

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2012
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



Universidad de El Salvador

Hacia la libertad por la cultura

**“LA PONDERACIÓN DE BIENES JURÍDICO-PENALES EN EL ESTADO
DE NECESIDAD EN CASOS DE ABORTO TERAPÉUTICO”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

NANCY RAQUEL ESCALANTE GARCÍA – EG94009

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN:

LICENCIADO LEVIS ITALMIR ORELLANA CAMPOS

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ENERO DE 2015.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MSC. ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO AREVALO
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIADO JOSE REINERO CARRANZA
DECANO Y DIRECTOR DE ESCUELA RELACIONES INTERNACIONALES
AD INTERIN

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

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

LICENCIADO LEVIS ITALMIR ORELLANA CAMPOS
DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Dios Todopoderoso, que me ha dado la vida, la fuerza, la energía, el entusiasmo y sobre todo por la bendición de brindarme la oportunidad de culminar una carrera.

A la virgencita María, por cuidar de mí, de mis hijos, esposo, familia y amigos.

A mi Madre Marilena de Escalante, por tener siempre esa confianza en que todo puedo lograrlo.

A mis amados hijos José Raymundo y Valeria Rachel, por todo ese tiempo sacrificado, por su admiración, su motivación, por ser ese motor que me impulsó día a día, y en especial, porque nunca perdieron la fe de verme como una madre que a pesar del tiempo y las circunstancias logró obtener su título de Licenciada en Ciencias Jurídicas.

A mi Esposo Omar Martínez, por toda la ayuda incondicional en mis estudios, por la paciencia, la comprensión y, sobre todo, por el tiempo perdido durante mi período de estudio. Por ese sacrificio digno de admirar.

A mi Hermano Walter Escalante, por toda su ayuda incondicional, sus consejos, su apoyo y por esos permisos que jamás podre reponer.

A Mi compadre Mario Ernesto Menjívar Alfaro, por interceder en mis permisos para poder trabajar en mi tesis, por estar siempre pendiente de mis estudios y, sobre todo, por impulsarme a realizar mis metas profesionales., que sin la ayuda de él no hubiese sido posible.

A mi amiga Silvia Chávez (Q.E.P.D), sin su motivación y determinación jamás hubiera retornado a mis estudios. Amiga: allá en el cielo, gracias, por tramitar mis documentos de reingreso.

A mi Tío Faustino Figueroa (Q.D.D.G.), por su afecto, admiración y cariño, haciéndome sentir lo orgulloso que se sentía de mí.

A mis Hermanos Katy y José Escalante, mis primas Marina y Sandra Figueroa, a mi Tía Marta Adilia y demás familia que me impulsaron a culminar mi carrera, animándome y, sobre todo, respetando la decisión que tomé de continuar mis estudios.

Nancy Raquel Escalante García.

INDICE

INTRODUCCION	i
CAPITULO I	1
PROYECTO DE INVESTIGACION	
1.1. Antecedentes de Investigación	
1.2. Justificación de la Investigación	4
1.3. Planteamiento del Problema	6
1.3.1. Identificación de la Situación Problemática	
1.3.2. Delimitación del Tema de Investigación	8
1.3.3. Enunciado del Problema.	10
1.4 . Objetivos de la Investigacion	
1.4.1. Objetivo General	
1.4.2. Objetivos Especificos	
1.5. Marco de Referencia	11
1.5.1 Perspectiva Historica del Problema	
1.5.2. Fundamento Doctrinario	13
1.5.3. Fundamento Normativo Juridico	21
1.6. Sistema de Hipotisis	27
1.6.1. Hipótesis General	
1.6.2 Hipotesis Especificas	
1.7. Estrategia Metodologica	28
1..7.1 Tipo de Investigacion	
1.7.2. Unidades de Análisis	29
1.7.3. Muestra	30
1.7.4. Métodos, Técnicas e Instrumentos	
CAPITULO II	
DIMENSIONES CONCEPTUAL, HISTORICA, SOCIAL, JURIDICA Y POLITICA DEL ABORTO	33

2.1. Conceptualización del Aborto	
2.1.1. Etimología y Significado de la Palabra Aborto	34
2.1.2. Definiciones del Aborto	35
2.2. Clasificación del Aborto	37
2.2.1. El aborto desde el Punto de Vista Médico	38
2.2.2. El aborto desde el Punto de Vista Jurídico	41
2.2.3. El Aborto desde el Punto de Vista Jurídico-Penal	42
2.3. Enfoque Histórico del Aborto	50
2.3.1. Esbozo Histórico de la Problemática Política del Aborto	51
2.3.2. Evolución legal del aborto en Latinoamérica y El Salvador	56
2.4. Contexto Político Criminal del aborto en El Salvador	65
2.4.1. Configuración del Criterio de Penalización Absoluta del Aborto en el CP de 1998.	68
2.4.2. Contenido Dogmático del Delito de Aborto en el CP de 1998	76

CAPITULO III

EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA PONDERACIÓN DE JURÍDICOS EN EL ABORTO TERAPÉUTICO	99
3.1. El Aborto Terapéutico Frente a las Categorías Jurídicas del Delito	102
3.1.1. La Antijuricidad en la Práctica del Aborto Terapéutico según el CP	105
3.1.2. La antijuricidad en la Práctica del Aborto Terapéutico según el CP.	
3.1.3. La Culpabilidad en la práctica del aborto terapéutico según el CP	119
3.1.4. Conclusiones sobre las Categorías jurídicas del Delito	132
3.2. El estado de Necesidad en el Aborto Terapéutico	135
3.2.1. Requisitos objetivos de la situación de necesidad en casos de	

Aborto Terapeutico	136
3.2.2 El Elemento Subjetivo del Estado de Necesidad Inculpante del Aborto Terapeutico	147
3.3. La Ponderacion de los Bienes Juridicos en el Estado de Necesidad Inculpante del Aborto	152
3.3.1. La Ponderación Objetivista de los Bienes Juridicos en Colisión	154
3.3.2. Ponderación Diferenciadora: Preponderancia Especifica de Una Vida Respecto de Otra	155
CAPITULO IV LA DIMENSION SOCIOPOLITICA DE LA INAPLICABILIDAD DE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD EN EL ABORTO TERAPEUTICO	158
4.1. Contexto de la Relacion entre Muertes Maternas, Embarazos Riesgosos y Delito de Aborto y Conexos	159
4.1.1. La Muerte Materna en Relacion a los Embarazos Prematuros y Riesgosos en El Salvador	160
4.1.2. Embarazos Prematuros y Riesgosos en Relación a los Delitos De Aborto en Adolescentes en El Salvador	162
4.2. Denuncias Medicas de Abortos y la Falta de Abordaje Estatal del Aborto Terapeutico	167
4.2.1. Denuncias medicas de abortos	168
4.2.2. Violación sistematica del derecho a la vida de las mujeres Gestantes conembarazos riesgosos	170
4.3. El caso Beatriz (B.C) Icono de la Problemática	172
CAPITULO V ENTREVISTAS APLICADAS	
5.1. La Entrevista y su Aplicación	177
5.2. Contenido y Resultados	178

CAPITULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	189
6.1. Conclusiones	190
6.2. Recomendaciones	197
BIBLIOGRAFIA	202

“Cada decisión del derecho penal (...) es una decisión de carácter político que se traduce en un ejercicio de poder del Estado, de una agencia del Estado; por ende, ese efecto se produce en un mundo real. Si prescindimos de los conocimientos de lo que pasa en el mundo real y hacemos sentencias, o le proponemos a los jueces hacer sentencias, con una visión normativa del deber ser, sin tener en cuenta el ser... bueno, el derecho penal se psicotizó, el derecho penal está absolutamente psicótico, entonces; no nos interesa lo que pasa en la sociedad, nos interesa la coherencia normativa de lo que estamos haciendo. Yo creo que a cada uno de nosotros, como ser humano, como persona, como habitante, como ciudadano, lo que nos interesa es el efecto social que producimos”.

Eugenio Raúl Zaffaroni.

INTRODUCCIÓN

Pocos tópicos de la dogmática penal salvadoreña, en la actualidad, generan debates sociales controversiales como el tema del aborto. Desde luego, tal debate no depende de la normativa penalizadora del aborto vigente, sino de algo más complejo: las características culturales de la sociedad salvadoreña. Es decir que, la interrupción de la vida en formación es un problema sociopolítico.

El debate sobre el aborto en El Salvador, ha persistido por más de una década, comenzando desde la discusión del anteproyecto de ley que pronto se convertiría en el actual Código Penal, promulgado en 1997 y vigente desde 1998, en el que se penaliza toda modalidad de aborto en la que interviene la voluntad humana de interrumpir el embarazo causando la muerte del *nasciturus*. En términos generales, en El Salvador se penaliza el aborto voluntario, propio o consentido, e incluso el aborto indicado por causas como la violación, las malformaciones genéticas y con fines terapéuticos, cuando la vida de la gestante se encuentra en riesgo mortal.

La supresión de las indicaciones abortivas en el Código Penal vigente fue una de las recesiones legislativas más visibles en el proceso de reforma penal ejecutado en la segunda mitad de la década de los 90 del siglo pasado. Además, fue sellado con la aprobación de la reforma Constitucional al Art. 1 de la Constitución de la República, en virtud de lo cual se extingue toda posibilidad jurídica de permitir expresamente el aborto voluntario, e incluso los abortos médicamente indicados (terapéutico, ético y eugenésico).

La penalización absoluta del aborto en el Código Penal salvadoreño no es la única muestra de la profundidad de las raíces de una cultura

machista en la sociedad salvadoreña. Más allá de las palabras que dan forma al contenido normativo de los tipos penales de aborto, está la aplicación de dicha normativa, la cual, a todas luces está plagada de la misma desigualdad característica de la vida social salvadoreña. Pero, una desigualdad agravada, porque no tiene como base nada más status económicos, origen étnico, creencias religiosas, o elementos análogos; sino que, su base es la misma condición de mujer, quien es biológicamente el único ser humano capaz de sostener el desarrollo de una nueva vida dentro de su cuerpo. Función que para algunos sectores de la sociedad, es de obligatorio cumplimiento, aunque la gestante deba pagar con su vida su cumplimiento, o, incluso, aunque el mismo producto de la concepción no tenga ninguna esperanza de sobrevivir al parto.

En ese contexto social, la aplicación de la normativa penalizadora del aborto no puede ser más que punitiva en exceso, tratándose a la mujer sospechosa de aborto como una auténtica delincuente, y de forma anticipada. Las penas, entonces, parecen perder su sentido constitucional, pues ¿qué patrones delictivos o desviación se pretende resolver en la mujer abortista para que se “reinserte” a la sociedad?

Desde la sociedad, existe una amplia difusión de creencias peyorativas alrededor de toda forma de aborto, haciendo parecer que la punibilidad excesiva del aborto es legítima y representativa del pensar y el “sentir” de la sociedad salvadoreña. El espectáculo ha llegado a tal punto, que hablar de la posibilidad de permisión de indicaciones abortivas, se entiende como una *legalización del aborto*.

A partir de ello, precisamente, surge la problemática que ocupa esta investigación: la punibilidad del aborto practicado bajo indicación médica. El

sistema de indicaciones abortivas no es nada nuevo en la sociedad salvadoreña, ni en la legislación penal a nivel mundial. No solo han estado reguladas en el Código Penal de El Salvador, sino que algunas de ellas han tenido presencia en algunos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica desde el siglo antepasado, es decir, desde las primeras codificaciones.

Dentro de las indicaciones abortivas, la que, quizás, representa un mayor problema a falta de su aplicación, es la indicación terapéutica. Esto porque, en la situación del aborto terapéutico se enfrentan la vida de la madre y la vida del nasciturus, habiendo una colisión de bienes jurídico-penales y de derechos fundamentales; algo que por sí solo ya es un problema de grandes envergaduras para la reflexión jurídica y para el desarrollo de la técnica jurídica, en cuanto a interpretación del Derecho.

Además de su carácter delicado, toda posibilidad de la práctica abortiva por indicación terapéutica en El Salvador, se encuentra asfixiada por la ideología punitiva en torno a toda modalidad de aborto, tal como se ha explicado. Para abordar esta problemática, es necesario recurrir al mismo ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, a las causas de exclusión de la responsabilidad. Es conocido suficientemente que, el estado de necesidad por colisión de bienes jurídicos es una causa de exclusión de la responsabilidad penal, sea por justificación de la conducta o sea por falta de su punibilidad por inexigibilidad de otra conducta. Debido a que las circunstancias de aborto terapéutico pueden adecuarse con los supuestos normativos del estado de necesidad, regulado en el Art. 27 núm. 3 del Código Penal, pareciera que la problemática tiene ya una solución. Sin embargo, reiterando, en El Salvador se tiende a concebir que la práctica de cualquier indicación abortiva solo constituye una conducta delictiva castigada por el Estado.

El debate en torno a la penalización y despenalización del aborto, continua en El Salvador, y esto incluye a las indicaciones abortivas. Un debate que se enciende en la palestra pública en determinados momentos, y luego queda impulsado, mayoritariamente por quienes tienen por causa la despenalización del aborto. No puede ser de otra forma: quienes abogan por la penalización del aborto están plenamente satisfechos y actúan a la defensiva ante cualquier argumento o hecho que reaviva el debate públicamente.

Esta investigación no pretende ser parte de dicho debate: pretende aportar al estudio y análisis jurídico-político sobre la posibilidad de no sancionar la indicación abortiva terapéutica, con la aplicación de la misma normativa penal vigente y la técnica interpretativa de la ponderación de bienes jurídicos -y en alguna medida, dejar argumentos sobre la mesa respecto a las indicaciones ética y eugenésica-. El motivo del problema seleccionado es básicamente jurídico: en las situaciones de necesidad de aborto terapéutico, se encuentran en peligro los bienes jurídicos de la madre y del *nasciturus*, y el deber ser del Derecho penal es la tutela de bienes jurídicos, con una mínima intervención, y subsidiaria, que permita una estabilidad social cimentada en algo más que los históricos intereses de clase en el ejercicio del poder punitivo estatal... Un orden social cimentado en la dignidad humana.

Para abordar la problemática, se ha establecido como objetivo general el determinar si puede excluirse de responsabilidad penal, a partir del estado de necesidad del Art. 27 núm. 3 del Código Penal, el supuesto de aborto terapéutico, a través de la ponderación entre los bienes jurídico-penales que entran en colisión, estableciéndose como hipótesis general que si puede darse tal exclusión de responsabilidad penal. Sobre la base de tal hipótesis,

se realizará un análisis crítico de la problemática sociopolítica de inaplicabilidad de las exclusiones de responsabilidad penal y de abstención de las autoridades médicas a la práctica de abortos terapéuticos, en parte, generada por la falta de regulación de indicaciones abortivas, las cuales no son imposibles, en términos jurídicos, en el ordenamiento penal salvadoreño.

La investigación se estructura en seis capítulos, tres de los cuales contienen el desarrollo investigativo teórico, histórico y empírico de la problemática. El Capítulo I, contiene el Proyecto de Investigación, el cual establece los antecedentes investigativos sobre problemas relacionados al abordado en este trabajo, la justificación de la investigación, el planteamiento del problema, los objetivos de la investigación, el marco de referencia histórico-doctrinario-normativo del problema, el sistema de hipótesis que se operará y, finalmente, la estrategia metodológica con la cual se desarrolla investigación.

En el Capítulo II, se abordan las dimensiones conceptual, histórica, social, jurídica y política del aborto. Con el ejercicio de la técnica de investigación documental, se exponen en este capítulo los contenidos generales sobre el aborto, desde su ámbito conceptual, los antecedentes históricos relevantes de su práctica en diferentes sociedades; además, se realiza un análisis histórico de la regulación jurídica del aborto en la sociedad salvadoreña, desde un punto de vista social y político-criminal. Finalmente, este capítulo contiene el análisis del contenido dogmático del delito de aborto en el Código Penal vigente, que es el instrumento normativo, penalizador de toda forma de aborto y con el que se derogaron las indicaciones abortivas.

El Capítulo III contiene un análisis crítico sobre la institución jurídica del estado de necesidad y la ponderación de los bienes jurídicos en los

casos de aborto terapéutico, realizado a partir del análisis y la síntesis de la información obtenida de las unidades de observación. En este capítulo se aborda el centro teórico de la problemática, desde la perspectiva de los bienes jurídicos en controversia en los casos de aborto terapéutico, especialmente desde el punto de vista de la técnica interpretativa de la ponderación.

El Capítulo IV versa sobre la dimensión sociopolítica de la inaplicabilidad de la excluyente de responsabilidad penal en los casos de aborto terapéutico; lo que constituye la parte empírica de la problemática. En este capítulo, se realiza la exposición del complicado contexto social salvadoreño de muertes maternas, embarazos riesgosos y la persecución penal de los abortos, y su influencia en la práctica de abortos terapéuticos por embarazos o partos riesgosos y la aplicabilidad de la causa de exclusión de responsabilidad del Art. 27 núm. 3 del Código Penal a estos casos. Se hace, en esta parte, especial énfasis en el rol y responsabilidad de los entes estatales que intervienen de diferente forma, en la problemática.

El Capítulo V de la investigación contiene la exposición de la práctica y resultados de una parte importante de la investigación de campo, consistente en la aplicación de entrevistas a conocedores del problema investigado. Investigación cuya ejecución, tal como se expondrá, reflejó la complejidad del tratamiento del tema del aborto en El Salvador.

El Capítulo VI está conformado por las conclusiones y recomendaciones, surgidas a partir de los resultados de la investigación.

ACRÓNIMOS

AL	Asamblea Legislativa
ANE	Antes de Nuestra Era
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución de la República
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CS	Código de Salud
CSJ	Corte Suprema de Justicia
GOES	Gobierno de El Salvador
LAIP	Ley de Acceso a la Información Pública
LEIVLVM	Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres
MINSAL	Ministerio de Salud de El Salvador
OMS	Organización Mundial de la Salud
RAE	Real Academia Española
RGPGUES	Reglamento General de Procesos de Graduación de la Universidad de El Salvador
UAIP	Unidad de Acceso a la Información Pública

CAPÍTULO I

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

El Proyecto, Diseño o Plan de Investigación contenido en este capítulo es el producto final de la etapa de “Planificación de la Investigación” del Proceso de Graduación, y en éste se contiene la planificación de una investigación referida a un problema de la realidad salvadoreña, tema o fenómeno de importancia para el desarrollo de las disciplinas científicas relativas a la carrera cursada, tal como lo disponen los Arts. 12 y 13, en relación al 11, todos del RGPGUES¹.

1.1 Antecedentes de la Investigación.

Esta investigación busca dar respuesta a una problemática social y jurídica que, en cierta forma, se relaciona con algunos trabajos de graduación desarrollados con anterioridad, entre estos:

Raimundo Cea, Rodolfo Guadalupe, *El Aborto en General*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2001².

El autor de esta monografía realiza consideraciones históricas, sociológicas y doctrinarias sobre el aborto, analizando de manera breve su regulación jurídica por el CP vigente. El autor concluye que el aborto es una “práctica inhumana”.

¹ **REGLAMENTO GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**, Acuerdo N° 74/99-2001 (IV) de la Asamblea General Universitaria de la Universidad de El Salvador, de fecha 20 de junio de 2001, publicado en el D.O. N° 159, Tomo N° 352, del 27 de agosto de 2001.

² Disponible en: <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/364.185-R153a/364.185-R153a.pdf>, sitio visitado el 3 de junio de 2013.

Recinos Solís, Iliana Marisol, *El Aborto Terapéutico en el Derecho Penal Salvadoreño*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2003³.

Esta monografía aborda la situación de los embarazos de alto riesgo para la madre y desarrolla una crítica al vacío legal respecto al aborto terapéutico y el retroceso que implicó la penalización absoluta del aborto con el CP vigente. En este trabajo se concluye que existen contradicciones morales que generan discrepancias que no solventan de ninguna forma la problemática ni los dilemas de quienes se enfrentan a dicha situación, y sobre todo de las mujeres que sufren las secuelas psicológicas. Además, se concluye que, según diversos autores, el bien jurídico vida no se protege con la penalización del aborto sino que, por el contrario, esto causa daño en las mujeres que se someten a abortos clandestinos.

Rivera Rivas, Digna Emérita, Martínez Sanabria, Julio César y TUTILA RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Punibilidad del Aborto Culposo*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2004⁴. Sus autores concluyen que la regulación dogmático-jurídica del aborto culposo es, en términos generales, defectuosa, pues existen vacíos legales sobre los parámetros para determinar si el aborto se ha cometido por dolo o culpa.

Barahona Rivas, Susan Priscila y Rivera Molina, Lorena Guadalupe, *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 de Edad*,

³ Disponible en: <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/364.185-R294a/364.185-R294a.pdf>, sitio visitado el 3 de junio de 2013.

⁴ Disponible en: <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/364.185-R621p/364.185-R621p.pdf>, sitio visitado el 3 de junio de 2013.

Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2010⁵.

En esta investigación se analiza la utilización de fármacos en la práctica de abortos en El Salvador, así como la normativa jurídica que regula de la dispensación de medicamentos anticonceptivos y abortivos.

Respecto a la protección de la vida del no nacido, las autoras concluyen que la vida surgida a partir de la concepción merece respeto y protección y que la práctica de abortos con fármacos abortivos se debe a la pérdida de los valores morales y principios religiosos. Además concluyen que entre más comerciales propagandísticos de estos fármacos se realizan, existe tendencia a mayor número de abortos clandestinos, todo lo cual provoca trastornos y perturbaciones en las mujeres que los practican.

López Martínez, Karen Yasbeth y Ramírez Guillen, Nancy del Carmen, *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*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2012⁶.

Las autoras realizaron un estudio sobre el aborto en relación con la protección estatal de la vida del no nacido, efectuada por medio de instrumentos internacionales y legislación interna como los Códigos Civil, de Familia, de Salud, de Trabajo y Penal.

⁵ Disponible en: <http://ri.ues.edu.sv/249/2/10135828.pdf>, sitio visitado el 5 de junio de 2013.

⁶ Disponible en: <http://ri.ues.edu.sv/2955/1/NIVEL%20DE%20RESPETO%20AL%20DERECHO%20A%20LA%20VIDA%20DE%20LA%20PERSONA%20NO%20NACIDA%20POR%20PARTE%20DEL%20ESTADO%20SALVADORE%C3%91O%20A%20.pdf>, sitio visitado el 5 de junio de 2013.

Las autoras concluyen, a groso modo, que existe por parte del Estado salvadoreño respeto al derecho a la vida del no nacido, por el reconocimiento constitucional de la calidad de persona a todo ser humano desde el instante de la concepción, y además por la tipificación absoluta del aborto como ilícito penal.

1.2 Justificación de la Investigación.

El aborto es considerado un delito según la dogmática penal de El Salvador, pero ante todo es un hecho social, indistintamente de las valoraciones jurídicas, morales, religiosas, o de cualquier otra naturaleza, que le atribuyan un juicio de reproche interno o externo, coercible o no. Como fenómeno social, su penalización siempre será limitada respecto al dinamismo de las distintas dimensiones de la realidad humana.

La despenalización del aborto es y ha sido un tema de debate constante en El Salvador⁷ desde su tipificación como delito con el CP vigente⁸, y no existen motivos para aseverar que no es posible que se alcance. Mientras tanto, su práctica -como hecho antijurídico- seguirá siendo una realidad ineludible⁹.

⁷ Vid. **FUNDACIÓN IBEROAMERICANA PARA EL DESARROLLO**, *Especial IV: Encarceladas por abortar (El Salvador)*, en <http://www.fundacionfide.org/comunicacion/noticias/archivo/81694.html>, sitio visitado el 14 de junio de 2013. Distintos movimientos sociales, como la Colectiva de Mujeres por el Desarrollo Social o la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugénico, llevan a cabo actividades de demanda social para la despenalización del aborto, señalamiento público de los excesos del sistema de justicia penal contra mujeres (generalmente de escasos recursos) condenadas o procesadas por aborto y contra médicos que faltan al secreto profesional denunciando a mujeres que han provocado o se han hecho provocar aborto, entre otras.

