema del aborto en dicho país en mención. En Uruguay¹⁹ (Código Penal 1938), después de haberse considerado un delito por años, el mismo fue despenalizado permitiéndole a la mujer embarazada abortar en cualquier momento del embarazo y sea cual fuera el motivo de su práctica, haciendo mas libre la práctica del aborto, sin restricción alguna. Actualmente varios países del mundo, han considerado a bien, legalizar la praxis del aborto terapéutico por el fin que este mismo busca, el cual es salvar la vida de la mujer gestante únicamente cuando no se tenga otra solución.

2.2. Nivel Nacional.

El Salvador después de haber obtenido la ansiada independencia de la corona española, adopto medidas y legislaciones de otros países, y para explicar la evolución del aborto en la legislación de El Salvador se retoman las palabras de Violeta Bermúdez, quien *“clasifico las modalidades punitivas del aborto en latinoamericana, en atención a dos grandes espacios temporales, en primer lugar, las legislaciones penales del siglo XIX, que se distinguen por su primacía a la “moral familiar”, donde el delito de aborto recibe importantes privilegios cuando protege el honor o la reputación de la gestante o su familia, y en segundo lugar, a partir de las codificaciones del siglo XX, donde comienza a desaparecer la figura del aborto honoris*

¹⁹**BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**; citado por **FEUSIER, Oswaldo Ernesto**; *“Pasado y Presente del Delito de Aborto en El Salvador”*, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas, pág. 1.

*causa*²⁰. La regulación normativa del Aborto en El Salvador se desarrolló de la manera siguiente:

2.2.1. Código Penal de 1826 y de 1859.

Estos códigos prácticamente eran una copia del Código Penal Español de 1822 que reconoció la figura del aborto *honoris causa*, y comprendía el aborto dentro del capítulo referente al Homicidio, en el título denominado “Delitos contra las personas”; sin embargo, el aborto realizado por la misma gestante era permitido y se castigaba con pena de reclusión de seis a diez años, la práctica del aborto por terceras personas cuando hubiese consentimiento de la gestante se atenuaba entre cuatro a ocho años de reclusión.

Aunque en dicha legislación no parece asomarse regulación alguna sobre indicaciones abortivas²¹, la protección penal de la vida humana dependiente, es decir, del concebido no nacido, se reducía hasta una pena de reclusión de uno a cinco años, según el artículo 655 inciso segundo de dicha legislación, si la mujer que provocaba su aborto era soltera o viuda no corrompida y de buena fama y resultare a juicio o criterio de los jueces que el único y principal móvil de la acción fue encubrir su fragilidad.

2.2.2. Código Penal de 1881.

Este repetía el trato especial para el no nacido ante la eventual condena de la gestante, estableciendo en su artículo 73 que “*todo castigo de*

²⁰FEUSIER, Oswaldo Ernesto; “*Pasado y Presente del Delito de Aborto en El Salvador*”, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, pág. 2. disponible en: derecho@uca.edu.sv, consultado el 5 de mayo 2013.

²¹*Ibidem*, pág. 4

la madre por el cual pudiera peligrar la vida o salud de la criatura que tuviere en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

En el caso del delito de aborto, el consentimiento de la madre seguía teniendo valor y cuando la mujer causaba su propio aborto o permitía el aborto de un tercero, recibía la pena de “prisión menor”, sanción que aumentaba a “prisión mayor” cuando un tercero causaba el aborto sin violencia, ni autorización de la madre, y en caso que esta tercera persona ejerciera violencia en la madre, la pena se incrementaba, agravándose a “prisión superior”.

2.2.3. Código Penal de 1904²².

Este Código en el título VIII hacía la distinción entre el delito de homicidio (Cap. III) y el delito de aborto (Cap. V), regulando una forma de protección intermedia entre ambas, la referente a los delitos de infanticidio (Cap. IV), sin embargo no se hacía referencia a otra clase de aborto. En cuanto al consentimiento, le otorgó un valor atenuante castigando con tres años de prisión el caso de la mujer que causaba su propio aborto o bien consintiera que un tercero destruyese el producto de la concepción. Existiendo por ultimo una figura cualificada por el resultado (artículo 365), según la cual se castigaba con dos años de “prisión mayor” aquella persona que no tenía propósito de causar el aborto, pero que finalmente lo producía por haber actuado “violentamente”.

²²**Códigos penales de El Salvador, 1960.** Cabe destacar que este código introdujo en su exposición de motivos novedades, tales como: El aborto Agravado, que comprende tres tipos de agravación que son: 1) **Agravación Objetiva: cuando se trataba de una mujer menor de 16 años o que estuviere privada de razón o sentido.** 2) **Agravación Personal, cuando se trataba de personas profesionales y** 3) **Agravación Subjetiva, cuando el móvil del aborto lleva un propósito económico,** además reconocía El aborto Privilegiado y el Aborto doctrinariamente conocido como el sentimental.

2.2.4. Anteproyectos del Código Penal de 1974.

Primera aparición en la legislación salvadoreña del Aborto Terapéutico, (Promulgado el 13 de febrero de 1973), fue precedido por varios anteproyectos. Entre los que destacamos los siguientes:

Anteproyecto de 1943²³; respetaba los rasgos más importantes de la regulación penal de 1904, y por otra parte, resulta destacable que en este anteproyecto se plantea por primera vez como excluyente de punibilidad el aborto tentado realizado por la propia gestante, situación que sigue vigente en la legislación penal. En este caso estamos frente a un supuesto *“de difícil y delicada pesquisa”* -agregando más adelante una afirmación que actualmente puede ser chocante- *“fuera de que en realidad no se produce lesión de derecho estimable, si se tiene en cuenta la especial naturaleza del delito”*.

Toda investigación sobre el particular puede fracasar, y a cambio producir grave escándalo con perjuicio de la reputación de la mujer”. El peso del honor y la reputación seguía siendo evidente.

Respecto a esto último, en el proyecto incluso el aborto realizado con fines relacionados al honor, es un ilícito atenuado que se extiende a terceras personas, dejando de favorecer únicamente a la madre como sucedía en la regulación de 1904, y extendiéndose sobre la “esposa, madre, hija o hermana”.

Las razones de esta modificación, según la exposición de motivos es

²³*Ibidem.*

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

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

En el primer supuesto –aborto terapéutico-, la comisión redactora justificó la indicación al visualizarla como una eximente *“universalmente aceptada por una gran mayoría de códigos”*, además de representar *“un verdadero estado de necesidad”*, en el caso de la segunda indicación, decimos que en parte es una indicación eugenésica, pues en palabras de la comisión redactora: *“Nos enseña la medicina moderna la fatalidad en la transmisión de las enfermedades mentales; conocida tal eventualidad, sería imperdonable permitir el nacimiento de seres congénitamente degenerados”*.

El Proyecto de 1960²⁴ reguló por primera vez el aborto

²⁴*Ibidem.*

preterintencional, y siguió dando valor a la voluntad de la gestante en el aborto a través de la vieja clasificación entre “aborto propio y consentido” y el “aborto sin consentimiento”, repitiendo el trato privilegiado realizado para “ocultar la deshonra de la embarazada”.

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

Este anteproyecto también regulaba la impunidad del aborto practicado *“por un médico con el propósito de salvar la vida de la madre o en beneficio de su salud, seriamente perturbada o amenazada por el proceso de la gestación”* (conocido como *aborto terapéutico*), y retoma la eximente del anteproyecto de 1943, liberando de pena la tentativa de aborto causado por la propia mujer o el aborto culposo previo. Además de lo anterior, desaparece expresamente la figura del infanticidio, que pasa a convertirse en una figura de “Homicidio Privilegiado”²⁵, sancionado en el artículo 108 ordinal segundo del Código Penal.

2.2.5. Código penal de 1974.

El Código Penal de 1974, es una continuación de las líneas generales de los proyectos que se han mencionado anteriormente. La protección del producto de la concepción antes y durante el alumbramiento se encuentran

²⁵En este se castigaba la muerte causada “por la madre en su hijo, durante el nacimiento o dentro de los tres días subsiguientes, si el fin era ocultar la deshonra; o por los abuelos maternos, en su nieto, cuando concurren las mismas circunstancias”.

respectivamente confiadas a las figuras del “aborto” y el “homicidio atenuado”, sustituyendo este último los casos de infanticidio, produciéndose en aquel caso lo siguiente: *“que la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de las setenta y dos horas subsiguientes, en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable”*.

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

Las razones de este cambio no se encuentran claras, determinándose que los cambios se deben a una percepción de la moral o el “honor”, aunque como se verá más adelante, esta modificación no se hizo extensiva al caso del aborto. En cuanto al delito de aborto en dicho código la voluntad de la gestante sigue siendo un eje fundamental para determinar la pena, y en caso de existir consentimiento de esta última se podía hablar de la figura del “aborto propio o procurado”, con una pena de prisión de uno a tres años o bien en una sanción de dos a cuatro años de prisión por “aborto consentido”. Ambas penas eran sensiblemente inferiores a la que se esperaría del “aborto sin consentimiento”, donde por no concurrir voluntad de la madre el autor era acreedor a una pena superior de tres a ocho años de prisión.

El aborto culposo y el tentado continuaron siendo impunes pero siempre y cuando fuesen cometidos por la gestante, las razones de tales exclusiones trataron de ser explicadas por el profesor Arrieta Gallegos, para quien en el primer caso no considera que en la ley deba pensarse a la futura

madre, no solo por su falta de intención para provocarse el aborto, sino porque supone que por la pérdida de su futuro hijo, es ella la propia víctima o significa para ella pesar. En el segundo caso, la ley actúa con indulgencia, porque en definitiva la mujer no destruye ni aniquila al ser que lleva en sus entrañas y éste que se supone nace oportunamente al crecer y adquirir el uso de razón, puede sufrir un trauma si se entera que su madre fue procesada por querer destruirlo, situación que la ley quiere evitar.

Las indicaciones abortivas terapéutica²⁶ y criminológica²⁷ nuevamente aparecieron, pero a diferencia del proyecto del Ministerio de Justicia de 1960, la última indicación tuvo valor como eximente de pena, y no como atenuante. A las anteriores exenciones contenidas en el código se agregaría una nueva indicación, la eugenésica o aquella que “practica un facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar la deformidad previsible grave en el producto de la concepción”.

La forma de aborto más grave era la realizada sin consentimiento de la gestante por profesional de la salud, que tenía una pena única de doce años, se trataba de una sanción, que aunque grave es sustancialmente inferior a la del homicidio simple, que oscilaba entre los ocho y quince años, distancia que aumentaba en el caso del asesinato, que podía llegar hasta los veinte años de prisión. Solo existía otra modalidad de destrucción del producto de la concepción que podía igualar al aborto sin consentimiento, se trataba del aborto donde sobreviniere la muerte de la madre o “aborto de consecuencias mortales”, con una sanción que oscilaba entre los seis a doce años.

²⁶Aquella con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiera otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico.

²⁷La realizada se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se realizare con el consentimiento de la mujer”

2.2.6. Anteproyecto de 1994 Código Penal de 1998²⁸.

El estandarte de modernizar la legislación penal, frente a una realidad donde lo cotidiano era el retraso en la tramitación de procesos judiciales y reos sin condena, es lo que impulso a los redactores a crea el código penal de 1998, pero esto no perturbaría sustancialmente la regulación del delito de aborto, al menos eso se desprende de la exposición de motivos del proyecto del código penal de enero de 1994, realizada bajo la imprenta del Ministerio de Justicia, exposición de motivos según la cual *“La regulación del aborto mantiene las pautas marcadas por el derecho vigente, modificándose un poco en cuanto a los abortos no punibles”*.

La regulación en el anteproyecto del aborto realizado por la gestante, el realizado con o sin consentimiento de esta última y el aborto realizado por profesional de la salud, seguía siendo modalidades penalizadas por el código penal, tal como sucedía desde su similar de 1974. Y respecto a las indicaciones abortivas, es decir, aquellas situaciones excepcionales que provocaban la impunidad del aborto, el mismo establecía una regulación casi intacta, salvo pequeñas modificaciones.

La indicación terapéutica del código de 1974 quedaba sin modificación alguna, y por ende sin referencia a plazo para su realización, esto último cambiaba en las indicaciones criminológica y eugenésica, donde sí se regulaban plazos a diferencia de la legislación anterior, en dicho sentido, la indicación criminológica establecía como término de realización las doce primeras semanas de gestación, mientras que la eugenésica hasta la vigésima segunda semana de gestación.

²⁸*Ibidem.*

La indicación criminológica extendió su aplicación a los embarazos producto de “inseminación artificial”, y no solamente los que son productos de “violación o estupro” tal como establecía la legislación de 1974.

En todos los supuestos, el proyecto consideraba indispensable y necesaria la participación de un médico, y además debía practicarse en un “centro o establecimiento sanitario, público o privado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada”.

El código de 1998 presentó cambios sustanciales de la legislación de 1974, y en general, a la manera en que se había regulado el delito de aborto, lo que sucedió sin precedentes, ya que el mismo no se había diseñado con tal propósito, y es así, que luego de más de 150 años de vigencia, desaparecía el aborto atenuado *honoris causa*, poco aceptado para esta época, tal como lo evidenció la encuesta practicada en 1999 por el Instituto Universitario de Opinión Pública de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (IUDOP), titulada “Encuesta sobre género”, según la cual solo el 2.6% por ciento de las 1251 personas encuestadas (48.5% eran hombres y 51.6% mujeres) estaban de acuerdo con la permisión legal del aborto cuando la mujer no se encontraba casada. Se trata de un dato razonable, sobre todo si se considera que según el Informe de Salud Familiar de 1998, del 100% de las mujeres encuestadas entre 15 a 24 años, el 48.8% ya había tenido al menos una experiencia sexual, grupo del cual la mayoría de relaciones fue pre-marital (30.5%), o no marital (18.3%).

La eliminación del aborto *honoris causa* era una decisión congruente con la aparente intención de los formuladores del código penal, por desaparecer aquellos delitos los cuales contenían una excesiva carga moralista, tal como lo evidenció la modificación de contenido en buena parte

del código, en relación a los delitos relativos a la libertad sexual.

Lo que se plasmó en el anteproyecto de 1994, como se anticipó, no fue lo que terminó plasmándose en el código penal aprobado en 1997 (cuya vigencia inició en 1998), y más allá de lo anterior, frente al casi absoluto consenso en la regulación de los delitos, fue el tema del aborto el que generó más polémica y resistencias en la Asamblea.

La forma en que quedan delineados los contornos legales de la actual regulación penal en materia de aborto, la primera en El Salvador que no reconocía valor mitigante al aborto por móviles de honor, que no reconocía el delito de infanticidio (por lo que automáticamente estos hechos se castigarían como homicidio), y que además abandonaba el sistema de indicaciones –criminológica, eugenésica y terapéutica- que venían desde 1974 o aun antes, si se considera los anteproyectos del código penal previos a 1974, este cambio en la ley secundaria, siguió con la reforma a la Constitución de la Republica, siendo así que el artículo 1 de dicho cuerpo normativo fue reformado en base a la estimación bastante elevada del derecho a la Vida, el que se consideró como “el derecho más fundamental y bien jurídico máspreciado”, y que debía ser reafirmado dado que ningún otro derecho tiene sentido si este no se protege férreamente.

La falta de la protección adecuada de la vida humana resquebraja en su misma base el estado de derecho y paz social, razones por las que desde entonces “la vida se protege desde el momento de la concepción”.

La problemática social y jurídica que actualmente se vive en El Salvador, país que en el exterior es fuertemente criticado por la legislación adoptada para regular el Aborto, normativa que consideran tajante y

violadora de diversos Derechos Fundamentales de la mujer -derecho a la vida, a la Salud, a la Libertad de disponer de su cuerpo-, por no permitir el aborto terapéutico.

2.3. Historia del Estado de Necesidad.

En la antigüedad cuando el pecado y el delito se confundían, la conducta humana en la sociedad era limitada por ciertos criterios de prohibición, con respecto a aquellos hechos considerados lesivos contra la integridad de otro individuo, inclusive de la divinidad, y ante los cuales se reaccionaba con violencia, no obstante no existían parámetros de clasificación para dichas acciones humanas, por lo que simplemente aquello que dañara a otro se consideraba un hecho intolerable y se castigaba de forma cruel.

El antecedente histórico-penal más próximo a la inclusión del estado de necesidad como excluyente de responsabilidad penal, lo encontramos en el Código Penal Español de 1848, teniendo como antecedentes en las normas españolas: el Fuero Juzgo, luego en el Fuero Real, Las Siete Partidas y el Código Penal Español de 1822²⁹, siendo posteriormente adoptadas por el Código Penal salvadoreño las excluyentes de responsabilidad que consagraba el Código Penal español.

La justicia penal que debía implementarse antes dichas acciones, fue evolucionando, y es así, que en tiempos no tan remotos la acción humana se constituye delito, cuando esta cumple los caracteres de tipicidad,

²⁹ **JANA FERNÁNDEZ, Mitzi Yanett**; *“Las Eximentes Incompletas: Requisitos Doctrinales y Jurisprudenciales para su Procedencia”*; Programa de Magister, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pág. 10

imputabilidad, culpabilidad y antijuricidad, siendo en esta oportunidad la que ocupa analizar las últimas dos, ya que de ellas depende la existencia de eximentes de responsabilidad, clasificadas doctrinariamente como causas de justificación y causas de inculpabilidad.

Las primeras que mencionamos, es decir, las Causas de Justificación contraponen la conducta controvertida a la conducta antijurídica; son las que excluyen –según nos dice don Luis Jiménez de Asúa- *la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal. Esto ya que existen actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva. En los que falta, sin embargo, el carácter de antijuricidad que es el elemento más importante del crimen*³⁰.

El caso ejecutado u omitido en consecuencia no está contra la norma penal, de tal suerte que si el acto ejecutado u omitido está previsto por la ley, será antijurídico siempre y cuando no medie una causa de justificación como son los actos legítimos ejecutados en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o oficio, la legítima defensa y en ciertos casos el estado de necesidad.

La culpabilidad es amplísima y comprende el dolo y la culpa en sus distintas formas y se gradúa desde el dolo directo hasta la imprudencia simple, pero se basa en la voluntariedad del agente que da la pauta para saber ante qué clase de culpabilidad se enfrenta, dependerá de cómo se pronuncie o hacia donde se perfile tal voluntariedad.

Los tratadista en cuanto a este punto, hacen una valoración sobre la

³⁰ **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis**; *“La Ley y El Delito”*; 4ª ed., Edit. Hermes, buenos Aires 1963. Pág. 284.

conducta del agente, valoración que a veces es simple, porque se obtienen conclusiones que en el “sentido común” indican y a veces encierran toda una problemática con raíces filosóficas que amerita un estudio científico de la cuestión; es así, que el estudio de la materia analiza concienzudamente la actuación del hombre en las distintas circunstancias genéricas, en que puede ocurrir y hace un juicio en base a todos los elementos a su alcance, un juicio de reproche y cuando se considera que el Derecho Penal debe de eximir de responsabilidad al agente, es porque precisamente se absuelve de la misma, en el juicio que anteriormente se ha hecho.

Surgen las causas de inculpabilidad y entre estas se hallan: la violencia moral, la fuerza física, pero la que más interesa es la llamada no exigibilidad de otra conducta, que es donde corresponden ciertos casos de estado de necesidad. Hasta el momento se puede observar que el estado de necesidad puede ser causa de justificación o causa de inculpabilidad pero no existe ninguna causa genérica de ambos con una denominación específica, excepto claro está, el de causa de exclusión, el cual es más amplio. La violencia moral ha ido perdiendo extensión, conforme al estudio del Derecho Penal ha avanzado y su mismo nombre indica que se violenta la voluntad, por lo que no es responsable el agente.

El estado de necesidad e inclusive la legítima defensa, antiguamente se podía considerar especies de la fuerza moral, pero hoy en día, esto se ha restringido a lo que se conoce como miedo insuperable, situación que sí responde exactamente a la vulneración de la voluntad; en cambio no ocurre lo mismo en el estado de necesidad que alcanzó su autonomía y consecuentemente tiene sus propios perfiles y aparte de eso en lo que estrictamente se refiere a la violencia en la voluntad, no necesariamente se da ese clímax de violencia moral que ocurre en el miedo insuperable.

Las diferencias existentes entre la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad son muchas, dentro de las cuales se puede mencionar las siguientes: en el Estado de Necesidad no hay agresión ilegítima que se repela, que es lo esencial de la legítima defensa; ello nos indica que el conflicto de intereses que en ambas eximentes ocurre se diferencia uno del otro, en que mientras en el estado de necesidad ambos intereses son legítimos, es decir jurídicamente protegidos, en la legítima defensa solo el interés del agresor es ilegítimo; Por ello, la legítima defensa siempre implica una acción lícita por parte de quien se defiende o defiende a otro, por ser legítimo el bien jurídico protegido, por lo tanto, será una causa de justificación, mientras que en el caso del estado de necesidad a veces es causa de justificación y a veces causa de inculpabilidad.

En el estado de necesidad para que opere la eximente, los titulares de ambos intereses en conflicto deben ser ajenos al hecho que produce la situación, ajenos en forma directa, encaminada a ella (dolo directo) y además su actitud ha sido pasiva y el acontecimiento se da por sorpresa, es inesperado o en ciertos casos no hay sorpresa ni es inesperado, no se sabe en todo caso a ciencia cierta, cuando la situación llegará a hacerse insostenible. La idea la encierra muy bien Carrara, cuando dice que el estado de necesidad es acción, mientras que la legítima defensa es reacción, sin embargo en ciertos casos en el estado de necesidad cabe la legítima defensa sobre todo por parte de quien sufre la acción del necesitado.

Con la finalidad de dejar la idea clara se expondrá un ejemplo: ante el conflicto de dos vidas en una situación necesaria, uno de los sujetos puede tratar de quitarle la vida al otro para salvar la suya, y si lo logra gozará de la eximente, pero si el agredido se defiende del ataque, que aunque sea originado por el estado de necesidad siempre constituye agresión ilegítima,

actuará ya no por el estado de necesidad en sí (y pudo haberlo hecho), sino en legítima defensa.

El estado de necesidad no como Instituto Jurídico, sino como simple situación, es aquélla en que se encuentra una persona o cosa ante la irresistibilidad de su conservación por la falta de elementos indispensables que se colocan riesgosamente.

La situación cuando origina un conflicto entre bienes protegidos en la órbita del Derecho Penal, aun sin importar la causa, ésta tendrá que considerarse hasta que se analice como eximente; cuando hay conflicto de bienes jurídicamente protegidos, es objeto de estudio del Derecho Penal, y para ser considerado como excluyente de responsabilidad exige ciertos requisitos que posteriormente se indicaran, los cuales obedecen a los principios mismos que sustentan al Derecho.

La persona actúa en estado de necesidad aunque con dolo directo haya creado tal situación, no se le eximirá de responsabilidad. Tal negación es espontánea, por que se recuerda que cuando la sociedad reorganiza y crea el Derecho para proteger los valores que tiene este no podría permitir que alguno de ellos fuera vulnerado únicamente porque existe estado de necesidad, ya que el mismo puede darse en forma muy variable; por lo tanto hay que atender a las circunstancias previas y actuales para dilucidar sobre la responsabilidad del necesitado; la base del estado de necesidad está dada por la colisión de bienes, es decir, por el peligro inminente de la pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación lesionando otro bien jurídico y de menor valor relativo.

La razón de la justificación reside en la preponderancia del bien

jurídicamente más valioso, que en el caso representa el mal menor. Mal es el daño causado o efectuado a un interés individual o social protegido jurídicamente por las leyes (bien jurídico)³¹. De la definición antes dada se desprende que el mal puede ser a un bien individual como: la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad, propios o ajenos, e inclusive puede ser a bienes de índole social como la salud, la seguridad pública, el orden constitucional y la seguridad de la nación.

- a) El mal causado: debe tener naturaleza penal, puesto que de otra forma no tendría relevancia al objeto de estudio.
- b) El mal evitado: (es el bien salvado) debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado, de lo contrario faltará el efecto justificante.

La determinación de la mayor jerarquía es un problema, ya que entra a discutirse la comparación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, sin embargo, la realización de acciones que afecten bienes individuales como por ejemplo, extraer un riñón a uno para trasplantarlo a otro a quien se le salva la vida. En este caso la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante. Desde el punto de vista subjetivo, no puede invocar el estado de necesidad quien está obligado a soportar el peligro por su función social, ejemplo: un bombero no se puede amparar en el estado de necesidad para salvar un bien propio a costa de otro que desaparecería en el incendio; un militar no podría invocar el estado de necesidad porque su vida corre peligro en un combate, etc.

³¹ **LAURENZO COPELLO, Patricia;** *“Aborto no Punible”*; 1 ed; Ed. Casa, Barcelona España, 1990, pág. 135.

- c) El mal mayor. no interesa el origen del mal mayor que se intenta evitar, puede haberse causado por una persona o emanar de un hecho animal o natural.

La inminencia del mal mayor, es la que determina la necesidad justificante. El mal es inminente si está por suceder prontamente, esto no sólo exige que el peligro de que se realice el mal sea efectivo, sino también, que se presente como realización inmediata. (ej. No basta para arrojar el cargamento al agua que desencadena la tormenta, sino que esta ponga en peligro el buque).

El autor es extraño al mal mayor, es decir que no sea atribuible a su intención. Por ejemplo: no podría ampararse en la justificación, quien primero provocó una estampida de animales, y luego los mate –daño- a fin de evitar el daño que esa estampida podía provocar. Además de ello, el autor no debe estar jurídicamente obligado a soportarlo, puesto que en éste caso no puede alegar la justificación, como en los ejemplos del Bombero y del Militar.