⁸ **CÓDIGO PENAL**, D.L. N° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. N° 105, Tomo N° 335, del 10 de junio de 1997.

⁹ Vid. **MENJÍVAR, Elisa**, "Situación del Aborto en El Salvador", en *Conferencia Latinoamericana: Prevención y Atención del Aborto Inseguro*, Lima, Perú, Junio de 2009, en

Frente al marco jurídico penalizador del aborto, existe una circunstancia de la realidad que requiere la práctica médica de una modalidad de aborto para procurar la salud o la vida de la mujer embarazada: el aborto terapéutico. Sin embargo, esta práctica es parte del tabú social con el que se concibe, desde varias perspectivas, al aborto en general; por lo que distintos factores culturales, políticos y sociales propician la invisibilización del derecho a la vida de mujeres con embarazos en los que debe decidirse si proteger la salud y/o salvar la vida de la madre o del no nacido; siendo que la valoración sobre la vida que debiese ser resguardada no se sujeta siempre a criterios técnicos médicos o legales, sino al referido tabú, ajeno a la ponderación de carácter científico y a un incorrecto tratamiento político-criminal de este fenómeno.

Esta investigación proyecta desarrollar un estudio académico que dé respuesta relevante y pertinente a esta problemática social actual. Se busca con ello generar un aporte doctrinario a la estructura del conocimiento jurídico de la ciencia penal salvadoreña, que sea de utilidad en la labor académica de estudiosos del Derecho y en el ejercicio profesional de juristas.

Se aportarán criterios técnico-jurídicos que, de ser posible, den sustento a la actividad judicial y/o legislativa para que se regulen legalmente o se formulen criterios jurisprudenciales pilares para modificar el paradigma dogmático penal que actualmente no resuelve el problema que se suscita frente a la necesidad de practicar abortos terapéuticos, lo cual podría producir un beneficio a la sociedad, en especial a aquellas mujeres cuya vida peligre por embarazo riesgoso y que a la vez se vean intimidadas por su

http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/60/Menjivar_ICONFLPA_AI.pdf?sequence=1, sitio visitado el 14 de junio de 2013. Sólo entre enero de 2005 y diciembre de 2008 se registraron en el país 19,290 abortos (de los cuales el 27.6 % fue practicado en o por adolescentes), sin contar aquellos que no son del conocimiento de las autoridades del sistema de salud pública o del sistema de justicia.

posible persecución penal, y más aún cuando sus condiciones sociales y económicas no les permiten costearse las atenciones médicas necesarias o hacerse de servicios jurídicos profesionales privados que procuren su acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva cuando se judicializan sus casos.

1. 3 Planteamiento del Problema.

El problema a investigar puede ser abordado desde diferentes dimensiones de la realidad social, con diferentes y muy variadas perspectivas epistémicas y, por tanto, con diferentes enfoques jurídicos. Para particularizar el enfoque sobre el problema en que se justifica esta investigación, se planteará lo que se considera la situación problemática, la delimitación espacio-temporal del tema de investigación y el enunciado concreto del problema.

1.3.1 Identificación de la Situación Problemática.

La reforma del sistema penal salvadoreño en la década de 1990 fue manifestación de las transformaciones políticas, económicas, sociales y culturales efectuadas desde el final del conflicto armado interno con la firma de los Acuerdos de Paz; tal como señaló Michel Foucault, con gran certeza, en el año 1978: “La forma de castigar ha sido siempre uno de los rasgos más fundamentales de una sociedad. Ninguna mutación importante se produce en una sociedad sin que, como consecuencia de la misma, se modifique el tipo de castigo”¹⁰. El actual CP, resultado de la referida reforma, ha sido pilar de la persecución estatal de una selecta tipología de ilícitos penales. Entre los

¹⁰ **FOUCAULT, Michel**, “Del buen uso del criminal”, título original: “Du bon usage du criminel”, en **Michel FOUCAULT**, *La Vida de los Hombres Infames*, Traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Caronte Ensayos, Editorial Altamira, La Plata, 1996, p. 144.

delitos contenidos en ese foco de persecución formal se encuentra el delito de Aborto (Arts. 133-137 CP) que penaliza la lesión a la vida en formación mediante toda forma de aborto, e independientemente de las causas que motiven su realización. A diferencia del CP derogado¹¹, en el cual se excluía de responsabilidad penal el aborto terapéutico, ético y eugenésico.

En los casos de aborto ético y eugenésico no existe, al menos de forma concreta, pluralidad de bienes jurídico-penales en juego. En el caso del aborto terapéutico entran en foco de valoración la vida o la integridad física de la madre y la vida del ser humano en formación, puesto que la salvaguarda de uno implica la afectación directa del otro.

Ante tal circunstancia, la dogmática jurídico-penal parece prever solución según lo dispuesto en el Art. 27 núm. 3 CP, que establece el estado de necesidad como causa de exclusión de la responsabilidad penal; figura jurídica que coincide con el aborto terapéutico en el sentido de encontrarse en colisión o conflicto dos bienes jurídicos a partir de los cuales se debe decidir en salvaguardar uno realizando una afectación del otro frente a un peligro actual, real e inminente. Sin embargo, esta disposición no representa una permisión expresa a la práctica de abortos terapéuticos, pues corresponde al juez penal analizar la existencia de las condiciones de la exclusión y, en base a la certeza jurídica de una sentencia definitiva y luego pasada por autoridad de cosa juzgada, establecer la no responsabilidad del autor de la conducta excluida de responsabilidad penal.

En la dimensión real del aborto terapéutico en la sociedad salvadoreña, pueden valorarse elementos como: 1) Las autoridades médicas

¹¹ **CÓDIGO PENAL (derogado)**, D.L. N° 270, de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el D.O. N° 63, Tomo N° 238, del 30 de marzo de 1973.

se niegan a la realización de abortos terapéuticos por temor a la judicialización de sus casos. 2) A falta de práctica de abortos terapéuticos, se propicia la muerte por causa materna, tanto por los embarazos riesgosos como por la práctica de abortos clandestinos. 3) Junto a la coerción psíquica intimidatoria de las normas que previenen y sancionan el aborto, la mujer con embarazo riesgoso, y especialmente la de limitados recursos económicos, se encuentra en situación en que sus opciones oscilan entre la persecución penal o su eventual muerte o el agravamiento de su estado salud.

El Derecho Positivo, al ser una consecuencia de la realidad social, en tanto ésta es fuente material de aquél, requiere se estudie y profundice en la dimensión de los fenómenos que escapan a su alcance normativo. La situación problemática, en este sentido, versaría sobre si la regulación del estado de necesidad del Art. 27 núm. 3 CP tendría un alcance normativo a la situación de necesidad suscitada en los casos de aborto terapéutico, partiendo de que en dicho supuesto efectivamente hay un conflicto de bienes jurídicos a ponderar, para salvaguardar uno de ellos. De existir tal alcance, el problema de la persecución penal y negativa de aborto terapéutico para salvaguardar la salud y/o la vida de mujeres con embarazos riesgosos podría ser resuelto en base a la dogmática jurídico-penal vigente. Por lo contrario, el contenido y ubicación sistemática del estado de necesidad en la dogmática jurídico-penal vigente, y las normas relacionadas a la penalización del aborto, pueden servir de base para plantear un desarrollo sistemático en la previsión del aborto.

1.3.2 Delimitación del Tema de Investigación.

Una vez se ha identificado la problemática social y jurídica que motiva la presente investigación, es necesario proceder a la delimitación de los

componentes de tiempo y espacio dentro de los cuales se llevará a cabo la misma.

A. Delimitación Temporal.

La investigación estudiará el conflicto jurídico en torno al aborto terapéutico desde la vigencia del actual CP (1998), pero se aplicarán los métodos y técnicas de investigación en especial a las unidades de observación y la muestra suscitadas dentro del lapso de un año, comprendido entre junio de 2012 y mayo de 2013.

B. Delimitación Espacial.

La dimensión dogmático-jurídica del problema está sujeta al principio de territorialidad de la ley penal salvadoreña, establecido en el Art. 6 CP, pero con el fin de optimizar la investigación se aplicarán los métodos y técnicas de investigación a las unidades de observación y muestra pertenecientes al municipio de San Salvador.

C. Unidad de Observación.

Las unidades de observación serán las estadísticas de abortos judicializados y no judicializados, estadísticas de muertes maternas por aborto, casos de aborto terapéutico con trascendencia social y política, jurisprudencia sobre casos de aborto terapéutico, acciones de organizaciones sociales, jurisprudencia y legislación nacional e internacional y doctrina nacional y extranjera en materia de aborto, aborto terapéutico, causas de exclusión, estados de necesidad, entre otros para que sirvan de parámetro para determinar los métodos de prevención del aborto.

1.3.3 Enunciado del Problema.

¿Puede hacerse efectiva la causa de exclusión de responsabilidad penal del Art. 27 núm. 3 CP, al estado de necesidad suscitado en el supuesto de aborto terapéutico a partir de la ponderación de bienes jurídico-penales en colisión?

1.4 Objetivos de la Investigación.

A través de esta investigación se busca el alcance de una serie de objetivos que, básicamente, darán respuesta al problema planteado a lo largo de este plan. Estos objetivos han sido establecidos en dos categorías, una general y otra conformada por objetivos específicos, que se detallan a continuación.

1.4.1 Objetivo General.

Determinar si puede excluirse de responsabilidad penal, a partir del estado de necesidad del Art. 27 núm. 3 CP, el supuesto de aborto terapéutico a través de la ponderación entre los bienes jurídico-penales que entran en colisión.

1.4.2 Objetivos Específicos.

Para facilitar el alcance del objetivo general establecido, se detallan a continuación los objetivos específicos:

- 1) Analizar la configuración del estado de necesidad del aborto terapéutico a partir de la colisión de los bienes jurídico-penales que entran en colisión.

- 2) Interpretar si el alcance normativo del estado de necesidad excluyente de responsabilidad penal previsto en el Art. 27 núm. 3 CP, comprende al supuesto fáctico de aborto realizado con fines terapéuticos.
- 3) Determinar si existe validez social del Art. 27 núm. 3 CP, en la reacción formal del Estado salvadoreño ante la práctica de aborto terapéutico.
- 4) Examinar, a la luz del marco normativo penalizador del aborto, la abstención médica de practicar abortos terapéuticos.
- 5) Identificar la situación jurídica de las mujeres con necesidad médica de aborto terapéutico ante la penalización del aborto y la protección jurídica del derecho a la vida.

1.5 Marco de Referencia.

Es necesario establecer un marco de referencia básico sobre los temas que se abordarán en el estudio de la situación problemática identificada, las conclusiones sobre la misma y las propuestas teóricas y prácticas para su solución. Este marco puede ser estructurado con un enfoque histórico, uno doctrinario y uno jurídico.

1.5.1 Perspectiva Histórica del Problema.

Aunque el problema que será abordado por esta investigación es, en principio, de contenido dogmático, la configuración histórica del mismo no depende sólo de creación, interpretación y aplicación de la ley, sino de un marco más complejo de actividades humanas. Es un problema dogmático jurídico pero también político, económico, social y cultural, en tanto que el derecho positivo es un producto cultural. El enfoque histórico del problema planteado en este plan de investigación no es la historia del aborto, sino la

tendencia político-criminal frente a la realidad social del aborto, es decir el interés estatal en el aborto como un fenómeno de relevancia jurídico-penal, aunque siempre en relación con la organización social, sistemas normativos religiosos y morales, el control político sobre la construcción social de la subjetividad de los individuos, y un inacabable etcétera.

En la dogmática jurídico-penal salvadoreña, con la promulgación del CP vigente inicia sólo la dimensión jurídica del problema, en cambio su historia se desarrolla con los fenómenos sociales, económicos, jurídicos y políticos que determinaron su penalización absoluta en el CP vigente justo cuando, paradójicamente, de acuerdo a principios y normas jurídicas había sido excluido de responsabilidad penal en el CP derogado.

Con la reforma del sistema penal en la que se tipificó como delito toda forma de aborto se relacionan aspectos históricos de la sociedad salvadoreña, como la -aún- intensa violencia estructural construida por los modelos económicos y regímenes políticos de las clases sociales históricamente dominantes, un pasado de violaciones institucionales deliberadas a derechos fundamentales y humanos durante regímenes autoritarios, la falta de reparación concreta del impacto psicológico social causado por el conflicto armado interno, el bajo desarrollo humano, la débil protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos fundamentales a personas de escasos recursos económicos, la precariedad institucional en la asistencia médico-hospitalaria pública, la práctica represiva de las políticas criminales “democráticas” en el período post conflicto armado, la tendencia estatal a la persecución penal -en su mayoría- de autores de delitos de criminalidad común (delitos que se cometen por particulares y generalmente por personas pertenecientes a las clases sociales desfavorecidas de la sociedad), los altos índices de delincuencia y violencia

sexual contra niñas y mujeres, la invisibilización cultural de los derechos de las mujeres por pautas de comportamiento sexista, entre otros.

Es evidente que, a pesar del carácter dogmático-jurídico de la situación problemática, su configuración histórica y material se ha desarrollado a partir de una funcionalidad social peculiarmente conflictiva, con enormes deficiencias democráticas, de la cual no puede desvincularse.

El problema de la falta de alcance jurídico de exclusión de responsabilidad penal al aborto terapéutico es un problema que no sólo afecta a mujeres con embarazos riesgosos, independientemente que sus casos sean judicializados o no, es un problema de la sociedad salvadoreña, pues esas mujeres son parte viva del tejido social cuyas relaciones humanas se deterioran junto al deterioro de las posibilidades de concreción de un estado constitucional y democrático de derecho.

1.5.2 Fundamento Doctrinario.

El fundamento doctrinario parte de la conceptualización del aborto desde el punto de vista médico y jurídico, diferenciando los tipos de aborto que para el sistema normativo salvadoreño son penalmente relevantes y aquellos que pueden ser justificados o excluidos de responsabilidad penal.

A través de la dogmática jurídico-penal se establece un catálogo político de criminalización primaria en el cual el legislador tipifica conductas que lesionan bienes jurídicos¹². Al ser la vida el bien jurídico al que suele

¹² Vid. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**, *Estructura Básica del Derecho Penal*, formato DVD, Ediar, 2009, disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=tGyacx_Ag4Y, sitio visitado el 15 de julio de 2013.

otorgársele mayor valoración, en la parte especial del CP se prevé y sanciona su lesión –o la tentativa de ello- antes que de cualquier otro bien jurídico, a través de la tipificación de diversas conductas como el homicidio (Arts. 128-132 CP).

Con similar objeto de sanción (afectación de la vida), se contemplan conductas como las constitutivas de aborto consentido y propio (Art. 133 CP), el aborto sin consentimiento (Art. 134 CP), el aborto agravado (Art. 135 CP), la inducción o ayuda al aborto (Art. 136 CP), y el aborto culposo (Art. 137 CP). Sin embargo, en estos delitos se consideran elementos objetivos y subjetivos distintos a los presentes en el homicidio, es decir que las circunstancias en que realiza la afectación al bien jurídico vida y las condiciones en que se dan el dolo o la culpa con que son cometidos son totalmente diferentes, al igual que existen diferencias en el bien jurídico que se lesiona pues en el aborto la vida que se extingue es una vida dependiente, la de aquel ser humano concebido, que aún no ha nacido, y del cual se espera su perfeccionamiento biológico y la concreción de su existencia.

La palabra aborto, al parecer, proviene del latín *abortus*, que significa “mal nacimiento”, “mal parto”, “parto anticipado”, “nacido antes de tiempo”¹³. Estas acepciones podrían ser limitadas para las implicaciones del aborto desde los puntos de vista médico y jurídico en la actualidad. Por ejemplo, esta concepción etimológica no contempla en sí la muerte o destrucción del producto sino solo su expulsión antes de tiempo; por otra parte, lo que puede entenderse como “anticipado” varía dependiendo de la perspectiva técnica. Desde el punto de vista médico, un aborto es una interrupción del embarazo

¹³ Vid. **LÓPEZ BOLADO, Jorge**, *Los Médicos y el Código Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 107.

antes que el producto tenga viabilidad intrauterina, es decir antes que tenga “capacidad fisiológica para nacer vivo”¹⁴. Según este enfoque, no puede denominarse aborto a la interrupción del embarazo después que el producto ha alcanzado viabilidad, por lo que la interrupción del embarazo de un producto ya viable, y que provocase su muerte, no sería un aborto desde un punto de vista médico, aunque sí desde un punto de vista jurídico¹⁵.

Desde el punto de vista jurídico, se entiende el aborto por la doctrina como la interrupción de la preñez, causando la muerte del no nacido en el seno materno o mediante expulsión¹⁶. Aunque el legislador salvadoreño no fue categórico en la tipificación de las circunstancias del aborto, de esta forma ha sido interpretado en la doctrina salvadoreña, siendo penalmente relevante la muerte del producto ya sea dentro del vientre materno o mediante su expulsión y en cualquier fase del embarazo que esto sucediese.

En términos jurídicos, se entiende como penalizado el aborto cualquiera que fuere su modalidad, cualesquiera que fueren los motivos de su realización y las circunstancias médicas en que se interrumpiese la gestación en cualquiera de sus fases. El aborto no es una mera destrucción del producto de la concepción, por lo que –a diferencia del homicidio- no basta con entender como extinta la vida en formación sino que debe entenderse con fundamentos médicos el cómo y el por qué se dieron tales circunstancias. En síntesis, la tipificación del delito de aborto en el CP vigente adolece de ambigüedad desde la perspectiva médica, ya que en

¹⁴ **MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA**, *Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo 1: Artículos 1 al 164*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2004, p. 524.

¹⁵ Vid. **PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena**, *El Aborto: Una lectura de derecho comparado*, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, p. 13.

¹⁶ Vid. **LÓPEZ BOLADO, Jorge**, *op. cit.*, p. 107.

principio el hecho de “abortar” (como si se tratase de un acto simple, sobreentendido y bajo un concepto unívoco) implica persecución penal.

Con este parámetro de previsión dogmática penal del aborto, es evidente que la penalización del mismo es absoluta; por tanto, las modalidades de aborto penalmente relevantes se entienden todas aquellas que puedan ser cometidas y adecuadas a los ambiguos parámetros del tipo básico del Art. 133 CP.

Si bien en el CP derogado y en el proyecto del CP vigente se contemplaban modalidades de aborto no punibles¹⁷, es necesario conceptualizarlas, aun no teniendo sustento dogmático nacional en la actualidad, para enfocar las características particulares de las clases de aborto que, tanto en el anterior ordenamiento jurídico penal salvadoreño como en ordenamientos jurídicos extranjeros vigentes, son susceptibles de exclusión de responsabilidad penal.

Los criterios para clasificar al aborto son diversos. Estos pueden obedecer a razones éticas, económicas, médicas, jurídicas, naturales, entre otras. Para el caso, conviene traer a cuenta las modalidades de aborto desde el punto de vista de sus causas.

El aborto, según su causa, puede ser: *espontáneo* o *natural*, el cual es irrelevante para el Derecho Penal; o puede ser *provocado* o *voluntario*, el cual entra en el ámbito de aplicación de la regulación jurídico-penal. El aborto voluntario o provocado puede ser a su vez justificado o no. El *aborto provocado no justificado* es, *per negationem*, aquel constitutivo de delito,

¹⁷ MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, *op. cit.*, p. 531.

según los parámetros de su previsión legislativa en un ordenamiento jurídico-penal determinado; mientras, el *aborto provocado justificado* es aquel que ha sido determinado como exento de responsabilidad penal.

La modalidad de aborto provocado justificado puede, de acuerdo a las circunstancias que lo motiven, según la doctrina, ser: *aborto terapéutico*, realizado para salvar la vida o proteger la salud de la madre; *aborto eugenésico*, realizado para evitar el nacimiento de un feto con malformaciones o enfermedades congénitas; *aborto ético* o *sentimental*, practicado en caso de embarazo proveniente de una violación¹⁸; *aborto por causas económicas*, que obedecen a situaciones de pobreza extrema de la mujer embarazada; *aborto honoris causa*, en el que se intenta ocultar la deshonor de la mujer embarazada y mantener su buena fama¹⁹. Si existe previsión normativa de algunas de estas modalidades de “aborto justificado”, tienen dos características comunes: a) *sus causas son de naturaleza distinta*, y, en razón a ello, b) *al estar excluidos de responsabilidad penal, la causa de exclusión es un criterio político-criminal*.

Cabe destacar que sólo en el caso de aborto terapéutico las razones son sustancialmente jurídicas: se enfrentan bienes jurídicos (vida de la madre y vida en formación del no nacido, o integridad física de la madre y vida en formación del no nacido) cuya afectación es por igual prevista y sancionada, y su protección es consecuencia del reconocimiento estatal del derecho fundamental y humano a la vida del ser humano como origen y fin de la actividad del Estado.

De lo anterior se colige que es jurídicamente errónea la denominación de aborto provocado “justificado” para toda modalidad de aborto excluido de

¹⁸ Vid. LÓPEZ BOLADO, Jorge, *op. cit.*, pp. 108-109.

¹⁹ Vid. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 16.

responsabilidad penal por un sistema normativo, ya que la exclusión de algunos de estos puede obedecer a causas que no son un justificante en el estricto sentido jurídico-penal, así como puede existir exclusión por razones jurídicas que no son justificantes de la conducta.

En el caso del aborto terapéutico existe estado de necesidad, pues hay colisión o conflicto entre bienes jurídicos, y en virtud a ello es posible excluirlo de responsabilidad penal, aunque ello no quiere decir esté siempre justificado: las justificantes jurídicas son sólo una categoría de exclusión de responsabilidad penal, pero el estado de necesidad puede ser justificante o puede ser simplemente excluyente²⁰.

Una causa de justificación, como su nombre lo indica, justifica una conducta tipificada como delito por encontrarse su autor en una circunstancia prevista por una norma que vuelve legítimo su obrar²¹. Mientras el estado de necesidad, tal como lo define Cabanellas de Torres, en su Diccionario Jurídico Elemental, es una “situación excepcional para una o más personas en que, por necesidad extrema o grave peligro, se prescinde de la ley y se excusa el daño inferido o la lesión causada”²².

Este último concepto posee un sentido amplio, pues el estado de necesidad no es una institución que se suscita exclusivamente en la esfera penal, aunque su regulación jurídica en El Salvador se encuentra sólo en la dogmática penal. Por ello, al intentar comprender el significado de esta figura

²⁰ Vid. **ROXIN, Claus**, *Derecho Penal: Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, et al., 1ª Edición, Civitas, Madrid, 1997, pp. 896-898.

²¹ Vid. **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *Las causas de justificación en el derecho penal*, 1ª Edición, UCA Editores, San Salvador, 2005, pp. 13-18.

²² **CABANELLAS DE TORRES, Guillermo**, *Diccionario Jurídico Elemental*, S.Ed., S.E., México, 1998, p. 153.

jurídica es de tomar en cuenta que el mismo debe tener correspondencia con la regulación de tal institución en el ordenamiento normativo jurídico.

Es necesario ampliar el concepto de Caballeas con los parámetros del estado de necesidad del Art. 27 núm. 3 CP, pudiendo entenderlo como la *situación excepcional en la que una o varias personas actúan u omiten por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, protegido por la ley, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de igual o menor valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo.*

El rasgo fundamental para evidenciar la diferencia entre estado de necesidad justificante y excluyente es que en el estado de necesidad justificante, la lesión de uno de los bienes jurídicos se entenderá como la menos perjudicial a la sociedad y por tanto legitimada y lícita circunstancialmente, y en el estado de necesidad excluyente, la afectación a uno de los bienes jurídicos se entenderá socialmente desaprobada o perjudicial, pero con motivación de defensa del bien jurídico salvaguardado suficiente para no ser castigada²³. Existen tres teorías para determinar el fundamento del estado de necesidad, estas son: las *teorías monistas* (la teoría subjetiva y la teoría objetiva) y la *teoría dualista* o *teoría de la diferenciación*²⁴.