CAPÍTULO III
ASPECTOS CONCEPTUALES Y DOCTRINARIOS DEL ABORTO
TERAPEUTICO Y DEL ESTADO DE NECESIDAD COMO EXCLUYENTE
DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SALVADOR

3. Etimología del Concepto de Aborto.

La palabra aborto proviene etimológicamente del latín abortus, participio del verbo aborior, palabra compuesta que significa: ab = privar; y orior = levantarse, salir, parecer, nacer³².

La palabra aborto en su primera parte señala que es una privación de algo, la otra parte de la palabra significa nacimiento. Al unirse la palabra significa la privación del nacimiento. Se puede mencionar también el vocablo Aborire: que significa nacer antes de tiempo, es decir, destrucción de un organismo antes del nacimiento³³.

3.1. Definición de Aborto.

El tiempo ha determinado la diversidad de definiciones que existen sobre el aborto y dependiendo del punto de vista, enfoque o interés en el tema se ha abordado en diferentes áreas de la ciencia, pero ha sido mayormente abordado por las ciencias médicas, las ciencias sociales y las ciencias jurídicas. Y dentro de cada una de estas ciencias existen diferentes

³²**BESIO, Mauricio; CHOMALÍ Fernando, y otros;** *“Aborto terapéutico, Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica”*; Facultad de Medicina, Centro de Bioética, Departamento de Obstetricia y Ginecología, Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, Pág. 7; formato PDF, disponible en: http://www.iglesia.cl/portalrecursos/documentos/20090422_abortoterapeutico.pdf, consultado fecha 18 de agosto de 2013.

³³**GIL DOMINGUEZ, Andrés;** *“Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución”*; 1 ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 15.

definiciones de aborto. Como es bien conocido el Derecho se auxilia en muchos casos de las ciencias médicas, y es por ello que cuando se da un veredicto sobre un caso de aborto, el Juez que conoce se remite a las definiciones adoptadas en el área de la Ciencias Médicas; y si bien es cierto que el aborto es una palabra con mayor relevancia en la medicina, en las Ciencias Jurídicas también existen destacados autores que han escrito sobre la definición de aborto. Los conceptos de aborto más destacados en la doctrina, son los siguientes:

El autor Bajo Fernández el aborto *“Es toda interrupción del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la destrucción o la muerte del fruto de la concepción”*³⁴.

La destrucción de la vida antes del nacimiento se denomina aborto y éste consiste no en la aceleración del nacimiento, sino en la muerte del feto; después del nacimiento, la destrucción de la vida se denomina homicidio y éste se da aun cuando la acción constituya solamente una aceleración del proceso que conduce a una muerte más o menos próxima: la muerte dada a un agónico es homicidio.

El aborto realizado en condiciones no adecuadas: *“es el procedimiento para terminar un embarazo no deseado ya sea practicado por personas que carecen de las habilidades necesarias o en un ambiente carente de estándares médicos mínimos, o ambos”*³⁵. También se considera aborto *“La muerte dolosa del feto dentro del útero, o su violenta expulsión del vientre*

³⁴**BAJO FERNÁNDEZ, Miguel**; *“Manual de Derecho Penal: Parte Especial”*; Ed. Centros de Estudios Ramón Areces, España, 1991, Pág. 109.

³⁵**ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**; The Prevention and Management of Unsafe Abortion, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo Ginebra, abril de 1992; http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm#20

materno, de la que sigue la muerte del feto". (Francesco Carrara, autor Italiano).

Los autores Antón y Rodríguez aborto es *"La muerte del feto mediante la destrucción en el seno de la madre o por su expulsión prematura provocada por cualquier medio"*.

Destacados penalistas chilenos han dado diversos conceptos de abortos los cuales buscan determinar la verdadera naturaleza del delito de aborto, uno de los más destacados es el profesor RAIMUNDO DEL RIO, quien define el aborto señalando que lo que constituye a este, es la extracción o expulsión del producto antes que la naturaleza lo realice.

El autor GUSTAVO LABATUT GLENA, define aborto como la interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana.

Las definiciones motivaron que la jurisprudencia Chilena señalara lo siguiente con respecto al aborto: Hay aborto, siempre que el producto de la concepción es expedito fuera del útero, antes de la época determinada por la naturaleza, pero la ley no entiende por aborto, sino por la expulsión provocada y premeditada del producto de la concepción antes del término natural de la preñez³⁶.

Otros autores que han complementado y enriquecido el concepto de aborto, son: El profesor MARIO VERDUGO, define el aborto como toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo, impidiendo que llegue a su

³⁶PRECHT PIZARRO, Jorge E., *"Consideraciones Éticas- Jurídicas del Aborto Terapéutico"*, Revista chilena de Derecho, vol. 19 N° 3, pág. 513.

término natural, el cual es el nacimiento del producto de la concepción.

La doctrina Francesa, el aborto consiste en la comisión de maniobras culpables destinadas a causar la expulsión prematura del fruto de la concepción. Si no se produce la expulsión (absorción del embrión), se tratará a lo más de una tentativa de aborto. En la doctrina germana, el aborto es la interrupción del embarazo causando la muerte del fruto de la concepción. Así también la Real Academia de la Lengua Española define la palabra abortar, de la siguiente manera: *“Dicho de la hembra, interrumpir en forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo”*³⁷

3.1.1. Concepto de Aborto para la Medicina.

La medicina distingue entre aborto y nacimiento prematuro o precoz, por aborto entiende la expulsión del producto de la concepción antes de los seis meses de la gestación, y por nacimiento precoz entiende por los tres últimos meses de gestación³⁸. En la obstetricia se considera aborto la expulsión del producto de la concepción hasta el final del sexto mes del embarazo³⁹. La expulsión durante los tres últimos meses, parto prematuro⁴⁰.

La diferencia antes dicha por la medicina, está fundada en la viabilidad

³⁷**LAZO QUEZADA, Gonzalo Patricio**; *“Aborto Terapéutico”*; *La problemática de su aplicación en el Sistema Jurídico Chileno*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Santiago de Chile. 2007. Pág. 21. Formato PDF, disponible en http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/de-lazo_g/pdfAmont/de-lazo_g.pdf, Consultado en 19 de agosto de 2013.

³⁸**EL ABORTO**. Pág. 1, Revista Virtual <http://homepages.wmich.edu/~ppastran/4530/4530/wk10-aborto2.pdf>

³⁹**ROJAS, Nerio** revista medica hondureña; concepto medico legal de Aborto, Buenos Aires, pág. 57. <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1931/pdf/A1-1-1931-15.pdf>

⁴⁰**CORZO TORRES, Carlos Rafael**; *“Legalización del Aborto en Guatemala desde un enfoque actualizado”*; Tesis para Optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2011, pág. 29.

del feto que existe desde los 180 días de vida intrauterina; pero en ambas formas carece de importancia la causa-patológica, criminal o terapéutica-de la expulsión fetal del útero.

En embriología, el aborto se define como la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable "ex útero"⁴¹, es decir, antes de que el feto nazca y sea independiente de la madre. La Organización Mundial de la Salud ha definido el aborto como: *"la expulsión o extracción de su madre de un embrión o feto que pese 500 gramos o menos"*. Este peso corresponde a una edad gestacional entre 20-22 semanas, como en el aborto retenido no ha ocurrido la expulsión, se podría definir mejor al aborto como la interrupción de un embarazo menor de 20-22 semanas o la pérdida de un embrión o de un feto que pesa menos de 500 gramos. Se denomina aborto temprano al que ocurre antes de la 12a semana de gestación y aborto tardío al que se presenta entre las 12 y las 20 semanas de gestación.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), también define al aborto como *"la interrupción de un embarazo tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir y mantener una vida extrauterina independiente"* (OMS 1994)⁴².

3.1.2. Concepto de Aborto para el Derecho.

En el ámbito Jurídico se denomina aborto a la expulsión del feto en cualquier momento después de la fecundación, sea cual fuere la etapa del

⁴¹VALENZUELA, Carlos Aborto. <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=251>

⁴²Salud de la familia y la comunidad OPS/OMS; Derogación del aborto terapéutico en Nicaragua: Impacto en la salud. 2007. Véase la pagina web <http://www.Movimientoautonomodemujeres.org/downloads/38.pdf>. Consultado en fecha 17 de agosto de 2013.

embarazo y el desarrollo del feto⁴³. El Aborto es la interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto fuera de las excepciones ex legales⁴⁴.

El código Penal Comentado de El Salvador, define el aborto como “*la destrucción o muerte del feto, bien en el interior del seno materno, bien provocando su expulsión prematura. No constituyen aborto la destrucción del embrión o feto fuera del vientre de la madre tras un aborto espontáneo ni tampoco la interrupción de procesos patológicos, como los embarazos extrauterinos*”⁴⁵. En las ciencias jurídicas cabe destacar que no se distingue entre aborto y nacimiento prematuro ya que para el derecho ambos son aborto.

3.2. Clasificación del Aborto.

El aborto puede ser espontáneo o inducido (provocado)⁴⁶. Espontáneo es cuando se produce por alguna patología del concebido o de algún progenitor, independiente de la voluntad de ellos o de terceros, por lo que no hay responsabilidad directa al respecto. Los abortos espontáneos suelen ser frecuentes.

Una figura radicalmente distinta se presenta cuando se está frente al aborto provocado o voluntario, puesto que se trata de aquel resultante de maniobras destinadas directamente a provocar la muerte del aún no nacido.

⁴³**SILVA SILVA, Hernand**; “*Medicina Legal y Psiquiatría Forense*”; Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1991, pág. 143.

⁴⁴**ROJAS, Nerio**, *Op. cit.* Pág. 60.

⁴⁵**GARCIA, Luis Rueda y CARRASCO, Francisco Moreno**; “*Código penal comentado*”; Consejo Nacional de la Judicatura, Imprenta Nacional, año 2004, El Salvador. Pág. 352

⁴⁶**RUIZ PARRA, Ariel Iván**; “*Aborto* Departamento de Ginecología y Obstetricia”; Universidad Nacional de Colombia. Pág. 906, formato PDF, disponible en: <http://www.aibarra.org/Apuntes/criticos/Guias/Genitourinarias-ginecologia/Aborto.pdf>, consultado en fecha 5 de septiembre de 2013.

Al efectuarse la interrupción del embarazo, es muy importante distinguir aquellos casos en que ésta es realizada con la intención de dar muerte al individuo de la especie humana que se está gestando, sea éste viable o no, que propiamente es un aborto procurado –que es lo que le da el carácter delictivo–, de aquellos procedimientos que sólo tienen por objeto inducir el parto, interrumpiendo el embarazo –pero no el desarrollo del ser en gestación–, en la perspectiva de lograr el bienestar tanto de la madre como del hijo; es decir, que no implican ni en los métodos empleados ni en la intención la eliminación deliberada del hijo. En esta última circunstancia se trata de un parto prematuro.

El Aborto provocado según el autor Manzini “es cualquier hecho con el cual se determina la muerte del feto antes del parto fisiológico, con o sin expulsión del útero”.

3.2.1. Clasificación de los abortos provocados.

El término aborto procurado o provocado, como también se le denomina se entiende como: aquel acto destinado a poner fin al embarazo con el propósito de que el individuo que se encuentra en gestación muera, ya sea en la etapa embrionaria o fetal. Los motivos que pueden llevar a practicar el aborto provocado son diversos, existiendo una clasificación de los mismos, clasificándose de la siguiente manera:

- a) Aborto “libre”: es el realizado bajo el supuesto Derecho que tendría la mujer para interrumpir su embarazo, con la consecuente eliminación del fruto de la concepción, invocando para ello cualquier razón. Las motivaciones más frecuentes para invocarlo son las económicas y sociales.

- b) Aborto eugenésico: es aquel que se realiza con la intención de eliminar el feto, cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad.
- c) Aborto selectivo: se refiere a la reducción fetal selectiva, que pretende eliminar, en el caso de embarazos múltiples, algunos embriones con el fin de que los otros tengan mejor posibilidad de sobrevivir. En los países donde se ha legalizado el aborto, esta práctica es habitual en los procedimientos de fecundación artificial y transferencia embrionaria.
- d) Aborto “ético” o por honor: es aquel destinado a provocar la muerte del embrión o feto en gestación cuando este ha sido el producto de alguna violación sexual o relación incestuosa.
- e) Aborto “terapéutico”: son las interrupciones del embarazo en las cuales lo que se persigue finalmente es la salud de la madre en su sentido amplio.
- f) Aborto por motivaciones mixtas⁴⁷: Referido a la llamada reducción fetal selectiva, que pretende eliminar algunos embriones en el caso de embarazos múltiples, con el fin que otros tengan mejor probabilidad de sobrevivir.
- g) Aborto Directo⁴⁸: es aquel encaminado a dar muerte al no nacido, como

47BESIO, Mauricio: “Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico”; Boletín de la Escuela de Medicina de la Universidad Católica de Chile, Vol. 27, N° 1, 1998. Formato PDF, disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/boletin/html/etica/etica07.html>, consultado en fecha 18 de julio de 2013.

⁴⁸LAZO QUEZADA, Gonzalo Patricio, *Op cit.* Pag.16. http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/de-lazo_g/pdfAmont/de-lazo_g.pdf

fin o como medio. Y este es el caso de la indicación terapéutica, en que el aborto está autorizado para salvar la salud o vida de la madre.

- h) Aborto Indirecto⁴⁹: es aquel que se produce como efecto secundario e inevitable previsto, pero no querido, de una acción buena, exigida por razones graves, compensatorias del efecto malo del aborto, y si se pudiera evitar, se evitaría.

Este corresponde a lo que algunos denominan aborto terapéutico indirecto, que se produce como consecuencia de tratamientos médicos dados a la madre por razones de riesgos a su salud o vida, en él no se desea la muerte del feto, pero su ocurrencia se acepta como inevitable. Para los penalistas el primer tipo de aborto provocado concerniría un dolo directo, mientras que el segundo contendría como elemento subjetivo del tipo penal un dolo de carácter indirecto, lo que podría tener importancia a la hora de determinar la punibilidad del aborto terapéutico en el sistema penal.

3.3. Definición de Aborto Terapéutico.

Aborto terapéutico es aquel acto voluntario destinado a poner fin la existencia del feto en virtud de una autorización legal, autorización que se basa en el hecho de que médicamente es la única vía para evitar la muerte de la madre o causarle un grave daño a su salud física o psíquica⁵⁰. Este tipo de aborto también se conoce con el nombre de aborto ginecológico, aborto por razones médicas o terapéuticas⁵¹: Es la interrupción voluntaria de un embarazo -cuando la vida del feto se considera pérdida (producto muerto) o

⁴⁹ *Ibidem* Pag.18.

⁵⁰ *Ibidem*; Pag.16-18. Disponible en <http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/de-lazog/pdf/Amont/de-lazog.pdf>.

⁵¹ **BESIO, Mauricio**, *Op cit.*

representa un gravísimo peligro para la madre- para salvaguardar la vida de la paciente.

El Aborto Terapéutico⁵²: Es la interrupción del embarazo en la cual lo que se persigue o cuya finalidad es la conservación de la salud y vida de la madre en su sentido amplio, se trata de aquellos casos en que la muerte del embrión o feto se busca como medio para lograr la conservación y protección de la salud y vida materna, también es la interrupción del embarazo en un estado de inviabilidad del feto o embrión, dado que este embarazo está causando un deterioro grave de la salud de la madre, le puede causar daños severos e irreversibles que pueden producirle la muerte⁵³. La intención del aborto terapéutico es eliminar la causa del daño de la salud de la madre y para ello mata al producto de la concepción⁵⁴.

3.3.1. Definición de Aborto Terapéutico según la Medicina.

Aborto Terapéutico son aquellas *“interrupciones inducidas del embarazo en las cuales lo que se persigue finalmente es la salud de la madre en su sentido amplio. Se trata de aquellos casos en que la muerte del embrión o feto es buscada como medio para lograr la salud materna⁵⁵”*. Al hablar de aborto terapéutico, es importante distinguirlo de Aborto Indirecto: El aborto indirecto consiste en *“la pérdida fetal como consecuencia de una*

⁵²*Ibídem*

⁵³**HERRERA CORTHOM, Carolina y RUIZ BARBASTES, Daniela;** *“El Aborto Terapéutico en Chile”*, Tesis electrónicas de la Universidad de Chile.

⁵⁴**VALENZUELA, Carlos;** Aborto: Aborto Terapéutico y Ética Científica. Consultado el 15 de septiembre de 2013, en <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=251>

⁵⁵**BESIO, Mauricio; CHOMALÍ Fernando, y otros;** *Aborto terapéutico, Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*. Facultad de Medicina, Centro de Bioética, Departamento de Obstetricia y Ginecología Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, pág. 7; 2008, facultad de medicina pontificia universidad católica de chile consultado el 18 de agosto de 2013, en <http://www.iglesia.Cl/portalesrecursos/documentos/20090422abortoterapeutico.pdf>.

intervención que busca tratar una condición materna”, se trata de una consecuencia no deseada propia del tratamiento. Ejemplo una madre embarazada la cual se le ha detectado cáncer avanzado; prescribiéndole el cancerólogo radiaciones, sabiendo que la radiación podría determinar la viabilidad del feto.

La definición antes dada muestra que lo único que diferencia a uno del otro, es la intención bajo la cual se practica, es decir, en el aborto terapéutico se practica con el objeto de poner fin a la vida del feto para salvar la vida de la madre; y en el aborto indirecto la muerte del feto se provoca en forma involuntaria, al realizarse maniobras curativas necesarias a la madre gestante; siendo la consecuencia en ambos la destrucción del producto de la concepción.

3.3.2. Definición de Aborto Terapéutico Según el Derecho

En la ciencia Jurídica, la definición cobra importancia en el sentido de prescindir del elemento de la viabilidad del feto al definir el aborto terapéutico, caracterizándose por ser practicado por un médico en circunstancias extraordinarias.

3.4. Características del Aborto Terapéutico.

Las características del aborto varían dependiendo del tipo de aborto que se trate. A continuación se describen las características que presenta un aborto terapéutico, a partir de un caso práctico. Caso clínico⁵⁶: Paciente de 27 años, con antecedentes de un embarazo anterior gemelar, interrumpido a

⁵⁶BESIO, Mauricio, *Op cit.*

las 27 semanas debido a una pre-eclampsia severa y edema pulmonar. Posteriormente, en un segundo embarazo, a las 24 semanas presenta una crisis hipertensiva con proteinuria ++++. Se intenta tratamiento con hidralazina endovenosa. Una ecografía muestra una estimación de peso fetal de 400 g. A pesar del tratamiento médico, existe un compromiso materno progresivo con radiografía de tórax compatible con congestión pulmonar, proteinuria de 8 g por litro. Se decide interrupción del embarazo, obteniendo un recién nacido de 400 g que fallece. La paciente presentó una tensión arterial normal a los 10 días postparto.

Elementos a considerar: El análisis de estos datos clínicos muestra que se está frente a una situación en la cual, si bien existe un conflicto de valores a defender entre la madre y el feto, en la pre-eclampsia severa descrita, si bien la intervención provoca la muerte del feto, logra evitar la única muerte evitable y es la de la mujer, salvando de esa forma la interrumpir el embarazo.

Las interrupciones del embarazo antes de la viabilidad fetal por razones de salud materna, sólo serían éticamente lícitas aquellas efectuadas cuando el médico tratante está razonablemente convencido de que si no realiza dicha acción, sus dos pacientes morirán. En dichos casos no sólo existirían circunstancias en las cuales el efecto buscado es proporcionado al efecto no deseado, sino que la acción libremente elegida por el médico sería recta, lícita y no constituiría un acto de los llamados intrínsecamente malos.

La tesis sostenida por el artículo consultado al respecto, es que tanto la intención del médico como las graves y especiales circunstancias que configuran el acto, constituyen un objeto que no es un aborto, sino que una acción lícita y ordenada al bien.

En estos casos la omisión de actuar provocaría un mal mayor. La interrupción del embarazo en circunstancias que si no se actúa morirán ambos y que el actuar significa salvar al único posible de salvar (más aún, si se toma todas las providencias para atender y tratar de salvar al otro) no puede considerarse una elección errada, producto de un desorden de la voluntad y por lo tanto de un mal moral, sino que una acción que le corresponde como médico y hombre recto puesto en una difícil situación. De dicho caso clínico se puede concluir que la gravedad que conlleva el permitir que el embarazo continúe con su curso natural es diferente y las consecuencias en algunos casos puede incluso ser la muerte tanto del feto como de la madre.

Existen características o elementos que son comunes a todo aborto por razones terapéuticas, dentro de las cuales se pueden mencionar las siguientes:

- a) Se efectúa como medida terapéutica;
- b) Debe haber un dictamen médico de la condición de la salud de la mujer embarazada que hace necesario interrumpir el embarazo.
- c) El aborto terapéutico debe ser efectuado por un médico especialista y en un medio sanitario.
- d) Está fundado en razones de tipo preventiva y curativa. Serían preventivas en el caso que se considera que la gestación podría agravar o empeorar el pronóstico de una enfermedad de base y curativas cuando se considera que el embarazo está causando un peligro para la vida de la madre.

- e) Se necesita el consentimiento de la madre embarazada, siempre y cuando este en la capacidad de dar el consentimiento.
- f) Se evita un mal mayor (de no practicarse el aborto posiblemente muera no solo el producto de la concepción sino también la madre).
- g) Inevitablemente muere el feto.

3.5. Efectos y Consecuencias del Aborto.

El aborto provocado o voluntario, independientemente del tipo de aborto que se trate ya sea legal o no, daña física, psicológica, legal y socialmente a la mujer en general y hasta puede acarrearle la muerte.

Las mujeres además de las complicaciones físicas, sufren emocional y espiritualmente lo que ya se ha identificado como el "Síndrome post-aborto", estos efectos del aborto incluyen sentimientos de culpa, angustia, ansiedad, depresión, baja autoestima, insomnio, diversos tipos de neurosis y de enfermedades psicopáticas, tendencia al suicidio, pesadillas en las que aparecen los restos del bebé abortado o recuerdos dolorosos en la fecha en que hubiera nacido, pero estos efectos representan solo una de las consecuencias que conlleva abortar para la mujer pues en la mayoría de casos las consecuencias más graves son las consecuencias físicas, psicológicas y sociales, si bien es cierto que todos los abortos tienen sus consecuencias para la mujer que aborta, hay para cada tipo de aborto consecuencias muy particulares, es por ello que a continuación se enfocan los efectos y consecuencias que produce en la mujer el aborto terapéutico, refiriéndose específicamente a este tipo de aborto, por ser este el objeto de estudio del trabajo.

3.5.1. Efectos y Consecuencias del Aborto Terapéutico.

Cuando se abordó la clasificación del aborto se explicó que dentro de la categoría de aborto provocado o voluntario se encuentra el llamado aborto terapéutico, este tipo de aborto no sucede por simple capricho de la mujer embarazada sino más bien es lo que finalmente salvara su vida de la muerte. Los efectos y consecuencias más visibles en el aborto terapéutico para la mujer son psicológicos, físicos-de salud y en El Salvador también hay efectos y consecuencias legales.

3.5.1.1. Efectos y consecuencias psicológicas.

Las secuelas psicológicas en la mujer por un aborto terapéutico se asemejan mucho a todo lo que tiene que ver con un duelo complicado, esto porque muchas veces la mujer junto a su pareja han emprendido un proyecto consistente a formar una familia, por lo que el fruto de su vientre es un hijo deseado que ella quiere tener y al no poderse dar este proyecto, y presentarse ciertas complicaciones, sobre todo el hecho de saber que la vida de la mujer está en peligro, eso trae un daño que se convierte en tristeza, llanto frecuente y la sensación de pérdida de un ser querido que desde los primeros días de gestación la mujer sintió.

Diversos motivos, han dado lugar a casos en los que a pesar que la vida de la madre está en peligro de muerte, el embarazo se ha llevado a término, sabiendo que las probabilidades de vida o más bien dicho el tiempo de vida del niño luego del nacimiento es mínimo, y que esto no cambia los efectos, ni consecuencias psicológicas en la mujer, ya que la sensación psicológica de la madre es exactamente la misma que pudiera experimentar después del primer año de vida del bebe, es decir, no por el hecho de que el

niño este en etapa fetal la vinculación afectiva es menor, no, sobre todo cuando el niño es deseado.

En el instante mismo que la mujer se da cuenta que su vida está en peligro y se entera que morirá su bebe, inicia la reacción de duelo, y es un duelo mucho más largo cuando la madre sabe que él concebido va a perder la vida después de nacer, es bastante complicado y doloroso sobre todo para la madre por el vínculo afectivo que se forma en la etapa fetal. Estos problemas psicológicos afectan también a la familia principalmente la familia más cercana y si bien es cierto, que acompañan a la mujer en todo el proceso de embarazo hasta su interrupción, pero no viven el dolor que en sí sufre la mujer gestante, la familia se ve más afectada posterior a la interrupción del embarazo por el hecho de ver sufrir a su ser querido.

3.5.1.2. Efectos y consecuencias físicas-de salud.

En todo aborto provocado existe la posibilidad de que se vea afectada la salud de la mujer, tanto en lo físico como en lo psíquico pero en el caso del aborto terapéutico cuando es practicado bajo las condiciones adecuadas y por un médico especialista en el área, los efectos en la salud de la mujer pueden ser más positivos que negativos y esto porque de por medio está la vida de la mujer gestante y como más arriba lo explicábamos con el aborto terapéutico lo que finalmente se persigue es la salud de la madre en su sentido amplio, por lo que las consecuencias mayores que padece la mujer, posterior a la práctica del aborto terapéutico es de carácter Psíquico.

Según el Doctor Carlos Valenzuela⁵⁷ hay tres condiciones que se

⁵⁷VALENZUELA, Carlos Aborto, *Óp. cit.*

suelen dar en el embarazo, y que son determinantes para interrumpirlo por medio de la práctica del aborto terapéutico, y estas son las siguientes:

I) La más frecuente es la infección ovular. El producto de la concepción se infecta y esta infección trasciende a la madre en un estado del embarazo donde el embrión es inviable. Esto ocurre espontáneamente o más frecuentemente por intento de aborto en condiciones sépticas. Comúnmente llega la madre embarazada a un servicio de urgencia obstétrica, con fiebre sobre 40° y frecuentemente con septicemia y shock séptico. Los segundos en la decisión son vitales, por el grado de fiebre el feto puede estar muerto o agonizando. El vaciamiento uterino es la única medida para salvar a la madre de secuelas graves o de la muerte.

II) El embarazo ectópico. El cigoto o embrión tienen una gran capacidad de inducir las condiciones de anidación que necesitan en cualquier tejido donde se implantan (argumento fuerte para su condición de autonomía y por lo tanto individuo humano). Pero sólo el útero está adaptado para producir un embarazo con altas probabilidades de llegar a término.

III) Las insuficiencias sistémicas u orgánicas desencadenadas por el embarazo: Las más frecuentes son la cardíaca, la respiratoria, la endocrina y la renal. Hay también la insuficiencia de la regulación de la autoinmunidad que lleva al desencadenamiento o agravamiento de una enfermedad autoinmune en la madre.

3.5.1.3. Efectos y consecuencias legales.

Para la mujer salvadoreña abortar le trae consecuencias de carácter legal, y esto debido a que El Salvador es uno de los países que prohíbe el

aborto en todas sus formas. Antes del año 1998 el aborto era criminalizado en El Salvador, pero existían tres excepciones, conocidas como indicaciones abortivas; se permitía el Aborto terapéutico, cuando la vida de la mujer estaba en peligro; el aborto eugenésico, cuando la vida del feto no era viable debido a malformaciones; y el aborto ético, cuando el feto era producto de una violación o incesto. Con la aprobación del Código Penal de 1998 el aborto pasó a ser penalizado en todas sus formas.

El Código Penal vigente de El Salvador tipifica el aborto en sus artículos 133 al 141, estableciendo las sanciones pertinentes al que provocare, practicare, indujere o le facilite los medios económicos o de otro tipo para el aborto, sancionando el Código Penal todas las formas de aborto como un crimen punible cuya pena oscila entre los dos hasta los ocho años de prisión. Una mujer en estado de gravidez con problemas de salud que le impiden llevar a feliz término su embarazo no tiene la libertad de tomar la decisión de interrumpir el embarazo a través de un aborto terapéutico que le pueda salvar la vida pues no solo es víctima de una enfermedad que se opone al sueño de ser madre, ya que también debe de cargar con que su hijo morirá para salvar su vida, además de las consecuencias legales que el cometimiento de ese hecho puedan surgir.

3.6. Definición de Estado De Necesidad⁵⁸

La ciencia del Derecho Penal ha alcanzado en las últimas décadas un importante progreso en el análisis técnico de los elementos constitutivos de

⁵⁸Hablar de estado de necesidad de por si no resulta nada sencillo, pero hablar de cómo se da ese estado de necesidad y su aplicación en el caso del aborto terapéutico es aún más complejo; es por eso que en este apartado haremos un enfoque de diversos autores que han escrito al respecto. Exponiéndose los argumentos más relevantes en que se fundamentan las principales teorías que intentan explicar la aplicación del estado de necesidad.

la infracción penal, así como de sus causas de exclusión, valga decir, de las eximentes.

Las innovaciones metodológicas y sistemáticas introducidas en el derecho punitivo, producto del afán de esclarecidos juristas por encontrar soluciones más racionales a los complejos problemas que le atañen, han hecho de esta disciplina una de las más fructíferas de las ciencias jurídicas. Se considera que la persona que ha sacrificado un bien tutelado por el derecho penal obrando en estado de necesidad se encuentra en una situación justificante y por tanto se exime de responsabilidad penal al autor.

El Estado de Necesidad: *“es impune el sujeto activo cuando en presencia de un mal inminente que el autor no ha contribuido a producir ocasiona un daño para evitar otro mayor”*⁵⁹.

El autor Alberto Arteaga Sánchez, expresa que el Estado de Necesidad es una situación de peligro grave, actual o inminente y no causado o al menos no causado dolosamente por el agente, para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante el sacrificio de un bien ajeno, y la violencia debe ser inesperada. El mismo no coloca el estado de necesidad como causa de justificación⁶⁰, pero si como causa de inculpabilidad, porque considera que la no punibilidad de esta figura emerge de la no exigibilidad de otra conducta en la cual se encuentra el sujeto activo.

⁵⁹**CALANDRA, Dante**; “Aborto: Estudio Clínico, Psicológico, Social y jurídico”; Ed. Medica Panamericana; Buenos Aires, 1972, pág. 269.

⁶⁰Son aquellas que eliminan, que excluyen, la antijuridicidad de un acto típico; por las que hacen que un acto, inicial y aparentemente delictivo, por estar adecuado a algún tipo legal o tipo penal, este intrínsecamente justificado, este perfectamente adecuado a derecho, estas causas de justificación tienen como fundamento el hecho de establecer si un hecho es o no antijurídico, no es delictivo y en el caso de que este no sea delictivo no engendran responsabilidad penal.

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

Binding, invoca que el Derecho a la impunidad proviene del ejercicio de una facultad inherente a la profesión médica, dando a entender que el médico que practique un aborto bajo la situación de salvarle la vida a la madre no debe de ser condenado, ya que actúa según su ética.

Alfredo Etcheberry, ha planteado, siguiendo a Sebastián Soler, que el estado de necesidad constituye una “situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico⁶¹”.

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

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

⁶¹ **JANA FERNÁNDEZ, Mitzi Yanett**; *“La Eximentes Incompletas: Requisitos Doctrinales y Jurisprudenciales para su Procedencia”*; Programa de Magister, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pág. 10

3.6.1. Clasificación del Estado de Necesidad.

La clasificación del estado de necesidad se basa en el valor del bien jurídico que se pretende salvar, es decir, en el estado de necesidad se ven afectados todos los tipos de bienes, y estos pueden ser más valiosos o no en comparación con el bien que se pretende salvar.

Si el bien jurídico que se pretende salvar es más valioso que el que será sacrificado, se está ante el estado de necesidad justificante; pero si el bien jurídico que se sacrifica por salvar el otro es de igual o mayor valor al bien jurídico que se salva, se está ante un estado de necesidad Ex -culpante.

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

a) Estado de necesidad justificante. Es definido como la existencia de un peligro actual de un bien jurídico, en el cual para salvarlo se pone en riesgo otro bien jurídico ajeno el cual posee un menor valor. A la definición antes dada, se adhieren otros autores dentro de los cuales están:

Sergio Politoff, dice que *“la idea del estado de necesidad justificante supone la existencia de un mal o peligro inminente para un bien jurídico que*

no puede evitarse de otra forma como no sea dañando un bien de menor valor.”

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

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

Enrique Bacigalupo, enuncia sobre el estado de necesidad que *“La exclusión de la antijuricidad es la necesidad de la lesión del bien jurídico, unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado⁶²”. Ya que considera el valor de los bienes.*

Para que concurra el estado de necesidad justificante, es necesario que se cumplan una serie de requisitos, los cuales la doctrina los ha determinado y los cuales se mencionan a continuación:

1. La existencia de una situación de necesidad. En relación a este primer requisito hay diversos actores que brindan su opinión respecto al mismo dentro de los cuales están:

El autor Enrique Cury ha señalado que *“...la existencia de una*

⁶²**BACIGALUPO Z. Enrique**, *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, Editorial Temis S.A. COLOMBIA, 1996, pág. 128

situación en la que la salvación de un bien jurídico no es posible sino mediante la realización de una acción típica que sacrifica otro menos valioso. Dicha situación puede haber sido creada por el acaso (...), por la acción de un tercero distinto de aquel en contra del cual se dirigirá la reacción salvadora o incluso, por un acto fortuito, culposo o aún, doloso, del necesitado”.

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

De las definiciones antes establecidas, se pueden extraer los siguientes elementos:

- a) La salvación del bien jurídico afectado por el mal, sólo pueda ser llevada a cabo por medio de la realización de una acción típica que vulnere un bien jurídico ajeno de menos valor.
- b) En cuanto al mal, éste debe estarse produciendo, haberse comenzado a producir o ser inminente su concreción. Asimismo, no se requiere que sea un acto ilícito, pero sí que revista una connotación negativa que la sociedad no está dispuesta a soportar.
- c) Por último, el mal no debe haber sido causado por el sujeto necesitado previendo la vulneración del bien jurídico como medio de salvación. El origen del peligro debe ser resultado de la ocurrencia de un evento natural, caso fortuito o la acción de un tercero distinto de aquel en contra

del cual se dirigirá la reacción salvadora.

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

3. No debe existir otro medio practicable y menos perjudicial para impedir la ocurrencia del mal. Lo planteado por la doctrina con este requisito es que si existe otra forma de salvar el bien jurídico en peligro, se prefiere esa forma que lesionar otro bien jurídico. Ya que según Mario Garrido Montt, solo se justificara el mal provocado cuando sea el único menos perjudicial y viable de ejecutar atendidas las circunstancias concretas que se presentaron en la realidad.

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

dicha perturbación causando daños, y esa agresión recibida por el agresor es infundada. Y en el estado de necesidad es una acción que ejecuta un individuo que se encuentra en situación de peligro actual e inevitable que no ha sido causada por él. Quedando claro lo antes dicho se procederá a explicar el estado de necesidad ex culpante.

b) Estado de necesidad Ex-culpante. Diversos autores han definido este tipo de estado de necesidad, cada uno dando su propia definición del tema, dentro de los cuales están:

Raúl Zaffaroni, establece que *“...el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita, como en el caso de la tabula unius capax, podrá haber un estado de necesidad ex-culpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero sin que quepa formular el reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonablemente otra conducta”*⁶³

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

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

⁶³ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *“Derecho Penal, Parte General”*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, Pág. 631.

Las definiciones antes dadas muestran que el estado de necesidad ex-culpante se diferencia del estado de necesidad justificante, en que el bien jurídico que se pretende salvar sacrificando otro es de igual valor o de mayor valor que el lesionado. La doctrina penal considera que a la persona que actúa en estado de necesidad no se le puede imputar un delito, pues debe estar exenta de responsabilidad penal, debido a la circunstancia bajo la cual actuó, pero difiere sustancialmente en cuanto al fundamento de tal exención penal. Así aparecen las siguientes teorías:

1- Teoría de la Antijuridicidad: Propulsada por GROCIO Y FICHTE entre otros, quienes sostienen que la conducta observada bajo un estado de necesidad es un acto jurídico, en el sentido que no es un acto jurídico pero tampoco que es un antijurídico.

2- Teoría del acto antijurídico. Esta otra teoría es defendida y propulsada por ENMANUEL KANT, quien estima que el acto realizado en estado de necesidad es un acto antijurídico y fundamentalmente injusto pero que este debe quedar impune en función de la utilidad práctica de la pena por la persona que se encuentra en un grave peligro actual o inminente y que se defiende de este, olvidando la pena posible que le puede imponer.

3- Teoría de la Perturbación anímica: También denominada teoría de la coacción psicológica. Es defendida por PUFFENDORF, quien sostiene que el instinto de conservación es tan fuerte que actúa casi automáticamente ante la presencia de un peligro grave actual o inminente contra la persona o integridad física, pues este peligro crea en el individuo una profunda perturbación anímica.

4- Teoría del acto adecuado a Derecho. Es la teoría que sostiene

que el estado de necesidad es un acto de estado a derecho e intrínsecamente justificado. Al respecto HERNANDO GRISANTI AVELEDO explica que “en la actualidad la mayoría de los penalistas estiman que el acto ejecutado en estado de necesidad es, en todo caso, adecuado a derecho, es absoluta e intrínsecamente justificado; dicho de otro modo, considera que el estado de necesidad es siempre una causa de justificación.

CAPITULO IV
ANALISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y DEL
CONCEBIDO NO NACIDO EN LA PRÁCTICA DEL ABORTO
TERAPÉUTICO.

4. Los Derechos Fundamentales.

Los derechos fundamentales se definen como: Aquellos determinados en tiempo y espacio positivizados en normas, los cuales son inherentes a todo ser humano y reconocidos como propios, desde el instante que el ser humano existe.

La definición antes establecida determina que dicho concepto puede ser definido objetivamente y subjetivamente, se habla de la definición objetiva de dicho concepto cuando este se refiere a que en la constitución salvadoreña, se encuentran estructurada jurídica y políticamente los derechos fundamentales, y como estado constitucional de derecho no podría denominársele como tal si este no reconoce y garantiza su pleno ejercicio, es decir, se refiere a que la norma debe contener los derechos en su contenido, reconocerlos como tal y además de ello, deben ser garantizados por el Estado. En cuanto a la definición subjetiva se encamina a que dichos derechos son inherentes a las personas humanas e imprescindibles, es decir, se refiere al aspecto personal de cada individuo dentro de la sociedad, el cual goza del pleno ejercicio de sus derechos.

Los derechos fundamentales si bien son poseedores de ciertas características tales como universales, imprescindibles, inherentes, irrenunciables, estos no son absolutos ni ilimitados, sino que todos los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico son limitados, ni

siquiera el derecho a la vida queda fuera de estas limitantes y esto porque todos se relacionan entre sí, resultando un conflicto entre ellos a la hora de valorar dos derechos iguales o distintos porque ambos tienen importancia jurídica, política y social. Por tal tiene o están sujetos a limitaciones. Debido a que los derechos del no nacido no son absolutos y pueden ser restringidos razonablemente, es que se conoce a nivel comparado dos motivos de justificación de la interrupción del embarazo⁶⁴, los cuales son:

- A. La interrupción del embarazo como un derecho constitucional de la mujer embarazada en concordancia con su derecho a la libertad, igualdad e intimidad, este motivo de justificación lo adoptó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso “Roe v. Wade⁶⁵” de 1973; y
- B. La interrupción del embarazo como un acto antijurídico el cual en determinados supuestos se le exonera de responsabilidad penal. Este motivo lo toma en cuenta la legislación española en la Sentencia del

⁶⁴ **ABAD YUPANQUI, Samuel B;** “*Validez Constitucional del Aborto Terapéutico en el Ordenamiento Jurídico Peruano*”; Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Lima/Perú, 2008, pág. 12.

⁶⁵ Este fue un caso judicial muy debatido en Estados Unidos, el cual consistió en una demanda interpuesta en el condado de Texas para interrumpir el embarazo de una mujer, debido a que este a sido producto de una violación, alegando la parte demandante, a quien se le denominó con el seudónimo de “Jane Roe” que fue abusada por unos pandilleros, por lo que en el proceso se nombra al fiscal del distrito del condado de Texas Henry Wade, en representación del Estado, oponiéndose al aborto y de ahí el caso fue que se denominó “Roe v. Wade”, conforme al desarrollo de este proceso, el contenido central de este caso según el fallo pronunciado por el tribunal, es que el aborto debe ser permitido a la mujer, por cualquier razón, hasta el momento en que el feto se transforme en “viable”, es decir, sea potencialmente capaz de vivir fuera del útero materno, sin ayuda artificial. La viabilidad se coloca cerca de los siete meses (28 semanas) pero puede ocurrir antes, incluso en las 24 semanas. Antes de esta “línea de la viabilidad”, la Corte sostuvo que el aborto debe estar disponible cuando sea necesario para proteger la salud de la mujer, reconociendo en su fallo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto inducido en Estados Unidos. Declarando la ley de Texas como inconstitucional y decidió que el derecho constitucional a la privacidad era “lo suficientemente amplia para incluir la decisión de una mujer si desea o no desea abortar su embarazo”.

Tribunal Constitucional, ref. STC 53/1985, en la cual contempla tres supuestos bajos los cuales se le exime de responsabilidad penal en el caso que se practique el aborto, y son:

- a. Cuando se encuentre en peligro la vida o la salud de la embarazada;
- b. Cuando el embarazo sea producto de una violación y que este se practique dentro de las primeras doce semanas; y
- c. Cuando el feto presente comprobadas deficiencias físicas o psíquicas. Otro ejemplo de este motivo lo adopta la Corte Constitucional colombiana cuya referencia es: C-355/66.

4.1. La Relevancia del Derecho a la Vida del Concebido no Nacido con la reforma a la Constitución de la Republica de El Salvador.

4.1.1. El Derecho a la Vida del no Nacido en un rango Constitucional.

La reforma a la ley secundaria, en cuanto a eliminar las indicaciones tradicionales que contenía el Código Penal de 1974, protegiendo de esa forma el Derecho a la vida del nasciturus tal como se explicara más adelante, no resulto suficiente para los legisladores, alegando que dicha normativa debía de ser garantizada por la ley suprema, la cual es la constitución, considerada como la ley primaria según el orden de la pirámide de Kelsen dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

La constitución como los demás textos constitucionales del mundo no

contemplan de forma expresa el aborto, sino que se inclinan por regular la protección y conservación del derecho a la vida de los salvadoreños, como regla general, tal y como consta en el texto del artículo 1 Inc. 2 de la Constitución salvadoreña, la cual fue modificada agregando el inciso segundo a dicho artículo antes mencionado, el cual en lo literal dice: “*se considera como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción*”⁶⁶. De esa manera queda reconocido de forma expresa por la carta magna que el concebido no nacido es sujeto de derechos, por dotársele de la calidad de persona humana desde la concepción, elevando la categoría a un ámbito constitucional, y de esa forma brindarle una mayor protección, desde antes que naciera.

En los considerandos del acuerdo de reforma, se planteó que el derecho a la vida es uno de los derechos fundamentales y preciados del ser humano, elevando su categoría al punto que sin él no tiene sentido los demás derechos, por lo que resulta indispensable su protección y conservación como un deber del Estado creando leyes para ello y garantizándose el pleno ejercicio de todas las personas, resultando contradictorio la afirmación anterior porque en el año 2010, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, acuso al Estado salvadoreño como incongruente en su normativa con el articulado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que la penalización absoluta del aborto según lo considerado por el comité, resulta violatorio a los derechos de las mujeres como son el derecho a la vida, salud, integridad, equidad, privacidad y presunción de inocencia, recomendándole a El Salvador que adaptara su normativa con el fin de que dicha normativa sea compatible con lo contemplado en dicho Pacto. Primera deficiencia señalada

⁶⁶Ratificación de Acuerdo de Reforma Constitucional”, Decreto Legislativo no. 541 del 3 de febrero 1999, Diario Oficial Número 32, Tomo Número 342 del 16 de Febrero de 1999.

a la normativa salvadoreña por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Lo que justificó que dicha reforma iba en concordancia con lo contemplado en instrumentos internacionales en los cuales se regula el Derecho a la Vida, tales como: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual regula en su artículo 4.1, lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*.

Lo regulado por la convención en el artículo previamente establecido no se debe de tomar que el derecho a la vida del concebido no nacido es un derecho absoluto y de esa manera prohibirse el aborto en todas sus formas, porque la Convención permite que los países en su legislación interna admitan la regulación del aborto de forma eventual y excepcional, se dice que, el Derecho a la Vida que tiene el concebido no nacido no es absoluta, porque en determinadas circunstancias dicho derecho puede ser limitado, un caso es cuando la madre presenta un grave riesgo a su persona ya sea en su salud o en su vida.

El cambio constitucional emitido por los legisladores de esa época no fue bien recibido por todos los sectores, ya que la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de El Salvador, establecían el aborto terapéutico como un caso diferenciador a cualquier otro tipo de aborto, sin estar a favor de la despenalización del aborto, sino que según lo manifestado por el presidente de dicha sociedad, Henry Agreda: “existen situaciones en las cuales el feto crece fuera del útero, o la madre presenta un tipo de cáncer invasivo y al

suministrarle cobalto, este medicamento ocasionaría la muerte del feto”.

El autor Jorge Morán Colato, quien en ese entonces era Coordinador de Atención a la Mujer del Ministerio de Salud, se pronunciaba sobre el tema en discusión, manifestando: “que el aborto provocado debe ser permitido cuando se pone en peligro la vida de la madre o el embarazo es anormal y el feto no tiene posibilidades de vida”, haciendo alusión al aborto terapéutico el cual estaba contenido en las indicaciones abortivas que contenía el Código Penal de 1974.

Los pronunciamientos no tuvieron ninguna reacción por parte de los legisladores, ni consideración alguna, manteniendo la reforma constitucional a pesar de lo alegado por dichos profesionales de la salud, pero esto a lo largo del desarrollo resulto contradictorio porque uno de los que defendió la reforma de la constitución en lo relativo a considerar como persona humana al concebido no nacido, desde el instante de la concepción, crea unas guías las cuales se denominaron: Guías Clínicas de Atención de las Principales Morbilidades Obstétricas, en las cuales recomienda que en caso de embarazos ectópicos, es la finalización o interrupción del embarazo, el procedimiento a seguir, esto por poner en riesgo la vida o la salud de la madre su continuación. Dentro de las instituciones que se pronunciaron respecto a la aprobación de la reforma a la constitución, en lo relativo a proteger la vida del nasciturus están⁶⁷: la iglesia Católica, en la conferencia Episcopal de El Salvador; el comité para la Defensa de la vida Humana y la Dignidad de la Persona; y la Fundación Si a la Vida.

⁶⁷RAMIREZ GUILLEN, Nancy del Carmen y LOPEZ MARTINEZ, Karen Yasbeth; “*Nivel de respeto al Derecho a la Vida de la Persona no Nacida por parte del Estado Salvadoreño a partir del reconocimiento Constitucional de su existencia desde el instante de la concepción*”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, 2012, pág. 43.

La política no fue la única en influenciar el debate del tema de aborto, sino de la iglesia católica, la cual desde un principio se pronunció, influyendo grandemente en las decisiones de los legisladores, pero esa gran influencia que genera la iglesia no se tuvo que haber presentado en un estado constitucional de derecho, donde un sector manda a la mayoría, como lo hizo la opinión que influyo la iglesia en la toma de decisiones de los legisladores, sino que esas opiniones al igual que la de las organizaciones feministas y profesionales de la salud que se pronunciaron al respecto sobre el tema se tuvieron que estudiar y ver las consecuencias en el ámbito jurídico, no dejarse llevar por sus principios morales o religiosos, sino por lo que la norma permite, pero esa discusión no se quedó hasta ahí, ya que surgieron dos casos de inconstitucionalidad y una demanda de amparo en contra de la normativa penal pronunciada, los cuales fueron:

A. Proceso de Inconstitucionalidad 18-98⁶⁸. Este proceso fue iniciado por ciudadanos comunes, los cuales basaron su demanda en los siguientes puntos:

- a. Que existe una inconstitucionalidad por omisión, debido a que se violenta el artículo 246 de la Constitución, violentando el principio constitucional que consagraba que las indicaciones abortivas deben de estar contenidas en el Código Penal.
- b. La eliminación de las Indicaciones Tradicionales Abortivas violentaban los derechos de las mujeres inmersos en las mismas.
- c. La eliminación de las Indicaciones Tradicionales vulnera el Derecho a

⁶⁸**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**; Sentencia de Inconstitucionalidad, con Referencia: 18-1998, de fecha 26 de noviembre de 2007, disponible en www.csj.gob.sv

la Igualdad y a la Seguridad Jurídica de la mujer gestante.

En el desarrollo del proceso, se obtuvo los informes solicitados al Fiscal General y al Vicepresidente de la República sobre las alegaciones manifestadas por los demandantes en su demanda, dando su fallo la Sala, quien manifestó: *Que no existe inconstitucionalidad por omisión sino un sistema penal incompleto y deficiente, y que si bien no están contempladas de forma expresa las indicaciones abortivas en la nueva normativa penal, lo están de forma tácita al poder aplicársele o mas bien remitirse a la parte general del Código, en el cual se regulan las Excluyentes de Responsabilidad Penal, en su artículo 27*, observándose con este fallo, que la Sala manifestó que si bien no se permite el aborto y este no tiene ninguna excepción, aclarando de forma expresa, porque de forma tácita si se permiten en el Código actual las indicaciones abortivas, el mismo código penal ampara aquella mujer o médico que practique un aborto bajo la condición de terapéutico por existir un Estado de Necesidad que lo justifique a realizarlo.

B. Proceso de Inconstitucionalidad 67-10⁶⁹. Este proceso fue iniciado por una organización que se oponía a que las indicaciones tradicionales fueran erradicadas del Código Penal de 1998, versando sus alegaciones ya sobre un artículo en específico, en el cual estaban contenidas las indicaciones tradicionales que contenía el Código de 1974, los solicitantes en la demanda alegaban los mismos argumentos emitidos en el proceso de inconstitucionalidad anteriormente mencionado, por lo que la sala en su fallo, declaro: Improcedente la demanda, ya que en caso de conflictos de interés entre la madre y el concebido no nacido, ya se había dado respuesta en el

⁶⁹**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**; Sentencia de Inconstitucionalidad, con Referencia: 67-2010, de fecha 13 de abril de 2011, disponible en www.csj.gob.sv.

fallo emitido en el proceso de referencia 18-98 y se había determinado que no existe la Inconstitucionalidad por omisión.

C. Proceso de Amparo 310-2013⁷⁰. En esta sentencia lo que falla la Sala fue: Que el embarazo se siga atendiendo así como también ordeno que se instara a los médicos a continuar monitoreando el estado de salud de la peticionaria y que se le brinde el tratamiento que en cada momento le resulte idóneo para su condición médica, así como implementar los procedimientos que, según la ciencia médica, se estime indispensables para atender las futuras complicaciones que se presenten. Los médicos deben asumir los riesgos que con lleva el ejercicio de su profesión; de allí que a ellos les corresponde estrictamente decidir los procedimientos y el momento de actuar, tomando en cuenta el referido mandato constitucional que garantiza la vida de la madre y del producto de la concepción.