La teoría monista objetiva establece, en resumidos términos, que debe existir un principio único fundado en la ponderación de los bienes jurídicos en colisión, siendo el bien de mayor valor el que debe ser salvaguardado frente al menos valioso. Sin entrar aún en mayores consideraciones, esta teoría

²³ Vid. **ROXIN, Claus**, *Derecho Penal... op. cit.*, pp. 209-210.

²⁴ **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, pp. 24-29, 135-142.

tiene una clara vinculación al objetivismo del idealismo alemán, pudiendo observarse que propugna la existencia de una jerarquía objetiva de valores junto a una hipotética escala jerárquica de bienes jurídicos. A pesar de ser una teoría a la que debe dársele análisis cuidadoso, cabe señalar que para el caso de la ponderación de bienes jurídicos en el estado de necesidad, al partir de la existencia de una escala jerárquica de bienes jurídicos y de valores de estos, se impide una valoración que equilibre ambos bienes jurídicos en colisión a partir de las particularidades del caso.

La teoría dualista, o teoría de la diferenciación, por su parte, asume que al no existir una escala jerárquica objetiva de bienes jurídicos, es necesario ponderar los bienes jurídicos que se enfrentan en cada caso concreto y de esta forma establecer el *interés preponderante* del bien jurídico salvaguardado implicando un menor perjuicio social que el bien jurídico afectado. Con la corriente diferenciadora, el interés preponderante de un bien jurídico no tiene prevalencia absoluta sobre el bien jurídico afectado en un caso concreto, pudiendo depender este interés tanto del contenido del valor que socialmente se atribuye a cada bien jurídico que entra en conflicto, como de la intensidad del peligro y de la afectación que amenaza en igual o distinta medida a cada bien en colisión. A partir de estas principales teorías se han procurado sistematizar las causas de justificación, en general. Sin embargo, cuando el estado de necesidad es meramente excluyente, la falta de justificación jurídica de la conducta lesiva profundiza el debate sobre cómo realizar la ponderación de bienes en tanto que se está ante un estado de necesidad establecido sobre todo por un mero criterio político-criminal.

Al parecer, este mismo debate teórico relacionado con la naturaleza jurídica del estado de necesidad y su ubicación sistemática, a partir de la postura de ponderación de bienes, atañe a la determinación político-criminal

que de él se hace en la dogmática jurídico-penal salvadoreña. La regulación del estado de necesidad en el Art. 27 núm. 3 CP, es lo suficientemente imprecisa respecto a qué estado de necesidad se refiere, por lo que en principio puede ser adecuado tanto al estado de necesidad justificante como al excluyente, todo dependiendo –además del cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos- sobre qué bienes jurídico-penales entran en colisión.

Adecuando lo anteriormente planteado al estado de necesidad del aborto terapéutico, puede observarse que en dicha circunstancia se encuentra también el mismo problema sobre qué bienes jurídicos entran en colisión y cuál de estos tiene el mayor valor objetivo o la tendencia de interés preponderante sobre el otro, tomando en cuenta, además, dos aspectos de esta particular circunstancia: los bienes jurídicos en colisión pueden ser dos de tres: a) La vida de la madre, la integridad física de la madre, y la vida del ser humano en formación. b) Junto a la imprecisión del Art. 27 núm. 3 CP, respecto a cómo se definiría la naturaleza del estado de necesidad al que refiere, la modalidad de aborto terapéutico se entiende subsumida en la ambigua regulación punitiva del delito de aborto en todas sus formas.

1.5.3 Fundamento Normativo Jurídico.

El marco normativo de los componentes de la situación problemática no podría ser menos complejo: se trata de la protección de la vida del ser humano, tanto del no nacido como de la mujer embarazada²⁵. En virtud de ella existe vasta protección jurídica de carácter constitucional, internacional, y de ordenamiento jurídico secundario.

²⁵ Excepto los casos en los que a ciencia cierta no se puede prever una afectación a la vida de la mujer embarazada pero sí a su salud o integridad física, a causa del parto, de forma que tal afectación se prevea lo suficientemente grave como para poner en peligro su vida.

En 1993 se realizó la reforma constitucional²⁶ mediante la cual se agregó un nuevo inciso 2° al Art. 1 CN, que amplió el parámetro del fundamento antropocéntrico del Estado, reconociendo como persona humana *a todo ser humano desde el instante de la concepción*²⁷. Esta disposición contiene un sentido proteccionista de la vida humana en general y la garantía consecuente de todos los derechos fundamentales inherentes a la existencia. En este sentido, ninguna disposición normativa de carácter infra constitucional debe permitir la amenaza a la existencia del ser humano en formación y de la mujer que guarda al mismo en su seno materno.

El marco jurídico de penalización del aborto en todas sus formas, contenido en el CP vigente, sin duda tiene consonancia con los efectos jurídico-políticos de esta reforma constitucional, aunque no en un sentido estrictamente proteccionista, pues la coerción propia de las normas penalizadoras del aborto no protegen la vida del no nacido ya que al momento de su aplicación la lesión de ella ya ha sido realizada.

En caso que el embarazo ubique a la mujer en una situación de riesgo, teniendo que decidir si conservar su propia vida (o su salud) o lesionar la vida en formación del producto en gestación (aborto terapéutico), son aplicables los Arts. 133 y 135 CP, que prevén y sancionan los delitos de Aborto Consentido y Propio y Aborto Agravado.

En el delito de Aborto Consentido y Propio (Art. 133 CP) se sanciona: *a) la práctica del aborto con consentimiento de la mujer, y a la vez, b) el*

²⁶ D.L. N° 541, de fecha 3 de febrero de 1999, publicado en el D.O. N° 32, Tomo N° 342, del 16 de febrero de 1999.

²⁷ Hasta antes de esta reforma, la persona no nacida o *nasciturus* se entendía formalmente existente hasta su nacimiento, de acuerdo a lo establecido en el Art. 72 inc. 1° del CC, que dispone: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Tesis que aún mantiene validez en el marco de relaciones jurídicas entre particulares.

consentimiento de la mujer a que le provoquen un aborto, o, c) la provocación de su propio aborto.

De acuerdo con la tipificación del delito de Aborto Agravado (135 CP), se sanciona: *el aborto cometido por médico, farmacéutico o por personas que realizaren actividades auxiliares de las referidas profesiones, cuando se dedicaren a dicha práctica.*

En circunstancia que se requiera la práctica de un aborto terapéutico, la situación supone su diagnóstico y realización gracias a conocimientos médicos, por lo que los sujetos activos del delito, en este caso, son el profesional de la medicina que practica el aborto y la mujer que lo consiente (descartándose el aborto propio). Respecto al profesional y/o auxiliares de su profesión, se imputa el tipo cualificado de Aborto Agravado en relación con el tipo básico de Aborto Consentido, al cual corresponde una pena principal de prisión de seis a doce años y una pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por el mismo período. Mientras, respecto a la mujer embarazada se imputa sólo el delito de Aborto Consentido, al cual corresponde una pena de prisión de dos a ocho años.

De acuerdo a estas disposiciones, la misma dogmática jurídico-penal establece la Aplicación General del Código Penal, de forma que no debe dejarse de aplicar ningún precepto que prevea cualquier circunstancia suscitada en la comisión de un delito o falta²⁸. El principio penal que tiene más protagonismo en el caso del aborto terapéutico es el de Culpabilidad,

²⁸ Según el Art. 6 CP, el Principio de Aplicación General del Código Penal dispone de la aplicación de los principios de legalidad (Art. 1), de la dignidad humana (Art. 2), de lesividad del bien jurídico (Art. 3), de responsabilidad (art. 4) y de necesidad (Art. 5 Pn.). La aplicación de estos principios supone una garantía de que el poder punitivo del estado no se ejercerá sin límites previstos por la misma ley.

según el cual la responsabilidad de un delito debe ser determinada a partir de elementos subjetivos como el dolo o la culpa, de acuerdo con el acto que lesionó directamente al bien jurídico y no con actitudes ajenas a dicha lesión, a título personal de quién realizó concretamente el acto y conforme a su capacidad de culpabilidad.

Con base en estos elementos, la culpabilidad de una persona es garantía de que responde únicamente quien cometió el delito o falta y según cómo lo cometió, pero a la vez de que no se responsabilizará penalmente a quien sí lo hizo pero sin dolo o culpa (como en el caso de inimputables, del autor mediato o del error de prohibición), o a quien aun sabiendo que lesionaba un bien jurídico se encontraba en una situación que lo justificaba por encontrarse ejerciendo un derecho (causa de justificación) o que lo llevaba a contravenir la norma jurídica penal por no poder obrar de otra manera (estado de necesidad). El principio de culpabilidad, por tanto, es una garantía de aplicación del poder punitivo y a la vez limitante del mismo²⁹.

El aborto terapéutico, siendo una circunstancia que no fue prevista categóricamente por el legislador, contiene elementos que concuerdan con el contenido normativo de la regla general del CP que regula la exclusión de la responsabilidad penal del autor de un ilícito, como consecuencia de la falta de cumplimiento de las circunstancias que configuran la culpabilidad.

Esta regla es la contenida en el Art. 27 núm. 3 CP, tal como se ha mencionado a lo largo de este proyecto de investigación. Este artículo dispone que no es responsable penalmente:

²⁹ Vid. **SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto y Martín Alexander MARTÍNEZ OSORIO**, *Límites Constitucionales al Derecho Penal*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2004, p. 46.

3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo”.

Según esta regla, se excluye de responsabilidad penal a quien, con el fin de evitar la lesión de la vida de la madre, y la mujer en tal circunstancia que consciente, afecta la vida en formación del no nacido, por constituir un estado de necesidad, es decir una situación en la que no exista otra alternativa más que contravenir las normas vigentes penalizadoras del aborto³⁰.

Frente al anterior marco de penalización del aborto y de exclusión de responsabilidad penal en casos de estado de necesidad (frente al cual debe examinarse el aborto terapéutico), se suscita la problemática social ya señalada, de existir coerción punitiva hacia mujeres y médicos que participan en abortos terapéuticos, y de haber negativa médica públicamente denunciada, de realizarlos por temor a tal persecución penal. En este centro del problema, se relacionan otras disposiciones contenidas en el CP y vinculadas al CS³¹.

Cuando desde clínicas y hospitales se hace del conocimiento de las autoridades del sistema penal sobre casos de aborto, se evita el delito de “Omisión de Aviso” previsto y sancionado en el Art. 312 CP, que obliga al jefe

³⁰ Sin embargo, aún sería necesario establecer si se constituye estado de necesidad cuando no se puede prever médicamente la muerte de la madre a raíz del embarazo o del parto pero sí una afectación grave a su salud o el buen funcionamiento de su integridad física.

³¹ **CÓDIGO DE SALUD**, D.L. N° 955, de fecha 28 de abril de 1988, publicado en el D.O. N° 86, Tomo N° 299, del 11 de mayo de 1988.

o jefa o encargado o encargada de centro hospitalario, clínica o semejante, a informar el ingreso de personas lesionadas a causa de un delito. De esta forma se puede faltar, paradójicamente, a la obligación médica de guardar el secreto profesional, el cual, según el Art. 37 CS “nace de la esencia misma de la profesión”, y cuya falta no tiene sólo un reproche ético sino también está sancionada por el Art. 187 CP, con pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de la profesión de uno a dos años.

En ese contexto de intimidación por el marco penalizador del aborto, se propicia la negativa a la realización de abortos terapéuticos, puesto que ni la obligación del secreto profesional es garantía para que se tomen las decisiones profesionales pertinentes encaminadas a salvar la vida de la mujer con embarazo riesgoso.

Después de haberse expuesto el marco jurídico de los elementos principales de la problemática, y la relación de fondo entre estos, puede entreverse que son las mujeres en situación de embarazo riesgoso las más vulnerables respecto al problema, ya que la negativa médica de realizar abortos terapéuticos, en parte, es un escudo para que estos no entren en conflicto con la ley, mas es la mujer que requiere dicha práctica la que no tiene alternativa o escudo de la cual salir de su situación. En términos generales, esta confusa situación lleva a la necesidad de aclarar si la situación de las mujeres a quienes se niega, o persigue por, la práctica del aborto terapéutico se encuentran con vulneración a su derecho a la vida, a la salud, y a la seguridad jurídica, ya que, si en virtud al marco penalizador del aborto y demás disposiciones y circunstancias relacionadas, se propicia su muerte, se obstaculiza el goce de su salud y se impide su alcance de seguridad jurídica entonces se contraviene por mucho más el mismo orden constitucional en que se fundamenta la protección de la vida del no nacido. El problema planteado es contrario a la obligación estatal de garantizar el

derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, el cual “se refiere al goce, ejercicio y protección de los derechos humanos y las libertades consagradas en la Constitución, regulado en el Art. 2 inc. 2º LEIVLVM³².”

1.6 Sistema de Hipótesis.

Alcanzar los objetivos, general y específicos, de esta investigación implica la comprobación o refutación del siguiente sistema de hipótesis sobre la situación problemática:

1.6.1 Hipótesis General.

A partir de la ponderación de los bienes jurídico-penales en colisión puede excluirse de responsabilidad penal el supuesto de aborto terapéutico a partir del estado de necesidad contemplado en el Art. 27 núm. 3 CP.

1.6.2 Hipótesis Específicas.

Es necesario que, para la comprobación o refutación de la hipótesis general, se comprueben o refuten las siguientes hipótesis específicas:

- 1) En el aborto terapéutico, la configuración del estado de necesidad justificante o excluyente depende de la ponderación de los bienes jurídico-penales en colisión.
- 2) La excluyente de responsabilidad penal del Art. 27 núm. 3 CP, es aplicable al supuesto de estado de necesidad del aborto realizado con fines terapéuticos.

³² **LEY ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA LAS MUJERES**, D.L. N° 520, de fecha 25 de noviembre de 2010, publicado en el D.O. N° 2, Tomo N° 390, del 4 de enero de 2011.

- 3) No existe validez social de la regla de exclusión de responsabilidad penal del Art. 27 núm. 3 CP, en la reacción formal del Estado salvadoreño ante la práctica de abortos terapéuticos.
- 4) El marco jurídico penalizador del aborto, y la abstención médica de practicar abortos terapéuticos, posibilita la inseguridad jurídica a mujeres con embarazos riesgosos, invisibilizando y vulnerando su derecho a la vida.

1.7 Estrategia Metodológica.

Con el fin de lograr la comprobación o refutación de las hipótesis planteadas y la consecución de los objetivos de esta investigación, se propone el desarrollo de un diseño metodológico conformada por los siguientes pasos y procedimientos:

1.7.1 Tipo de Investigación.

La investigación proyectada se adecuará a la complejidad de la problemática planteada, puesto que ésta aborda el ámbito de relaciones interhumanas reguladas por el derecho positivo y de estas con la actividad del Estado en el ejercicio de su poder punitivo; por tanto, la investigación se concretará en diferentes modalidades, que se detallan a continuación.

A. Documental.

La investigación de la situación problemática y los fenómenos por los que está conformada, se realizará a partir de consulta, recopilación, análisis y síntesis de contenido de libros, tesis, revistas y periódicos, memorias, videos, jurisprudencia, legislación y cualquier otra fuente documental.

B. De campo.

La recolección de las unidades de observación y la muestra que serán sometidas a documentación, análisis y síntesis no se extraerán solamente de documentos de acceso directo, pues para ello será necesaria la investigación de campo. De igual forma, la investigación de campo será necesaria para la ejecución de técnicas de investigación como la entrevista y el estudio de casos concretos.

C. Descriptiva.

En esta investigación se buscará describir, tanto en su dimensión social como dogmático-jurídica, el estado actual de la problemática referida a la falta de efectividad de la regla de exclusión del Art. 27 núm. 3 CP, al estado de necesidad en la práctica de abortos terapéuticos en mujeres con embarazos que ponen en peligro su vida.

D. Explicativa.

Esta investigación será explicativa porque en el análisis del problema planteado se identificarán las causas o factores que posibilitan la falta de efectividad de la exclusión de responsabilidad penal en la práctica de abortos terapéuticos y las causas del porqué la dimensión social de este fenómeno requiere de una especial regulación dogmático-jurídica.

1.7.2 Unidades de Análisis.

Las unidades de análisis sobre las que se aplicarán los métodos y técnicas de investigación serán extraídas de las unidades de observación y

la muestra, que comprenderán casos específicos de aborto terapéutico, cifras estadísticas y casos socialmente relevantes; jurisprudencia emitida por juzgados y tribunales, y normas de instrumentos jurídicos aplicables.

1.7.3 Muestra.

La muestra de esta investigación estará conformada, por estadísticas de aborto y de muertes por aborto, y por la jurisprudencia sobre casos que pueda ser recogida dentro del período junio 2012 y mayo 2013.

1.7.4 Métodos, Técnicas e Instrumentos.

Serán el conjunto de estrategias intelectuales para la obtención y procesamiento de datos con el fin de convertirlos en información y conocimiento al término del estudio de la situación problemática.

A. Métodos generales.

Para ejecutar la investigación proyectada, se realizará la aplicación de métodos generales que permitan operar la información recolectada y producir los razonamientos constitutivos de los argumentos con los que se buscará la comprobación o refutación del sistema de hipótesis y así dar respuesta al problema planteado.

a. El análisis.

Toda la información documental y bibliográfica recopilada se utilizará para analizar los elementos particulares del tema planteado, abarcando los aspectos histórico-doctrinario, jurisprudencial, dogmático-jurídico y empírico.

b. La síntesis.

Por medio de la síntesis, la muestra y las unidades de observación y de análisis, serán relacionadas con el tema y el problema general.

c. La inducción.

Para realizar la síntesis, será necesaria la aplicación del método inductivo, pues abordar lo particular hacia lo general, permitirá realizar a través de la dialéctica una argumentación útil y válida que sustente las respuestas al planteamiento problemático general.

d. La deducción.

El método deductivo será necesario para realizar el análisis desde los rasgos generales del problema de investigación hasta las características particulares de cada unidad de análisis y de observación.

B. Técnicas (métodos específicos)

Se realizará la aplicación de las siguientes técnicas o métodos específicos de investigación:

a. Investigación documental.

La investigación se realizará con apoyo de libros, trabajos de grado, memorias institucionales, medios de prensa escrita, radial, televisiva y electrónica, conferencias, debates, foros, conversatorios, documentales, normativa constitucional, legislación secundaria, y jurisprudencia.

b. Observación de unidades de análisis.

A través de la observación de las unidades de análisis se realizará una interpretación académica de los componentes de la situación problemática, de la cual se sintetizarán los argumentos descriptivos y explicativos, así como las conclusiones y recomendaciones al final de la investigación.

c. Estudio de casos.

Los casos comprendidos en la muestra serán sometidos a la observación e interpretación, a la relación deductiva respecto a la generalidad del tema, y a la argumentación inductiva a través de la cual se construirán las conclusiones y recomendaciones.

d. Entrevista.

Con la técnica de la entrevista estructurada se obtendrán aportes de informantes claves que se relacionen, ya sea desde el plano personal o profesional, con la situación problemática en torno al aborto terapéutico. Para la ejecución de esta técnica se ocupará un formato escrito pre-elaborado que permita recolectar la información de apoyo al marco teórico.

e. Muestreo.

A través del muestreo se construirá la muestra representativa de los diferentes aspectos estudiados en la investigación de la situación problemática y sus soluciones. Se procesará la información obtenida de las unidades de análisis y de observación, de los informantes de las entrevistas y, en general, de la investigación documental y de campo.

CAPÍTULO II

DIMENSIONES CONCEPTUAL, HISTÓRICA, SOCIAL, JURÍDICA Y POLÍTICA DEL ABORTO

Uno de los rasgos más característicos del tema del aborto es la gran diferencia entre sus distintas dimensiones, que son tan vastas pero están paradójicamente diluidas en el mismo; lo que posibilita que al depositarse demasiada atención a una sola de sus facetas, se llegue fácilmente a la totalización de una pequeña parte de sus implicaciones generales.

Cada rostro del aborto no es una invención reciente de quienes se ocupan de este problema, desde la observación, el estudio, la reflexión, la investigación, la experimentación, o el juzgamiento, sino el resultado de una complicada red de antecedentes históricos, sociales, religiosos, jurídicos y políticos que se conformaron en distintos momentos de la historia registrada. O incluso mucho antes.

En la actualidad, este fenómeno se vincula a los más variados factores, pero especialmente al valor otorgado a la existencia, proyectado, entre infinitas cosas, en el reconocimiento de la comunidad internacional del derecho de todo ser humano a la vida y a la salud.

2.1 Conceptualización del Aborto.

El aborto es un tema denso, multifacético y polémico en la actualidad. Las controversias sobre este fenómeno se deben, en parte, a la falta de claridad, entendimiento y comunión entre las perspectivas que se ocupan de él como un problema de la realidad humana y social. Por esta razón, es idóneo iniciar el abordaje de este tema aproximándose a una comprensión

de sus distintos significados, definiciones y contenidos, que se han forjado desde varios enfoques del pensamiento.

2.1.1 Etimología y Significado de la Palabra Aborto.

La palabra aborto proviene del vocablo latín *abortus*, que está conformado por el prefijo *ab*, que significa “privación”, y por la palabra *ortus*, que significa “nacimiento”³³.

Las interpretaciones doctrinarias sobre el significado etimológico del aborto son variadas, aunque la más común de ellas se refiere categóricamente a la interrupción del embarazo. En ese sentido, López Bolado, entiende por *abortus* un “mal nacimiento”, “mal parto”, “parto anticipado”, o algo “nacido antes de tiempo”³⁴. Otros autores realizan una interpretación más genérica, como Carrera De León, quien considera que significa “separar del sitio adecuado”, en referencia a aquello que no ha llegado a su madurez y desarrollo³⁵.

A pesar de la generalidad del significado etimológico del término, su uso lingüístico se refiere por regla general a la interrupción del proceso fisiológico que concluye en el nacimiento o surgimiento de un nuevo ser vivo. Además, un aborto en la actualidad no sólo es sinónimo de la acción de

³³ **ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA DE COLOMBIA**, *Diccionario Académico de Medicina*, en <http://www.idiomamedico.com/diccionario.php?diccionario=aborto&table=etimologia&mytable=Etimolog%EDa>, sitio visitado el 10 de octubre de 2013.

³⁴ Vid. **LÓPEZ BOLADO, Jorge**, *op. cit.*, p. 107.

³⁵ Vid. **CARRERA DE LEÓN, Myrna**, citada por **Carlos Rafael CORZO TORRES**, en: *Legalización del Aborto en Guatemala desde un Enfoque Actualizado*, Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2011, p. 23, disponible en: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9514.pdf, sitio visitado el 10 de octubre de 2013.

abortar, también se utiliza como adjetivo para designar “aquello” que ha sido abortado. Excepcionalmente, se emplea significando la interrupción de una acción o conjunto de acciones, o en un sentido peyorativo para referirse, literal o figurativamente, a un ser vivo “malformado” –v. gr., un engendro-.

Según la RAE, la palabra aborto se define como “la interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas”³⁶, agregando que “puede constituir eventualmente un delito”, debido a la histórica tendencia social a concebir el aborto como una acción delictiva. Pero no existe una definición unívoca del aborto, pues ésta puede variar dependiendo del contexto sociocultural o disciplinario en que se concibe, razón por la que conveniente abordar diferenciadamente las distintas definiciones del aborto.