La Sala sostiene que los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los derechos del nasciturus, ni viceversa; asimismo, que existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana desde el momento de la concepción. La continuidad con el embarazo no pone en riesgo la vida de la mujer. Y esto lo hizo en base a que los exámenes periciales a los que se sometido a Beatriz han mostrado que la mujer está recibiendo el tratamiento adecuado y que está estable.

La nueva sentencia emitida recientemente la cual trataba el famoso caso de “Beatriz”, se manifestaron opiniones diversas por los magistrados de

⁷⁰**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA;** Sentencia de Amparo, con Referencia: 310-2013, de fecha 28 de mayo de 2013. Disponible en: http://www.elfaro.net/attachment/613/Sentencia-Versi%C3%B3n%20completa%20%281%29.pdf?q_download=1.

la Sala de lo Constitucional, en cuanto al tema del aborto, ya que tres de los magistrados de la Sala de lo Constitucional votaron en contra de la solicitud de la práctica de aborto terapéutico de la joven, rechazándola, no estando a favor de interrumpir el embarazo ya que por dictamen médico se determinó que no corría riesgo, uno voto a favor de practicarle el aborto y hubo una abstención por parte de un magistrado, en dicha sentencia los magistrados imponen a los médicos la responsabilidad de decidir en estos casos, de acuerdo con sus conocimientos y análisis de registros y los riesgos de la profesión, "lo que clínicamente corresponda para garantizar la vida tanto de la madre como del nasciturus".

La crítica realizada a esta sentencia, brinda una extremada protección a los derechos del nasciturus, recordado que los derechos fundamentales no son absolutos, pues admiten limitación del legislador o pueden ceder en las ponderaciones realizadas en los casos concretos, así también, no retomo al igual que la sentencia de Inconstitucionalidad con Referencia. 67-10, lo relativo a las deficiencias señaladas por la sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 18-98, en cuanto a que el sistema penal salvadoreño es deficiente, ya que no hay una normativa que regule Extra-Penal la práctica del Aborto Terapéutico, y que los legisladores omitieron que el Derecho Penal es Ultima Ratio, por lo cual resulta indispensable que exista una normativa administrativa que regule esos hechos antes de que estos sean consumados, y sean llevados ante los tribunales.

La normativa administrativa, en la actualidad aún no existe, teniendo aun esas deficiencias señaladas por los legisladores en el proceso de Inconstitucionalidad 18-98, no habiendo retomado los legisladores actuales el tema del Aborto, ni planteado una solución, no solo para prohibirse, sino también para disminuirse la cifra negra de los Abortos Clandestinos en El

país, no siendo suficiente la única solución que se ha planteado a la problemática, la cual es a través del proceso penal, una vez cometido el ilícito penal, en el sentido de poder remitirnos a las Excluyentes de Responsabilidad Penal, tal y como lo manifiestan los magistrados en la Sentencia de Inconstitucionalidad 18-98, el cual plantea que son los jueces son quienes determinaran los criterios a valorar para aplicar una Excluyente de Responsabilidad Penal en la práctica o consumación del Delito de Aborto Terapéutico.

Las tres sentencias antes explicadas revelan que el aborto en El Salvador, si bien está prohibido por las leyes penales, existen Excluyentes de Responsabilidad Penal que pueden aplicarse en el aborto practicado bajo las situaciones contempladas en las indicaciones abortivas que regulaba el Código Penal de 1974, pero la determinación de considerar que el aborto se ha realizado bajo una de las Excluyentes de Responsabilidad, queda a consideración del juez, quien tendrá a su cargo establecer los criterios, tal como lo manifiesta la sala en la jurisprudencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad 18-98.

4.2. Protección del Derecho a la Vida del Nasciturus con la reforma al Código Penal salvadoreño en materia de Aborto Terapéutico

La reforma al Código Penal salvadoreño en abril de 1997, entrando en vigencia en 1998, siendo este el sexto⁷¹ código penal en la historia de El Salvador, varios de sus elementos de reforma originaron series debates en el

⁷¹**Miguel Alberto Trejo**, citado por **FEUSIER, Oswaldo Ernesto**; “*Pasado y Presente del Delito de Aborto en El Salvador*”, Unidad de Investigaciones Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA), 2012, pág. 2 disponible en: derecho@uca.edu.sv, consultado en fecha 10 de julio de 2013.

país, ejemplo de ello fue lo relativo a los delitos de la vida del ser humano en formación, de dicho tema se originaron una serie de polémicas y debates tanto a nivel nacional como internacional ya que se eliminaron las Indicaciones Abortivas (terapéutico⁷², eugenésico⁷³ y ético⁷⁴) contenidas en el código Penal de 1974, las cuales se definen como: situaciones excepcionales bajo las cuales el aborto no es punible⁷⁵. Considerándose a partir de la eliminación de las indicaciones a El Salvador como uno de los países que penalizan de forma absoluta el aborto, violentando dicha normativa los derechos de las mujeres y niñas salvadoreñas.

Es fundamental debido a las reformas suscitadas, entrar a estudiar el trasfondo de la reforma al Código Penal, consistente en la eliminación de las indicaciones abortivas de forma expresa, la reforma a dicho cuerpo normativo en un principio se debió a la modernización que los legisladores consideraron necesario en materia penal, tal como se desprende de la exposición de motivos del Código Penal de 1998, ya que la intención del legislador no fue modificar la parte relativa al aborto, sino más bien las

⁷²El aborto Terapéutico o por razones medicas como también se le denomina: Es aquella indicación abortiva que se presenta cuando la madre corre peligro por una enfermedad ya sea genética como el cáncer, diabetes, o lupus, como producto del embarazo como el embarazo ectópico, la preclamsia, anencefalia.

⁷³El aborto Eugenésico: Es aquel en que el aborto se produce porque el feto trae una malformación genética,

⁷⁴El aborto Ético, también denominado criminológico: Es el embarazo producto de una violación, ya sea por persona particular como por parientes de la víctima, lo que se evita es el trauma que le puede ocasionar a una persona violada tener un hijo de su agresor, este aborto a nuestro punto de vista no debería ser permitido porque aunque las circunstancias bajo las cuales la persona quedo embarazada no fueron las mejores, el embarazo no tiene ninguna complicación ni la madre corre ningún riesgo, por que resulta perfectamente factible poder desarrollarse el embarazo lo mas normal posible, sin embargo no se niega el trauma que puede ser para la víctima, pero no debería de abortarse a un niño en esta situación por no tener la culpa que sea producto de una violación.

⁷⁵**FEUSIER, Oswaldo Ernesto**; “*Pasado y Presente del Delito de Aborto en El Salvador*”, Unidad de Investigaciones Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA), 2012, pág. 10, disponible en: derecho@uca.edu.sv, consultado en fecha 10 de julio de 2013.

reformas consignadas en la exposición de motivos iba encausadas a los problemas que dicha normativa estaba suscitando en la vida cotidiana dichos problemas eran lo relativo al retraso en la tramitación de procesos judiciales y la de varios reos sin condena, no plasmándose lo mismo en la aprobación del nuevo Código Penal de 1998. ¿Qué motivo a los legisladores a retomar la discusión de los delitos relativos al aborto, si en su exposición de motivos no se contempló dicha discusión?, esta pregunta resulta trascendente en cuanto a saber qué fue lo que influyó en la toma de decisiones de los legisladores en cuanto a eliminar de forma expresa las indicaciones abortivas en el código penal actual.

La discusión fue motivada por la influencia que ejerció la iglesia católica en la toma de decisiones que emitió la Asamblea Legislativa de esa época a la hora de aprobar el nuevo código penal, ya que no se pretendía eliminar las indicaciones abortivas, por lo que la iglesia consideró que eso era atentatorio a la vida del nasciturus y que los legisladores debían de hacer reformas y penalizar todo actuar encaminado a esa práctica, cualquiera que sea la razón por la cual se quiera llegar a ello.

El 23 de diciembre de 1996, Fernando Sáenz Lacalle, Jarca de la iglesia católica, realizó el primer pronunciamiento en cuanto al tema del aborto en el que planteo una denuncia al anteproyecto del código de 1998, alegando que dicho código daba la pauta para la legalización del aborto en el país, posteriormente el 27 de diciembre de 1996, se celebró la Conferencia Episcopal de El Salvador, manifestando que el nuevo código penal, violentaba la vida del concebido⁷⁶, desencadenando una serie de opiniones unas en contra y otras a favor del aborto.

⁷⁶*Ibidem*

La problemática del aborto era informada a la población por los medios de comunicación, los cuales en muchos casos tergiversaban lo que estaba sucediendo, dando paso a que el problema se hiciera más controvertido, al punto de informar que lo que los legisladores buscaban era despenalizar el aborto, siendo esto una afirmación totalmente falsa, ya que el anteproyecto traía los lineamientos del código de 1974⁷⁷, en cuanto a la pena de los delitos de aborto y solo en ciertos casos el delito no era punible⁷⁸, siendo la población mal informada por los medios de comunicación que en lugar de informar verdades se empeñaron a realizar notas amarillistas sobre el tema, por lo que se generaron muchas protestas y opiniones vertidas por médicos conocedores de la materia.

La opinión de los movimientos feministas⁷⁹, que se levantaron en esa época y que aún hoy en día siguen luchando porque se incorporen a la legislación penal las indicaciones que existían, y que retomaban lo contenido en el Código Penal anterior; y no como los medios de comunicación lo querían hacer ver, y es así que hubieron marchas por parte de colegios católicos y evangélicos que estaban en contra del aborto; la iglesia católica recolectó firmas para posteriormente llevarlas a la Asamblea Legislativa y de esa forma dar a conocer la decisión de la población.

⁷⁷El código de 1974, era un código que se caracterizaba por ser de índole inquisitivo, era un código más detallado en cuanto en qué casos el aborto no era punible, ya que brindaba la posibilidad de interrumpir un embarazo cuando se tratara de los denominados “abortos justificados” es decir, aquellos que buscaban: a) realizar un aborto para salvar la vida de la madre; b) realizar un aborto debido a que el embarazo se había dado como producto de violación sexual o de estupro; y c) realizar un aborto para evitar una deformidad previsiblemente grave” el fundamento de lo anterior se encontraba legitimado “en la ponderación del interés de la mujer embarazada por sobre el producto de la concepción”.

⁷⁸El significado de punible, viene dado por la palabra pena, es decir el hecho es ilícito, antijurídico, y punible al responsable de la acción u omisión, pero por circunstancias eximentes el actor no es acreedor de una pena penal, porque su actuar está justificado por obrar en algunas de las conductas contenidas en el art. 27 del Código Penal.

⁷⁹**BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**; “*La Regulación Jurídica del aborto en América latina y el Caribe*” *Estudio comparativo*, 1998, pág. 40.

El proceso de decisión en cuanto al tema del aborto fue largo, el 26 de abril de 1997, se aprobó el código penal actualmente vigente, desapareciendo de forma expresa el artículo 169 que tanta polémica había generado, y el cual contenía las indicaciones abortivas, pasando a regular en el código actual en el art. 137 el delito de aborto culposo quedando este como único aborto no punible cuando es causado por la propia mujer en casos de negligencia o imprudencia. Quedando de esa forma reformado el código penal⁸⁰.

La intención o espíritu del legislador no fue penalizar de forma absoluta el aborto, pero por discursos moralistas, éticos y religiosos se vio influenciado en la toma de decisiones, aun y a pesar de eliminar esas indicaciones contenidas en el art. 169 del código penal de 1974, el aborto no era punible, siempre y cuando operara una eximente de responsabilidad, contenida en el art. 27 C. Pn., ya que a las mismas se remitían, en defecto de faltar las indicaciones tradicionales abortivas.

4.3. Deficiencias de la nueva Normativa Penal en relación a la práctica del Delito de Aborto Terapéutico

La jurisprudencia emitida por la sala de lo constitucional en los dos procesos de inconstitucionalidad, interpuesto en contra del código penal en lo relativo al tema del aborto, y la Demanda de Amparo que se interpuso en el caso de “Beatriz”, ha dejado claro que el aborto no está penalizado de forma absoluta resultando no punible y perfectamente aplicable cualquiera de las indicaciones abortivas consagradas en el antiguo código penal, siempre y cuando exista una excluyente de responsabilidad penal debidamente

⁸⁰*Ibidem*, pág. 45.

motivada, haciendo por ende un procedimiento de interpretación auto-integradora, de la normativa general a la específica, que en el caso se traduce aplicar las excluyentes de responsabilidad penal las cuales resultan genéricas y aplicable a todo tipo de delito consagrado en el código penal, a los delitos de aborto cuando estos son cometidos bajo los presupuestos de dichas eximentes.

El código penal es incompleto y posee deficiencias, porque si bien hay una solución cuando dicho acto punible se ha cometido bajo los supuestos de indicaciones terapéuticas aplicando el Estado de Necesidad como Excluyente de Responsabilidad Penal, es decir dentro del proceso penal, no hay solución respecto a evitar las prácticas abortivas realizadas en condiciones inhumanas, y que pongan en peligro la vida de la madre, aunque eso se haya querido buscar al eliminar las indicaciones abortivas volviendo la legislación más rigurosa, persuadiendo a que no consumen dicho tipo penal, y que las personas debido a que es un delito no lo cometan.

Los legisladores además omitieron que si las indicaciones se encuentran en el código penal debe de haber un procedimiento que regule las prácticas abortivas para evitar de esa forma muertes maternas producto de abortos clandestinos, y esto se debe a que en muchas clínicas y hospitales del país no le practican ningún aborto a las mujeres o niñas gestantes aunque este sea de los contemplados en las indicaciones abortivas que existen de forma tácita en el código penal, negándose así a brindarles asistencia médica y violentado su derecho a la salud reproductiva de las mujeres, incluso su derecho a la vida, derechos que más adelante se explicaran, por el miedo a ser procesados penalmente.

En el caso que se realice un aborto y este sea bajo la indicación

terapéutica, dentro del proceso penal, existe una salida a la problemática, debido a la falta de una regulación que establezca requisitos bajo los cuales se practique el aborto a nivel administrativo, para que de esa forma se pueda realizar sin ningún riesgo y en condiciones higiénica y humanas, resultando necesario una protección fuera del ámbito jurídico, para evitar que el problema del aborto, al menos cuando este se practique debido a un grave riesgo de la salud o de la vida de la madre, no se sume a la cifra negra de los abortos clandestinos.

El legislador ha previsto prohibir el aborto por medio del código penal para así evitar que ese acto por ser delito sea consumado, pero no previo que en ese caso inclina a que las mujeres y niñas busquen a particulares no especializados, personas que no saben de medicina o a médicos que se prestan a colaborar de forma clandestina, pero en estas circunstancias el aborto practicado es peligroso, antihigiénico y mantiene unas estadísticas de mortalidad y morbilidad materna infinitamente superiores a las del aborto legal⁸¹.

Los principales problemas que presenta la problemática del aborto, en la normativa Penal salvadoreña, se resume en lo siguiente:

- a) Legislación restrictiva e incompleta, es decir inclinan a la mujer a decidir entre practicarse un aborto clandestino o ir a la cárcel por denuncia de un profesional de la salud de haberse practica un aborto y todo porque desconoce que e código de forma tácita regula el aborto terapéutico, aclarando solo el aborto terapéutico, no el aborto no deseado producto de

⁸¹En otras palabras existe una clara falta de legislación administrativa que regule extra-penal las prácticas abortivas cuando exista la indicación terapéutica, para que de esa manera se garantiza a la mujer y niña salvadoreña sus derechos humanos. Y de esa forma ser una normativa completa y sin deficiencias tanto en su ámbito procesal penal y extra-penal.

relaciones sexuales irresponsables, por jóvenes inexpertos. No existiendo normativa que regule los requisitos para practicarlo, ni lugares en los cuales este pueda llevarse a cabo y que cumpla con las mejores condiciones higiénicas y de salud.

- b) Desconocimiento de Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos, al eliminar de forma expresa las indicaciones contenidas en el Código Penal de 1974, los legisladores olvidaron que el aborto terapéutico mundialmente es considerado como un derecho de las mujeres, por ser este parte de los derechos reproductivos. Sin tomar en cuenta que una de las obligaciones del Estado es la de velar porque se garanticen los Derechos a toda persona, y al negarse a practicar un Aborto Terapéutico a una mujer, se estaría violentando los Derechos Fundamentales de la misma.
- c) Desconocimiento del Código Penal, Código de Salud⁸². En cuanto al Código de Salud regula en el artículo 37 que “el secreto profesional nace de la esencia misma de la profesión”, así el art. 187 del Código penal regula: “el que revelare un secreto del que se le haya impuesto en razón de su profesión u oficio será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de su profesión u oficio de uno a dos años”.

El artículo antes citado es para efecto de informar a los médicos que divulgan los secretos profesionales cometen un delito y es sancionado por la ley, también se sanciona la omisión de brindar asistencia médica, por lo que si una mujer debido al examen médico o un informe pericial se determina que

⁸²**MENJIVAR, Elisa;** “*Situación del Aborto en El Salvador*”; Unidad de Atención Integral a la Mujer, del Ministerio de Salud Pública, en la Conferencia Latinoamérica: Prevención y Atención de ABORTO Seguro, Perú, 2009, pág. 4.

la continuación del embarazo podría acarear un grave daño a su salud o a su vida, no podrá negarse a practicarlo, ya que se le exige de responsabilidad si su actuar se apega a un Estado de Necesidad debidamente comprobado⁸³, y la ley misma está facultando a que la mujer embarazada sea asistida por un médico y más cuando se habla de un embarazo ectópico, en el cual el feto no se desarrolla en el útero de la madre sino fuera de este.

4.4. Violación de Derechos Humanos a la luz de los Tratados Internacionales y Legislación Nacional al no regular prácticas de Aborto Terapéutico adecuadas en El Salvador.

La penalización del aborto de forma absoluta para los organismos internacionales constituye una serie violación a los derechos humanos de las mujeres y de las niñas a nivel nacional e internacional, ya que con la implementación de las reformas realizadas tanto en la constitución como en el código penal con la que buscaban dar una protección más integral y absoluta al feto desde el momento de la concepción, dejaron de lado la protección de los derechos de las mujeres como: el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, la salud, la integridad física, y la intimidad.

La investigación pretende hacer ver que no es la penalización absoluta la que violenta los derechos de la mujeres frente a la protección absoluta del Derecho a la Vida del nasciturus, sino la falta de políticas públicas para que

⁸³ Como se puede observar no se puede afirmar que en El Salvador no se puede practicar un aborto porque sus leyes lo prohíben absolutamente, cuando se desprende de ciertos cuerpos normativas que tanto la conducta del médico como de la madre de consentir un aborto, en caso de aborto terapéutico debidamente comprobado por informes médicos, pruebas, estudio y monitoreo del caso, se le eximirá de responsabilidad penal, porque su acción se vio amparada en un estado de necesidad, en donde hay dos valores contrapuestos y el medico decide salvar a la madre porque el producto de la concepción es inviable; es decir no puede sobrevivir por su propia cuenta fuera del útero.

las práctica del aborto terapéutico se lleve a cabo bajo procedimientos higiénicos, no peligrosos y por profesionales en la materia, establecer circunstancias bajo las cuales se llegara a practicar el aborto, los criterios a tomar en cuenta tanto médicos como jurídicos y de esa forma garantizar la prestación de servicios públicos de salud en El Salvador y garantizarle a las mujeres que se practiquen abortos siempre y cuando sean de los contemplados en las indicaciones abortivas y los cuales en el transcurso del proceso deben de ser debidamente comprobados, las garantías judiciales ofrecidas a las mujeres durante los procesos llevados en su contra.

El Estado de El Salvador debe cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas al ratificar los tratados internacionales garantizando, respetando y protegiendo los derechos al debido proceso, a la vida, a la salud, a la integridad física y mental, a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación, así como el derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros.

Las muertes de mujeres por abortos inseguros e incompletos han sido reconocidas como un problema de salud pública por la Organización Mundial de la Salud⁸⁴ La práctica de abortos inseguros afecta especialmente los derechos de las mujeres a la vida y a la salud.

Nivel constitucional, se observa que el Estado está en la obligación de proteger el derecho de toda persona a la vida, la libertad, la seguridad, la justicia social y a ser protegido en la conservación y defensa de estos derechos, así como también reconoce la igualdad de las personas ante la ley

⁸⁴Organización Mundial de la Salud (OMS), Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para sistemas de salud, Ginebra, 2003; OMS, UnsafeAbortion. Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000, Ginebra, 2004, www.who.int.

y que no debe haber distinciones de raza, sexo o religión, la protección a la salud a todos los habitantes de la población, y regular garantías constitucionales dentro de las cuales está el debido proceso y la presunción de inocencia, al penalizar el aborto terapéutico se estaría violentando todos estos derechos.

4.5. El conflicto de Derechos (Materno-Fetal) en el Aborto Terapéutico

Los Derechos fundamentales según posturas conflictivistas siempre estarán en conflicto siendo estos inevitables, la solución consiste en preferir un derecho y desplazar el otro no de forma antojadiza o por principios moralistas, sino bajo un razonamiento o concordancia práctica, mediante criterios que determinen a quien se le dará la razón de su actuar.

4.5.1. Derecho a La Vida

La vida es un derecho fundamental y el cual posee toda persona⁸⁵ desde la concepción, tal y como lo regula el artículo 1 Inc. 2 de la constitución.

El Derecho a la vida fue reconocido por primera vez en la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776, incluyéndose como uno de los derechos innatos al ser humano, porque lo posee por su existencia, y no se les puede privar de tal derecho.

El mismo se encuentra plasmado a nivel internacional, en el artículo 3°

⁸⁵Toda persona, significa que la constitución no hace distinción entre madre e hijo, sino que se le aplica en igualdad de condiciones a ambos y a todos los habitantes.

de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que regula: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6.1 establece "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley".

El artículo 6.1 y 6.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que "los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que garantizaran en la máxima posible la supervivencia y el desarrollo del niño⁸⁶". Y en el ámbito nacional se encuentra la protección del nasciturus en la constitución, en el código penal y en la nueva normativa aprobada recientemente, en la Ley Especial de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA), regulando en su artículo 16 el reconocimiento de este desde el instante de la concepción, y en el artículo 17, donde se hace referencia al derecho a la protección de las personas por nacer, ya que regula que la protección se ejercerá mediante la atención psicológica y de la salud de la embarazada, desde el instante de la concepción del feto hasta su nacimiento.

El Estado salvadoreño diseñó una protección integral de los derechos del nasciturus a nivel constitucional, secundario e internacional, incluyendo las reformas del Código Penal, en el que se niega la práctica del aborto, de tal manera que al configurarse como delito, los hospitales se niegan a practicarlo, y esto por el desconocimiento de la existencia de excluyentes de responsabilidad, bajo las cuales puede operar sobre todo cuando se está ante una situación de necesidad. La regulación que hace la Legislación penal

⁸⁶**DE LA CRUS ROSALES, Alida Lissette;** *"La Penalización de la Práctica Abortiva y la Vulneración de los Derechos y Garantías en los Adolescentes del área Metropolitana de San Salvador"*; tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, 2008, pág. 124.

salvadoreña, hace considerar que sus normas son violatorias, ya que otorga prioridad y mayor protección al feto, que a la vida de la mujer. Y en efecto, esta se convierte en la causa directa de una de las más altas tasas de morbilidad y mortalidad materna en Latinoamérica.

4.5.2. Derecho a la Integridad Física y Psíquica, Seguridad y Libertad⁸⁷

El ser humano por el solo hecho de serlo tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. Constituyendo la Integridad física en la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo; la integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales, y la integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones.

Nivel internacional, se consagra en el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 5), los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados (protocolo II, artículo 4), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 9.1): "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1968, artículo 5 regula lo siguiente:

- a. El derecho al respeto de la integridad física, psíquica y moral, La prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o

⁸⁷*Ibidem*, pág. 126.

degradantes, así como el deber de otorgar un trato respetuoso, propio de la dignidad humana a todas las personas, y

- b. La prohibición de la extensión de los efectos de la pena a terceros distintos del sancionado por ésta.

La Corte de Derechos Humanos, ha hecho énfasis en la prohibición absoluta de toda clase de tortura, y para ello señala lo siguiente, que en lo literal establece: *“La tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del jus cogens internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”

Nivel nacional: además de estar regulado en la constitución, también el artículo 37 de la LEPINA, establece protección al Derecho a la dignidad e integridad de los niños y adolescentes, dicho artículo en lo literal establece: que Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual, protegiendo de esa manera al nasciturus.

Las mujeres y niñas tienen derechos garantizados en la Constitución, y dentro de los cuales está el derecho a la libertad individual, que incluye la

protección de la autonomía en las decisiones sobre la vida reproductiva, abarcando la capacidad de la mujer para decidir el número e intervalo entre sus hijos e hijas, y contar con los medios para ejercitar este derecho.

El Derecho a la Libertad que poseen las mujeres se ve más que todo relacionado con el Aborto Ético y Eugenésico, debido a que surgen de las valoraciones que se hacen de la dignidad de la mujer, y su derecho a la libertad que es el que influye en el desarrollo de su personalidad.

El derecho a la seguridad de las personas y a la protección de su integridad física, se traduce en que las mujeres deben de ser protegidas de cualquier intromisión en sus decisiones, que pueda afectar o poner en riesgo su integridad física, por lo que resulta violatorio cuando una mujer sufre complicaciones derivadas de un aborto practicado en condiciones de riesgo y no busca atención médica adecuada ante la inminencia del maltrato y la denuncia del personal médico, se está vulnerando su integridad física, dado que la mala regulación de la práctica abortiva en caso de aborto terapéutico obstaculiza el acceso al tratamiento post-aborto y pre-aborto necesario para garantizarla.

4.5.3. Derecho a la Igualdad ante la Ley y a la no Discriminación⁸⁸

El derecho a la Igualdad en este caso se refiere a las mujeres y niñas en cuanto a la negación del aborto terapéutico, ya que se viola el derecho a la no discriminación en razón del sexo, porque se requiere su praxis para

⁸⁸**BARAHONA RIVAS, Susan Priscila;** “*La protección Jurídica del no nacido frente al uso de fármacos abortivos en San Salvador en mujeres en estado de embarazo de 18 a 25 años*”; tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, 2010, pág. 103.

salvaguardar la vida y la salud de la mujer. Pero la desigualdad no solo se ve en ese punto, sino también en lo económico porque la mayoría de mujeres que se practican abortos clandestinos son del área rural, y con posibilidades económicas escasas, por lo que resultan más fácil ser procesadas penalmente, debido a que no tienen un nivel de educación que permita conocer sus derechos, y al apersonarse a recibir asistencia médica post-aborto en un hospital, estas puedan ser denunciadas por los médicos; en cuanto a las personas que por el contrario si tienen posibilidades económicas, pueden practicarse abortos sin que las autoridades judiciales se enteren de dicho delito y todo porque los médicos son intimidados por medio de dinero para que no las denuncien y más cuando son abortos por embarazos no deseados.

4.5.4. Derecho a La Salud

La palabra salud, es sinónimo de bienestar físico, mental y social, este derecho está entrelazado con el Derecho a la Integridad Física de la mujer, ya que la salud física es la afectada en casos de embarazados de altos riesgos, donde la única solución es el Aborto con fines Terapéuticos, la Salud es un derecho que posee toda persona, incluyendo la mujer.

El derecho a la salud también se encuentran en conflicto, pues al decidir por la vida del nasciturus en lugar de la vida de la madre, privan a la mujer de este derecho, porque se le obliga a continuar con un embarazo que pone en riesgo su vida y su salud física y mental⁸⁹, y esto dado las complicaciones del embarazo. Cuando la mujer o niña se practica un aborto producto de complicaciones en el embarazo y doctrinariamente considerado

⁸⁹Revista El Universitario, Número 18, Época XIII, 2011, pág. 8, disponible en: <http://www.ues.edu.sv/content/el-universitario-18-0>, consultado en fecha 18 de julio de 2013.

aborto terapéutico, especula en las amenazas por parte del personal del hospital que la pueden denunciar e incluso que la lleguen arrestar, negándole la posibilidad de acceder a servicios de salud, lo cual le puede costar la vida o producirle daños irreparables en su salud tomando en cuenta el estigma que le puede causar a la mujer, ya que sería discriminada por haber abortado, y esto no quiere decir que el nasciturus no tenga derecho a la salud. A Nivel internacional: existe normativa que regula lo referente a la salud de todas las personas, siendo los siguientes:

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los artículos que regulan lo referente a la salud, son los siguientes: *“Artículo 10.2 Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”*. *Artículo 12.1 “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*.

Artículo 12.2 “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte . . . a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; . . . (d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Los artículos que regula el derecho a la salud son: *Artículo 10 (h) “Los Estados Parte asegurarán acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”*.

Artículo 12.1 “Los Estados Parte 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”.

Artículo 12.2 “Los Estados Parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Artículo 14.2 “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales. . . y en particular le asegurarán el derecho a: . . .(b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia”.

Convención Del Niño. Artículos que regula el derecho a la salud son *Artículo 24.1 “Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.*

Artículo 24.2 “Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; . . . (d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; . . . (f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en

materia de planificación de la familia”.

Convención Contra La Discriminación Racial. Los artículos que contiene el derecho a la salud son *Artículo 5 “Los Estados Parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar [a] toda persona . . (e)(iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”.*

4.5.5. Derechos Sexuales y Reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos también son parte de los Derechos Fundamentales, los cuales tienen como fundamento los principios de dignidad e igualdad, y son las mujeres las que debido al rol que juegan en la reproducción humana, como ser dotado para dar vida a otro ser, la que se perjudica de las políticas adoptadas por cada Estado.

La Organización Panamericana de la Salud define la salud reproductiva: “como la piedra angular del desarrollo humano, tanto individual como social. Está íntimamente relacionada con los valores, la cultura y la visión del futuro que tiene cada persona”.

La salud reproductiva tiene un campo de acción mas amplio en la vida familiar y el desarrollo humano, incluye además de la planificación familiar, la educación sexual, la maternidad sin riesgo, el control de las enfermedades de transmisión sexual, la atención de las complicaciones del aborto y la incorporación de la perspectiva de género⁹⁰. Abarcando la vida de la mujer en general y como esta se desenvuelve en la sociedad.

⁹⁰Revista los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos, 5 edición, www.reproductiverights.org

CAPITULO V
LA PROBLEMÁTICA DEL ABORTO TERAPÉUTICO EN LA LEGISLACIÓN
COMPARADA

5. Sistema de Regulación del Aborto Terapéutico en el Derecho Comparado

Las legislaciones de otros países, han abordado la problemática del aborto terapéutico de múltiples formas, dependiendo del sistema adoptado por cada país; y es así, que mientras para algunos es un derecho para otros es un delito.

El tratamiento que se le proporciona al aborto terapéutico varía de país a país, ya que en algunos casos como en Europa, el aborto está permitido y su práctica está garantizada por el Estado, el cual brinda los servicios sanitarios adecuados, y esto debido a su reconocimiento como derecho de las mujeres.

En América Latina y el Caribe, la problemática cobra mayor relevancia a diferencia de Europa, ya que la legislación de estos países prohíbe de forma absoluta el aborto, al catalogarlo como un Delito, y por la falta de mecanismos y políticas públicas que eviten el crecimiento de dicha problemática, es que muchas mujeres optan por practicarse abortos de manera clandestina poniéndose en grave riesgo su vida o su salud.

Los sistemas de regulación⁹¹ se clasifican tradicionalmente en tres, los cuales son:

⁹¹**HERRERA CORTHOM, Carolina y RUIZ BARBASTES, Daniela;** *“El Aborto Terapéutico en Chile”*, Tesis electrónicas de la Universidad de Chile, Pág. 60.

- A. Sistema Prohibitivo: Se caracteriza por la prohibición del aborto en forma genérica; generando discusión el caso del aborto terapéutico, es decir, cuando la vida o la salud de la mujer embarazada corra un grave peligro, ya que si bien en los países que optan este sistema de regulación se prohíbe de forma genérica el aborto, no queda claro si la excepción terapéutica se puede aplicar, y esto debido a la existencia de Excluyentes de Responsabilidad Penal, generándose un silencio legislativo de los creadores del código penal, los que adoptan este sistema son: El Salvador, Chile, Honduras y Nicaragua.
- B. Sistema de Indicaciones⁹²: Consiste en que en las legislaciones de los países que adoptan este sistema, se prohíbe el aborto de forma amplia; sin embargo, el legislador ha establecido de forma expresa ciertas excepciones a las cuales se les denomina indicaciones, eximiendo en tales circunstancias de responsabilidad penal al sujeto activo del delito, el tipo de indicación varía de legislación en legislación, dentro de las cuales las más comunes⁹³ son:
- a. Indicación Terapéutica o médica: la cual autorizará la práctica del aborto cuando exista un riesgo para la vida o salud de la madre.
 - b. Indicación Eugénica o Embriopatía, se refiere a la autorización de interrupción del embarazo cuando se establece que el feto nacerá con graves problemas físicos o psíquicos.
 - c. Indicación ético-jurídica, el embarazo es producto de una violación.

⁹²*Ibidem.*

⁹³El Salvador, adoptaba este sistema de regulación hasta el año de 1974, ya que con la reforma al código Penal de esa época, se eliminaron las indicaciones abortivas contenidas expresamente, prohibiéndose de esa forma en el código Penal de 1998.

C. Sistema de Plazos: se caracteriza porque los legisladores establecen un límite de plazo, dentro del cual la mujer embarazada está autorizada para poder practicarse el aborto, cumpliendo requisitos sanitarios y administrativos; el plazo que el legislador concede para realizarse un aborto varía de legislación en legislación; sin embargo, la mayoría coincide en que se practique hasta la décima segunda semana de embarazo.

En este sistema, solo se puede hablar de Aborto Terapéutico, cuando la mujer embarazada sufra un grave riesgo a su salud o a su vida y se encuentre fuera del plazo señalado para practicárselo libremente; definiéndose este sistema como: aquel en el cual el legislador regula un plazo en que se podrá permitir el aborto, sin tomar en cuenta la situación de riesgo o causa bajo la cual quedó embarazada la mujer, por ser el tiempo o lapso lo determinante.

5.1. Regulación Jurídica del Aborto Terapéutico y el Estado de Necesidad en los Países que adoptan el Sistema de Regulación Prohibitivo o de Silencio Legislativo.

Entre los países que adoptan este sistema de regulación, se encuentra: El Salvador, Honduras, Nicaragua, y Chile. Para determinar las características de la legislación de los países mencionados, es menester referirnos a cada una de ellas, analizando como regula el aborto terapéutico.

El Código Penal hondureño⁹⁴, prohíbe el aborto en todas sus formas; en lo relativo a los delitos contra la vida y la integridad corporal, artículo 126

⁹⁴**CÓDIGO PENAL DE HONDURAS**; D.C. N° 144, del 26 de septiembre de 1983; D.O. N° 83, del 23 de agosto de 1983.

al 132, castiga a la mujer que se practique el aborto, como a la persona que lo practica, y cuya condenada oscila entre los 3 a las 10 años dependiendo de quién y bajo qué circunstancias realice el aborto a una mujer o consienta que se lo practiquen.

El artículo 126 de dicho Código Penal contempla la definición de aborto. El cual literalmente cita: “El aborto es la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto. Quien intencionalmente cause un aborto será castigado:

- a) Con tres (3) a seis (6) años de reclusión si la mujer lo hubiese consentido;
- b) Con seis (6) a ocho (8) años de reclusión si el agente obra sin el consentimiento de la madre y sin emplear violencia o intimidación;
- c) Con ocho (8) a diez (10) años de reclusión si el agente emplea violencia, intimidación o engaño”.

El código penal hondureño, a pesar que en el artículo antes mencionado prohíbe en todas sus formas el aborto, en la parte general del mismo establece las causas eximente de responsabilidad penal, específicamente en el artículo 24, el cual en lo literal regula que: “Se halla exento de responsabilidad penal: numeral 4) Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro u otros de un peligro no causado por él voluntariamente ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro. Esta exención se extiende al que haya causado daño en el patrimonio ajeno, si concurren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trata de evitar;
- b) Que dicho mal sea mayor que el causado para evitarlo;
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo; y
- d) No puede alegar estado de necesidad quien tenía el deber de afrontar el peligro. Y el numeral 5) Quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

El Código de Ética Médica de Honduras⁹⁵, regula en el artículo 80 en materia de aborto, que el aborto se practicara una vez agotados todos los medios terapéuticos para la conservación de la vida o preservación de la salud de la madre en peligro, por motivo del embarazo. Cuyos requisitos que exige son:

- a) Consentimiento de la madre y padre del no nacido.
- b) Constancia escrita de dos médicos que estén de acuerdo con la necesidad terapéutica del aborto.

Nicaragua, el Código Penal nicaragüense de 1891, permitía el aborto terapéutico y ético, en su artículo 165, el cual literalmente establecía que: “El aborto terapéutico sería determinado científicamente, mediante la intervención de tres facultativos por lo menos, y el consentimiento del cónyuge o pariente más cercano a la mujer, para los fines legales”. Los

⁹⁵Código de Ética Médica Adoptado por la Asociación Médica de Hondureña

elementos que se desprenden de dicho precepto jurídico son:

- a) La práctica de la indicación terapéutica.
- b) Debe de ser determinado científicamente por tres médicos, y
- c) El consentimiento tanto de la madre como del padre o del pariente más cercano de la mujer.

En el año 1891, Nicaragua formaba parte de los países que adoptaban dentro de su sistema de regulación sobre la penalización del aborto, el sistema de indicaciones, hasta el año 2006 que grupos católicos se organizaron, iniciando una campaña con la finalidad de reformar el código penal en lo relativo a los delitos de aborto⁹⁶, logrando influenciar fuertemente dentro de la decisión de los legisladores, sin dejar de lado que en ese entonces Nicaragua se encontraba en un periodo electoral, por lo que el tema del aborto formo parte en la contienda presidencial, y dadas las circunstancias políticas, de esa fecha, se aprobó en el año 2006 por la Asamblea Nacional Nicaragüense, la Ley N° 603, mediante la cual derogaba el artículo 165 del Código Penal de 1891, que permitía el aborto terapéutico.

En el año 2008 se promulgo un nuevo código penal⁹⁷, y en su contenido ya no se contempló la indicación terapéutica, siendo el artículo 143 del nuevo Código penal, el que regularía lo referente al aborto, el cual establecía: “Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer embarazada, será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión. Si

⁹⁶**BACON BOLAÑOS, Adlin Nerlssa;** “*Aborto Terapéutico en Nicaragua y El Salvador, la Mortalidad Materna y los Objetivos del Milenio*”; Vol.12, año 6, Numero 1, Nicaragua, 2013, pág. 2.

⁹⁷**CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA;** D.O del 13 de noviembre de 2007.

se trata de un profesional médico o sanitario de centro hospitalario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario en un centro hospitalario. A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión”.

El Código Penal hondureño, al igual que en el Código Penal nicaragüense contempla causas de eximentes de responsabilidad penal, y son las contenidas en el artículo 34⁹⁸ que regula: “Esta exento de responsabilidad penal quien: N° 5) En estado de necesidad, lesione o ponga en peligro un bien jurídico o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos, que:

- a) El mal causado no sea mayor al que se trata de evitar,
- b) La situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto,
- c) El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse; y N° 7) Actúe en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Chile, ha experimentado una serie de reformas en su legislación penal, así se tiene que en el año 1931, el Código Sanitario permitía el aborto terapéutico, haciendo posible que la mujer que corriera un grave peligro de su vida o de su salud, lo pudiera solicitar; literalmente el artículo 119 del

⁹⁸ *Ibídem*

Código Sanitario de 1931 regulaba lo siguiente: *“Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá de la opinión documentada de dos médicos cirujanos”*.

El Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en el Título II, denominado: De los Deberes del Médico hacia los enfermos, artículo 26 regulaba: *“El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción. El aborto procede solamente cuando se cumplan las condiciones siguientes:*

- a) Se practica como medida terapéutica; y
- b) La operación realizada por un médico especialista.⁹⁹. De no considerarse competente debe ceder su cargo el médico.

En el año 1989 se prohíbe el aborto terapéutico por medio de la ley 18.826¹⁰⁰. La cual planteaba modificar la normativa en lo referente al aborto, y que de esa forma existiera congruencia entre la ley suprema que es la constitución y la ley secundaria, por ello es que se reformo el artículo 119 del Código Sanitario, prohibiendo actualmente el aborto: *“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”*.

El razonamiento por el cual se emitió la derogación del aborto terapéutico en Chile, fue que no era congruente con la Constitución

⁹⁹**VIVANCO MARTINEZ, Ángela;** *“Aspectos Jurídicos del llamado “Aborto Terapéutico” en Chile”*; Revista de Estudios Médico Humanísticos, Vol. 6, N° 6, pág. 14, disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/arsmedica6/art13.html>., consultado en fecha 10 de noviembre de 2013.

¹⁰⁰Ley N° 18.826, de fecha 15 de septiembre de 1989. Prohibió el aborto terapéutico, tanto a nivel del Código Penal como del Código Sanitario chileno.

chilena¹⁰¹, debido a la protección del derecho a la vida que esta consagra¹⁰². La legislación chilena anteriormente sancionaba el aborto en el Código Penal¹⁰³, en sus artículos 342 al 345, dentro de los delitos relativos contra la familia y la moralidad notoria, cuando este es causado maliciosamente¹⁰⁴; es decir, querer el resultado del hecho ilícito; las penalidades oscilan entre los 541 días hasta los 10 años¹⁰⁵.

Con la emisión de la Ley 18.826, las penalidades cambiaron siendo más rigurosas y eliminaron la posibilidad de aplicarse alguna excepción o la posibilidad de poder practicar el aborto terapéutico. A pesar de ello, existen excepciones de responsabilidad penal contenidas en el art. 10 N° 9 y 10 que regulan el estado de necesidad.

Existieron varios movimientos, que se pronunciaron sobre el tema, de los cuales se mencionan los más recientes, estos son:

- a. En el año 2007, la ex Presidenta Michelle Bachelet, firmó un decreto en el cual aprueba el suministro a las niñas entre las edades de 14 a 18 años de la píldora anticonceptiva del día después, sin que sea necesario el consentimiento de los padres. Y
- b. En el año 2008 el Tribunal Constitucional prohibiría el acceso a métodos anticonceptivos.

¹⁰¹ Constitución chilena, artículo 19 N° 1, Inc. 2.

¹⁰² **HERRERA CORTHOM, Carolina y RUIZ BARBASTES, Daniela**; *Op cit*, Pág. 26

¹⁰³ Código Penal de Chile, Artículo 342 al 345, de fecha 1874.

¹⁰⁴ **LAZO QUEZADA, Gonzalo Patricio**; “*Aborto Terapéutico*”; La problemática de su Aplicación en el Sistema chileno, Tesis para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, pág. 128.

¹⁰⁵ **PRECHT PIZARRO, Jorge E**; “*Consideraciones Éticas- Jurídicas del Aborto Terapéutico*”, Revista chilena de Derecho, vol. 19 N° 3, pág. 4

5.1.1. Semejanzas y Diferencias de la Regulación del Aborto Terapéutico y estado de necesidad en Honduras, Nicaragua y Chile.

5.1.1.1. Semejanzas

Del análisis de las legislaciones de los tres países, permite que se establezcan las semejanzas que existen con la legislación salvadoreña:

- a) El Sistema de Regulación que adoptan en su legislación.
- b) No permitir el aborto en ninguna de sus formas y en el caso de Nicaragua con El Salvador, la eliminación de las indicaciones abortivas en las cuales se contemplaba el aborto terapéutico, de los códigos de 1861 de Nicaragua y 1974 de El Salvador, producto de un periodo presidencial de la época en que se produjeron las reformas, así como de la influencia de la iglesia católica y protestantes en contra del aborto.
- c) La aplicación de las causales de responsabilidad penal como forma de poder practicar el aborto terapéutico sin responsabilidad penal no solo para la madre, sino también para el médico que la práctica, ya que lo realizó bajo un estado de necesidad y porque la madre corría un grave peligro ya sea en su salud o en su vida.
- d) En las legislaciones existe una falta de aclaración por parte del legislador en la forma de proceder en los casos de aborto terapéutico, ya que debido a las causales eximentes de responsabilidad, al aplicársele el Estado de necesidad, resulta que el aborto terapéutico si se puede practicar ya que existe una causa que lo justifica.

- e) En su legislación suprema se protege al nasciturus desde el momento de la concepción.

5.1.1.2. Diferencias

Dentro de las diferencias planteadas entre las legislaciones, radica que en caso de El Salvador no hay una norma que regule en qué casos se procederá aplicar un aborto y bajo qué requisitos, como si lo hay en Honduras, ya que el Código de Ética Médica contempla en su articulado, pero a pesar de ello no se practican abortos debido a la prohibición que existe en el Código Penal hondureño, existiendo por ende un silencio administrativo de parte de los legisladores, por no aclarar cuando procederá el aborto terapéutico. Otras de las diferencias que existe es que en Honduras se contempla en el Código de salud, la forma de proceder en caso de presentarse una situación de peligro para la mujer gestante, y en cuanto en la legislación salvadoreña no se establece dicho procedimiento.

5.2. Regulación Jurídica del Aborto Terapéutico y el Estado de Necesidad en los países que adoptan el Sistema de las Indicaciones Terapéuticas.

Este sistema de regulación del aborto es adoptado en la mayoría de países, y es la indicación terapéutica la más aceptada. Dentro de los países que adoptan este sistema están: Argentina, Brasil, y Perú.

Argentina, La Legislación Penal de Argentina se caracteriza por prohibir el aborto por regla general, pero la penalización no es absoluta, porque dentro de sus normas establece los casos en los que el aborto no es punible, estos casos son:

- a) Que se haya realizado con el fin de evitar un peligro para la vida o para la salud de la mujer y si ese peligro no puede ser evitado por otros medios (Indicación Terapéutica), y
- b) Que el embarazo se causa de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer demente (Indicación Ética).

El aborto en la Legislación Penal Argentina, se encuentra regulado en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I, de los delitos contra la vida de las personas, artículos 85 y 88. Y es el artículo 86¹⁰⁶ el que contemplan las indicaciones abortivas, el cual en lo literal cita¹⁰⁷: *Que incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.*

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

- a. *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.*
- b. *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”.*

¹⁰⁶ **ACOSTA GUTIERREZ, María de los Ángeles**; “*La Inconstitucionalidad de la Despenalización del Aborto en México*”: Tesis para optar al Título de Licenciado en Derecho, del Centro de Estudios Universitarios Sor Juana Inés, 2010, pág. 50.

¹⁰⁷ **CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**. 9ª Edición. Buenos Aires, Editorial Errepar, 2010.

En dicho precepto normativo se desprenden los requisitos bajo los cuales el aborto es permitido y estos son:

- a) Que el aborto sea practicado por un médico diplomático.
- b) Que sea con el fin de salvar la vida o la salud de la madre, y
- c) Que dicho riesgo no pueda ser evitado por otros medios, es decir el aborto terapéutico se ve como ultima circunstancias luego de haber intentado otras formas de conservar la vida de la madre o su salud.

En Argentina al igual que en El Salvador se adopta la Teoría de la Fecundación, ya que la protección del no nacido se encuentra regulado en la Constitución Nacional: Arts. 14 bis, 16, 33, 43, 75 inc. 19, 75 inc. 22 y 23. Y en el Código Civil: Arts. 51,54, 63, 64, 70, 72 y Art. 264. Los desafíos que el aborto terapéutico enfrenta en el ordenamiento argentino, se puede equiparar al ordenamiento jurídico salvadoreño, en cuanto a que los centros asistenciales de salud pública o privada se niegan a practicar el aborto bajo esta indicación por temor a ser procesados, y debido a que las personas desconocen las leyes.

La legislación brasileña penaliza el aborto, con condenas de entre uno y tres años de cárcel para la gestante y de uno a cuatro años para el médico; sin embargo, esa penalización no es de forma absoluta, ya que establece en sus preceptos legales las indicaciones, específicamente en su artículo 128¹⁰⁸ regula dos casos en los cuales el aborto se permite, y estos son: *“No se reprime el aborto provocado por un médico i) si no existe otro medio para*

¹⁰⁸ **CÓDIGO PENAL DE BRASIL.** D.O.U. Rio de Janeiro. 31 de diciembre de 1940

salvar la vida de la embarazada; ii) si el embarazo es resultado de estupro y el aborto está precedido del consentimiento de la embarazada o, si fuere incapaz, de su representante legal". Estos casos, a pesar de encontrarse dentro del Código Penal, no reducen la prácticas clandestinas del aborto, pasando a formar parte de una de las causas por las cuales se producen las muertes maternas en dicho país, y esto a pesar de los grandes esfuerzos del Ministerio de Salud, que en el año 2005, creo Reglamentos que buscan que tanto los médicos, como las mujeres embarazadas conozcan los requisitos legales bajo los cuales se puede practicar el aborto.

La normativa colombiana, adopta el precepto del Derecho Romano "Infans conceptus pro nato habetur, quotiesde eius commodis agitur"¹⁰⁹, que significa, que se protege al niño desde el momento de la concepción por medio de una ficción jurídica, en la cual la protección del embrión, cigoto o feto se garantiza desde la concepción, dotándole la calidad de sujeto de derechos, y creando una normativa en la cual se establece su protección¹¹⁰.

En el año 2006 por medio de una Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con Ref. 355/2006¹¹¹, Colombia cambia su sistema de regulación prohibitivo al sistema de indicaciones, con el que establece casos en los cuales el aborto es permitido, y con lo que no deja de lado el precepto

¹⁰⁹"El Niño concebido se considera como nacido cada vez que se trata de sus intereses"

¹¹⁰**MOLINA BETANCUR, Carlos Mario**; "El Derecho del Aborto en Colombia": I parte: el concepto jurídico de vida; 1ed, Ed. Sello, 2006, Medellín, Colombia, pág. 133

¹¹¹**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**, Sentencia del Tribunal Constitucional Ref. C-355/2006, Bogotá, Colombia, de fecha: 10 de mayo de 2006: "No se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto".

consagrado por el Derecho Romano, el cual es la protección del feto, sino más bien busca la igualdad de garantías para la madre. Con ello quedo derogado el artículo 122 del Código Penal colombiano el cual señalaba lo siguiente: *“La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.”*

Con la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, se permite la práctica del aborto terapéutico en Colombia para salvar la vida o la salud de la madre, constituyendo uno de los tres casos por los cuales la interrupción del embarazo no instituye delito, exigiéndose el cumplimiento de dos requisitos: el primero la voluntad de la madre; y el segundo, una certificación medica de la situación de peligro en la cual se encuentre la mujer embarazada. La relevancia que proveyó la sentencia de la Corte, fue la importancia a los Derechos Humanos de la mujer, al utilizar tratados internacionales como: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales, la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer, y entre otros, para efecto de razonar su decisión, adecuando dicha legislación a lo regulado en normas internacionales.

5.2.1. Semejanzas y Diferencias de la regulación del Aborto Terapéutico y Estado de Necesidad en Argentina, Brasil y Colombia.

5.2.1.1. Semejanzas

La similitudes existente entre dichas normativas con la salvadoreña,

es que se protege la vida del que está por nacer al prohibir el aborto, y a pesar que se regula su protección, siguen existiendo casos de abortos clandestinos.