2.1.2 Definiciones del Aborto.

Las definiciones del aborto se han concebido desde diversas áreas del saber, que estudian la experiencia de la reproducción humana, sus causas y sus efectos. Desde ese vasto conjunto de conocimientos, considera González de la Vega³⁷, deben tomarse como base tres definiciones: *la obstétrica, la médico-legal y la jurídico-delictiva*. Atendiendo este criterio, es conveniente abordar tales definiciones y sus aspectos generales.

A. *En obstetricia* indica el autor citado-, el aborto consiste en la expulsión del producto de la concepción cuando aún no es viable, es decir, antes de estar desarrollado para nacer vivo, lo que se constituye

³⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª Edición, en <http://lema.rae.es/drae/?val=aborto>, sitio visitado el 10 de octubre de 2013.

³⁷ GÓNZALEZ DE LA VEGA, Francisco, citado por Virgilio RUÍZ RODRÍGUEZ, en: *El aborto. Aspectos: jurídico, antropológico y ético*, 1ª Edición, Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 47.

aproximadamente hasta el final del sexto mes de embarazo. Sin embargo, no existe consenso científico sobre el inicio de la viabilidad, variando de criterios que pueden ir desde las veinte hasta las veintiocho semanas del embarazo³⁸.

Algunas posturas plantean la viabilidad enfocando el curso natural del proceso de formación del *nasciturus*, otras -como bien señala Pérez Duarte y Noroña- dependen del desarrollo diferenciado de la medicina o la biotecnología en las distintas sociedades, pues algunos avances tecnológico-científicos han permitido comprobar que tras la interrupción del embarazo pueden mantenerse fetos con vida incluso antes de sus seis meses o de las veintiocho semanas³⁹.

B. Para la medicina legal, el aborto es un hecho provocado intencional o imprudentemente y, por tanto, constitutivo de delito. Esta definición puede variar dependiendo de su regulación jurídica, en algunos casos se incorporan plazos del embarazo, en otros se incorporan motivaciones específicas de la abortista que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad penal. En general, la concepción médico-legal determina los elementos médicos presentes en el delito de aborto en un derecho penal positivo específico. En ese sentido, López Bolado lo define como “*aborto delito*”, consistiendo en la interrupción del proceso fisiológico de la preñez, con muerte del producto de la concepción en el seno materno o mediante expulsión⁴⁰.

C. La definición jurídico-delictiva del aborto se realiza a través de la actividad legislativa, estableciendo en un ordenamiento jurídico penal determinadas definiciones médico-legales del aborto.

³⁸ Vid. **CORZO TORRES, Carlos Rafael**, *op. cit.*, p. 29.

³⁹ **PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena**, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁰ **LÓPEZ BOLADO, Jorge**, *op. cit.*, p. 107.

Algunas definiciones jurídico-delictivas consideran como aborto el realizado en cualquier estado del embarazo, obviando que para la medicina éste se constituye antes de la viabilidad del *nasciturus*. Sin embargo, si el lenguaje jurídico acatara este criterio médico, la destrucción de un producto viable podría tener implicaciones jurídico-penales inciertas: no sería aborto pero tampoco homicidio ni infanticidio, pues en estos delitos se destruye la vida dependiente, la cual se perfecciona sólo a través del nacimiento.

La definición jurídico-delictiva del aborto tiene como centro de interés la finalidad perseguida en su práctica o provocación. De acuerdo con esto, en opinión de González de la Vega, este sistema de definición es el más “sincero y racional”, al establecer el sentido teleológico del acto abortivo, que es la muerte del producto de la concepción, independientemente de la forma y del momento del embarazo en que se realice, siempre que intervenga el dolo o la imprudencia para tal efecto. Es decir que, en la definición legal se establecen elementos conceptuales del aborto para ser considerado como tal, pero en realidad no se está definiendo al aborto sino explicando la conducta que se criminaliza o se permite excepcionalmente –el acto abortivo-. Esta definición, aunque útil para efectos de persecución penal, es impropia, pues las prescripciones normativo-jurídicas contienen lineamientos para dirigir las conductas o relaciones humanas y no definiciones ontológicas de fenómenos de la realidad material⁴¹.

2.2 Clasificación del Aborto.

Las definiciones del aborto demuestran que este fenómeno es de especial interés para la medicina y el derecho, sin perjuicio de encontrarse

⁴¹ Vid. **NINO, Carlos Santiago**, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª Edición ampliada y revisada, 12ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 63-95.

dentro del campo de estudio de novedosas especialidades científicas como la biotecnología o la genética. Por supuesto, los dos enfoques científicos generales abordan diferenciadamente sus aspectos clínicos, y sus dimensiones social, política y cultural. Con el objeto de exponer estas diferencias, es necesario realizar una aproximación a las clases de aborto comúnmente concebidas *desde el punto de vista médico, desde el punto de vista jurídico* y, particularmente, *desde el punto de vista jurídico-penal*.

2.2.1 El Aborto desde el punto de vista médico.

El aborto es un fenómeno fisiológico que se comprende y explica a través del conocimiento médico, pues la reproducción, la formación de la vida y su interrupción son posibles según las condiciones naturales que caracterizan al ser humano⁴². Según Ruíz Rodríguez⁴³, desde este punto de vista, puede sub-clasificarse en: *aborto espontáneo, aborto provocado y aborto terapéutico*.

A. *Aborto espontáneo*. Puede definirse como aquél que se produce por alteraciones naturales del normal desarrollo fisiológico del embarazo. En opinión de Ruíz Rodríguez, este aborto puede tener un origen materno o fetal, es decir, problemas del embarazo por causas patológicas o alteraciones del organismo de la madre o por malformaciones, déficit vitamínico o problemas genéticos del *nasciturus*. Ello es debatible, pues a pesar del acierto de tal afirmación, algunas causas naturales del aborto espontáneo pueden tener por causas primeras, acciones u omisiones

⁴² Quizás por ello sea erróneo, plantean algunos argumentos “pro-vida”, afirmar que el aborto es un hecho o acto “antinatural”, pues son las mismas características naturales de la fisiología humana las que posibilitan que el embarazo pueda desarrollarse o interrumpirse antes del perfeccionamiento de la vida independiente –cualquiera que sea su causa-

⁴³ **RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio**, *op. cit.*, p. 48.

humanas que no buscan interrumpir el embarazo, como el mal estado nutricional de una mujer embarazada que no puede alimentarse correctamente, tener acceso a servicios de salud y control de su embarazo; o el trauma provocado por una caída o golpe abdominal accidental de la misma mujer en período de gravidez⁴⁴.

Dos aspectos relevantes pueden señalarse en esta clase de aborto: la viabilidad del *nasciturus* y la forma en que sucede la interrupción del embarazo. En relación al primero, como ya ha sido apuntado, médicamente existe aborto cuando el producto aun no es viable, es decir que al tratarse de un producto viable, no se estaría ante un aborto espontáneo sino ante un parto prematuro. En relación al segundo aspecto, al ser el aborto espontáneo un hecho y no un acto, puede producirse con expulsión o muerte interna del producto, y la extracción de éste no tiene –o no debiera tener- relevancia jurídico-penal.

B. Aborto provocado. En términos generales, puede entenderse como la interrupción del embarazo con muerte del *nasciturus*, ocasionada por una acción u omisión consciente. Es posible que también se le denomine “aborto inducido”⁴⁵, aunque el término “inducción” generalmente se refiere a la participación de un tercero que realiza o facilita la práctica abortiva, y sabido es que la misma mujer embarazada puede provocar su propio aborto sin una ayuda necesaria.

⁴⁴ Un supuesto de ello es el caso de la mujer embarazada que produce su propio accidente con el fin de lograr un aborto aparentemente espontáneo, y así evadir responsabilidad penal. También puede suscitarse el caso de la mujer que sufre un aborto por causa traumática –por ejemplo-, no causada intencionalmente ni imprudentemente por ella misma, y a pesar de la evidencia de ser un aborto espontáneo se le responsabiliza penalmente, anulándose una duda razonable que indique la posibilidad del origen accidental de la causa natural del aborto.

⁴⁵ Vid. **CORZO TORRES, Carlos Rafael**, *op. cit.*, p. 40.

También puede ser denominado “aborto voluntario”, sin duda, por influencia jurídica, pues enmarca la existencia de voluntad de la mujer en la práctica del aborto. Esta denominación es más restringida respecto a la de “aborto provocado”, pues la provocación del aborto puede realizarse por persona distinta y en contra de la voluntad de la gestante; además, su provocación también engloba la conducta consciente pero imprudente que produce la muerte del *nasciturus*.

C. *Aborto terapéutico*. Es el practicado por indicación médica en embarazos que ponen en peligro la salud o la vida de la mujer gestante. Por su parte, Ruíz Rodríguez señala que los riesgos a los que se encuentra expuesta la madre pueden ser “reales” o “supuestos”⁴⁶, aunque tal vez la mejor forma de plantearlo es que la prescripción médica tiene que ser justificable –como bien apunta Corzo Torres⁴⁷-, es decir, existir certeza o alto grado de posibilidad médica respecto al peligro que el embarazo representa para la mujer.

Esta clase de aborto supone la existencia de un enfrentamiento entre la vida o la salud de la madre y la vida en formación del *nasciturus*, constituyendo su práctica a favor de la gestante como una necesidad médicamente justificada y no una mera decisión abortiva. En caso de no existir tal necesidad, obviamente no se estaría ante un aborto de naturaleza terapéutica⁴⁸.

⁴⁶ **RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio**, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁷ **CORZO TORRES, Carlos Rafael**, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁸ Es de suma importancia notar que esa necesidad es justificada por el conocimiento médico que emite la indicación terapéutica, mientras la dimensión jurídica de esa necesidad y sus características son definidas por el marco normativo vigente y la técnica jurídica en una sociedad determinada, como se abordará más posteriormente⁴⁸. Obviar esa diferencia equivale a creer que las palabras son las cosas, a confundir el aborto como fenómeno jurídico con su dimensión fáctica.

Además, pueden existir otros criterios desde el punto de vista médico. Un ejemplo interesante de ello brinda López Bolado, en cuya opinión puede clasificarse tomando en cuenta el desarrollo del producto de la concepción y su viabilidad; el aborto puede ser: *ovular*: producido hasta los veinte días de gestación; *embrionario*: hasta los tres meses; *fetal*: entre los tres y los seis meses; y *parto prematuro*: extracción o expulsión del *nasciturus* en el período desde los seis meses de embarazo hasta antes del nacimiento⁴⁹.

2.2.2 El aborto desde el punto de vista jurídico.

El aborto es el resultado de una conducta, y es la conducta misma, prevista en un ordenamiento jurídico positivo. Este, posiblemente, es el criterio más complejo en la clasificación del aborto, pues la dimensión problemática de este fenómeno tiene como eje central su categorización jurídica como delito o su tratamiento jurídico-político como una conducta lícita. Se puede clasificar de manera general como: *aborto lícito*, *aborto no punible*, y *aborto criminal*.

A. Aborto lícito. Es el aborto provocado voluntariamente con el amparo de un marco jurídico que permite su práctica, generalmente, como un derecho de la mujer embarazada. También puede ser denominado “aborto legal”⁵⁰, aunque tal denominación no sea la más idónea, pues confunde la tipicidad del acto abortivo con su licitud, cuando también puede ser típico pero ilícito.

B. Aborto no punible. Es el aborto para el que se excluye la sanción penal en la dogmática penal aplicable. Es posible que se suscite la confusión

⁴⁹ LÓPEZ BOLADO, Jorge, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁰ CORZO TORRES, Carlos Rafael, *op. cit.*, p. 43.

de la no punibilidad del aborto con su licitud. En efecto, si el aborto se encuentra regulado jurídicamente en sentido permisivo, es lícito y no punible; sin embargo, su no punibilidad, por criterio político-criminal, es una renuncia del Estado a imponerle sanción penal por indicaciones específicas, aunque el acto abortivo en sí no sea lícito, por estar tipificado como delito al destruir la vida en formación.

C. Aborto criminal o aborto delito. El aborto es una conducta típica, antijurídica y culpable, dolosa o imprudente, que produce la interrupción del embarazo lesionando o extinguiendo el bien jurídico vida en formación del *nasciturus*, en virtud de lo cual es objeto de sanción penal, pudiendo ser excluida de ésta sólo en circunstancias excepcionales -indicaciones abortivas- previstas en el ordenamiento jurídico aplicable.

Puede ser denominado también como “aborto ilegal”⁵¹, denominación que no es del todo acertada, pues no toda ilegalidad es constitutiva de delito, ni la antijuridicidad –que suele denotarse en el uso del término “ilegal”- es la única característica de la conducta delictiva.

2.2.3 El aborto desde el punto de vista jurídico-penal.

En este punto de vista se encuentra el mayor número de clases de aborto, pues por su clásica identificación con el actuar delictivo, pareciera que su regulación jurídica sólo se puede hacer penalmente y no a través de otras ramas del ordenamiento jurídico, a pesar de la naturaleza “subsidiaria” del derecho penal. También es posible que ésta sea la forma más ambigua para clasificarlo. La razón es sencilla, y es que la regulación jurídico-penal del aborto no ha sido –ni es actualmente- realizada de la misma manera en

⁵¹ CORZO TORRES, Carlos Rafael, *op. cit.*, p. 42.

los ordenamientos jurídicos de todas las sociedades ni en todos los momentos de la historia, siendo distintos los factores de la acción abortiva tomados en cuenta en los tipos penales establecidos en cada uno de ellos; factores como las causas que inducen a abortar, las formas de provocarlo y practicarlos o sus implicaciones médicas, convencionales, morales o religiosas⁵².

Desde este punto, pueden considerarse dos criterios para la clasificación del aborto: *A. El primer criterio*, en razón de la protección de bienes jurídicos concretos reconocidos en el derecho penal positivo aplicable, pudiendo sancionarse el aborto como una conducta meramente lesiva de la vida en formación, o excluirse tal sanción como una conducta que, siendo lesiva de la vida en formación, se ejerce por indicación terapéutica, defendiéndose un bien jurídico distinto. *B. El segundo criterio* abarca supuestos de aborto en los que la lesión de la vida del *nasciturus* se realiza por motivo de “honor” o en cumplimiento de indicaciones abortivas que no buscan la protección de otro bien jurídico concreto.

A. Dentro del primer criterio de clasificación jurídico-penal, la lesión o protección del bien jurídico concreto es determinada por la finalidad de la voluntad en el acto abortivo, de modo que el único fin de la acción es la destrucción dolosa –o puesta en peligro imprudente- de la vida en formación, o, en su caso, la salvaguarda por necesidad de otro bien jurídico igualmente protegido por el ordenamiento jurídico-penal.

Dentro de este criterio, el aborto se clasifica conforme a su regulación en cada dogmática penal concreta, aunque comúnmente puede ser:

⁵² Por esta razón, desde el punto de vista jurídico, se puede encontrar casi cualquier clase de aborto posible por la acción humana que haya sido regulado, no habiendo un único criterio como directriz para su clasificación.

consentido, propio o procurado, sin consentimiento, culposo y terapéutico o por estado de necesidad.

a. Aborto consentido. Es el aborto provocado con el consentimiento de la mujer embarazada, por una persona distinta a ella y cuya voluntad consciente es realizar la práctica abortiva. Su previsión jurídica impone sanción penal a la mujer que presta el consentimiento y a la persona que lo practica.

b. Aborto propio o procurado. Es el aborto que la mujer embarazada se provoca a sí misma de forma deliberada, utilizando cualquier método. Su previsión jurídica impone sanción penal sólo a la mujer embarazada por ser la única persona que realiza la acción. En los casos de aborto propio o procurado, su regulación jurídico-penal puede prever algunos parámetros médico-legales para determinar su licitud, como el sistema de plazos, en el que se incorporan los períodos del embarazo en que el aborto se considera constitutivo de delito. Sin embargo, es posible que no se establezca plazo alguno y de esta forma se penalice el practicado en cualquier estado del embarazo.

c. Aborto sin consentimiento. Es el aborto provocado por persona distinta de la mujer embarazada, sin el consentimiento de ésta, pudiendo entenderse como tal situación la voluntad contraria de la mujer o su consentimiento viciado -logrado mediante violencia o engaño-. Su previsión jurídica impone sanción penal sólo al tercero que provoca o practica el aborto.

d. Aborto culposo. Es el aborto provocado de forma imprudente, por la misma mujer embarazada o por persona distinta. Su previsión jurídica suele

imponer sanción penal a quien provoque el aborto culposamente, excepto a la gestante, pues se presume que su deseo no era perder a su hijo o hija sino, por lo contrario, esto la convierte en víctima de su propia imprudencia, sufriendo afectación física, emocional y psicológica. En esta clase de aborto, la conducta del tercero que provoca el aborto debe sujetarse a las reglas generales de la imprudencia, es decir que el sujeto activo del delito tiene un comportamiento consciente pero realizado sin guardar el deber objetivo de cuidado en circunstancias concretas que lo demandan⁵³. Por ejemplo, el aborto culposo provocado por golpe abdominal en un accidente de tránsito.⁵⁴.

e. Aborto terapéutico o por estado de necesidad. Es el aborto provocado necesariamente cuando el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la mujer embarazada. Es decir que, en el conflicto entre la vida en formación del *nasciturus* y la salud o la vida de la madre, la protección de los bienes jurídicos de la gestante no puede hacerse más que practicando el aborto⁵⁵.

La característica especial de esta modalidad de aborto es que tanto la vida del *nasciturus* como la salud o la vida de la madre tienen protección jurídico-penal y al colisionar el interés de proteger a ambos, se produce un estado de necesidad. Existen dos formas en que la necesidad médica – comprobada- para la práctica del aborto terapéutico puede adecuarse al estado de necesidad jurídico.

⁵³ Sobre el “deber de cuidado”, puede consultarse a **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, 1ª Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, pp. 86-88.

⁵⁴ La acción que ocasiona el aborto, al ser imprudente, no tiene por finalidad específica provocar tal resultado, pero se realiza siendo consciente del riesgo en que se puede situar a la mujer en estado de gravidez, y aun pudiendo prever tal peligro, obra sin el debido cuidado.

⁵⁵ Vid. **RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio**, *op. cit.*, pp. 49-50.

La primera forma, y la más común, consiste en el reconocimiento expreso de la indicación terapéutica en la dogmática penal que penaliza el aborto y estableciéndose una renuncia a la imposición de sanción penal por considerarse realizado sin el dolo de destruir la vida en formación, sino practicado por necesidad, en salvaguarda de los bienes jurídicos de la gestante. En virtud de ser una situación muy particular, su regulación jurídica concreta puede delimitar los parámetros en que ha de excluirse de responsabilidad penal, considerando factores como si es necesario o no el consentimiento de la mujer en su práctica, la forma en que ha de acreditarse la necesidad médica, o las dimensiones médico-legales del bien jurídico que se intenta proteger con la práctica abortiva, ya sea la vida, la salud o ambos, y además las diferentes “clases” de salud que pueden considerarse comprometidas con el embarazo.

La segunda forma no requiere regulación jurídica expresa del aborto terapéutico. En el reconocimiento dogmático del estado de necesidad, es posible prever la circunstancia de conflicto entre cualesquiera bienes jurídicos y los parámetros de exclusión de responsabilidad penal en caso de lesionarse uno de ellos a través de una conducta que al mismo tiempo protege el otro. En consecuencia, la característica intrínseca al aborto terapéutico –colisión de los bienes jurídicos de la madre y del *nasciturus*– posibilita la adecuación de su práctica a las reglas del estado de necesidad establecidas en la parte general de la dogmática penal aplicable.

Estas dos formas de adecuar la necesidad médica del aborto terapéutico a un estado de necesidad jurídico han tenido presencia en la dogmática penal salvadoreña. La primera de ellas, en la previsión del aborto terapéutico en el Art. 169 ord. 2° CP derogado, en el cual se establecía la no punibilidad del aborto practicado por facultativo (médico) para salvar la vida de la madre, siempre que se efectuara con su consentimiento. Esta

disposición no preveía la colisión ni el estado de necesidad entre la vida del *nasciturus* y la salud de la gestante. La segunda de ellas, a través del reconocimiento del estado de necesidad como una causal de exclusión de responsabilidad penal en el Art. 27 núm. 3 CP vigente, en el que se establece que no es responsable penalmente “Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado (...)”.

B. Dentro del segundo criterio de clasificación jurídico-penal, la responsabilidad penal por la lesión de la vida del nasciturus se excluye o atenúa en un marco jurídico penalizador del aborto, y en defensa de valores que no constituyen bienes jurídicos concretos, como lo es la vida en formación. Dentro de este criterio, el aborto puede ser: ético o criminológico, eugenésico, honoris causa -honorable o privilegiado- y económico.

a. Aborto ético o criminológico. Es el provocado voluntariamente debido a un origen violento del embarazo, como una violación o un estupro. También es denominado aborto “humanitario”⁵⁶ o “sentimental”⁵⁷, ya que su exención de responsabilidad penal se fundamenta en la protección del bienestar emocional o psicológico de la mujer víctima de la acción violenta.

A pesar de la característica motivación moral de esta clase de aborto, excepcionalmente podría tener como objeto de protección un bien jurídico penal concreto bajo la modalidad de aborto terapéutico. Es común que en las legislaciones –como ocurría en el Art. 169 ord. 3° CP derogado de El Salvador- se prevea el aborto ético considerando nada más sus causas, es

⁵⁶ **RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio**, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁷ **PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena**, *op. cit.*, p. 15.

decir el acto violento que originó el embarazo, pero sin establecer expresamente la finalidad protectora del acto abortivo. En distinto sentido, la previsión del aborto terapéutico suele incorporar los bienes jurídicos concretos que se intentan proteger, ya sea la vida y/o la salud de la gestante, y respecto a este último se puede prever también la salud mental –como ocurrió en la legislación británica-⁵⁸. En este caso, se estaría ante un verdadero conflicto de bienes jurídico-penales y la práctica del aborto ético podría ejercerse en un estado de necesidad, con la finalidad terapéutica de resguardar la salud emocional o psicológica de la gestante víctima de la violación o el estupro.

b. Aborto eugenésico. Es el aborto provocado voluntariamente “por razones humanitarias”, cuando el producto de la concepción sufre infecciones, malformaciones o enfermedades congénitas, dentro de las cuales pueden incluirse las taras o patologías mentales de alguno de sus padres⁵⁹, las enfermedades víricas contraídas por la mujer antes o durante la gestación -como el Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH) o la rubéola-, o supuestos excepcionales como la exposición de la mujer embarazada a radiación⁶⁰.

La lesión de la vida en formación no se encuentra amparada por una causa de justificación en estricto sentido jurídico-penal. El motivo de su exención penal es de carácter moral o humanitario, pues se presume practicado con el fin de evitar el sufrimiento del hijo y la pesadumbre que éste traería a la familia, aunque es evidente que su previsión jurídica también

⁵⁸ **BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**, *La Regulación Jurídica del Aborto en América Latina y El Caribe: Estudio Comparativo*, 1ª Edición, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), Perú, 1998, p. 40.

⁵⁹ **PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena**, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁰ **CORZO TORRES, Carlos Rafael**, *op. cit.*, p. 44.

se realiza en “defensa de la sociedad”, evitando el nacimiento de peligrosos “desviados” o de engendros “anormales”. En el caso del Art. 169 ord. 4° CP derogado de El Salvador, se preveía sólo a causa de una “deformidad previsible grave”, diagnosticada médicamente.

c. Aborto honoris causa, honorable o privilegiado. Es el aborto provocado voluntariamente para resguardar el “buen nombre”, la “buena fama”, el “prestigio social” o el “buen concepto público” de la gestante, cuando su embarazo tiene un origen “deshonroso”, como una relación extramatrimonial. Es evidente que esta clase de aborto tiene una raíz moral conservadora, pues busca mantener apariencias ante las “buenas costumbres” de un contexto social determinado⁶¹. La lesión de la vida del *nasciturus*, en este caso, tampoco se ampara en una causa de justificación penal, por lo que su regulación jurídica es meramente excluyente o atenuante de responsabilidad penal. Dada la ambigüedad moral de sus causas, no fue extraño que su previsión se haya debilitado con el desarrollo de la teoría jurídica del delito en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En el caso de Latinoamérica, comenzó a desaparecer en las codificaciones del siglo XX; en el caso específico de El Salvador, se reguló como una modalidad atenuada en todos los códigos penales, desapareciendo en el CP -vigente- de 1998.

d. Aborto económico. Es el aborto provocado voluntariamente cuando la precaria situación socioeconómica de la mujer embarazada no le permite costearse el embarazo, el parto o la crianza⁶². Se le denomina también “aborto social”, “aborto por causas económicas”⁶³, “aborto por indicación

⁶¹ RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *op. cit.*, pp. 50-51.

⁶² PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 16.

⁶³ RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *op. cit.*, pp. 51-52.

económica” o “aborto miserable”, considerándose dentro de esta última definición las situaciones de guerra⁶⁴.

El aborto económico tiene actualmente poca presencia en los ordenamientos jurídicos penalizadores del aborto, no pudiendo ser considerado como justificado, y es que su causa –desde el punto de vista jurídico-penal- no representa de ninguna manera una circunstancia que no pueda ser afrontada de forma diferente a la lesión de la vida en formación.

2.3 Enfoque Histórico del Aborto.

Es imposible rastrear todos los antecedentes del aborto, entre otros motivos, porque su comprensión se ha efectuado al ritmo del desarrollo del conocimiento médico, porque no siempre ha sido un tema de interés social y porque está vinculado a un ámbito tan íntimo, privado y cotidiano como lo es la función reproductiva del ser humano.

Es posible, por tanto, que la práctica voluntaria del aborto sea casi tan antigua como la misma capacidad humana de reproducirse. Una de las primeras referencias escritas al respecto es un texto chino de medicina que data de hace aproximadamente tres mil años ANE⁶⁵. También se conoce que se practicaba libremente en culturas como la egipcia y -en algún período de- la romana⁶⁶.

La práctica del aborto obtiene peso y visibilidad en la Historia cuando adquiere interés público o político, convirtiéndose en un problema sobre el

⁶⁴ LÓPEZ BOLADO, Jorge, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁵ CORZO TORRES, Carlos Rafael, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁶⁶ Vid. BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta, *op. cit.*, p. 21.

cual se emiten juicios de valor, sean estos morales, lógicos o religiosos, contenidos o devenidos de lineamientos éticos sobre el comportamiento, de los sistemas de creencias que prescriben directrices para las conductas del ser humano frente a la gracia de la divinidad; o de lo mandado, permitido o prohibido a través de las normas jurídicas que rigen la conducta en una sociedad concreta: el derecho.

Luego de haber abordado el significado, las definiciones, las clases de aborto, sus características y sus diferencias desde la medicina y el derecho, es conveniente realizar una revisión sobre el desarrollo de la problematización social del aborto a partir de los diferentes sistemas normativos, especialmente en las sociedades europeas, cuyos antecedentes –como se pondrá de manifiesto- son también los antecedentes del contexto actual de la problemática en la región latinoamericana y en El Salvador.

2.3.1 Esbozo Histórico de la Problematización Política del Aborto.

Las primeras regulaciones jurídicas del aborto conocidas, en el pueblo hebreo (Antiguo Testamento: Ex. 21:22-25⁶⁷) y el imperio babilónico (Código de Hammurabi: 209⁶⁸), sólo prevenían el aborto –culposo- provocado por herir o lastimar a mujer embarazada. En ambos antecedentes se consideró como un *problema*, con implicaciones –quizás- morales, jurídicas y religiosas, dado el profundo sincretismo entre los sistemas normativos en las sociedades antiguas.

⁶⁷ Vid. **LA SANTA BIBLIA: ANTIGUO Y NUEVO TESTAMENTOS**, Traducción de Casiodoro de Reina (1569), Revisada por Cipriano de Valera (1602), Revisión de 1960, Sociedades Bíblicas Unidas, Brasil, 2000.

⁶⁸ Vid. **CÓDIGO DE HAMMURABI**, de fecha aprox. 1752 ANE, según *Códigos legales de tradición babilónica*, Editada por Joaquín Sanmartín, Trotta, Barcelona, 1999, extracto publicado por Guillermo Fatás Cabeza, Universidad de Zaragoza, disponible en <http://www.unizar.es/hant/POA/hammurabi.pdf>, sitio visitado el 21 de octubre de 2013.

El aborto voluntario no fue problematizado con las regulaciones jurídicas relacionadas, sin embargo, estas fueron el antecedente general del interés de la interrupción del proceso de formación de la vida como un *asunto público*, es decir, un *problema político*. Siglos después, con dicho matiz se reflexionaría el aborto voluntario, entre otros, por el pensamiento filosófico-político griego, particularmente con Platón (*La República*) y Aristóteles, al considerar en su obra "*Política*" (Libro VII, Capítulo XIV) que cuando los matrimonios se hicieran fecundos, traspasando los límites de la población, sería necesario practicar el aborto antes que el embrión recibiera el "sentimiento vital", es decir, antes de la animación del feto, pues la existencia o no del "sentimiento de la vida" determinaría si el aborto sería crimen o no⁶⁹.

Aristóteles habría develado tres dimensiones del tema: Una *natural*, que consistía en la animación del feto como parámetro para determinar si existe destrucción de ser vivo. Una dimensión *jurídica*, integrada por la licitud o ilicitud del acto. Y una dimensión *política*, que consistía en la legitimidad de la penalidad del aborto y en la legitimidad de su práctica como disposición política; esto porque, si existiese animación del feto, y por tanto ilicitud del acto abortivo, su sanción penal estaría plenamente legitimada desde el punto de vista jurídico y político; contrariamente, al no existir animación fetal, el aborto sería lícito y políticamente legítimo, siempre que se practicase con interés de respetar los límites de la población.

Con el planteamiento aristotélico, lo lícito habría parecido un condicionante absoluto de lo legítimo, pues una vez iniciada la animación del feto, el aborto constituiría crimen y no podría legitimarse políticamente. Sin

⁶⁹ **ARISTÓTELES**, *La Política*, Traducción de Nicolás Estévanez, Garnier Hermanos, París, 1920, p. 201, disponible en, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=766>, sitio consultado el 21 de octubre de 2013.- En esta versión castellana, como en otras, el Libro VII está ordenado en cuarto lugar, es decir, se ubica como el Libro IV.

embargo, considerar el aborto voluntario como un asunto público abriría la posibilidad de que su regulación dependiera, más que de un parámetro jurídico, de un *interés político* particular que *legitimase* su regulación jurídica de una u otra manera en una sociedad y momento determinados.

En Roma, inicialmente, se consideraba al embrión como parte del cuerpo de la mujer y no como un ser vivo concreto, de acuerdo al principio *portio viscerum matris* (“parte de las vísceras de la madre”)⁷⁰. Después, el aborto se constituiría en objeto de regulación jurídica, como en las disposiciones referidas a los derechos hereditarios del *nasciturus* en la *Ley de las Doce Tablas*, y el posterior establecimiento de sanciones al acto abortivo, una de las cuales disponía que no se castigaría a la mujer que contase con la autorización del padre de familia a quien estuviera sometida para practicarse el aborto, quien sería el destinatario de sanción social cuando no probase una razón suficiente para haberlo autorizado; pero cuando la mujer abortara sin tal autorización, se podía ejercer la venganza en su contra o la imposición de una pena a solicitud del padre de familia. Con el tiempo, la regulación del aborto se inclinaría más a su sanción jurídica y moral, como en la época del emperador Septimio Severo, en la que se condenaba a la mujer abortista al destierro⁷¹.

La legitimación de la sanción del aborto voluntario, en un primer momento, tendría connotación de ser producto de la ideología patriarcal, tanto por la importancia de la autorización del padre de familia, como por la facultad de ejercerse en contra de la mujer la venganza o la imposición de una pena; sanciones que se justificaban de forma parecida a la sanción del aborto culposo en la Ley Mosaica, pues en ambos casos se consideraba el

⁷⁰ CORZO TORRES, Carlos Rafael, *op. cit.*, p. 24.

⁷¹ RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *op. cit.*, p. 44.

aborto como una afectación al derecho del padre a tener descendencia, sin ponderar el mismo derecho respecto a la madre.

Una vez establecido el cristianismo como religión oficial, la regulación sobre el aborto, en general, seguiría siendo punitiva; pero la legitimación de su sanción se haría sobre la base de la “interpretación oficial” de la doctrina cristiana, homogeneizándose las distintas dimensiones –natural, médica, moral, religiosa, política- del tema en una sola concepción legitimadora. En este período -como indica Bermúdez Valdivia- el aborto constituyó un delito, sosteniendo la tesis central que desde la fecundación se constituye la vida humana, y que el acto abortivo equivale al homicidio. En ese marco dogmático, se suscitaría el conflicto entre esta tesis de “la animación inmediata”, según la cual el embrión poseía alma desde la concepción, y la tesis de “la animación retardada”, según la cual el alma se integra al embrión cuando está suficientemente conformado para recibirla⁷².

Esta controversia –señala la misma autora- finalizaría siglos después con la emisión del acta *Apostólica Sedis*, en 1869, por el Papa Pío IX, según la cual se castigaba con excomunión el aborto producido en cualquier momento del embarazo, considerándolo un acto incompatible con la moral cristiana, independientemente de su regulación jurídica laica. Es evidente que esta sanción fue de naturaleza eminentemente religiosa, pues para entonces la sanción jurídica del aborto dependía oficialmente del poder político seglar.

Desde el siglo XVIII cambio la forma de castigo del aborto, y de los delitos en general. El nacimiento del Estado Liberal trajo consigo una

⁷² BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta, *op. cit.*, pp. 22-23.

liberación política, económica y cultural en los países europeos, siendo una de sus consecuencias sociopolíticas la histórica reforma carcelaria, impulsada por César Beccaria, a través de la cual se generalizó la sustitución de la pena de muerte y los tratos crueles del régimen oscurantista de la Edad Media, por la reclusión o la prisión para casi toda clase de delitos⁷³. Es evidente que la legitimación de la sanción penal del aborto había cambiado drásticamente, y con ello su dimensión jurídica.

En primer lugar, la perpetuación de su sanción penal se legitimó con una nueva ideología de orden social favorable al pensamiento político-económico liberal. El control social directo ejercido especialmente para restringir la libertad individual, extendería el dogma de la prisión, como corrección de conductas “desviadas” o “anormales”, a conductas que poco tenían que ver con la supuesta desviación o anormalidad -v. gr., el aborto-

En segundo lugar, la legitimación seglar permitió que su tratamiento jurídico se flexibilizara y ampliara. Al abandonarse los severos criterios punitivos de corte religioso, los criterios jurídicos, morales y políticos influirían en la regulación jurídica del aborto, incorporando circunstancias atenuantes, como en el aborto *honoris causa*, e incluso su permisión por razones de interés político, como el control demográfico -por ejemplo-⁷⁴. El nacimiento del Estado moderno reafirmaría al aborto como un problema político: la posibilidad de que su regulación jurídica dependiese de los motivos políticos de interés para un Estado, pudiéndose legitimar de una manera u otra, no siendo un asunto exclusivo de la política criminal.

⁷³ Vid. **PAVARINI, Massimo**, *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Traducción de Ignacio Muñagorri, 1ª Edición, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2002, pp. 36-38.

⁷⁴ **BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**, *op. cit.*, p. 23.

No obstante su compleja dimensión política, es evidente que la problematización del aborto en las sociedades occidentales se caracteriza por la tendencia a su prohibición y sanción jurídico-penal, moral y religiosa, de modo que entre su categorización como pecado, “inmoralidad” y delito ha existido mucha identificación desde hasta la actualidad, sincretizándose valoraciones de distintos ordenamientos normativos, al estilo de las sociedades de la antigüedad. Esto ha sido y sigue siendo motivo de los más variados conflictos y contradicciones jurídicas, morales y religiosas en la prohibición del aborto voluntario.

2.3.2 Evolución Legal del Aborto en Latinoamérica y El Salvador.

Los Estados latinoamericanos, tras su independencia, crearon sus propios ordenamientos jurídicos, basados en sus Constituciones, pero estos estuvieron orientados -y lo han estado desde entonces- por la tradición jurídica europea, impuesta en los procesos de conquista y colonización.

De esta forma, la problematización política del aborto, construida en las sociedades europeas durante siglos, se extendió hasta Latinoamérica introduciéndolo en sus sistemas normativos jurídicos, como objeto de sanción penal, es decir, como un tema casi exclusivo de política criminal; pero también susceptible a la sanción moral y religiosa, con la imposición del sistema normativo moral de las nuevas clases sociales -dominantes- y su sistema de creencias, especialmente la doctrina católica apostólica romana.

La presencia del aborto en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos data de los primeros códigos penales de la región. A partir de entonces, su regulación jurídica evolucionó no sólo dependiendo de las transformaciones sociales, políticas y jurídicas de las sociedades europeas,

sino también conforme al dinamismo del derecho y de las características culturales específicas de las nuevas sociedades latinoamericanas.

En atención al criterio de Bermúdez Valdivia⁷⁵, es posible analizar la evolución de la regulación jurídica del aborto en América Latina en razón de dos períodos: *la codificación del siglo XIX* y *la codificación del siglo XX*. Es necesario exponer algunos rasgos generales de dichos períodos, con especial énfasis en la legislación penal de El Salvador.

A. El aborto en los códigos penales del siglo XIX.

La previsión legislativa del aborto tuvo un fuerte contenido moral, y de ello da fe el apareamiento del aborto *honoris causa* como atenuante de responsabilidad penal. En general, el criterio para penalizar el aborto tenía dos tendencias: *una moralista*, representada por el aborto *honoris causa*; y *una estrictamente jurídico-penal*, considerando el objeto de protección jurídica con su penalización: *la vida del nasciturus*⁷⁶.

En El Salvador, ambas tendencias estuvieron contenidas en la codificación del siglo XIX, en las que se diferenciaba la lesión de la vida dependiente del homicidio. En los Códigos Penales de 1826, 1859 y 1881, se mantuvo similar regulación jurídica del aborto, previendo modalidades agravadas, como el aborto practicado por facultativo de la salud –haciendo abuso de su profesión- o por tercero sin consentimiento de la gestante; y modalidades atenuadas, cuando se practicase con consentimiento de la mujer o se provocase por la misma gestante para mantener su buena fama o “encubrir su fragilidad” (Art. 655 CP de 1826).

⁷⁵ Vid. BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta, *op. cit.*, pp. 24-31.

⁷⁶ Vid. BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta, *op. cit.*, pp. 24-25.

La causal *honoris causa*, en particular, constituiría también circunstancia atenuante en el homicidio de recién nacido, siempre que la madre lo cometiera dentro de las veinticuatro horas después del parto (Art. 627 inc. 2° CP de 1826), término que décadas después se extendería a tres días, según lo regulado en el Art. 366 CP de 1881⁷⁷.

En este siglo, la legislación penal de El Salvador –como en la mayoría de países de la región- se penalizó el aborto de forma absoluta, sin admitir situaciones excepcionales de exclusión de la responsabilidad penal.

B. El aborto en los códigos penales del siglo XX.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la regulación penal del aborto supera parcialmente la tendencia moralista, desapareciendo el aborto *honoris causa* en algunos países de la región –incluido El Salvador-⁷⁸, y adaptándose la misma a la consolidación de la teoría jurídica del delito en los ordenamientos jurídico-penales. Es necesario enfatizar dos contenidos esenciales de la estructura del delito en la dogmática penal que influyeron en esta mutación legislativa del aborto.

El primer elemento consiste en la *teoría finalista*, a partir de la cual puede considerarse que la dirección teleológica de la acción u omisión abortiva es producir un resultado concreto, que no es otro que la muerte del *nasciturus* -con excepción de la puesta en peligro imprudente y su consecuente lesión culposa-; determinándose así la culpabilidad del sujeto activo del delito de aborto en tanto éste responde penalmente sólo por sí

⁷⁷ FEUSIER, **Oswaldo Ernesto**, *Pasado y Presente del Delito de Aborto en El Salvador*, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, Departamento de Ciencias Jurídicas, Unidad de Investigaciones, pp. 2-4, disponible en: http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4_pasadoypresentedeldelitodeabortoenelsalvador.pdf, sitio visitado el 31 de octubre de 2013.

⁷⁸ Vid. **BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**, *op. cit.*, pp. 29-30.

mismo, por el acto o la omisión volitiva que produce el resultado penalizado y por ser éste imputable o tener capacidad de culpabilidad⁷⁹.

El segundo elemento es la *teoría del bien jurídico protegido*, desde la cual se considera que en la interrupción del embarazo, el resultado prohibido y penalizado no es la mera destrucción de un objeto material –el producto de la concepción- sino de la vida en formación o vida independiente, que contiene implícito un valor reconocido por el Estado y protegido a través de la dogmática penal⁸⁰.

A partir del enfoque del bien jurídico protegido, la regulación penal del aborto en las codificaciones latinoamericanas del siglo XX variaría en los tipos básicos y las circunstancias agravantes o atenuantes de los tipos cualificados de cada legislación, pero siempre *sobre la base de una lesión existente de la vida en formación*. Como excepción dentro de este enfoque predominante, surgió el *sistema de indicaciones abortivas*, conformado por supuestos de aborto no punibles, por la concurrencia de circunstancias excepcionales determinadas en la legislación penal, lo cual dio pie a una tendencia legislativa inclinada a la despenalización del aborto⁸¹.

En el caso de El Salvador, el CP de 1904 tuvo un enfoque del bien jurídico protegido de forma similar a las codificaciones del siglo XIX. El consentimiento de la gestante era determinante de su culpabilidad, sea que ésta se lo provocase a sí misma o permitiese que un tercero lo practicara,

⁷⁹ Sobre “finalismo”, puede consultarse a **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁰ Sobre la teoría del bien jurídico protegido, puede consultarse a **NINO, Carlos Santiago**, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, 1ª Edición, 1ª Reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989, pp. 55-56.

⁸¹ Vid. **BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**, *op. cit.*, pp. 27-28.

manteniéndose además la agravante cuando el tercero fuera facultativo de la salud en abuso de su profesión. Como excepción a este enfoque, se mantiene la tendencia moralista en la atenuación del aborto *honoris causa*⁸².

La regulación del aborto en el CP de 1974 ha sido la más compleja en la historia legal de El Salvador. En éste predomina el enfoque del bien jurídico protegido, regulándose dentro del capítulo de los delitos contra la vida y la integridad personal. Se previó de forma diferenciada el aborto propio o procurado (Art. 161) y el aborto consentido (Art. 162); se previeron con penalidad mayor el aborto provocado sin consentimiento de la gestante (Art. 163) y el aborto con consecuencias mortales (Art. 166). Los casos de aborto agravado se reducían a cuatro supuestos específicos (Art. 164)⁸³ a los que se aplicaba la pena máxima correspondiente, aumentada en una tercera parte, más la inhabilitación del ejercicio profesional, en caso de ser practicado por facultativo de la salud en abuso de su profesión. Se mantuvo la penalización del aborto culposo (Art. 168) y se previó el “aborto preterintencional” (Art. 167) -producto de violencia sobre la mujer-.

El rasgo más característico de la previsión del aborto en este CP es que, junto al enfoque del bien jurídico protegido y al enfoque moralista del aborto *honoris causa*, se regulan, por primera y única vez en la historia legal del país, las indicaciones abortivas (Art. 169 ords. 2° 3° y 4°), correspondientes a los supuestos de aborto terapéutico, ético y eugenésico. La previsión de estas indicaciones supuso una apertura de la histórica regulación absolutamente penalizadora del aborto en el país, afín con la

⁸² FEUSIER, Oswaldo Ernesto, *op. cit.*, pp. 4-5.

⁸³ Estas circunstancias eran cuando el aborto se cometiera en mujer de dieciséis años o menos, cuando la mujer estuviese en estado de perturbación de su conciencia, cuando se practicase por médico, farmacéutico o cualquier otra persona con abuso de su profesión; y cuando fuese realizado por móviles económicos.

misma apertura en las tendencias legislativas iniciada a finales del siglo XX en la región, con excepción de Uruguay y Colombia, países en los que desde 1889 y 1890 –respectivamente- ya se había previsto el aborto por razones terapéuticas, excluyéndolo de responsabilidad penal⁸⁴.

El CP de 1998, actualmente vigente en la República de El Salvador, contiene una regulación restrictiva y absolutamente prohibitiva o penalizadora del aborto, pues no se prevé ninguna indicación abortiva ni un sistema de plazos que permitan, como en otras legislaciones de la región, supuestos de aborto no punibles. Esta regulación jurídica, además de *recesiva*, en el sentido de volver a la penalización absoluta como en los códigos penales anteriores al CP de 1974, se caracteriza por ser más *represiva*, pues aumenta el marco legislativo de las penas aplicables a los casos de aborto, lo cual puede verificarse al compararse con las penas previstas en los tipos penales comunes con el CP de 1974:

- a. El aborto propio o procurado y el aborto consentido, previstos en tipos penales distintos y con sanción distinta en el CP de 1974⁸⁵, pasan a ser sancionados en el CP de 1998 en un mismo tipo penal, denominado “aborto consentido y propio”, con una sanción penal mayor, consistente en prisión entre dos y ocho años, tanto para la mujer que lo practique o lo consienta como para el tercero que lo practique.
- b. El aborto sin consentimiento, sancionado con prisión de tres a ocho años en el CP de 1974 (Art. 163), pasa a ser previsto y sancionado con prisión de cuatro a diez años de prisión en el CP de 1998.

⁸⁴ **BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁵ El aborto propio o procurado era penalizado con prisión de uno a tres años (Art. 161), mientras el aborto consentido lo era con prisión de uno a tres años para la mujer que lo consintiere, y con prisión de dos a cuatro años a quien lo practicase (Art. 162).

- c. El aborto agravado en el CP de 1974 se podía constituir a través de supuestos distintos (Art. 164), mientras que en el CP de 1998 se prevé sólo el supuesto en que se practique por médico o farmacéutico, extendiéndose la agravante –además- a los auxiliares de estas profesiones (Art. 135). Este cambio es muy singular, pues en los códigos anteriores la agravante se constituía siempre que el facultativo de la salud practicare aborto en “abuso de su profesión”, mientras que en el CP vigente basta con tener calidad de médico, farmacéutico o auxiliar de estos, aunque se practique en cumplimiento de un deber médico⁸⁶. Por supuesto, su penalidad también aumentó: mientras en el CP derogado se sancionaba con la pena máxima correspondiente aumentada en una tercera parte –considerando que las penas eran, en general, inferiores-, en el CP vigente pasó a sancionarse con prisión de seis a doce años, manteniéndose la pena accesoria de inhabilitación del ejercicio profesional.
- d. El aborto culposo, sancionado con prisión de seis meses a un año en el CP de 1974 (Art. 168), aumenta el máximo del marco legislativo de su pena hasta los dos años de prisión.
- e. En el CP de 1998 se prevé en un nuevo tipo penal la inducción o ayuda económica a una mujer para que se practique un aborto, sancionados ambos supuestos con prisión dos a cinco años, aumentándose hasta en una tercera parte del máximo de la pena cuando el sujeto activo del delito es el progenitor (Art. 136).

Un dato importante del CP de 1998, es que, por primera vez en El Salvador, se prevén y sancionan las lesiones dolosas y culposas (Arts. 138 y

⁸⁶ Este tipo penal cualificado, especialmente dirigido a prevenir y sancionar abortos en los que se requiere prescripción y práctica médica, incluye al aborto terapéutico, limitándose así la protección de la vida o la salud de la gestante cuando peligran grave y previsiblemente por su embarazo.