5.2.1.2. Diferencias

Los contrastes de estas legislaciones con el Ordenamiento Jurídico de El Salvador, son: que han adoptado dentro de su legislación casos en los cuales el aborto no es punible, y además, aquellos requisitos bajos los cuales se permite la práctica del aborto, dándole importancia no solo a los derechos del no nacido, sino a los derechos de la mujer embarazada. Y con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de Colombia dio seguridad jurídica a las mujeres que lo practican.

5.3. Regulación jurídica del Aborto Terapéutico y el Estado de Necesidad en los Países que adoptan el Sistema de Plazos.

Este es el sistema que se caracteriza, porque el legislador establece en la norma penal un plazo para que se practique el aborto, quedando fuera de toda penalización; dicho plazo es de 12 semanas, el cual es común en los países que adoptan este sistema de regulación, sin embargo, existen otros países en los cuales se combina este sistema con el de indicaciones. El problema que se presenta en estos sistemas de combinación es que si se desea practicar el aborto y este se encuentra fuera del plazo establecido, solo se permitirá siempre y cuando este contemplado de forma expresa en la norma de cada país.

Es trascendental resaltar que aunque a la madre se le practique el aborto para salvaguardar su vida o su salud, si se encuentra dentro de las 12

semanas, que es el plazo comúnmente contemplado en las legislaciones de los países que acogen el sistema de plazos, no se le denominaría aborto terapéutico, sino un aborto libre y voluntario, y esto debido a que en el terapéutico no se establece un plazo, ni es libre, porque solo bajo una circunstancia de riesgo a su salud o vida, debidamente comprobada mediante un dictamen médico, se puede considerar como tal, y la madre debe de brindar su consentimiento de practicárselo al conocer las condiciones en las cuales se encuentra.

El Código Penal alemán, adopta el sistema de regulación de plazos, tal y como consta en el art. 218, regulando las causales de no punibilidad por interrumpir un embarazo, estableciendo los requisitos siguientes:

- a) Que se encuentre en una situación de angustia y conflicto.
- b) Que sea solicitado por la madre del feto.
- c) Debe de ser practicado el aborto por un médico.
- d) El aborto debe de realizarse dentro de las doce semanas de gestación.
- e) Para su práctica debe de acudir a un “Centro de consulta autorizado por la ley de embarazo conflictivo” con tres días de anticipación por lo menos a la práctica del aborto.

Este país contempla a su vez el aborto terapéutico, en el artículo 218 que regula lo siguiente: *“La interrupción del embarazo practicada por un médico con consentimiento de la embarazada no es antijurídica cuando de*

acuerdo con el conocimiento médico sea necesaria la interrupción para eliminar un peligro para la vida de la embarazada y el peligro de un perjuicio muy grave para su salud física o anímica, y éste peligro no pueda ser eliminado de otra manera exigible para ella”.

Francia, adopta dentro de sus preceptos normativos preservar la vida del no nacido, dicha afirmación se toma de lo que regulan los artículos L-2211-1 y L-2223-2, del Código de Salud Pública de Francia, ya que si en este país se permite el aborto antes de la doce semanas de gestación, a la mujer que decide abortar se le brinda además asistencia médica, mediante la atención de un médico y la práctica de exámenes médicos, además, se le informa de las consecuencias del aborto, los lugares autorizados para practicarse el mismo, los documentos legales de la normativa que lo permite y bajo qué circunstancias, así como se le recomienda que reciba consulta psicológica o de asistencia social, en los lugares donde se realizan abortos se encuentra personas encargadas de lugares de adopción en los casos que las madres no los aborten sino que decidan darlos en adopción. Decidiendo si aborto o no, constándolo por escrito para que el medico lo realice. Una vez practicado el aborto, la mujer recibe asistencia médica, llevándose un control para efectos de verificar su estado.

Francia al igual que en Alemania contempla el aborto terapéutico e incluye el aborto Eugenesico, en el Artículo L-2213-1 del Código de Salud Pública, el cual literalmente regula: *“La interrupción voluntaria de embarazo puede ser efectuada en cualquier momento (sin límite de tiempo) si dos médicos, dentro de un equipo pluridisciplinario, certifican que el embarazo crea un riesgo grave para la salud de la mujer, o que existe una probabilidad fuerte de que el niño nacerá con una patología particularmente grave, reconocida como incurable al momento del diagnóstico”.*

Italia, permite el aborto adoptando una dualidad de sistemas de regulación, ya que por un lado establece que se puede practicar el aborto dentro del plazo de noventa días, por medio de solicitud de la madre y previa consulta de un médico, el cual debe de pertenecer a un centro de atención público o privado, y si la mujer embarazada presenta complicaciones en su vida o salud, o si mediante un diagnostico medico se establece que el feto trae malformaciones, se interrumpirá el embarazo bajo la indicaciones terapéuticas y Eugénicas. Lo que se encuentra contemplado en la Ley 194 del 22 de mayo de 1978, sobre “Protección Social de la Maternidad e Interrupción voluntaria del embarazo”.

5.3.1. Semejanzas y Diferencias de la regulación del Aborto Terapéutico en Alemania, Francia e Italia.

5.3.1.1. Semejanzas

La similitud existente entre la normativa de los países que se han estudiado con la normativa salvadoreña, es que prohíben el aborto en un principio; sin embargo, se establecen excepciones de forma expresa en la norma, bajo los cuales el aborto terapéutico se practica, remitiéndose a la parte general del Código Penal de cada uno de los países analizados.

5.3.1.2. Diferencias

Las excepciones a la regla general de prohibir el aborto y permitirlo bajo ciertas circunstancias, adoptando el sistema mixto; así como que en el caso de Francia, que existen leyes que establecen que la mujer que aborte recibirá asistencia post- abortiva, es la diferencia de esas legislaciones con la de El Salvador.

CAPITULO VI
CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD COMO
EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ABORTO
TERAPEUTICO

6. El Estado de Necesidad como Excluyente de
Responsabilidad Penal en el Aborto Terapéutico

El estado de necesidad se define como aquella situación de peligro actual para un bien jurídicamente protegido, que sólo puede salvarse mediante la vulneración de otro bien jurídico ajeno protegido por la ley. Para determinar qué tipo de Estado de necesidad se aplicara a la práctica del aborto terapéutico, es necesario conocer la definición de cada concepto, en el que lo primordial es el mal ocasionado por una conducta típica, consignada en el ordenamiento jurídico como antijurídico, siendo correlativo al mal ocasionado es que se pondera los intereses lesionados y los que se querían salvar, y como el Estado de Necesidad Justificante, se define como aquella situación en la cual existe un peligro actual para un bien jurídico, el que sólo pueden ser salvado mediante la vulneración de otro bien jurídico.

El Estado de Necesidad Ex -culpante, se define como: una situación de inculpabilidad en la cual se coloca un sujeto, ante la concreción de un grave e inminente peligro de su persona o derecho, así como la persona o derecho de un tercero, viéndose obligado a ejecutar una acción típica, lesionando uno o más bienes jurídicos de la persona que ejerció el peligro contra él, todo con el fin de salvaguardar un bien propio de igual valor.

El autor Cuello Calón dice: “El que para salvar su vida causa la muerte de otro, no ejecuta un hecho justo, porque sacrifica el derecho de un tercero

que no puede ser inculpado pues nada hizo para provocar la situación de necesidad. Aquí no hay causa de justificación si no una causa de exclusión de la pena”.

Hans Welzel también manifiesta que: *“El estado de necesidad (exculpante) se estructura sobre la idea de que, en casos de necesidad de cuerpo y vida, la obediencia inquebrantable al derecho supondría un sacrificio tan grande para el autor, que no se le puede exigir un comportamiento adecuado al derecho, considerando su instinto de conservación”*.

Las definiciones muestran que el Estado de necesidad aplicable a la práctica del Aborto Terapéutico es el justificante, porque a pesar que la normativa considera su actuar como un hecho típico debido a las circunstancias bajo las cuales actuó para salvar su persona su derecho o de un tercero, se le justifica, y una vez determinado qué tipo de Estado de Necesidad es aplicable a la praxis del aborto terapéutico, da lugar conocer los criterios para aplicarlo.

6.1. Criterios de Aplicación del Estado de Necesidad en la práctica del Aborto Terapéutico.

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

Los criterios generan cierta discusión entre los diferentes sectores de la sociedad, no obstante desde el punto de vista jurídico, se ha determinado

que para estos casos es muy preciso establecer y tener claro que los derechos no son absolutos, sino limitados, es así, que no se puede llegar al punto de fijar si el derecho a la vida de la gestante es mayor al derecho a la vida del concebido, debido a que no se puede valorar un derecho por encima del otro, alegando mayor valor, sino mediante razonamientos y criterios.

Es necesario tener claro que para obtener los criterios es importante que se realice una interpretación de las normas, primordialmente de la Constitución, de la cual pende toda la legislación secundaria, hay que tener claro además, que la interpretación es el núcleo central de la teoría de la Constitución, ya que a través de la misma se determina el sentido de esta. Por ello es importante mencionar los criterios que se adoptan para practicar el aborto terapéutico dentro de una excluyente de responsabilidad penal, siendo estos:

Criterio 1: Los Derechos Fundamentales no son absolutos, incluyendo entre ellos el Derecho a la Vida. El criterio obtiene su importancia, en el sentido que para que se esté en presencia del estado de necesidad debe existir una *“Colisión de bienes jurídicamente protegidos”*, que en caso del aborto terapéutico son, el derecho a la vida de la gestante y el derecho a la vida del concebido o no nacido.

En PERU¹¹², le otorgan validez Constitucional al aborto terapéutico, al considerar que tanto la Constitución como la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos dentro de su articulado establecen que “Toda Persona Tiene derecho a la vida. Y cuyo derecho estará protegido por la ley, en

¹¹² **ABAD YUPANQUI, Samuel B;** *“Validez Constitucional del Aborto Terapéutico en el Ordenamiento Jurídico Peruano”*; Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Lima/Perú, 2008, pág. 12-15.

general, a partir del momento de la concepción”.

Es necesario precisar que dicha mención de proteger la vida en general desde la concepción, no implica una toma de posición en torno a la prohibición o legalización del aborto terapéutico, es decir, el derecho a la vida del concebido no es un derecho absoluto, ya que en ciertos supuestos puede ser objeto de limitaciones, y su presencia en un sistema verdaderamente jurídico justifica su naturaleza limitable, pues los mismos se encuentran en una relación próxima entre sí, y con otros bienes constitucionales protegidos, con los que potencialmente, cabe el conflicto.

El Autor Solozábal Echavarría¹¹³, establece la existencia de esas limitaciones, por las razones siguientes:

- a) La característica general o universal de los derechos: Debido a que la titularidad la ostenta toda persona ya que son universales o generales pudiéndose ejercitar de forma simultánea por todos, debiendo existir una regulación que determine su adecuado goce, ejercicio y restricciones que se le puedan ejercer, ya que existe una limitación evidente ejerciendo su derecho sin imposibilitar que otra persona también lo ejercite.
- b) La existencia necesaria de la relación entre los derechos, visto de forma integrada con otros entre sí ya que no son derechos aislados, sino derechos que se integran unos con otros.

Las dos razones explicadas anteriormente, permiten determinar que

¹¹³ **SOLOZABAL ECHAVERRIA, Juan José**; “*Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos fundamentales*”; Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 71, 1991, pág. 97-99.

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

Al momento de aplicar el estado de necesidad de debe tomar en cuenta que bienes jurídicos se van afectar, que para el caso es la vida de la gestante y del no nacido, resultando lo más importante determinar ¿cuál puede ser afectado? y no ¿cuál bien es más valioso? porque queda claro que ambos lo son, y esto se fundamenta en que las leyes los protegen, lo que permite identificar un segundo criterio.

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

La idea de que no obstante que el medico emita un informe, donde conste que la vida de la madre corre riesgo por una enfermedad propia, sobrevenida al momento del embarazo o porque el feto además de no sobrevivir al parto causara la muerte de la gestante en el mismo, es

necesario que sea está la que exprese su voluntad de practicarse el aborto o seguir con el embarazo, teniendo claro el resultado que obtendrá de tomar una u otra decisión.

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

Basile y Waisman¹¹⁴ apunta que las afecciones que autorizan la práctica del aborto terapéutico son:

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

Gisbert Calabuig¹¹⁵, al referirse al peligro para la vida o salud de la madre, concreta: que debe prestarse especial atención a las enfermedades renales, a la eclampsia, a algunas enfermedades infecciosas, a la diabetes, a las cardiopatías.

¹¹⁴ **SILVA SILVA; Hernán;** “*Medicina Legal y Psiquiatría Forense*”; Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991. Pág. 158.

¹¹⁵ *Ibídem*

Ramón Fernández Pérez¹¹⁶, manifiesta que entre dichas causas médicas se encuentra:

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

La Biología y la Clínica¹¹⁷ tienen varios casos entre aquellos casos en que no es el feto el que causa el problema, sino que las complicaciones que el embarazo causa a la madre, de las condiciones en que el feto, por su composición material es la causa, directa o indirecta, del compromiso vital de la madre, así podemos manifestar las siguientes situaciones:

A. Casos en que la condición de embarazo o su patología que no es de origen fetal amenazan a la madre: 1) Infección ovular, espontánea o provocada: la embarazada acude a urgencia obstétrica con fiebre alta, a veces en shock séptico y con el útero grávido con feto vivo o ya muerto. Los minutos cuentan para salvar a la paciente (el feto generalmente ya está muerto o va a estarlo en minutos).

2) Embarazo ectópico. Es un padecimiento de alto riesgo para la madre ya que el ovulo fecundado se desarrolla fuera de la pared uterina, desarrollándose en las trompas de Falopio, en ovarios, cavidad pélvica o abdominal, no pueden llegar a término sin producir daño severo a la madre. Estos fetos son inviábiles y puede ocasionar una hemorragia a la madre.

¹¹⁶ *Ibidem*

¹¹⁷ **CARLOS Y VALENZUELA**; “*Ética Científica del Aborto Terapéutico*”; Revista Medica de Chile, Vol. 131, N. 5, Santiago de Chile, 2003, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000500013&script=sci_arttext, consultado en fecha 04 de enero de 2014.

3) Descompensación de una patología materna preexistente. El embarazo tiene muchas características de un aloinjerto¹¹⁸; la madre genera mecanismos de tolerancia y se deprime, su sistema inmune. Las gestantes con tuberculosis y toxoplasmosis han motivado un aborto terapéutico, sin embargo insuficiencias cardíacas, renales, hepáticas, respiratorias, endocrinas, la diabetes, la hipertensión, las enfermedades autoinmunes y otras de la madre, han sido compensadas médicamente y con ayuda de eficientes métodos de regulación de los embarazos, no constituyen indicación para un aborto terapéutico.

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

B. Casos, en que todo indica que es el cigoto, embrión o el feto mismo, el causante directo o indirecto del compromiso vital de la madre. 1) Enfermedades inmunes o autoinmunes precipitadas o descompensadas por "sustancias" o antígenos del feto. El penfigoide del embarazo, en el que antígenos fetales desencadenarían una enfermedad autoinmune en la piel de la madre, corresponde a estos casos. Como la gravedad ocurre tardíamente, puede manejarse con medicamentos hasta llegar a un parto de término, Un

¹¹⁸Un aloinjerto es un tejido que se trasplanta de una persona a otra. La asignación de prefijo alo proviene de una palabra griega que significa "otro". Folleto informativo para pacientes y sus familia: Trasplante de Aloinjerto, 2009, pág. 1, consultado en: <https://intermountainhealthcare.org/ext/Dcmnt?ncid=520707953>, fecha 15 de diciembre de 2013.

caso complicado con miastenia gravis (otra enfermedad autoinmune que se agrava con el embarazo) también puede llegar a un aborto terapéutico.

2) Ciertas formas de eclampsia en que el feto produce o genera la enfermedad en la madre, por reacción antígeno inmunitaria, o por desencadenamiento de una respuesta inflamatoria sistémica en la madre; la muerte espontánea o provocada (selectiva) de uno de los fetos, en caso de mellizos, ha curado dramáticamente a la paciente, en algunos casos.

3) El síndrome de Ballantyne (síndrome especular con triple edema fetal, placentario y materno, asociado frecuentemente a eclampsia) ha sido revertido al terminar selectivamente la vida de uno de los mellizos.

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

5) La patología de la concepción misma: comprende a las alteraciones genómicas del cigoto que llevan a procesos incontrolados que desestabilizan gravemente el organismo materno.

Es menester destacar, que para realizar dicho dictamen los médicos deben de considerar diversos aspectos dentro de los cuales se encuentra la ética, es así que varios médicos fundamentan su decisión en La Teoría Ética del Doble Efecto, la que plantea que si la intención es salvar a la madre y se procede al vaciamiento uterino, con muerte del feto o embrión no es un aborto sino una interrupción terapéutica del embarazo y es por esto lícita.

Los médicos consideran que esta posición no se aplica cuando la

causa del sufrimiento materno es la constitución genética del feto o el feto mismo, pues la intención médica es remover la causa y esta coincide con el feto, por lo que hay que llamarlo propiamente aborto terapéutico. Situación de la cual se dispusiera si existiera algún tratamiento que bloqueara el efecto del pasaje de sustancias del feto a la madre, las que causan el problema, entonces podría tratarse el caso, sin llegar a plantear siquiera el aborto.

Otros médicos consideran que los fetos que por sus sustancias o su genoma están matando a sus madres o a sus hermanos mellizos, y que no son viables *ex útero*, autorizan para matarlos antes de que maten a sus madres, a sus eventuales hermanos y se suiciden. Y esta situación es mucho más compleja, si por dilación de la decisión y por continuar el embarazo con feto vivo se obtiene un parto prematuro al 6° mes, con madre descerebrada y feto con daño neurológico irreversible que muere a los 2 años, manifiesta que se estaría faltando a la ética. Sumado a lo anterior es importante, hacer referencia que entrevistas realizadas a Jueces de nuestro País, confirmaron los criterios anteriores, señalando cada uno de ellos que los derechos no son absolutos por tanto la vida de la madre o la vida del nasciturus puede ser limitada siempre y cuando exista en la praxis del aborto una justificación, como salvar la vida de la gestante.

CAPITULO VII

ANALISIS DE RESULTADO

7. Análisis.

7.1. Descripción del Proceso y Tipo de Investigación

La investigación de campo, se limito al área metropolitana de San Salvador y sus alrededores, desarrollando ese el campo de estudio, para lo cual se utiliza la encuesta, y la guía de entrevista como técnicas para la comprobación de hipótesis planteadas, las cuales se aplican de la siguiente forma:

La encuesta fue realizada a cien (100) personas, en edad fértil y de diferentes estratos sociales, que se eligieron al azar en las diferentes facultades de la Universidad de El Salvador y centros comerciales del área de San Salvador, todo esto en fin de conocer el pensamiento de la población respecto a la práctica del aborto terapéutico.

El método que se utilizo fue el Científico: ya que este consiste en basar la investigación para el conocimiento de la realidad observable, que consiste en formular interrogantes sobre esa realidad en que se vive, con base en la teoría ya existente, es decir, a la doctrina que desarrollo el tema de estudio, tratando de establecer una explicación racional y objetiva, del fenómeno objeto de la investigación proponer soluciones a los problemas planteados, así como recomendaciones.

La investigación reviste un carácter mixto, debido a que en principio se ha elaborado con la investigación bibliográfica existente que permite

conformar su base teórica, la cual resulta no ser muy abundante, debido a que el tema no es debatido en El Salvador; mezclada con una investigación de campo que pretende corroborar que la legislación de El Salvador requiere una reforma que permita la práctica del aborto terapéutico.

7.2. Resultado de la Encuesta

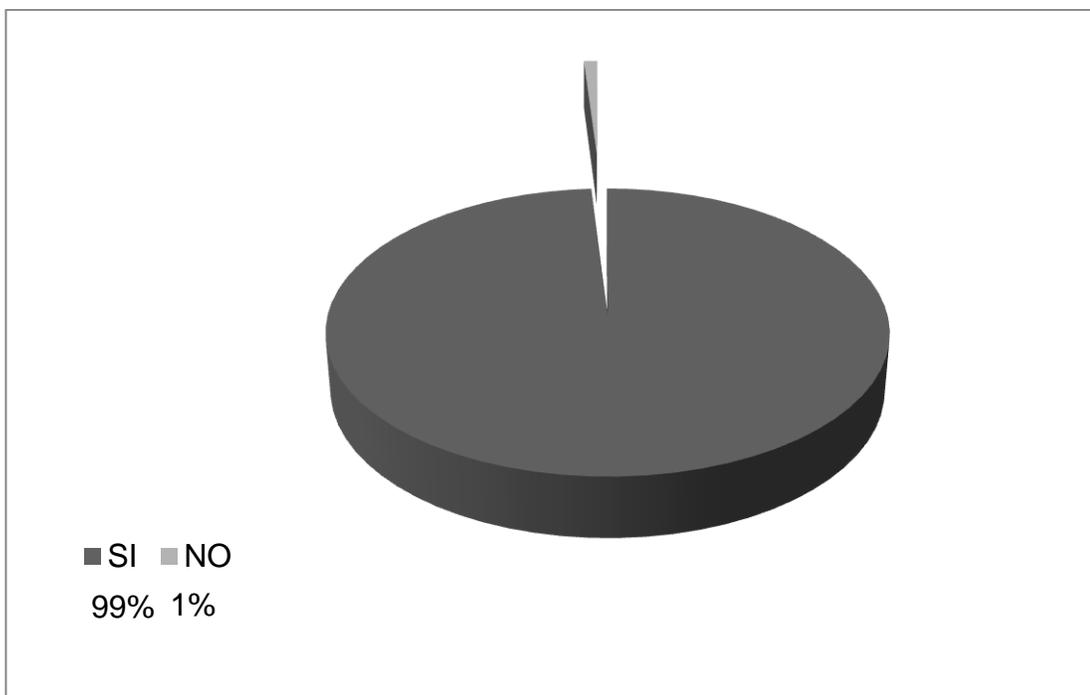
7.2.1. Características de la población encuestada.

En base a los resultados obtenidos en la investigación realizada, se puede concluir que la población tiene un mínimo porcentaje de conocimiento sobre el aborto terapéutico, y que por ello, es necesario que diferentes sectores o instituciones del gobierno como organizaciones no gubernamentales (ONG), informen y divulguen estudios y políticas que muestren la verdadera causa que daría lugar a la praxis de este tipo de aborto, y en los mismos educar a la población de las consecuencias que conlleva el no permitirlo o legalizarlo.

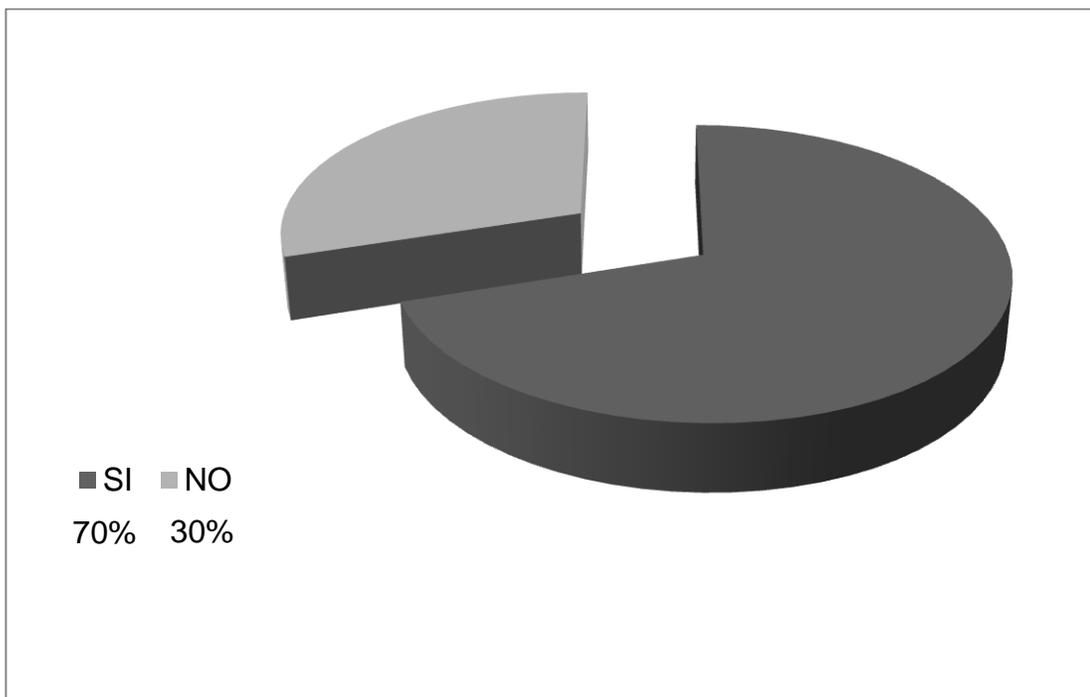
En dichos resultados, también se observa que la sociedad posee una cultura muy confusa, debido al trato que las generaciones han dado a esta problemática tras el transcurso del tiempo, sobre todo por la influencia religiosa que existe en torno a ese tema, donde predomina el pensamiento “que solo Dios puede y tiene la facultad de dar o quitar la vida”.

Los resultados de las encuestas realizadas, se dan a conocer por medio de graficas de pastel, donde se reflejan los datos obtenidos, los cuales revelan la deficiencia que existe en la población salvadoreña sobre dicho tema, y el que en la actualidad es un gran punto de debate, por el interés de las mujeres que se les reconozca como un Derecho.