139) en el *nasciturus* y las alteraciones de la vida en formación por manipulación genética dolosa o culposa (Arts. 140 y 141), aunque estos últimos dos supuestos pueden ser sólo excepcionales, debido al poco desarrollo y aplicación de la tecnología genética en la sociedad salvadoreña en la actualidad.

A pesar de las características recesivas y represivas de este CP, el enfoque del mismo es, tradicionalmente, el del bien jurídico protegido; en tanto la penalización de toda forma de aborto *se fundamenta a sí misma en la finalidad de proteger la vida en formación*. O al menos así puede considerarse desde el estricto punto de vista dogmático penal.

El caso represivo de El Salvador no ha sido aislado en la región. Al igual que en su CP de 1998, países como Haití, Nicaragua, Honduras, República Dominicana y Chile poseen una regulación jurídica absolutamente penalizadora del aborto en la actualidad, mientras el resto de países de la región sigue la tendencia global a su apertura legislativa, iniciada después de 1994, a partir de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo, en donde 179 países asumieron el compromiso de prevenir el aborto inseguro, y a partir de lo cual, más de 25 países han liberalizado sus leyes sobre el aborto⁸⁷.

La regulación jurídica del aborto no ha evolucionado uniformemente en todos los países latinoamericanos, ni en el mundo entero, diversificada tanto en el sentido prohibitivo como permisivo. En el sentido prohibitivo,

⁸⁷ **CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO**, *Excluidas, Perseguidas, Encarceladas: El Impacto de la Criminalización Absoluta del Aborto en El Salvador*, Nueva York, 2013, p. 18, disponible en: http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/crr_ElSalvadorReport_Sept_25_sp.pdf, sitio visitado el 1 de noviembre de 2013.

subsiste su tradicional penalización absoluta. En el sentido permisivo, se identifican aquellos sistemas jurídicos en los que existe liberalización del aborto, la cual puede consistir en despenalización total, fundada en los derechos reproductivos de las mujeres, o en su despenalización parcial, fundada en el reconocimiento dogmático penal de indicaciones abortivas, entre ellas la ética, la eugenésica y la terapéutica (véase *supra* pp. 48-52); o en el reconocimiento de plazos según los cuales se dispone la no punibilidad del aborto practicado en períodos tempranos del embarazo.

En general, cada una de estas tendencias tiene un fundamento protector: de la vida en formación (en caso de penalización), de los bienes jurídicos de las mujeres embarazadas (en caso de despenalización parcial), o de sus derechos reproductivos (en caso de despenalización absoluta). Además, estas posturas legislativas, excepto la despenalización, tienen antecedentes en América Latina desde las primeras codificaciones penales.

La polémica actual, se genera a partir de la tendencia mundial en el reconocimiento del papel de los derechos fundamentales de las mujeres en el tratamiento político-criminal del aborto, sobre todo en el contexto de legislaciones absolutamente penalizadoras, como la de El Salvador, en las cuales pareciera que la sanción penal es la única forma en que el Estado puede proteger la vida en formación; lo que es paradójico, pues el ejercicio del *ius puniendi*, de acuerdo a los principios democráticos de la política criminal, debiera ser subsidiario, de mínima intervención y de *última ratio*⁸⁸. En otras palabras, a través de la penalización absoluta del aborto se

⁸⁸ Vid. **AMAYA CÓBAR, Edgardo A., y Ricardo Vladimir MONTOYA CARDOZA**, *Propuesta de Política Criminal y Seguridad Ciudadana para El Salvador*, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), Red por un Sistema Penal Democrático, San Salvador, 2005, pp. 7-9, disponible en: <http://www.comunidadsegura.org/files/active/1/PPCPES2005.pdf>, sitio visitado el 5 de noviembre de 2013.

pretende resolver un problema cuyo tratamiento preventivo es una obligación estatal, cuando menos que ser un asunto de política criminal, lo es más de salud pública, de educación y de desarrollo humano y social. Desde este enfoque, el problema no es meramente dogmático, sino un asunto socio-político que requiere ser abordado de la forma más equilibrada posible.

Debido a la complejidad del tema en cuestión, es menester asimilar las implicaciones político-criminales básicas de la penalización absoluta del aborto en El Salvador y sus consecuencias sociopolíticas, especialmente, aquellas que afectan directamente los derechos de las mujeres, cuya protección también es obligación estatal.

2.4 Contexto Político – Criminal del aborto en El Salvador.

El excesivo dogmatismo positivista en los sistemas penales modernos ha puesto de manifiesto la profunda y urgente necesidad de no agotar el quehacer político-criminal en la formulación y aplicación de un mero conjunto de categorías jurídicas, pues tales funciones deben comprender e incorporar las características empíricas de las conductas criminalizadas⁸⁹. Las dimensiones jurídica y social del delito se integran cuando se cumple la finalidad de tutela jurídica de los intereses legítimos de la política criminal. Es decir, cuando se ejecuta con congruencia e identificación entre su contenido dogmático y su ámbito de aplicación⁹⁰.

⁸⁹ Vid. **SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto**, “El Sistema Penal Salvadoreño: Una aproximación desde la perspectiva de la política criminal”, en *Revista Justicia de Paz*, Consejo Nacional de la Judicatura, N° 15, Año VI, Vol. I, mayo-agosto de 2003, San Salvador, p. 84.

⁹⁰ Sobre este punto, resulta interesante lo expuesto por **WITKER, Jorge**, en “Hacia una Investigación Jurídica Integrativa”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, nueva serie, año XLI, N° 122, mayo-agosto de 2008, México, p. 953.- El autor plantea que una concepción integrativa u holística del derecho “debe partir de comprender al fenómeno jurídico como un

Desde el punto de vista normativo, esta finalidad es la protección de los bienes jurídico-penales, cuya afectación se prevé y sanciona. Desde el punto de vista práctico, la finalidad de la política criminal es difusa, pues obedece a un entramado denso de factores sociales, políticos, económicos y culturales, que se manifiestan –en alguna medida- en los diferentes tipos de persecución penal de una sociedad: el por qué se criminalizan legislativamente determinadas conductas, por qué unas no son perseguidas y otras sí, el cómo se persiguen, cómo se castigan y qué se logra con ello.

Al mismo tiempo, los bienes jurídicos representan valores humanos elevados a categorías jurídicas; lo cual exhibe el ambiguo contenido valorativo implícito en los intereses políticos de la persecución penal que en una sociedad se practica: los valores que no se protegen penalmente y aquellos que aparentemente sí; apariencia que depende del cómo se defienden, cómo se sanciona su lesión y si existe una verdadera finalidad política de corregir la conducta lesiva de los mismos.

A partir de lo anterior, se plantea el problema sobre si la finalidad práctica de la política criminal se integra con el fin protector de los bienes jurídico-penales y de los valores que estos resguardan normativamente, si son congruentes o no. Sobre este punto, la respuesta pareciera sencilla, y es que existe suficiente documentación y experiencia sobre el uso de la política criminal en la historia, y especialmente del derecho penal, para el control social a favor de intereses de élites ideológicas dominantes. Sin embargo, no es suficiente generalizar esta utilidad ideológica para desacreditar el fin protector del derecho penal, pues hay valores resguardados, como bienes jurídicos, que no pueden carecer de protección estatal, dado que son

todo”, relacionando a la norma con el hecho social y los intereses tutelados en el “entorno ecológico” del hombre, lo que en palabras del autor constituye su “postura ante la vida”.

necesarios para la existencia y convivencia humana. Uno de estos, es la vida, la cual tiene especial protección estatal, debido a su carácter necesario para el goce de los demás derechos⁹¹.

El aborto es un delito contra este bien jurídico, que además de ser especial por su significado ontológico y contenido axiológico, su lesión se reviste de características distintas a la lesión de la vida independiente, especialmente en lo que refiere a su motivación. No existe duda que la práctica de modalidades de aborto, tal como el aborto sin consentimiento, implican un llano *animus* de lesionar la vida en formación, junto con la destrucción del producto de la concepción, prevaleciendo ante estos supuestos la finalidad protectora del derecho penal sobre dicho bien jurídico. Sin embargo, este enfoque proteccionista de la dogmática penal entra en controversia con la práctica del aborto voluntario, que suele tener distintos enfoques y motivaciones, entre ellos el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres -en referencia al aborto como un acto lícito-, o bien en el ejercicio de un deber lícito o defensa de un bien jurídico en peligro -en el caso de las indicaciones abortivas-.

Estos supuestos son abordados por la política criminal de cada Estado en las distintas tendencias legislativas del aborto, las cuales, como se expuso en el acápite anterior, se fundamentan a sí mismas en una finalidad protectora, pero se legitiman políticamente de forma distinta, en el contexto social en el que son formalizadas en la dogmática jurídica aplicable. En el caso de El Salvador, la penalización absoluta del aborto en el CP de 1998,

⁹¹ Al respecto, la SC ha desarrollado en su jurisprudencia constitucional que: "(...) el carácter esencial e imprescindible de la *vida humana*, como condición necesaria para el desarrollo de la personalidad y de las capacidades, así como para el disfrute de los bienes, ha hecho posible su reconocimiento -a nivel nacional e internacional- como derecho fundamental, el cual es merecedor de una especial protección por parte de los Estados". **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Admisión de Demanda de Amparo, Ref. 310-2013, de fecha 17-IV-2013.

fundamentada en la protección de la vida en formación, ha implicado una renuncia legislativa a la protección que garantiza el reconocimiento de los supuestos no punibles de aborto –indicaciones abortivas-, o de la no punibilidad en general –despenalización-; lo cual genera una alta responsabilidad para las instituciones del sistema de justicia penal, en la judicialización de cada caso concreto, y para los sistemas de salud y de educación pública, en la prevención del aborto inseguro.

2.4.1 Configuración del Criterio de Penalización Absoluta del Aborto en el CP de 1998.

El aborto ha sido consignado al campo de “lo prohibido” en El Salvador, con excepción de los convencionalismos sociales, desde todos los sistemas normativos sociales: como delito, desde el derecho; como pecado, desde los sistemas de creencias religiosas –especialmente desde la religión católica-; y como moralmente reprobable, desde específicos cánones morales predominantes. En razón de ello, el debate sobre su penalización ha sido abordado en diferentes momentos por religiosos, moralistas, médicos, psicólogos, sociólogos, juristas, entre otros; así como por sectores y actores políticos o sociales, tales como ONG’s, movimientos sociales, partidos políticos, tanques de pensamiento, entre otros.

Debido a su carácter socialmente polémico, cuando se aborda este tema desde el contenido de la dogmática penal, de acuerdo con la sensata opinión de Luzón Cuesta, es conveniente no detenerse en las razones y sinrazones de los diversos puntos de vista mencionados -sean partidarios de su penalización o de su despenalización-, pues importa más que la finalidad de dichos argumentos para validar su propia causa, identificar el reflejo de estas posturas en su regulación jurídica positiva. De esta forma es posible

lograr una aproximación a la comprensión de la racionalidad político-criminal con la que se aborda el problema del aborto en El Salvador⁹².

Previo a la revisión del contraste de estas posturas con el contenido dogmático del aborto en el CP de 1998, conviene recordar que la política criminal, retomando a Bustos Ramírez, es “el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad, y por tanto de dirigir el sistema social en relación a la cuestión criminal”⁹³. Esta brillante definición esclarece la confusión del derecho penal como único rostro de la política criminal – comúnmente sostenida por los partidarios del poder punitivo-. El poder de definir la cuestión criminal no reside nada más en el ejercicio del *ius puniendi*, pues para definirlo normativamente y ejecutarlo institucionalmente es necesaria la articulación previa de un sinnúmero de factores de la vida social referidas a cada conducta en específico, que legitimen de alguna manera su criminalización; factores que generalmente son dirigidos por distintos agentes de control social.

Cierto es que algunas conductas generan una reacción individual y social casi inmediata de reprobación –sobre todo moral-, a partir de lo cual se legitima la construcción de una racionalidad política represiva en contra de ellas, por afectar valores fundamentales arraigados en el seno de la sociedad –que jurídicamente suelen identificarse con los bienes jurídicos resguardados por la dogmática penal-. Sin embargo, existen conductas cuya criminalización es más volátil, dependiendo de los valores o intereses de las relaciones de control social que las incluyan en su catálogo del control punitivo. Una de

⁹² **LUZÓN CUESTA, José María**, *Compendio de Derecho Penal: Parte Especial*, 3ª Edición, Dykinson, Madrid, 1992, p. 53.

⁹³ **BUSTOS RAMÍREZ, Juan**, citado por **María Elena ACOSTA FUENTES, Walter Antonio DE PAZ CASTRO y Sayda Lissette RAMÍREZ TORRES**, en *Análisis de la Política Criminal en El Salvador*, Trabajo de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2005, p. 3.

estas conductas es el aborto, tal como lo demuestra su inestable problematización política en la historia (véase *supra* pp. 54-58)

La forma de legitimación de la recesión a la penalización absoluta del aborto en el CP de 1998 no ha sido meramente jurídica. Previo a su aprobación intervinieron distintos factores de control social que, de cierta manera, forman parte de la política criminal salvadoreña.

En el año de 1994, cuando también se celebrara la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, en El Cairo, se formuló en El Salvador un anteproyecto de CP que sería discutido hasta su aprobación en 1997. A través de dicho anteproyecto, se eliminaba el desfasado aborto *honoris causa* y se incorporaban, al igual que en el CP de 1974 –vigente en ese entonces-, la regulación de las indicaciones abortivas ética, eugenésica y terapéutica, con algunas variaciones, que incluían un sistema de plazos en los casos de abortos ético y eugenésico, mientras el aborto terapéutico se regulaba en los mismos términos que en el anterior CP⁹⁴.

La regulación del aborto en dicho anteproyecto no fue abordada polémicamente sino hasta unos meses antes de su aprobación, específicamente en diciembre de 1996, luego que la alta jerarquía de la Iglesia Católica Apostólica Romana en El Salvador se pronunciara públicamente respecto al tema, comparando la previsión de indicaciones abortivas como una “legalización del aborto”.

A partir de esta declaración, y hasta que se aprobase el CP de 1998, el día 26 de abril de 1997, comenzó un debate público a través de los medios de comunicación, manifestándose variadas posturas respecto al tema,

⁹⁴ Vid. **FEUSIER, Oswaldo Ernesto**, *op. cit.*, p. 10.

predominando dentro del mismo, sin duda, el pronunciamiento de autoridades religiosas, periodistas, médicos y sectores conservadores de la sociedad partidarios de la penalización del aborto⁹⁵.

No es posible determinar a ciencia cierta cuál fue el exacto impacto de esta campaña mediática en la opinión pública general, ni mucho menos si la misma era muestra de legitimación social del criterio absolutamente penalizador del aborto⁹⁶; pero es posible percibir que en ella hubo predominación de la apelación a emociones, dogmas religiosos y valores morales conservadores contra el aborto. Los argumentos exaltados y radicales esgrimidos por los defensores de su penalización se silenciaron una vez se aprobó el CP, siendo el aborto, obviamente, el tema que mayor debate causó para su aprobación; eliminándose finalmente, como es ya sabido, los supuestos de aborto no punible.

En el sentido que ha sido apuntado, no es necesario ahondar en las razones o sinrazones de las posturas a favor de la penalización del aborto en la discusión del CP de 1998, ni mucho menos en quiénes las esgrimieron; sin embargo, es necesario señalar sintéticamente algunos aspectos específicos de esta campaña mediática en torno a las indicaciones abortivas en esta normativa, con el fin de esclarecer el efecto que tuvieron en el contenido dogmático actual del aborto en El Salvador y, por tanto, en los efectos jurídicos y sociales que posteriormente se generarían:

⁹⁵ *Ibíd.*, pp. 10-23.

⁹⁶ Sobre todo, porque estas manifestaciones públicas provenían de sectores específicos de la sociedad y, de ninguna manera, pudieron reflejar el criterio social en su totalidad respecto al tema. Lo cual debe considerarse, también, desde la perspectiva de la falta de mecanismos de consulta popular en El Salvador, como el referendo, para someter decisiones legislativas trascendentes a la aprobación de la población –con excepción de la consulta popular regulada en el Art. 89 CN, exclusiva para efectos políticos referidos a la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América–.

- a. El pronunciamiento de las autoridades religiosas, a partir del cual los sectores conservadores en protesta se inspiraron en sus argumentos, ofreció una visión parcializada de la problemática, al propugnar que la existencia de indicaciones abortivas equivalía a “legalizar el aborto”, lo cual generó una confusión entre supuestos de aborto no punible y la licitud de la práctica de los mismos; confusión que fue el epicentro de la discusión, pues gran parte de la campaña mediática contra el aborto se efectuó contra su supuesta “legalización” en el anteproyecto de CP discutido⁹⁷.
- b. En sentido contrario, poco se reparó en esta polémica sobre la legislación penal vigente de ese entonces, en la que ya se exceptuaban de punibilidad los mismos supuestos de aborto contenidos en el anteproyecto de CP en discusión, en cual, incluso, se limitaba aún más la práctica del aborto eugenésico y ético, siendo no punibles solo en las primeras semanas del embarazo -a diferencia del CP de 1974, en el cual no existía plazo para tal efecto-.
- c. En virtud de lo anterior, es evidente que la campaña mediática contra la supuesta “legalización del aborto” tuvo como mera finalidad incidir en la extinción de las indicaciones abortivas ya vigentes en el CP de 1974.
- d. Dado que las posturas fueron radicalizadas entre los partidarios de su penalización y su despenalización, el tema se generalizó –como si todos los embarazos se dieran en las mismas circunstancias y como si todo aborto tuviese las mismas causas y motivaciones-, no dándose espacio para términos medios, tales como los diferentes supuestos de embarazo en los que se pueden aplicar las indicaciones abortivas.

⁹⁷ Es común que las indicaciones abortivas sean confundidas como una autorización legislativa para la práctica voluntaria del aborto, pareciendo así que es una forma de legalizarlo, confundiendo su “no punibilidad” con su licitud. Por ello es necesario recalcar que, como ya fue abordado en el caso del “aborto no punible” (véase *supra* p. 44)., las indicaciones abortivas son supuestos excepcionales en los que el Estado renuncia a la sanción de una conducta que es penalizada en otras circunstancias.

- e. La radicalización de las posturas no fue ajena al proceso legislativo de discusión y aprobación del CP de 1998; y es que, en cierto modo, puede decirse que el debate se polarizó en la ya polarizada Asamblea Legislativa del período 1994-1997, siendo el debate identificado con los principales partidos políticos representados en la misma: por un lado, el partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), como el partidario de las indicaciones abortivas; y por otro lado, los partidos Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) y Partido Demócrata Cristiano (PDC), como partidarios de la penalización absoluta del aborto, afines a los sectores conservadores de la sociedad⁹⁸.
- f. En resumen, puede decirse que, al radicalizarse las posturas en debate sobre la regulación jurídico-penal del aborto en el CP de 1998, se radicalizaron también las posibles opciones legislativas del mismo; es decir, no se consideraron sino sólo los extremos entre las opciones, resultando de ello la actual tendencia absolutamente penalizadora del aborto.

En general, esta recesión legislativa se efectuó sin ponderarse las diversas causas y posibilidades en que una mujer puede experimentar su embarazo. Y de todos los supuestos posibles, tiene especial relevancia el caso de los embarazos riesgosos, esto en virtud a que, en el aborto, el enfoque de la teoría de los bienes jurídicos es parcial si no se consideran las esferas jurídicas tanto del *nasciturus* como de la madre, dado que la vida en formación está naturalmente correlacionada con la vida y la salud de la mujer que la aloja en su seno; y por tanto, ambas están sujetas a las condiciones biológicas que pueden poner en peligro a una de ellas o a ambas. Después de analizada las generales del debate sobre la eliminación de las

⁹⁸ Vid. **BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**, *op. cit.*, pp. 76-77.

indicaciones abortivas del anteproyecto de CP de 1998, es válido reconocer que en el caso de la indicación terapéutica, en que se valoran los bienes jurídicos de la madre y el *nasciturus*, el criterio legislativo fue optar por proteger el derecho a la vida de éste último y no de mujeres en esta situación.

En ese mismo contexto, y posiblemente a raíz de la polémica social generada por el delito de aborto en este proceso legislativo, el día 30 de abril de 1997, cuatro días después de aprobado el CP y el último día del período de la legislatura en comento, ésta aprobó un Acuerdo de Reformas Constitucionales, publicado en el D.O. N° 87, Tomo N° 335, del 15 de mayo de 1997, que adicionaba un inciso al Art. 1 CN, que disponía que el Estado salvadoreño “(...) reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”. Dicho acuerdo se ratificó en la siguiente legislatura, mediante el D.L. N° 541, de fecha 3 de febrero de 1999, publicado en el D.O. N° 32, Tomo N° 342, del 16 de febrero de ese mismo año, y que actualmente es el inc. 2° del Art. 1 CN.

Mediante esta reforma constitucional, se intentó estabilizar el tema sobre la regulación penalizadora del aborto, pues, sencillamente, el CP no puede transgredir la normativa primaria –constitucional-. Al analizarse detenidamente, lo que realmente se logró con esta reforma fue impedir de nuevo la regulación del sistema de indicaciones abortivas, pues estas requieren una regulación expresa en el CP, que contrariaría la obligación estatal de proteger la vida en formación del *nasciturus*.

No obstante las implicaciones de esta disposición constitucional en la regulación dogmática del aborto, paradójicamente, en el mismo Art. 1 CN se establece la obligación estatal de proteger la vida de toda persona,

entendiendo como tales tanto al *nasciturus* como a la mujer embarazada que corre riesgo por el embarazo de éste. Es decir que, desde la perspectiva constitucional, la protección del derecho a la vida debiera tener como consecuencia en la normativa secundaria la equiparación del valor del derecho a la vida de la madre y del *nasciturus*, en los casos en que una de ellas o ambas se encuentren en peligro real o inminente en virtud del embarazo mismo, siendo necesario determinar la forma en que ha de ponderarse la prevalencia de una sobre otra, dado que al poseer ambos bienes jurídicos el mismo significado ontológico y contenido valorativo, no puede generalizarse el valor de una sobre la otra, que es lo que -en términos sencillos- se generó dogmáticamente con la eliminación de la indicación terapéutica en el CP de 1998.

Una vez penalizado el acto abortivo de forma absoluta en este marco jurídico contradictorio y parcializado, y mientras esta legislación sea vigente, el reto integrativo del quehacer político-criminal es que su persecución penal se adapte a las necesidades y características de la sociedad salvadoreña.

Para efectos de análisis sobre la forma en que se aplica este marco normativo, es necesario abordar previamente los rasgos generales del contenido dogmático del delito de aborto; así como especificar la situación en que el mismo se adapta a los casos de aborto terapéutico, pues, a pesar de no regularlo expresamente, a partir de la misma, y en concordancia con la obligación estatal contenida en el Art. 1 CN y con el principio de lesividad del bien jurídico, regulado en el Art. 3 CP, debe ser aplicada también para la protección de mujeres en tales circunstancias, identificándose y ponderándose los valores con trascendencia jurídica implicados en genuinos conflictos de bienes jurídicos. En esta problemática, debe considerarse que las consecuencias de la penalización del aborto terapéutico son más que

fenómenos jurídicos razonados y plasmados en expedientes judiciales; son circunstancias y condiciones experimentadas en la *psique*, el cuerpo, la familia y el entorno social de las mujeres juzgadas y condenadas o, en el peor de los casos, afectadas directamente en su derecho legítimo a la vida, y a una vida digna.

2.4.2 Contenido Dogmático del Delito de Aborto en el CP de 1998.

A través de la libre configuración legislativa de los delitos se formulan los tipos penales referidos a la lesión de un bien jurídico concreto, en sus distintas modalidades. En el caso de la creación del CP de 1998 (en adelante, CP), esta facultad legislativa dio lugar a la formulación del Capítulo II del Título I del Libro Segundo del CP, referido a los delitos relativos a la vida del ser humano en formación, en el cual se agrupan los tipos penales de aborto consentido y propio (Art. 133 CP), aborto sin consentimiento (Art. 134 CP), aborto agravado (Art. 135 CP), inducción o ayuda al aborto (Art. 136), aborto culposo (Art. 137 CP), lesiones en el no nacido (Art. 138 CP), lesiones culposas en el no nacido (Art. 139 CP), manipulación genética (Art. 140 CP) y manipulación genética culposa (Art. 141 CP).

Entre estas distintas modalidades de afectación a la vida en formación pueden identificarse las *conductas que la destruyen* –aborto consentido, aborto propio, aborto sin consentimiento, aborto agravado, aborto culposo-, las *conductas que facilitan los medios o propician su destrucción por un tercero* –inducción o ayuda al aborto- y las *conductas que la lesionan sin destruirla, alterando su normal desarrollo o formación* –lesiones en el no nacido y manipulación genética. Estas categorías delictivas tienen diferenciadas implicaciones dogmático-penales. En general, todas atentan en menor o mayor medida contra la integridad de un mismo bien jurídico; pero

particularmente, las conductas que incorporan la destrucción del bien jurídico en cuestión tienen especial importancia para efectos punitivos. Esto es así porque a pesar que todo bien jurídico cumple una *función sistemática o instrumental*, de modo que las distintas conductas que los afectan se integran y agrupan en un solo capítulo, también éstas se prevén y sancionan ordenadas de acuerdo a la gravedad de su afectación sobre el bien jurídico, cumpliendo éste así también una *función de medición de la pena*⁹⁹. De este modo, puede comprenderse el por qué la inducción o ayuda al aborto o las lesiones y manipulación genética del no nacido, que se regulan después de los delitos de aborto, son penalizadas con marcos legislativos de la pena generalmente inferiores a los dispuestos para los primeros –a excepción del delito de lesiones en el no nacido (Art. 138 CP), en el cual se establece la posibilidad de imposición de hasta diez años de prisión en razón a la gravedad de la tara física o psíquica ocasionada-.

Al ser el aborto la conducta lesiva de la vida en formación con el resultado delictivo más gravoso y, por tanto, primordialmente previsto y mayormente penalizado, es necesario abordar particularmente algunas cuestiones básicas del contenido dogmático de los tipos penales de aborto sin desviar atención en los que la conducta prevista no ocasiona directamente la destrucción del producto de la concepción -es decir los delitos de inducción o ayuda al aborto, lesiones y manipulación genética del no nacido-, no por ser menos importantes desde el punto de vista dogmático-penal o político criminal sino porque estos no entran en controversia con la protección de la vida en formación por sobre la vida de las mujeres en caso de embarazos riesgosos, no permitiendo su práctica por necesidad médica o terapéutica.

⁹⁹ Sobre las “funciones del bien jurídico”, puede consultarse a **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *op. cit.*, pp. 51-52.

La cuestión medular de esta controversia es que según los tipos aplicables de aborto, en los que el sujeto activo tiene como motivación la extinción voluntaria de la vida del *nasciturus*, no se puede otorgar valor de eximente de responsabilidad penal a la finalidad del aborto terapéutico, pues al realizarse dicha práctica sin amparo de excluyente de responsabilidad expresa y dentro del ámbito de lo prohibido, se considera en el mismo la existencia de dolo por destruir la vida del *nasciturus*, y la posibilidad de su no punibilidad por tal causa se consigna al contexto de la judicialización.

Por esta razón, la intención de este acápite no es profundizar en todas las implicaciones dogmáticas de los tipos de aborto en el CP, sino solo exponer un marco frente al cual se analice, posteriormente, el aborto terapéutico.

Entre los elementos comunes a todo tipo de aborto se detallan las siguientes consideraciones:

Un tipo penal es la descripción legal de una conducta penalmente relevante, es decir, prohibida por la misma¹⁰⁰. Todo tipo está estructurado por una serie de elementos comunes, necesarios para establecer su prohibición lógico-normativa, que son: la conducta, los sujetos y el objeto de la misma. En la regulación jurídica del aborto en el CP, pueden destacarse los siguientes elementos básicos en los tipos penales referidos al aborto tales como:

a. La conducta típica de los delitos de aborto en el CP.

A partir de la anterior definición del tipo penal, puede colegirse que el aborto es una conducta descrita por la norma penal. Sin embargo, debe entenderse que la conducta prohibida –en este caso, el aborto- no siempre es descrita

¹⁰⁰ **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 1ª Edición Mexicana, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, D. F., 1986, p. 391.

pormenorizadamente, pues el objeto del tipo no es definirla sino establecer un elemento descriptivo de la misma, caracterizado, por regla general, por tener un significado de inmediato entendimiento para el intelecto humano¹⁰¹.

De modo que, cuando se establecen enunciados como: “el que matare a otro”, “el que provocare un aborto”, “el que dispare arma de fuego contra una persona...”, “el que privare a otro de su libertad individual...”, etc., se asume que tales son descripciones de la conducta penalmente relevante, y que son de comprensión directa, pues son conductas generalmente conocidas y comprendidas en el contexto social al que está dirigida la norma penal.

En el Art. 133 CP, que regula los delitos de aborto consentido y propio, se describe la conducta básica -en ambos supuestos delictivos- como *la provocación del aborto*, sea cometida por la misma mujer embarazada -aborto propio- o por persona distinta a ésta -aborto consentido-. Asimismo, se penaliza el consentimiento de la mujer para que otra persona le practique el aborto -aborto consentido-, lo cual se considera consumado cuando se logra la muerte del *nasciturus*, pues el consentimiento prestado no es una conducta en sí misma, sino que constituye un elemento volitivo necesario que genera cualquier comportamiento de la mujer encaminado a someterse a la práctica abortiva realizada por el tercero.

En cuanto a la conducta prohibida descrita, podría asumirse que en la sociedad salvadoreña se comprende qué es un aborto y cuándo éste se comete. Sin embargo, y como ya es sabido, en este caso queda de manifiesto lo expresado por Zaffaroni, en cuanto a que *los tipos penales a*

¹⁰¹ **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *op. cit.*, p. 58.

veces no son absolutamente descriptivos¹⁰²; en virtud de lo cual, a pesar de la sensación de comprensión que puede generar la descripción de esta conducta, la comprensión de la misma requiere de conocimientos especializados para su correcta interpretación, por lo que es necesario recurrir a conceptos o normas jurídicas o de otra naturaleza que permitan interpretar los supuestos fácticos y, en este especial caso, los procesos fisiológicos implicados, comprendidos dentro del tipo base de aborto.

Los elementos del concepto de aborto son estudiados y aportados desde el campo de la medicina (véase *supra* pp. 38,40-43). Pero este tipo de conocimiento no incidió al momento de creación del CP. Por ello no es extraño que, al no formularse ninguna delimitación médica referida al proceso de gestación de la vida o a la interrupción de la misma en el tipo penal básico de aborto, se entienda actualmente como éste a toda muerte de un ser humano en formación, por cualquier medio y en cualquier estado del período de gestación, comprendido éste desde el inicio del embarazo hasta su finalización con el parto.

Para que se constituya aborto, por tanto, solo basta con que exista una conducta cualquiera que tenga como resultado la muerte de un ser humano en formación, interna o por extracción, y, por supuesto, un elemento subjetivo de tal conducta constituido por el dolo o la culpa, de modo que la finalidad de la misma esté previamente establecida al ejecutarse.-

b. El objeto de los delitos de aborto en el CP.

Cada conducta prescrita en los tipos penales tiene un objeto, susceptible de ser lesionado o puesto en peligro, el cual tiene un carácter

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal... op. cit.*, p. 392.

dual, es decir que, se entiende en una doble dimensión: una material y una jurídica. En términos materiales, el objeto de la conducta es la lesión o puesta en peligro de una cuota de la realidad material, es decir, una cosa o una persona que a través de la acción u omisión se transforma menoscabándose. En términos jurídicos, esa lesión trasciende del menoscabo físico del objeto, a partir de lo cual se concibe jurídicamente que también se ha lesionado una parte de la esfera jurídica del o los titulares de la cosa o en la misma persona que recibe el daño, generándose de esta forma la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico del titular, el cual es protegido por la norma penal que describe la conducta prohibida (véase *supra* p.68), constituyéndose éste elemento objetivo del delito como el denominado *principio de lesividad del bien jurídico* (Art. 2 CP).

En el tipo penal base de aborto, prescrito en el Art. 133 CP, el bien jurídico protegido es, como se ha venido señalando, la vida del ser humano en formación. El objeto material de este delito es, por tanto, el cuerpo o la constitución física vital del ser humano en formación, producto de la concepción, no nacido, o *nasciturus*. En otras palabras, puede haber aborto sólo si la conducta ocasiona la muerte de un nuevo ser humano que es el único producto de la unión del óvulo y el espermatozoide susceptible de ser lesionado o puesto en peligro.

Al respecto del objeto material, Moreno Carrasco y Rueda García, enuncian ciertos casos en los que, la existencia del objeto material es objeto de controversia y, por tanto, no se puede hablar o tener certeza médica de un objeto lesionado con la expulsión provocada del mismo; por ejemplo, los casos de los productos que mueren por causas naturales dentro del seno materno, o *aborto espontáneo* (véase *supra* pp. 41-42), y que por determinadas circunstancias fisiológicas no son expulsados naturalmente,

haciéndose necesaria su extracción, lo cual no sería constitutivo de delito por no existir objeto material –ni bien jurídico- susceptible de lesión alguna. Así también, casos en los que existen probabilidades de que el producto muera antes de nacer o no tenga posibilidad alguna de perfeccionar su desarrollo hasta el nacimiento, como el caso de la denominada *mola*, en la que el óvulo no se desarrolla sino que se convierte en parásito de la sangre de la madre, o el caso del óvulo que anida y se desarrolla fuera del útero, extinguiéndose la posibilidad de un desarrollo completo, por lo que difícilmente podría hablarse de un objeto material del delito¹⁰³.

En estos casos excepcionales, debe considerarse además que constituyen abortos sólo en el estricto sentido médico, es decir, antes de adquirir el producto viabilidad intrauterina, siendo además imposible la misma (véase *supra* p. 38). No obstante, podría existir duda jurídica respecto a la extracción del producto en algunos de estos supuestos, porque, a pesar de la lesión a un objeto material inexistente o cuya viabilidad no es cierta, se considera ya la lesión del bien jurídico tutelado.

La arcaica pugna entre la teoría de la animación inmediata y la animación retardada como posibles momentos en los que inicia la vida (véase *supra* p. 57) se ve representada actualmente en el debate entre los postulados que afirman que la vida inicia en el momento de la concepción y los que afirman que inicia con la anidación del óvulo fecundado, siendo esta última teoría la más razonable.-¹⁰⁴.

Es evidente que la redacción del Art. 133 CP deja abierta la posibilidad jurídica de considerar como aborto el cometido en momentos cercanos a la

¹⁰³ MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, *op. cit.*, p. 525.

¹⁰⁴ Ídem.

concepción. Ante esta apertura del elemento descriptivo del tipo base de aborto, el concepto de ser humano de obligatoria observación al que jurídicamente remite no es al del conocimiento médico en la materia sino – obviamente- es al de la ya analizada reforma constitucional del Art. 1 inc. 2° CN, según la cual se dio *calidad de persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción* (véase *supra* pp. 77-78).

En virtud de esa presunción jurídica, el enigma médico se resuelve en términos jurídicos. En consecuencia, el producto lesionado no tiene que ser ya necesariamente un feto –que implica cierto desarrollo del mismo-, como suele confundirse, sino que lo pueden ser también el óvulo fecundado y el embrión anidado. Esta “solución” jurídica al debate posibilita jurídicamente la punición de un aborto efectuado en momentos cercanos al momento de la concepción, lo que sería materialmente muy poco probable de verificar; por tal razón, sería difícil establecer la existencia de este delito por el uso de fármacos o sustancias que actúan luego de la concepción eliminando al óvulo fecundado.

Uno de los defectos más notorios de esta equiparación del inicio de la formación del objeto material con el momento de constitución del bien jurídico protegido en el momento de la concepción es que se deja fuera un factor sumamente importante como lo es la viabilidad del *nasciturus*, siendo el momento del proceso de gestación más razonable para considerar al producto como un nuevo ser humano porque en el mismo adquiere capacidad de vivir intrauterinamente y de nacer vivo.

Por esta razón, considerar la existencia de una nueva vida antes de su capacidad de desarrollarse y de nacer equivale a dar valor al bien jurídico desde antes de la conformación certera de su objeto material. Dicho de otra

forma, si el bien jurídico protegido es un objeto del delito sólo intelectualmente perceptible, se da validez a la “existencia intelectual” de tal categoría jurídica aun sin existir certeza verificable sobre su constitución material¹⁰⁵.

A partir de lo anterior, es muy cuestionable el criterio de la SC en la sentencia de fecha 23-IV-2014, pronunciada en el proceso de Inc. Ref. 170-2013, según el cual “(...) la significación social de lo que debe entenderse por aborto no reporta dificultad alguna”¹⁰⁶, en relación a la innecesaridad de una exhaustiva descripción o definición legal en el tipo penal de aborto. Si bien en esto último la SC es muy acertada, en la afirmación citada pareciera que a su criterio la idoneidad del elemento descriptivo del aborto depende de lo que *socialmente debe entenderse por aborto* y no de lo que científicamente es en sí el aborto, siendo un fenómeno entendido con mayor certeza por la medicina y no por el derecho ni por el lenguaje común, aspecto que si fuera tomado en cuenta modificaría sustancialmente la forma de su regulación jurídico-penal –no necesariamente a través de definiciones redundantes- incorporando características como la viabilidad, entre otras.

c. Los sujetos de los delitos de aborto en el CP.

En toda conducta delictiva convergen dos clases de sujetos partícipes, una de forma activa y una de forma pasiva. Sujeto activo del delito es quien ejecuta la conducta prohibida; mientras, quien sufre la lesión o puesta en

¹⁰⁵ Las legislaciones penales que establecen el *sistema de plazos* en los delitos de aborto reflejan el criterio expuesto en este párrafo. Éstas permiten el aborto en las primeras semanas del embarazo (generalmente hasta las doce semanas), atendiendo con ello un factor médico determinante y evitando la radical postura dogmática de la concepción como momento de inicio de la vida. Sin embargo, frente al marco dogmático constitucional, esta posibilidad legislativa ha quedado totalmente anulada, so pena de adolecer de inconstitucionalidad.

¹⁰⁶ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Improcedencia de Demanda de Inconstitucionalidad, Ref. 170-2013, de fecha 23-IV-2014.

peligro es el sujeto pasivo del delito, es decir, el titular del bien jurídico protegido. Así también, pueden existir personas perjudicadas por el delito, sin ser sujetos pasivos del mismo, es decir, sin ser titulares del bien jurídico afectado, pero cuyas esferas jurídicas se relacionan en alguna medida con el objeto del delito y por ello también se consideran *víctimas* del mismo¹⁰⁷.

En los delitos de aborto, partiendo de la prescripción de su tipo base (Art. 133 CP), se colige inmediatamente que sujeto activo es quien provoque la muerte del *nasciturus*, sea la misma mujer embarazada o un tercero. Dado que en este delito la conducta típica básica es “provocar un aborto”, debe entenderse como sujeto activo no sólo a la gestante que se provoca a sí misma un aborto sino también a la que presta su consentimiento para que otro se lo practique –aborto consentido-.

Es de hacer notar que la mujer embarazada tiene la calidad de sujeto activo solamente en los delitos de aborto consentido y aborto propio (Art. 133 CP). Mientras, cualquiera que provoque de cualquier forma el aborto, y que no sea la misma mujer embarazada, puede tener la calidad de sujeto activo en los delitos de aborto consentido –solamente quien lo provoque- (Art. 133 CP), aborto sin consentimiento (Art. 134 CP), y aborto culposo (Art. 137 CP). El aborto agravado (Art. 135) es un tipo cualificado de aborto en el que es necesario que se cumpla el elemento típico de ser el sujeto activo un profesional médico, farmacéutico o persona que realice actividades auxiliares a dichas profesiones, siempre que se dediquen a dicha práctica.-

Según la redacción de este tipo, se puede entender que el auxiliar de la profesión médica o farmacéutica, aun cuando solo auxiliase en la práctica

¹⁰⁷ Vid. **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *op. cit.*, p. 58.

abortiva, figuraría como autor directo del aborto agravado y no como cómplice; además, no necesariamente debe prestar el auxilio a cualquiera de dichos profesionales en la provocación de un aborto para constituir la circunstancia agravante, sino que, siendo auxiliar de dichas profesiones, si provocare un aborto por sí mismo constituye también agravante, figurando por tanto, como sujeto activo del delito de aborto agravado.

Por otra parte, a partir del requisito típico “*cuando se dedicaren a dicha práctica*”, los auxiliares se pueden considerar excluidos de la circunstancia agravante, y también de figurar como sujetos activos del aborto agravado, en dos supuestos:

- a. Cuando el auxilio a médico o farmacéutico en la provocación del aborto es prestado por una persona que no se dedicare al auxilio de dichas profesiones, en cuyo caso implicaría un grado de complicidad, y en estos delitos, la complicidad constituye una conducta delictiva específica, que es la *ayuda al aborto* (Art. 136 CP).
- b. Cuando la provocación del aborto o el auxilio a médico o farmacéutico en la provocación del mismo es realizada por una persona que ostente título de profesional auxiliar de la medicina o farmacéutica -como enfermeras, anesthesiólogos, químicos y laboratoristas- pero no se dedicare al ejercicio o práctica de su profesión. En tal caso, se tendría participación en el delito base pero no se cumpliría la agravante¹⁰⁸. En este supuesto, sin embargo, quedarían incorporados como sujetos activos del aborto

¹⁰⁸ No obstante, es cuestionable suponer que no se pudiera calificar como agravado el aborto provocado por una persona que ostente el grado académico de profesional auxiliar de la medicina o farmacéutica que no ejerza su profesión; siendo que sus conocimientos teóricos adquiridos –aun no ejerciéndolos de forma regular- pueden posibilitarle aplicarlos en la práctica abortiva. En todo caso, pareciera apropiado entender que la concurrencia de la circunstancia agravante ha de determinarse dependiendo del grado de pericia aplicado en la práctica realizada en el caso concreto, pues si la misma se ha llevado a cabo de forma que sea inevitable observar en ella la aplicación de conocimientos técnicos se estaría ante un aborto agravado.

agravado los auxiliares de la profesión farmacéutica que no necesitan título académico para el ejercicio de tal oficio, debido a que sus conocimientos prácticos adquirirían la base para ejecutar la práctica abortiva con algún grado de tecnicismo, siempre y cuando la aplicación de dichos conocimientos fuese notoria en la misma.

El sujeto pasivo del delito en todos los tipos de aborto es el producto de la concepción, no nacido o *nasciturus*. Al igual que en el delito de homicidio, en el aborto convergen el objeto material del delito y el sujeto pasivo del delito titular el bien jurídico tutelado, en tanto que en ambos casos la conducta delictiva lesiona la constitución física de una persona, nacida y no nacida, que se considera como sujeto titular del derecho a la vida, con la finalidad de producir su muerte.

La diferencia entre ambos delitos radica en el momento de inicio de la vida, entendida en sus distintas modalidades, pues sólo habiéndose iniciado la misma puede hablarse de la existencia de un “sujeto” materialmente lesionado y, por tanto, de un bien jurídico tutelado. Mientras en el homicidio el inicio de la vida independiente se inicia con el nacimiento, en el aborto se constituye, para efectos jurídicos y por las razones expuestas en el anterior literal, en el momento de la concepción.

Para finalizar, es posible observar la influencia de la figura de perjudicados o víctimas en las normas aplicables a los supuestos de aborto. Es evidente que el embarazo generalmente se experimenta en un entorno de convivencia familiar, incidiendo emocionalmente en los miembros del mismo, por los vínculos de consanguinidad y afectividad compartidos. La muerte del *nasciturus*, por tanto, podría generar impacto emocional o psicológico en los miembros de la familia, pero siendo generalmente más afectados los

progenitores del mismo, y especialmente la gestante, quien además del daño psicológico y emocional también es susceptible de sufrir daño físico, por obvias razones.

Aunque es posible establecer el alcance de perjudicados o víctimas en cada conducta delictiva, más allá del sujeto pasivo, en lo que respecta a los delitos de aborto, la figura de la madre del *nasciturus* tiene especial consideración como víctima. Esto se manifiesta específicamente en el tipo de aborto culposo (Art. 137 inc. 2° CP), en el que se excluye de responsabilidad penal de manera expresa al auto-aborto culposo, es decir, cuando la mujer provoca culposamente su propio aborto, lo cual –como ya ha sido mencionado- la convierte en víctima de su propia imprudencia, importándole una lesión física, psicológica y/o emocional. Estas consecuencias, de alguna manera, constituyen una suerte de *pena natural* para la gestante, por lo que resultaría innecesaria, mucho más gravosa y desproporcional la imposición de una pena de naturaleza jurídica.

Fuera de este caso concreto, no existe otra consideración expresa referida a la consideración de víctimas en los delitos relativos a la vida en formación. Aunque, como se ha mencionado, puede aceptarse que la gestante no es la única víctima posible en estos delitos, por lo que pueden considerarse como tales al progenitor del *nasciturus*, y a los progenitores o parientes cercanos de la gestante.

La forma en que estas personas, en calidad de víctimas, pudieran tener cabida en la aplicación de las normas aplicables a los delitos de aborto puede ser solo si coinciden, a la vez, como sujetos activos del delito de aborto culposo, o afectados emocionalmente por el obrar del sujeto activo, aplicándose la figura del *perdón judicial*.

El perdón judicial (Art. 82 CP) puede ser concedido cuando, a partir del delito, se producen consecuencias lesivas gravosas en un bien jurídico del mismo sujeto activo del delito o de las personas afectivamente vinculadas a éste –cónyuge, compañero de vida, conviviente, padre, madre, hijo adoptivo y en parientes en línea de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (Art. 78 CP)-, inclusive si tales efectos negativos son de carácter moral o emotivo, siempre que el sujeto activo haya sido declarado culpable por el hecho delictivo y condenado a una pena concreta inferior a los tres años de prisión, dejándose sin efecto la ejecución de la misma por el otorgamiento del perdón motivado del juez¹⁰⁹.

Desde la perspectiva de estos requisitos, los parientes cercanos referidos o la pareja de la gestante y progenitor del *nasciturus* lesionado, que hayan provocado el aborto de forma culposa, bien pueden ser susceptibles de recibir perdón judicial, en virtud de haber sido lesionada la gestante en algún bien jurídico, como la salud o la integridad física, así como sufrir los parientes o entre la pareja progenitora el daño emocional de la pérdida del no nacido. De igual forma, podrían considerarse como víctimas los cónyuges y parientes cercanos del grupo familiar que sufren las consecuencias del aborto, dependiendo las circunstancias del caso concreto.

Respecto a la aplicabilidad del perdón judicial en los demás delitos de aborto, debe observarse que son necesarios los efectos ya referidos del delito, por generar en el sujeto activo del delito o en las personas vinculadas al mismo la calidad de víctimas o perjudicados. Ello dejaría totalmente fuera del campo de aplicación del perdón al aborto sin consentimiento y al aborto agravado, tanto por el elemento subjetivo doloso de los mismos como por la

¹⁰⁹ Vid. **MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA**, *op. cit.*, p. 380.

gravedad o desvalor de la culpabilidad con que se ejecutó la conducta dolosa. Es posible afirmar que también se excluiría del perdón a la inducción o ayuda al aborto, especialmente cuando el sujeto activo de dicho delito fuera el progenitor del *nasciturus*, pues tal calidad importa una agravante de la pena que sobrepasaría los dos años de pena concreta, requisito necesario para otorgar el perdón judicial.