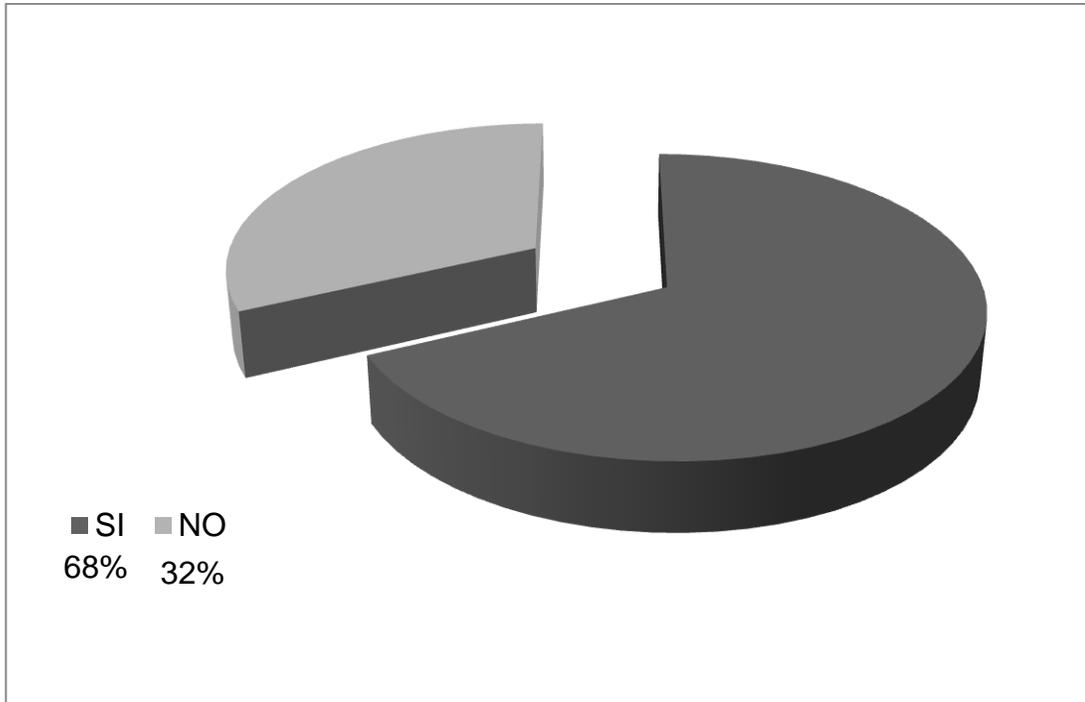
1. ¿Conoce Usted la definición del aborto?



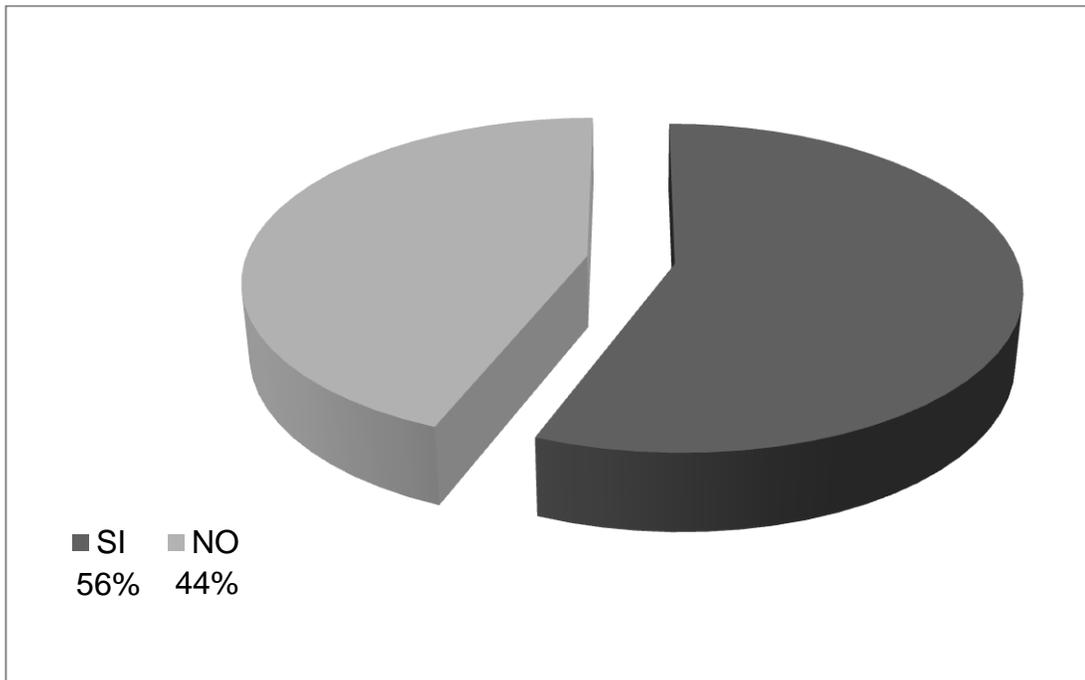
2. ¿Conoce las clases de aborto?



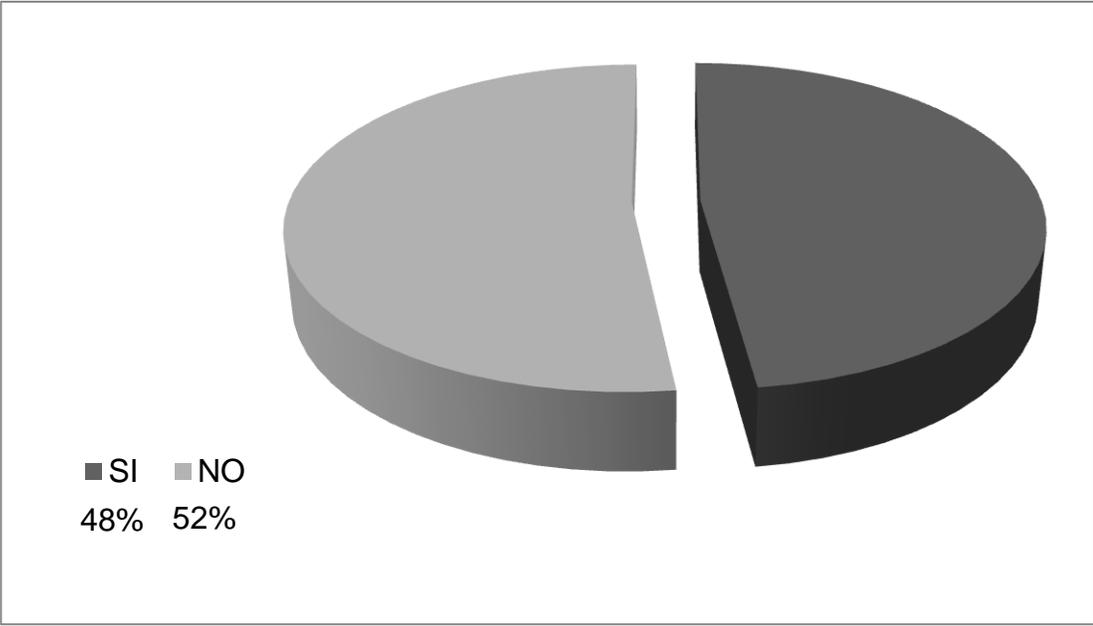
3. ¿Sabe que es el aborto terapéutico?



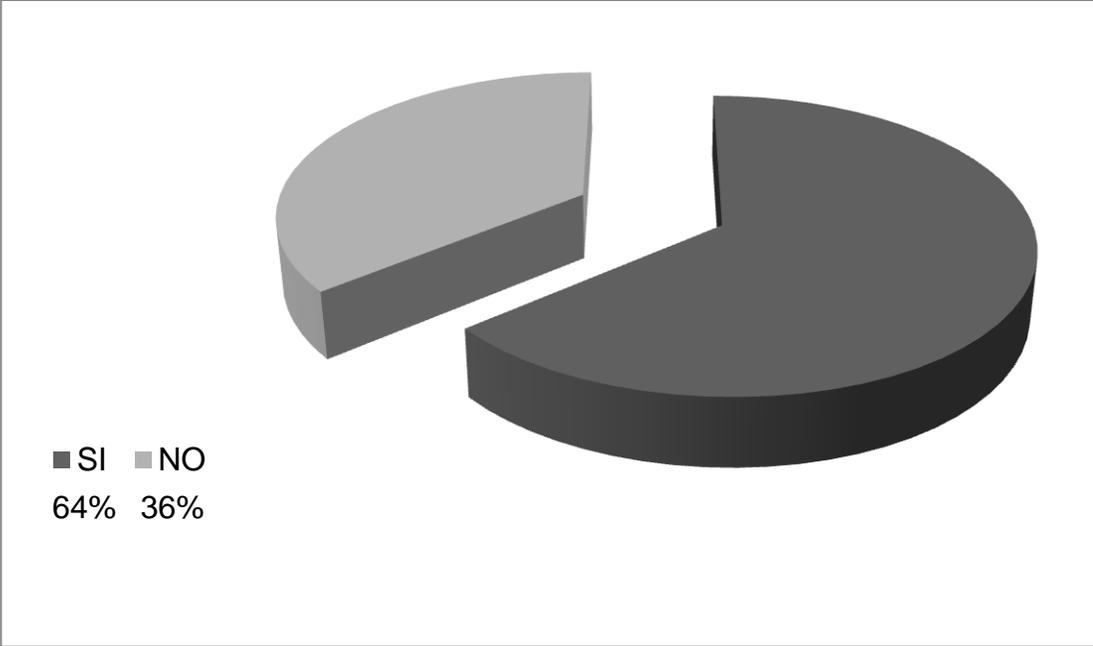
4. ¿Considera indispensable que se penalice el aborto absolutamente?



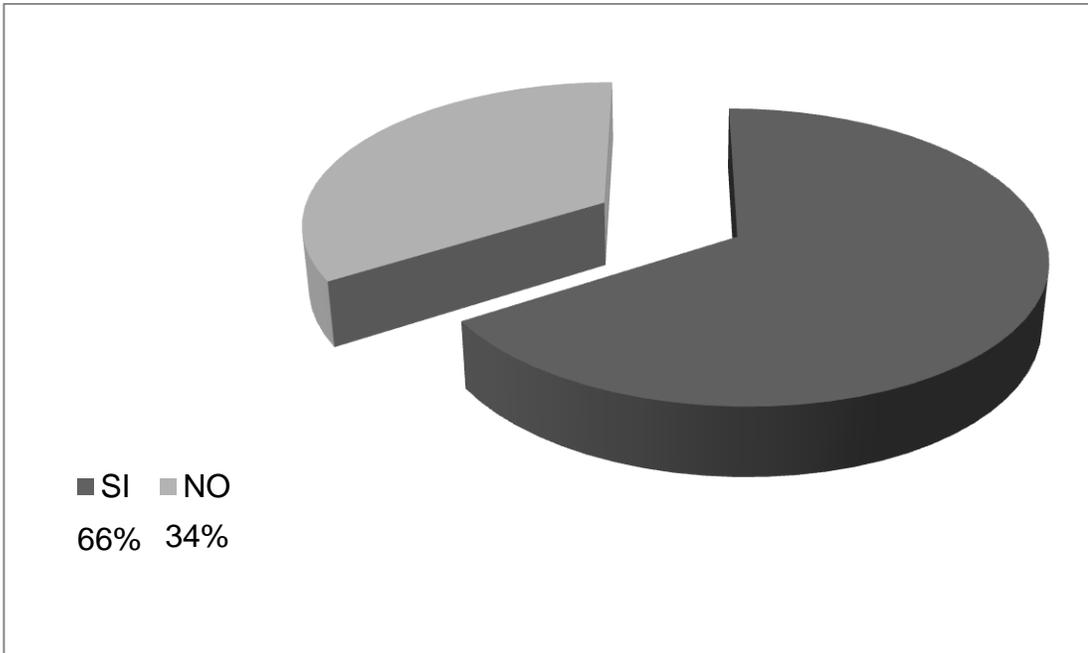
5. ¿Está de acuerdo en que se establezcan excepciones al delito del aborto?



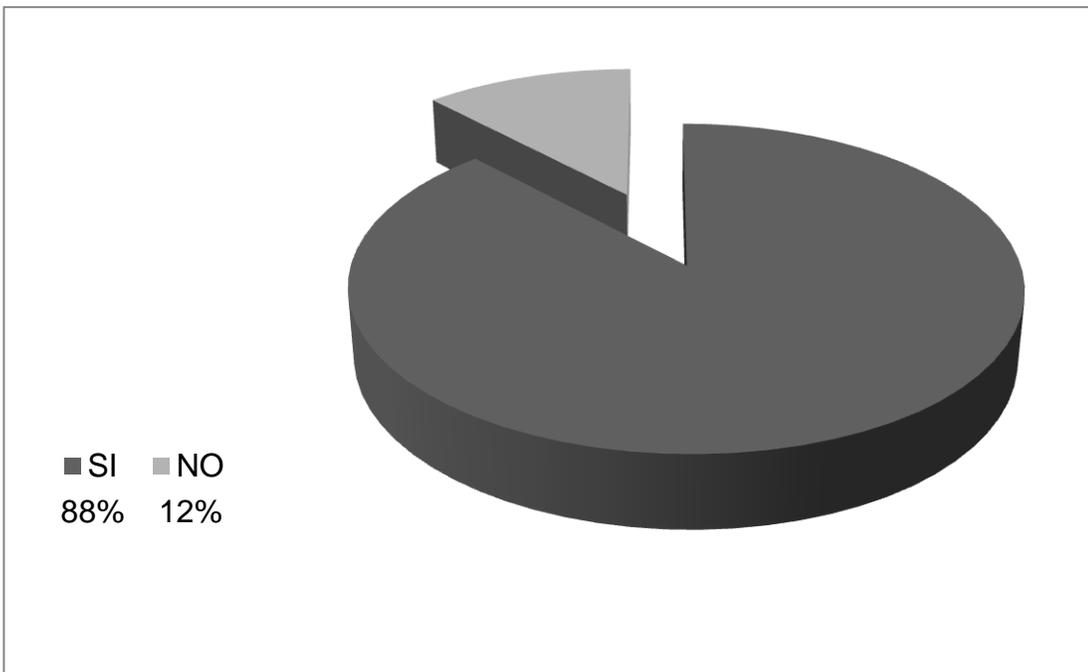
6. ¿Considera que la penalización absoluta del aborto violenta derechos de las mujeres?



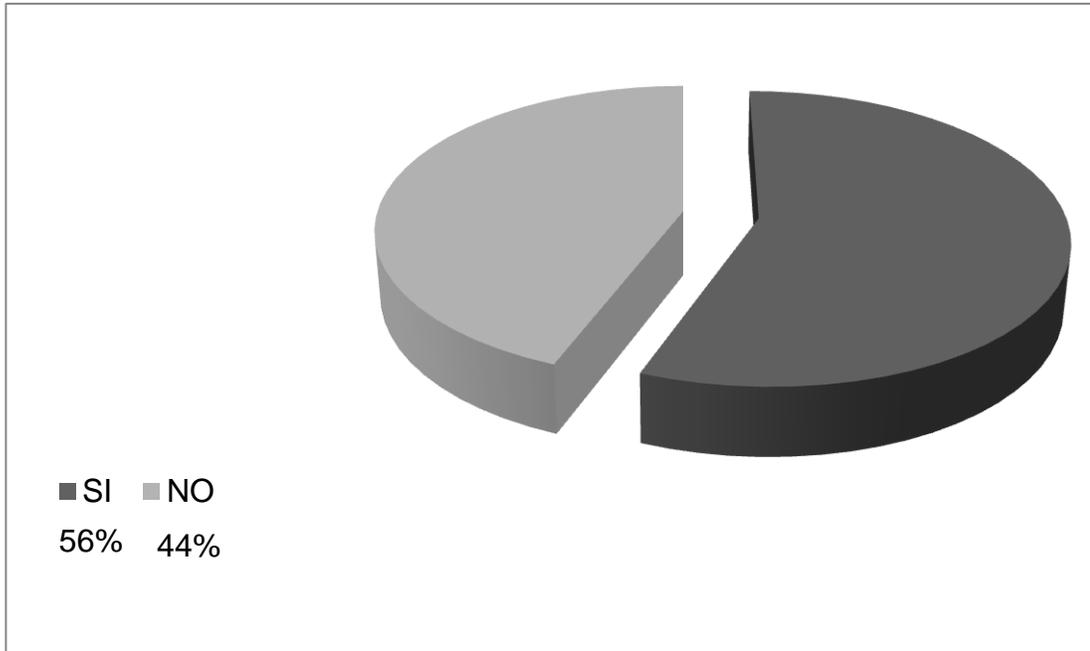
7. ¿Despenalizar el aborto es atentatorio a los derechos del nasciturus?



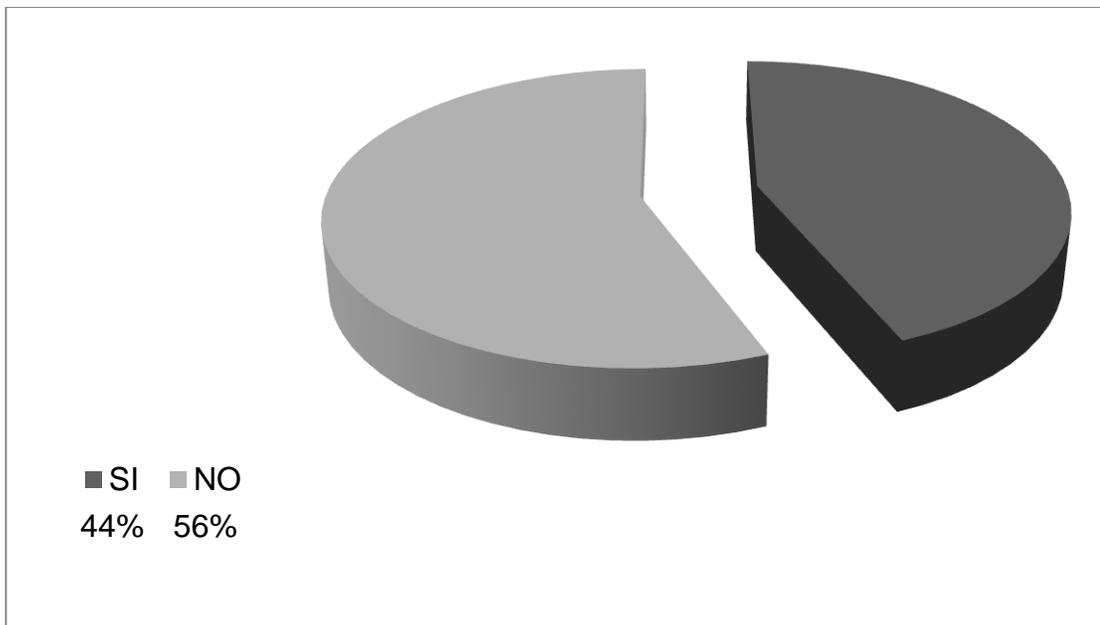
8. ¿Permitir el aborto en El Salvador, es contrario a lo regulado en el artículo 1 Inc. 2 de la constitución?



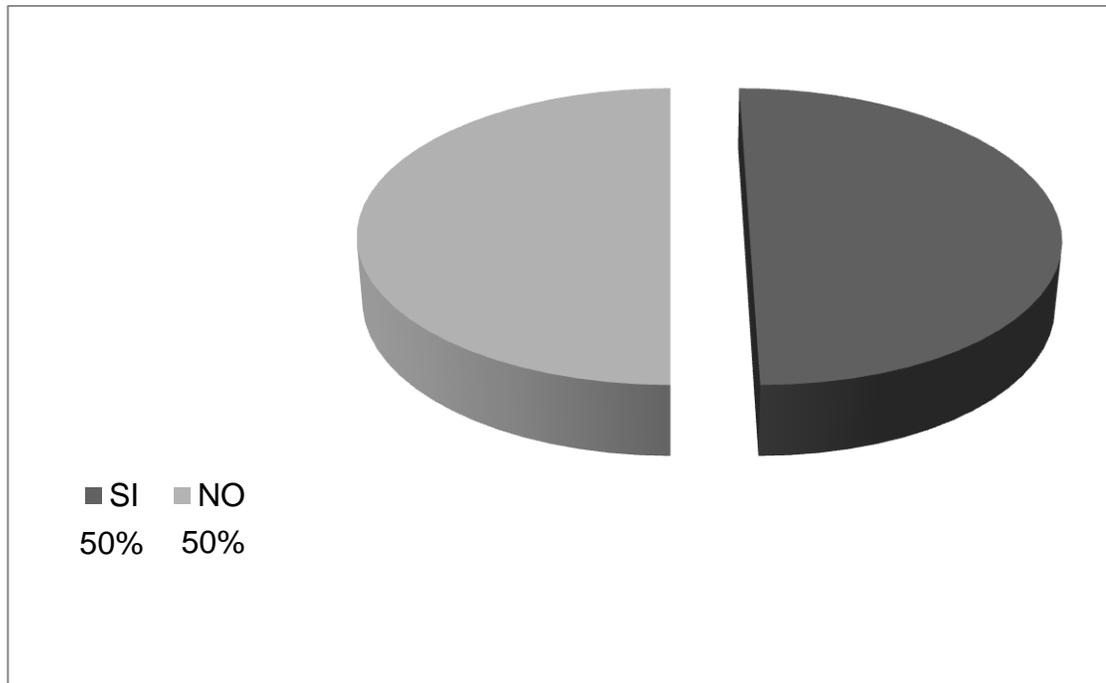
9. ¿Considera la práctica del aborto terapéutico un caso excepcional al delito de aborto?



10. ¿Conoce que es el Estado de Necesidad como Excluyente de Responsabilidad Penal?



11. ¿Aplicaría el Estado de Necesidad en un aborto terapéutico?



12. ¿Cuál es su opinión, respecto a regular la práctica del aborto terapéutico para salvaguardar la vida de la madre en nuestra legislación?

En relación a esta respuesta la mayoría de personas encuestadas expresaron que el aborto terapéutico debería de forma excepcional contemplarse dentro de la ley, para que su práctica se legalice, estableciendo y brindando los mecanismos necesarios para que su praxis sea segura y no riesgosa para la vida de la madre, dejando en claro, que solo este tipo de aborto sea el permitido ya que consideran que la opción de quitarle la vida a un ser no nacido de forma antojadiza sin justificación.

En lo concordante al conflicto de bienes que surgen en relación al tema del aborto, expresaron que los legisladores son las personas indicadas para ponderar los derechos en contraste debido a que la normativa penal no

establece dichos criterios, y que no están ni en contra, ni a favor del aborto, sino a las circunstancias que motivarían su práctica.

Las opiniones que brindaron en las encuestas comprueban que existe muchas influye religiosa y moral sobre el tema, ya que hubieron posiciones en contra del aborto en general, manifestando que el único que puede quitar la vida es Dios y nadie más, por lo que resultaría un pecado permitir el aborto, y más que la mujer embarazada preste su consentimiento para practicárselo.

Los encuestados además manifestaron que el derecho a la vida que tiene el no nacido prevalece sobre el derecho a la vida de la madre, siendo violatorio a lo regulado en la constitución en su artículo 1 Inc. 2 permitir su práctica en la sociedad, alegando que la forma en la cual regula la norma esta problemática es correcta porque no permite ningún tipo de aborto y de esa manera no se violentan los derechos del no nacido considerado como persona desde el momento de la concepción.

Otros manifestaron, que los médicos deben hacer todo lo posible por salvar la vida de ambos, ya que hoy en día la ciencia está más avanzada que en épocas anteriores, utilizando métodos para que ambas vidas no perezcan. Otro porcentaje mínimo expreso que no tienen conocimiento sobre el aborto terapéutico, ni en que consiste y no saben si el código penal lo regula.

La conclusión de las opiniones obtenidas es que la realización del aborto terapéutico es necesaria en ciertos casos, sobre todo en aquellos donde una vida corre peligro de perecer, por otra que por no tener los elementos necesarios para sobrevivir perecerá de una u otra manera - durante el parto, antes del parto, o incluso durante su desarrollo dentro del

vientre de la gestante-, no se puede omitir esa situación dentro de un estado de derecho, y debe ser posible salvaguardar el derecho de una persona, en caso de no existir otra solución, y enfatizar que el aborto antojadizo no se debe permitir, para ello el Estado por medio de las instituciones gubernamentales tiene que tomar la mejor decisión y trabajar sobre este problema actual.

7.3. Resultado de la Entrevista

Los jueces entrevistados coincidieron en cuanto a manifestar que el aborto en la legislación salvadoreña, no está regulado de forma absoluta, que si bien el Código Penal actual no regula las indicaciones que contenida el Código Penal de 1974, el aborto terapéutico perfectamente puede practicarse por los médicos de cualquier centro hospitalario de salud sean estos públicos o privados, ya que puede aplicársele una excluyente de responsabilidad penal como lo es el Estado de Necesidad, teniendo en cuenta que para la aplicación de dicha excluyente se toma en cuenta criterios, los cuales no los determina el Código Penal, sino son producto del análisis hecho de la doctrina por parte de los jueces, que determinan cuales criterios serán aplicables, siendo los siguientes:

- a. Criterio de las limitaciones de los Derechos Fundamentales;
- b. Consentimiento de la mujer embarazada para la práctica del aborto terapéutico, dotándole de tal forma de valor al consentimiento de la gestante;
- c. Criterio de la existencia previa a la práctica del aborto terapéutico de un dictamen médico debidamente fundamentado.

Exteriorizaron que en todo el tiempo que fungen en su cargo, no han resuelto ningún caso de aborto terapéutico, y de llevarse uno en el futuro aplicarían los criterios mencionados anteriormente, más el estudio que con lleva cada caso en específico.

Las entrevistas realizadas a Abogados del país, reflejan opiniones diversas, manifestando que para brindar una mejor seguridad jurídica tanto a la madre como al médico que practique el aborto, era necesario una reforma al Código Penal, incluyendo en el mismo la indicación terapéutica como aborto no punible, y de esa manera evitar que la cifra negra siga creciendo en el país, en donde se pone en peligro la vida de la madre por la mala praxis de los doctores que practican el aborto en clínicas clandestinas. Otros manifestaron que no hay necesidad de reformar el Código Penal, para prescribir la práctica del aborto terapéutico y que ningún médico puede negarse a practicarlo a una mujer que corre riesgo al seguir con el embarazo ya que afecta su salud o incluso su vida, ya que si bien esas circunstancias están debidamente comprobada mediante un dictamen no serían condenas, sino justificados mediante una excluyente de responsabilidad penal.

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. CONCLUSIONES

La aplicación del Estado de Necesidad como Excluyente de Responsabilidad Penal en los casos de Aborto Terapéutico ayudaría al acatamiento o respeto de los derechos de las mujeres gestantes en El Salvador, porque se garantizaría su seguridad jurídica en la normas y así no ser considerado internacionalmente como un país atentatorio de derechos de las mujeres.

La sanción penal de la que puede ser acreedor/a quien provoque un aborto o al que lo practique con lleva a una realidad jurídica perjudicial a los derechos de las mujeres gestantes, con graves problemas de salud que ponen en riesgo su vida, ya que en el afán de salvaguardar su vida se ven obligadas a practicar el aborto de forma clandestina e inadecuada para su salud, esto debido al temor de una sanción penal.

El Código Penal no hace ninguna prohibición expresa sobre la práctica del aborto en cualquiera de sus circunstancias, sino que establece una sanción de prisión para quien lo practique o provoque, interpretándose que el aborto en la legislación penal está prohibido de forma absoluta.

El Artículo 27 numeral tercero del C. Pn., da la pauta para tratar los casos de aborto terapéutico bajo la circunstancia de un Estado de Necesidad, pues la mujer contempla un peligro actual, real o inminente de lesión o pérdida de un bien jurídico, por lo que se ve obligada a practicar el aborto con el único fin de salvaguardar su vida.

La falta de regulación expresa en el Código Penal sobre circunstancias precisas en las cuales puede permitirse la práctica del aborto genera una incertidumbre e inseguridad jurídica para las mujeres embarazadas con graves problemas de salud a causa de su embarazo.

El Estado de Necesidad como Excluyente de Responsabilidad Penal es la única salida viable que le queda a los aplicadores de justicia en los casos de aborto terapéutico, cuando dicha indicación ha sido debidamente fundamentada y comprobada. Y no existen clínicas asistenciales legalmente constituidas para practicar un aborto terapéutico que garanticen el bienestar físico-psíquico de la mujer que está sufriendo un grave riesgo y deterioro en su salud por causa del embarazo, incrementando el peligro de muerte de mujeres embarazadas.

Las leyes que regulan sobre los derechos del no nacido vienen a limitar la protección del derecho a la vida de la madre en embarazos de alto riesgo, pues pareciera que la vida humana todavía no nacida, llamada vida humana dependiente, en formación o prenatal es un bien jurídico protegido mayormente que el bien jurídico vida de la madre gestante, persona ya nacida.

En el aborto Terapéutico existe un conflicto de bienes jurídicos mayor contra menor rango, y de igual rango, y siempre se debe tomar en cuenta en un juicio, que estos bienes jurídicos en contraste no son absolutos.

El Salvador es un país considerado a nivel internacional como violatorio a los derechos de las mujeres gestantes por no establecer en su ordenamiento jurídico casos excepcionales claros y específicos en los cuales se pueda practicar un aborto sin sanción penal para la mujer y el médico.

8.2. RECOMENDACIONES.

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

El Ministerio de Salud debe elaborar una guía que establezca el procedimiento a seguir para los médicos en casos que tenga que realizar un aborto terapéutico, de tal forma que garantice el bienestar de la mujer antes, durante y después del aborto.

El Estado, a través del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), debe crear mejores condiciones para que las mujeres puedan efectivamente ejercer sus derechos y les brinde la información necesaria y eficaz, así como acceso a los servicios y medios que se requieran para que pueda ejercer la decisión de continuar o no con el embarazo cuando esté en grave peligro su vida.

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

La creación de una unidad o institución de médicos especialistas, y que se encarguen de analizar los casos de Aborto terapéutico que se

presentan en el país, a fin de resolver cuales casos serían viables de realizar porque son de grave riesgo para la vida de la madre, y evitar así, la práctica del aborto de forma desenfrenada y la misma praxis clandestina, que ocasionan graves riesgos de salud en la vida de la mujer que lo realiza de esta forma.

Elaborar un listado de enfermedad consideradas como graves para la vida de la mujer gestante, y las cuales aun a pesar de los avances médicos no se tenga otra solución más que, la de practicar un aborto terapéutico, lista que se encargaría de elaborar la institución u oficina especial a crear.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ABAD YUPANQUI, Samuel B; " *Validez Constitucional del Aborto Terapéutico en el Ordenamiento Jurídico Peruano*"; Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Lima/Perú, 2008.

BACIGALUPO Z., Enrique, " *Manual de Derecho Penal, Parte General*", Editorial Temis S.A. COLOMBIA, 1996.

BACON BOLAÑOS, Adlin Nerlssa;" *Aborto Terapéutico en Nicaragua y El Salvador, la Mortalidad Materna y los Objetivos del Milenio*"; Vol.12, año 6, Numero 1, Nicaragua, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; " *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*"; Ed. Centros de Estudios Ramón Areces. España. 1991.

BESIO, Mauricio; CHOMALÍ Fernando, y otros; " *Aborto terapéutico, Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*". Facultad de Medicina, Centro de Bioética, Departamento de Obstetricia y Ginecología, Centro de Estudios Jurídicos Avanzados.

BETTIOL, Giuseppe; " *Derecho Penal. Parte General*"; 4ª Edición, Editorial Temis, Bogotá 1965.

CLAUS, Roxin; " *Derecho Penal Parte General*"; Tomo I, Fundamentos de la Estructura General del Delito, 2ª ed., Editorial Civitas, S.A. España, 1997.

CALANDRA, Dante; " *Aborto: Estudio Clínico, Psicológico, Social y jurídico*"; Ed. Medica Panamericana; Buenos Aires, 1972, pág. 269.

GIL DOMINGUEZ, Andrés; *“Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución”*; 1 ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

JAÑA FERNÁNDEZ, Mitzi Yanett; *“La Eximentes Incompletas: Requisitos Doctrinales y Jurisprudenciales para su Procedencia”*; Programa de Magister, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *“La Ley y El Delito”*; 4ª ed., Edit. Hermes, buenos Aires 1963.

LAURENZO COPELLO, Patricia; *“Aborto no Punible”*; 1 ed; Ed. Casa, Barcelona España, 1990, pag. 356.

MASTERS WH, Johnson VE, Kolodny RC; *“La sexualidad humana”*. La Habana. Editorial Científico-Técnica; 1987.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario; *“El Derecho del Aborto en Colombia”*: I parte: el concepto jurídico de vida; 1ed, Ed. Sello, 2006, Medellín, Colombia.

PEREZ DUARTE, Alicia Elena; *“El Aborto una lectura de Derecho Comparado”*; México, 1993.

SILVA SILVA, Hernand; *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1991.

VON LISZT, Franz; *“Tratado de Derecho Penal”*; Tomo II, 2ª Edición, Editorial Reus Preciados, Centro de Enseñanza Preciados, Madrid, 1927.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro,

“Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002.

TESIS

ACOSTA GUTIERREZ, María de los Ángeles; *“La Inconstitucionalidad de la Despenalización del Aborto en México”*: Tesis para optar al Título de Licenciado en Derecho, del Centro de Estudios Universitarios Sor Juana Inés, 2010,

BARAHOA RIVAS, Susan Priscila; *“La protección Jurídica del no nacido frente al uso de fármacos abortivos en San Salvador en mujeres en estado de embarazo de 18 a 25 años”* tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, 2010.

CORZO TORRES, Carlos Rafael; *“Legalización del Aborto en Guatemala desde un enfoque actualizado”*; Tesis para Optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2011.

DE LA CRUS ROSALES, Alida Lissette; *“La Penalización de la Práctica Abortiva y la Vulneración de los Derechos y Garantías en las Adolescentes del área Metropolitana de San Salvador”*, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, 2008.

HERRERA CORTOM, Carolina y RUIZ BARBASTES, Daniela; *“El Aborto Terapéutico en Chile”*, Tesis electrónicas de la Universidad de Chile.

LAZO QUEZADA, Gonzalo Patricio; *“Aborto Terapéutico”. La problemática de su aplicación en el Sistema Jurídico Chileno*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de

Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Santiago de Chile. 2007.

RAMOS, Eduardo Calderón; *“Estado de Necesidad como Excluyente de Responsabilidad”*; Tesis para optar al Título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, El Salvador, San Salvador, 1977.

RAIMUNDO CEA, Rodolfo Guadalupe; *“El Aborto en General”*; Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, El Salvador San Salvador, 2001.

RAMIREZ GUILLEN, Nancy del Carmen y LOPEZ MARTINEZ, Karen Yasbeth; *“Nivel de respeto al Derecho a la Vida de la Persona no Nacida por parte del Estado Salvadoreño a partir del reconocimiento Constitucional de su existencia desde el instante de la concepción”*, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2012.

LEGILACIÓN

CÓDIGO PENAL DE BRASIL. D.O.U. Rio de Janeiro. 31 de diciembre de 1940

CÓDIGO PENAL DE HONDURAS; D.C. N° 144, del 26 de septiembre de 1983; D.O. N° 83, del 23 de agosto de 1983.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. 9ª Edición. Buenos Aires, Editorial Errepar, 2010.

GARCIA, Luis Rueda y CARRASCO, Francisco Moreno; Código penal

comentado, Consejo Nacional de la Judicatura, Imprenta Nacional, año 2004, El Salvador.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia del Tribunal Constitucional Ref. C-355/2006, Bogotá, Colombia, de fecha: 10 de mayo de 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL; Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref.: 67-2010, de 13 de abril de 2011, disponible en www.csj.gob.sv.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL; Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref.: 18-1998, de 26 de noviembre de 2007, disponible en www.csj.gob.sv

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL; Sentencia de Amparo, con Referencia: 310-2013, de fecha 28 de mayo de 2013, disponible en: <http://www.elfaro.net/attachment/613/Sentencia-Versi%C3%B3n%20completa%20%281%29.pdf?gdownload=1>.

Ratificación de Acuerdo de Reforma Constitucional”, Decreto Legislativo no. 541 del 3 de febrero 1999, Diario Oficial Número 32, Tomo Número 342 del 16 de Febrero de 1999.

REVISTAS

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

OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES AL ESTADO SALVADOREÑO EN MATERIA DE DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES; Revista virtual; Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético, Eugenésico, 2011.

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

ROJAS, Nerio; *“Concepto Médico Legal del Aborto”*, Revista Médica Hondureña Buenos Aires; <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1931/pdf/A1-1-1931-15.pdf>,

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

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

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

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

SOLOZABAL ECHAVERRIA, Juan José; *“Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos fundamentales”*; Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Madrid, Núm. 71, 1991.

PAGINA WEB

BESIO, Mauricio: *“Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico”*, Boletín de la Escuela de Medicina de la Universidad Católica de Chile, Vol. 27, N° 1, 1998. Sitio disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/boletin/html/etica/etica07.html>.

BESIO, Mauricio; CHOMALÍ Fernando, y otros; *“Aborto terapéutico, Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica”*, Facultad de Medicina, Departamento de Obstetricia y Ginecología Centro de Estudios Jurídicos Avanzados; 2008, Chile, http://www.Iglesia.cl/portal_recursos/documentos/20090422_abortoterapeutico.pdf.

FEUSIER, Oswaldo Ernesto; *“Pasado y Presente del Delito de Aborto en El Salvador”*, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, pág. 2. http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4_pasadoypresentedeIdelitodeabortoenelsalvador.pdf

GARRIDO CALDERON, José; *“El Aborto en la Historia”*; Charla pronunciada en la cena conmemorando el XVI aniversario de la fundación de la Revista Acta Medica Dominicana el 10 de febrero de 1995, Salón Bohechlo, Hotel Santo Domingo, Santo Domingo, República Dominicana.

INSTITUTO SUPERIOR DE CIENCIAS MEDICAS DE LA HABANA; Facultad de Ciencias Médicas, “Miguel Enríquez”; *Algunos Aspectos Históricos y sociales del Aborto*; http://bvs.sld.cu/revistas/gin/vol28_2_02/gin12202.htm

JAÑA FERNÁNDEZ, Mitzi Yanett; *“Las Eximentes Incompletas: Requisitos Doctrinales y Jurisprudenciales para su Procedencia”*; Programa de Magister,

Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pág. 10

MENJIVAR, Elisa; “*Situación del Aborto en El Salvador*”, Unidad de Atención Integral a la Mujer, del Ministerio de Salud Pública, en la Conferencia Latinoamérica: Prevención y Atención de ABORTO Seguro, Perú, 2009.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD; “*The Prevention and Management of Unsafe Abortion*”, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo; Ginebra, abril de 1992, Disponible en http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm#20,

RUIZ PARRA, Ariel Iván; “*Aborto*” Departamento de Ginecología y Obstetricia”. Universidad Nacional de Colombia. Pág. 906, disponible en: <http://www.aibarra.org/Apuntes/criticos/Guias/Genitourinarias-necologia/Aborto.pdf>,

Salud de la familia y la comunidad OPS/OMS; Derogación del aborto terapéutico en Nicaragua: Impacto en la salud. 2007, disponible en <http://www.movimientoautonomodemujeres.org/downloads/38.pdf>,

VALENZUELA, Carlos: *Aborto Terapéutico y Ética Científica*. Disponible en <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=251>,

ZIRMMERNMAN M; “*Aborto*”. Leyes prácticas: Legislación Política No. 3, abril, 1977.

ANEXOS



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

GUÍA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES DE SENTENCIA
TEMA: LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ABORTO
TERAPEUTICO EN EL SALVADOR

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: Obtener información sobre los conocimientos, actitudes y prácticas de las/los profesionales para respaldar la investigación.

Nombre: JUAN ANTONIO DURAN RAMIREZ (Juez del tercero de sentencia)

PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA

1. ¿Considera que el aborto está regulado de forma absoluta en nuestra legislación?

R/ Primeramente cabe establecer como un parámetro la sentencia 78-98, en la que se planteó la inconstitucionalidad por omisión del aborto, resolviendo la sala que no existe dicha inconstitucionalidad porque en la parte general del Código penal se regulan los supuesto de exclusión de responsabilidad, no considerando necesario el legislador que lo prescribiera de forma expresa o taxativa, bastando que el juez o fiscal aplicara los criterios ya establecidos en la ley, resumiendo que en principio si se observa una regulación absoluta del aborto si tomamos en cuenta la literalidad de la norma, pero atendiendo a los criterios de la Sala y lo que la misma legislación regula en el artículo 27 del C.Pn., se pueden aplicar esos supuesto de exclusión de responsabilidad, por lo que no es absoluta su regulación.

2. ¿Considera que en ciertos casos el aborto en nuestro país podría ser permitido, como el caso del aborto terapéutico?

R/ Si pero dependerá del caso en concreto y como se ha propuesto por la fiscalía.

3. ¿Para permitirse la práctica del aborto terapéutico es indispensable que se establezca de forma expresa dicha indicación la cual era contenida en el Código de 1974?

R/ En el código de 1974 el mismo legislador establecía los supuestos de exclusión ya de manera taxativa y se debería de retomar, porque era muy buena

4. ¿Cuántos casos de aborto se han registrado en este tribunal durante el tiempo que ha estado a su cargo?

R/ No conozco el dato exacto.

5. ¿Podría según su opinión aplicarse una eximente de responsabilidad penal a la mujer o médico que practique un aborto bajo el concepto de terapéutico? Y cuál sería?

R/ Dependiendo el caso concreto y dependiendo de lo que la sentencia de la sala determina; porque si se encuentra en peligro la vida de la madre con la vida del que está a punto de nacer, podría ser un supuesto de justificación, un supuesto de exculpabilidad, incluso un supuesto de atipicidad, es decir que el hecho no sea delito, pero en principio sería artículo 27 numeral 3 es decir, un estado de necesidad, y el supuesto 6 Coalición de deberes –El médico está en la coalición del deber de salvaguardar la vida de la madre con la vida del que está por nacer – cuando existan dos deberes que el mismo debe realizar teniendo la posibilidad de cumplir solo con uno, porque así lo establece la norma.

6. ¿A Cuántos de los casos anteriormente registrados se les ha aplicado una eximente de responsabilidad penal?

R/ No tengo un dato exacto

7. ¿En cuánto a su conocimiento condenaría o absolvería a una persona acusada del delito de aborto, la cual declare y se fundamente su declaración con prueba suficiente que acredite que el mismo fue practicado bajo un estado de necesidad?

R/ dependería del caso en concreto, y como sea planteado, sería muy difícil decirle si condenaría o absolvería porque depende de lo q se plantee, en el aborto terapéutico las pericias son muy importantes y determinarían si es necesario o no su práctica, también depende de los principios, valores, de cada quien, por que como jueces estamos inmersos en la sociedad y es muy difícil separarse de todo eso, aunque es lo ideal.

8. ¿Cuál es la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad ex culpante?

R/ El Ex culpante implica que el hecho es antijurídico ahí solo existiría responsabilidad civil, el delito existe, mientras que el justificante no existe delito porque el compartimiento está justificado; por como está ahora la regulación no se puede decir este se aplicara, dependerá del caso en concreto.

9. ¿Cuáles son los criterios de aplicación del estado de necesidad en el aborto terapéutico para eximir de responsabilidad penal a la mujer gestante y al médico que practique el aborto bajo esa indicación?

R/ En primer lugar las personas que están en contra del aborto se toman de la reforma del artículo 1 inc. Segundo de la constitución, pero hay que

recordar que los derechos no son absolutos y se observa en que el legislador establece exclusiones de responsabilidad como legítima defensa, la coalición de deberes, el estado de necesidad, la dificultad se puede suscitar en la ética, es decir cuando se trata de embarazos productos de violaciones o los supuesto donde la persona quiere interrumpir voluntariamente el embarazo, sin que exista riesgo de la vida, sino que simplemente no lo quiere tener, ahí serían los puntos discutible en que si ese derecho de la madre de disponer de su cuerpo se encuentra por encima del derecho de la vida del que está por nacer.

10. ¿Consideraría usted necesaria la inclusión de directrices en el código penal para permitir la práctica del aborto terapéutico o sería necesario una reforma al Código de Salud, en el cual se establezca en qué casos se practicaría el aborto terapéutico, así como los requisitos que debe cumplir para poder llevarse a cabo?

R/ se podría hacer una reforma en el código de salud para establecer lineamientos existiendo la posibilidad que el código de salud sea el que regule el procedimiento del aborto terapéutico, sin embargo considero que a fin de darle más seguridad a los médicos y a las personas que se reforme el código penal en la parte relativa al aborto.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

GUÍA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES DE SENTENCIA
TEMA: LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ABORTO
TERAPEUTICO EN EL SALVADOR

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: Obtener información sobre los conocimientos, actitudes y prácticas de las/los profesionales para respaldar la investigación.

Nombre: JESUS ULISES GARCIA (Juez del Quinto de Sentencia)

1. ¿Considera que el aborto está regulado de forma absoluta en nuestra legislación?

R/ No está regulado de forma absoluta por que existe una salida para aplicar un aborto bajo el parámetro

2. ¿Considera que en ciertos casos el aborto en nuestro país podría ser permitido, como el caso del aborto terapéutico?

R/ Si, bajo un estado de necesidad podría, pero tendría que ser un caso muy concreto donde exista una enfermedad grave y que la madre corre riesgo de morir y que exista su voluntad de practicarlo.

3. ¿Para permitirse la práctica del aborto terapéutico es indispensable que se establezca de forma expresa una indicación como la contenida en el Código de 1974?

R/ no se podría retrotraer, pero en base a una reforma podría establecerse.

4. ¿Cuántos casos de aborto se han registrado en este tribunal durante el tiempo que ha estado a su cargo?

R/ Ninguno

5. ¿Podría según su opinión aplicarse una eximente de responsabilidad penal a la mujer o médico que practique un aborto bajo el concepto de terapéutico? Y cuál sería?

R/ Yo me quedaría con las eximentes establecidas en el artículo 27 del Código Penal.

6. ¿A Cuántos de los casos anteriormente registrados se les ha aplicado una eximente de responsabilidad penal?

R/ No he conocido ninguno

7. ¿En cuánto a su conocimiento condenaría o absolvería a una persona acusada del delito de aborto, la cual declare que el mismo fue practicado bajo un estado de necesidad?

R/ Para tomar esa decisión, deberían presentarme las pruebas pertinentes, como un informe pericial donde me convenza que existes un riesgo, y que no es una manipulación pericial.

8. ¿Cuál es la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad ex culpante?

R/ No emitió comentario.

9. ¿Cuáles son los criterios de aplicación del estado de necesidad en el aborto terapéutico para eximir de responsabilidad penal a la mujer gestante y al médico que practique el aborto bajo esa indicación?

R/ Que los derechos no son absolutos, un informe pericial de un medico diferente al que practico el aborto, en el que se observe que existe grave riesgo de la madre.

10. ¿Consideraría usted necesaria la inclusión de directrices en el código penal para permitir la práctica del aborto terapéutico o sería necesario una reforma al Código de Salud, en el cual se establezca en qué casos se practicaría el aborto terapéutico, así como los requisitos que debe cumplir para poder llevarse a cabo?

R/ Si hablamos de reforma sería buena en el código penal, con el fin de generarle seguridad jurídica a las personas, porque podría reformarse el código de salud, pero el medico correría el riesgo de que presentándose en un juicio se le considere delito; y la reforma debería establecer todos los requisitos para permitir su práctica.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

GUÍA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES DE SENTENCIA

**TEMA: LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ABORTO
TERAPEUTICO EN EL SALVADOR**

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: Obtener información sobre los conocimientos, actitudes y prácticas de las/los profesionales para respaldar la investigación.

Nombre: **ROSA IRMA VIGIL ESTRADA (jueza del sexto de sentencia)**

1. ¿Considera que el aborto está regulado de forma absoluta en nuestra legislación?

R/ No, porque dentro del Código existen las eximentes de Responsabilidad penal

2. ¿Considera que en ciertos casos el aborto en nuestro país podría ser permitido, como el caso del aborto terapéutico?

R/ Si, cuando exista algún riesgo, pero en todo caso quien lo debe determina es el médico.

3. ¿Para permitirse la práctica del aborto terapéutico es indispensable que se establezca de forma expresa una indicación como la contenida en el Código de 1974?

R/ No porque si las quitaron fue porque esas indicaciones ya no eran concordantes con las circunstancias actuales, hoy existe más libertad.

4. ¿Cuántos casos de aborto se han registrado en este tribunal durante el tiempo que ha estado a su cargo?

R/ No hemos tenido casos de eso

5. ¿Podría según su opinión aplicarse una eximente de responsabilidad penal a la mujer o médico que practique un aborto bajo el concepto de terapéutico? Y cuál sería?

R/ El Estado de necesidad, pero en todo caso quien debe fundamentarlo es el medico

6. ¿A Cuántos de los casos anteriormente registrados se les ha aplicado una eximente de responsabilidad penal?

R/ No he conocido ninguno, porque la gente ya está cociente de esa situación, y lo que hacen es practicarlos en clínicas clandestinas, arriesgando sus vidas por la falta de higiene de esos lugares.

7. ¿En cuánto a su conocimiento condenaría o absolvería a una persona acusada del delito de aborto, la cual declare que el mismo fue practicado bajo un estado de necesidad?

R/ Personalmente yo no estoy de acuerdo con el aborto, pero si el médico me lo demuestra con pruebas de que era necesaria su práctica yo lo absolvería, pero si no me lo comprueba lo condenaría, porque los expertos en la materia son ellos.

8. ¿Cuál es la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad ex culpante?

R/ En el justificante, existe el delito pero existe una causa que lo justifica porque evita un daño mayor; y, el ex culpante no hay dolo ni culpa por que las circunstancias están fuera de la voluntad de la mujer

9. ¿Cuáles son los criterios de aplicación del estado de necesidad en el aborto terapéutico para eximir de responsabilidad penal a la mujer gestante y al médico que practique el aborto bajo esa indicación?

R/ El informe que presente el médico, en el cual indicara las causas y consecuencias de por qué se practicó o debe practicarse.

10. ¿Consideraría usted necesaria la inclusión de directrices en el código penal para permitir la práctica del aborto terapéutico o sería necesario una reforma al Código de Salud, en el cual se establezca en qué casos se practicaría el aborto terapéutico, así como los requisitos que debe cumplir para poder llevarse a cabo?

R/ No, porque el medico como experto en la materia debe estar seguro de lo que realiza, es decir, que si él está seguro que ese hecho va suceder debe practicarlo, el código ya regula las eximentes y como Juez solo se va adecuarlo y a resolver en base a la prueba que ese presente.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2013
PLAN DE ESTUDIOS 2007



Nº. _____

CUESTIONARIO

INDICACION: Marca con un "X" la respuesta.

SEXO: M _____ F _____

Profesión u Oficio: _____

1. ¿Conoce Ud. la definición del aborto?
Si no
2. ¿Conoce las clases de aborto?
Si no
3. ¿Sabe que es el aborto terapéutico?
Si no
4. ¿Considera indispensable que se penalice el aborto absolutamente?
Si no
5. ¿Está de acuerdo en que no se establezcan excepciones al delito del aborto?
Si no
6. ¿Considera que la penalización absoluta del aborto violenta derechos de las mujeres?
Si no