En términos generales, la calidad de víctimas en relación al perdón judicial podría considerarse excepcionalmente en los supuestos de aborto consentido y propio, pues a pesar del elemento subjetivo del dolo presente en tales casos, no es imposible que se generaren los requisitos a los que refieren los Arts. 82 y 78 CP, especialmente los referidos a la posibilidad de recibir una condena inferior a los tres años de prisión y a los graves efectos personales que pudiere sufrir la mujer embarazada, como las lesiones o menoscabo a su integridad física y su salud física, mental y emocional; o el sufrimiento compartido con su núcleo familiar y con su pareja.

Consumación y tentativa en los delitos de aborto sobre este tema se debe tomar en cuenta lo siguiente:

En los delitos de aborto es posible que entre la conducta típica y el efecto lesivo de la misma medie una separación espacio-temporal. Es decir, son delitos de resultado¹¹⁰. Debido a tal carácter, admiten la modalidad de tentativa o de delito imperfecto. Previo a abordar las implicaciones de la modalidad tentada de los mismos, es necesario partir de algunas consideraciones respecto a la consumación de la conducta típica.

¹¹⁰ Vid. **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *op. cit.*, p. 60.

A partir de la simple lectura de la conducta típica el que “provocare un aborto” podría parecer que el delito es de acción y que se consuma en el mismo momento en que esta se ejecuta. Sin embargo, el verbo rector “provocar” no es una acción concreta y plenamente definida, y más bien denota que con ella –sea cual sea la acción- se ha producido un resultado susceptible de ser producido por diferentes medios; v. gr., un aborto se puede provocar a través de prácticas médicas –por absorción del producto, legrado, extracción-, a través del uso de fármacos abortivos o la ingesta de sustancias o hierbas, o por actos simples como el golpe abdominal a la gestante.

A partir del verbo rector, por tanto, se entiende que la acción típica puede incorporar una serie de actos destinados a la provocación del aborto. Pero, dentro de esta variedad de supuestos fácticos posibles cabrán algunos que causen directamente la muerte interna e inmediata del *nasciturus* –como el golpe de un automóvil asestado intencionalmente en el abdomen de la mujer embarazada-, y otros en los que puede mediar más tiempo entre el acto que provoca el aborto y la producción de tal resultado –como aquellos en los que se interviene el cuerpo de la gestante para provocar la muerte del producto o en los que se genera un efecto nocivo en el funcionamiento físico de la misma de modo que se produzca la muerte interna o por expulsión del no nacido-.

Esta dicotomía entre acciones sencillas y complejas o especializadas susceptibles de provocar un aborto no constituye óbice para considerar a éste como un delito de resultado, pues por sencillo que sea el medio empleado y directa la provocación del aborto, existe siempre una separación entre acción y resultado, no siendo la acción el resultado mismo. Por ello, la consumación del delito se observará cuando se haya provocado el aborto, y

en caso de acreditarse procesalmente que los medios fueron empleados para tal fin sin haberse provocado, se considerará como delito imperfecto, siempre que la consumación no se haya producido por causas ajenas al sujeto activo del delito (Art. 24 CP).

La modalidad tentada en los delitos de aborto es posible solamente en los supuestos de aborto consentido (Art. 133 CP), aborto sin consentimiento (Art. 134 CP) y aborto agravado (Art. 135 CP)¹¹¹. En el aborto propio es posible la tentativa, desde una perspectiva fáctica, más no se reconoce la misma jurídicamente por eximirse de responsabilidad penal, tal como lo dispone el Art. 137 inc. 2° CP, estableciéndose que al igual que el auto-aborto culposo, “la tentativa de ésta (la propia mujer embarazada) para causar su aborto no serán punibles-.

Se entiende también que la tentativa no tiene cabida en la inducción o ayuda al aborto (Art. 136 CP), pues estas se consuman cuando se ha determinado la voluntad de la mujer para que se practique un aborto por sí misma o por medio de tercero, o bien aportarle los medios económicos o de otra naturaleza para tal fin.

Para finalizar, casos como el consentido y propio (Art. 133 CP), aborto sin consentimiento (Art. 134 CP) y aborto agravado (Art. 135 CP) son susceptibles de constituirse, en determinadas circunstancias, como delitos imposibles (Art. 25 inc. 1° CP), siempre que la consumación fuera imposible por dos supuestos específicos¹¹²: falta de idoneidad del medio, o inexistencia

¹¹¹ Por otra parte, la modalidad tentada no puede constituirse en el aborto culposo (Art. 137 inc. 1° CP), pues la tentativa requiere necesariamente de la existencia de dolo.

¹¹² Se excluye el supuesto de *falta de idoneidad del sujeto activo del delito*, establecido en el Art. 25 inc. 1° CP, puesto que en los delitos de aborto se puede cometer un aborto por cualquier persona que ejecutare la acción que lo provoca. En cuanto a los supuestos de

del objeto del delito. Cuando se verificare alguno de estos supuestos, a tenor de lo establecido en su regulación, no existiría penalidad en ningún caso.

Sin embargo, ello podría debatirse en virtud a que la no punibilidad es segura solo cuando la inidoneidad es *absoluta* –v. gr., cuando se intenta provocar el aborto dándole a beber agua a la gestante o se le practica no estando ésta embarazada-, mas es discutible cuando la inidoneidad es *relativa* –v. gr., cuando se hace ingerir a la mujer consentidamente una sustancia o hierba que se cree provocará el aborto, pero no teniendo tal producto propiedades abortivas en realidad; o cuando la mujer se somete a una práctica abortiva, sabiéndose embarazada y con la intención de abortar, pero en su ejecución se constata que el producto habría perecido en algún momento anterior a tal práctica-.

Autoría y participación en los delitos de aborto sobre este tema es necesario señalar lo siguiente:

Los sujetos activos en los delitos de aborto son susceptibles de participar como autores directos, a título individual o en coautoría, y como autores mediatos. Entre estos, se exceptúa el supuesto del aborto propio (Art. 133 CP), pues al ser la mujer embarazada la única persona que puede tener la calidad de sujeto activo del delito, no se puede ejercer coautoría. Un supuesto interesante lo sería el caso en que la gestante instrumentalice a otra persona para cometer el *aborto propio*, lo cual pareciera, en principio, imposible; sin embargo, luego de haber analizado la amplitud del verbo rector

aborto propio y aborto agravado, en los que se requiere que el sujeto activo sea la mujer embarazada y el médico, farmacéutico o auxiliar –respectivamente- la no concurrencia de estas calidades en quien lo provoca no convierte en imposible a estos delitos –que implicaría falta de punibilidad de la conducta- sino que existe atipicidad respecto a ellos y se constituyen como otra modalidad de aborto, siempre que se ejecute la acción típica y se produzca la lesión al objeto –existente- del delito.

“provocar” (véase *supra* p. 94), es posible afirmar que sí puede la gestante ser autora mediata para la comisión de tal delito¹¹³.

En caso de recibir la gestante ayuda necesaria o no necesaria para practicarse a sí misma el aborto, esta complicidad posible no generaría participación en carácter de cómplice en el delito de aborto propio, ni tampoco sería una complicidad de aborto consentido –por no ejercer el cómplice la conducta necesaria para provocar el aborto-, sino que constituiría el delito de ayuda al aborto (Art. 136 CP).

Respecto a la complicidad, en general, al igual que en el caso del cómplice de la mujer que realiza su propio aborto, en los supuestos de aborto consentido (Art. 133 CP), aborto sin consentimiento (Art. 134 CP) y aborto agravado (Art. 135 CP), su participación se adecuaría al grado de autoría directa en el delito de ayuda al aborto (Art. 136 CP). En efecto, este tipo penal posibilita que la complicidad se convierta en una autoría directa *per se*, por lo que la existencia de varios cómplices que presten una ayuda necesaria o no necesaria para provocar el aborto supone una coautoría en este delito. De este tipo penal se exceptuarían, como se ha señalado (véase *supra* p. 89), los auxiliares de las profesiones médica y farmacéutica que participen en la práctica del aborto, siempre que se dediquen a dicha práctica, por ser tal calidad una circunstancia agravante (Art. 135 CP).

El aborto terapéutico frente al contenido dogmático de los delitos de aborto en el CP sobre este tema en particular se debe considerar lo siguiente:

Los rasgos generales del contenido dogmático de los delitos de aborto en el CP, como puede colegirse del análisis realizado en los anteriores

¹¹³ Siempre que la instrumentalización del autor material de la conducta sea tal que éste no pueda ser consciente o comprender el carácter ilícito de su actuar.

literales, engloban todo supuesto de aborto en los que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos de cada tipo aplicable. Esta adecuación de los supuestos fácticos ha de efectuarse, además, conforme a las reglas generales del derecho penal vigente, es decir, de acuerdo a la Parte General del Libro Primero del CP. La falta de esta adecuación a las disposiciones correspondientes, tendría como principal consecuencia la no punibilidad de la conducta en el caso concreto, es decir la falta de efectos jurídico-penales, por no cumplirse el principio de legalidad (Art. 1 CP).

Cuando desde ésta óptica se cuestiona cómo se relacionan los supuestos de aborto terapéutico con el contenido dogmático del aborto establecido en el CP, la primera y más obvia conclusión sería que *no existe el aborto terapéutico*, como fenómeno jurídico, en la legislación penal salvadoreña; por tanto, no puede concebirse a éste como una figura jurídica de contenido dogmático previsto ni definido.

En ese sentido, poco fructífero sería buscar los elementos jurídicos del aborto terapéutico en la legislación penal, y más bien conviene enfocar las consecuencias jurídicas que los supuestos fácticos de aborto terapéutico, suscitados fuera de la normatividad jurídica, pueden producir a partir del contenido vigente de ésta, diferenciando de esta forma sus dimensiones normativa y fáctica¹¹⁴.

Es posible concebir cuatro posibilidades, desde el punto de vista de la aplicación del CP, respecto a los efectos del aborto terapéutico: la existencia de elementos fácticos con efectos de jurídicos de forma tal que se adecuan

¹¹⁴ En efecto, cuando se abordan los problemas que suscitan la falta de regulación excluyente del aborto terapéutico, es común encontrar argumentos que equiparan su dimensión fáctica y su dimensión empírica, pareciendo que pretende dársele consistencia jurídica a dicho fenómeno, aun no siendo reconocido por la dogmática penal aplicable.

al tipo, la no producción de dichos efectos jurídicos, la producción en parte de dichos efectos jurídicos, o la producción de más implicaciones jurídicas de las que se previeron generalizadamente para todo tipo de aborto en el marco jurídico penalizador de dicha conducta vigente. Frente a estas posibilidades jurídicas, es evidente, que en la práctica del aborto terapéutico se producen más efectos jurídicos de los que la normativa penal especial previó para los delitos de aborto, pues se produce la colisión de los bienes jurídicos de la madre y del *nasciturus*, los cuales gozan de igual protección jurídica estatal de carácter constitucional y penal.

En consecuencia, se pueden concebir dos soluciones –generales-, desde el punto de vista de la aplicación del CP: acudir a la aplicación de las reglas generales vigentes del derecho penal para verificar la existencia de solución jurídica a los supuestos de aborto terapéutico; o, si no ocurre ello, abocarse a la no punibilidad de tales supuestos.

Es en dicho punto, en que la problemática se pone de manifiesto. Ante la falta de regulación expresa –punitiva o excluyente- del aborto terapéutico, los elementos fácticos de éste deben analizarse de cara a la parte general del CP; la que, como se ha venido mencionando, contiene la regla de exclusión de responsabilidad penal (Art. 27 núm. 3° CP) para los supuestos en que por estado de necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, se lesiona otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado; es decir, al colisionar bienes jurídicos.

Frente a esta posibilidad jurídica, el problema pareciera resolverse a través de la misma dogmática penal vigente; pero el aborto terapéutico aún sigue figurando dentro del ámbito de lo prohibido en la sociedad salvadoreña.

La principal manifestación de ello se da en el mismo sistema de salud: la práctica de abortos terapéuticos, en particular, requiere de prescripción y asistencia de profesionales médicos, quienes se ven intimidados ante las posibles consecuencias personales y profesionales que tendría una condena penal por realizarla.

Además, al ser más probable que la mayoría de estas circunstancias se conozcan en el sistema de salud pública, el profesional médico encargado no suele decidir por sí mismo si practica el aborto con fines terapéuticos o no, aunque corra peligro de muerte la gestante, debido a la jerarquía funcional a la que se encuentra sujeto. Y ante esta situación de necesidad, obra conforme a la política institucional, que, como se comprobará más adelante, prohíbe toda forma de prácticas abortivas, en virtud a la prohibición genérica del aborto por la dogmática penal salvadoreña.

Ante esta compleja situación, pareciera que la respuesta sólo puede ser de carácter socio-político –empírico-, quedando de manifiesto la impotencia del derecho penal ante la solución de muchos problemas de la vida social; lo que -tal como explica metafóricamente Zaffaroni- deja ver al poder punitivo como un “dios” impotente al que la sociedad punitiva idolatra atribuyéndole la calidad de solución de los problemas sociales, siendo un dios impotente un falso “dios”¹¹⁵.

Al ser el derecho penal positivo solo uno de tantos elementos de la política criminal, difícilmente se puede resolver esta problemática de carácter funcional abogando por la aplicación generalizada de la regla de exclusión del Art. 27 núm. 3 CP, cuando la misma es de carácter excepcional,

¹¹⁵ Vid. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**, *Estructura Básica... op. cit.*, min. 28:28.

requiriendo de judicialización individualizada de cada caso concreto¹¹⁶. El enfoque que se puede proponer es analizar cómo se pueden abordar el contenido y la aplicación de la referida excluyente de responsabilidad penal en los supuestos fácticos del aborto terapéutico, y principalmente desde el punto de vista del valor de los bienes jurídicos implicados, que el mismo Estado salvadoreño está obligado a proteger por mandato constitucional.

Así, no se aboga por una optimista, pero ingenua, solución dogmática de una compleja problemática político-criminal, sino la profundización de una pequeña parte del problema y su posible solución técnico-jurídica, mientras exista el controversial marco jurídico en cuestión. Si el intento de profundizar no se persigue, el derecho penal positivo, como enunció alguna vez Von Liszt, no dejará de ser “la infranqueable barrera de la política criminal”¹¹⁷.

¹¹⁶ Lo que retorna eternamente al círculo de motivos por los que tal regla es insuficiente.

¹¹⁷ **VON LISZT, Franz**, citado por **Claus ROXIN**, en *Política criminal y sistema del derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª Edición, 1ª Reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 31.

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA PONDERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN EL ABORTO TERAPÉUTICO

Causas para interrumpir un embarazo voluntariamente pueden haber tantas como sean ideadas y justificadas por la razón o sinrazón de quien realiza, observa o juzga dicha acción. Así también, los motivos excluyentes de responsabilidad penal para el aborto podrían incluir un sinfín de categorías axiológicas, incluso sin que las mismas implicaran una justificación en el estricto sentido jurídico-penal. Muestra de ello es que, debido a la volatilidad propia de los valores y de acuerdo a cada entorno sociocultural en que se han originado y practicado, ha sido posible que en diferentes momentos se hayan permitido formalmente abortos por razones que, en la actualidad, resultan obsoletas –incluso ridículas- para eximirlo de punibilidad¹¹⁸.

En la actualidad, en virtud del desarrollo científico de la teoría jurídica del delito, lo que interesa es que exista trascendencia jurídica del valor que se protege penalmente, representado en un bien jurídico tutelado. Por tal razón, la colisión de valores propia del aborto terapéutico no es una mera excluyente de responsabilidad penal, sino que debe observarse en ella un trasfondo garantista en relación a los bienes jurídicos en colisión: los de la gestante y los del *nasciturus*.

Ello no significa, de ninguna manera, que sólo a través de la colisión de bienes jurídicos sea posible excluir de responsabilidad penal una

¹¹⁸ El aborto *honoris causa*, para cuidar el buen nombre, la buena fama o la honra de la mujer sería un buen ejemplo de ello.

conducta. Esta colisión suele verificarse a través de la institución del estado de necesidad, que es una excluyente, pero al igual que ésta, lo son otras como el ejercicio de un derecho, la legítima defensa, etc., excluyentes que en términos generales suelen denominarse “causas de justificación”. Pero ante la presencia de una causal de exclusión no siempre está la conducta eximida jurídicamente justificada.

En efecto, las causas de justificación, como su nombre lo indica, justifican la conducta típica, por estar amparada en el Derecho la causa de su realización¹¹⁹. En distinto sentido, las excluyentes de responsabilidad penal son el término genérico con el que se designa las causales de no punibilidad de la conducta típica en una circunstancia concreta, esté ésta amparada en una causa de justificación o no.

En la colisión de bienes jurídicos, el estado de necesidad en que se encuentra el autor de la conducta típica no le permite actuar de otra forma sino lesionando un bien jurídico y salvaguardando otro al mismo tiempo, o viceversa. Esta institución jurídica es a menudo catalogada como una causa de justificación, sin embargo, la justificación se configura solo si se ocasiona la menor lesión respecto a las dos posibles; o dicho de otra forma, si se ejecuta el mal menor¹²⁰.

Es evidente que tal justificación tiene como base la diferenciación de los posibles resultados lesivos, lo cual puede tener solo una de dos causas. La primera consiste en que los bienes jurídicos enfrentados no tienen igual carga axiológica para el ordenamiento jurídico aplicable, permitiéndose

¹¹⁹ Vid. **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, pp. 13-18.

¹²⁰ Esto porque, en tal caso, la lesión al bien menor en la salvaguarda del otro no permite realizar un juicio de antijuricidad, pues la conducta lesiva es en principio antijurídica, pero la causa de su realización se justifica jurídicamente por proteger el bien mayor.

proteger el de mayor valor, de modo que el mal menor se provoca evitando el mal mayor -la integridad física de una persona estaría justificada si se ejerció para salvaguardar la vida de otra, por ejemplo.

La segunda de ellas se da cuando los bienes jurídicos enfrentados ostentan el mismo valor ante el ordenamiento jurídico vigente. La lesión de uno de ellos, en tal caso, no estaría justificada sino solo excluida de responsabilidad penal, porque el resultado lesivo no se ejerce amparado en el Derecho sino que se da por no ser posible la exigibilidad de una conducta distinta en el caso concreto; es decir, no se cumple a cabalidad el requisito subjetivo de culpabilidad, como categoría jurídica del delito¹²¹.

A partir de los bienes jurídicos de posible colisión en los supuestos fácticos de aborto terapéutico vida de la madre, integridad personal de la madre, vida del *nasciturus*-, surge la interrogante sobre si aplica la figura jurídica del estado de necesidad en dichos casos según se regula en el Art. 27 núm. 3 CP; y si así sucede, ¿qué modalidad de estado de necesidad es la base para resolver dicho conflicto?

El siguiente capítulo intenta abordar estas interrogantes, desde la perspectiva de los bienes jurídicos en controversia en los casos de aborto terapéutico; por lo que será necesario abordar también el problema de la ponderación de dichos bienes jurídicos, a partir de la dogmática penal en relación del contenido general del Art. 27 núm. 3 CP en relación a los supuestos fácticos concretos del aborto terapéutico, que es la indicación abortiva que, por definición, tiene sus bases en la misma teoría de los bienes jurídicos.

¹²¹ Vid. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**, *Manual de Derecho Penal... op. cit.*, pp. 533-535.

3.1 El Aborto Terapéutico frente a las categorías Jurídicas del Delito.

Si el aborto terapéutico no es un supuesto previsto particularmente en el marco jurídico penalizador del aborto ni si quiera como modalidad no punible-, éste es parte del catálogo de modalidades fácticas de aborto susceptibles de ser sancionadas conforme a dicho marco, y su calificación jurídica concreta dependerá de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de cualquiera de los tipos de aborto susceptibles de ser aplicados al caso concreto y a cada uno de los partícipes en dicha acción típica.

Es menester recordar, en este punto, que un delito no puede ser otra cosa que una conducta; y debe ser típica, antijurídica y culpable¹²². Sin estos elementos, una conducta no es delito. Sobre dicha base conceptual, a continuación se constatará si concurren estas características en los casos de aborto terapéutico, y las consecuencias jurídicas de que no lo hagan.

De esta forma, se establecerá una base para verificar si existe estado de necesidad en estos supuestos fácticos y qué modalidades de éste, partiendo de que la calidad justificante o excluyente del estado de necesidad depende de la falta de cumplimiento de la antijuricidad o de la culpabilidad, respectivamente.

3.1.1 La Tipicidad en la Práctica del Aborto Terapéutico según el CP.

La realización de un aborto con fines terapéuticos es una conducta típica, no porque su motivación, requisitos, práctica y finalidad médica estén previstas en un tipo penal, sino porque en dicho supuesto fáctico se efectúa el cumplimiento del elemento objetivo del tipo penal base de aborto:

¹²² Vid. **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *op. cit.*, p. 26.

“provocar un aborto” (Art. 133 CP). En consecuencia, lo que se castiga no es salvar la vida de una mujer, o proteger su salud, de un daño grave a través de la práctica de un aborto, sino producirle la muerte a un ser humano en formación.

Para considerar cumplida la tipicidad de esta conducta, es irrelevante si los motivos y la finalidad de la misma están destinados a salvar la vida o resguardar la salud de la gestante, debido a la amplitud del elemento descriptivo del tipo base. Al ser posible, como en este caso, la adaptación de la conducta al tipo, no tienen incidencia las características fácticas del aborto terapéutico –que más bien podrían incidir en la culpabilidad del autor y no en la tipicidad de la conducta- o de cualquier modalidad de aborto que se conciba desde cualquier perspectiva distinta al derecho penal aplicable. Así se constata la tipicidad (“provocar un aborto”) como consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*¹²³, o principio de legalidad (Art. 1 CP).

En atención a dicho principio, en la calificación jurídica de la que es susceptible esta práctica lo que interesa es que se adapte la conducta a los elementos descriptivos de un tipo penal vigente. Razón por la que la característica más relevante para calificarlo jurídicamente es la de su naturaleza médica.

En su dimensión fáctica, por definición, un aborto terapéutico debe ser prescrito y realizado por profesional de la medicina especializado, pues personas sin tal calidad -como curanderos, parteras, e incluso profesionales médicos especializados en áreas médicas distintas o profesionales de carreras auxiliares de la medicina- no pueden tener el mismo conocimiento y

¹²³ **MUÑOZ CONDE, Francisco**, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2001, p. 63.

diagnóstico respecto a la situación de peligro inminente que representa el embarazo para la gestante, aunque conocieran sobre prácticas abortivas.

Si se analiza este supuesto desde el punto de vista de la tipicidad de la conducta según el CP, la calidad del facultativo de la medicina constituiría la circunstancia agravante del Art. 135 CP. Sin embargo, esta circunstancia es genérica en ese sentido, la falta de especialización obstétrica o quirúrgica de quién practique el aborto terapéutico, en su sentido fáctico, no tiene relevancia para efectos de su tipificación jurídica como aborto agravado, siempre que este sea practicado por profesional médico o incluso por auxiliar de la medicina¹²⁴.

En estos supuestos concurre o no el elemento volitivo en la participación de la gestante en la práctica abortiva, lo que genera distintas consecuencias en su calificación jurídica. En muchas legislaciones penales, como sucedía en el CP de 1974, se establece como requisito del aborto terapéutico el consentimiento de la gestante en la práctica del mismo¹²⁵, y en algunos casos puede establecerse también el consentimiento de sus familiares, representante legal o el progenitor del no nacido, en defecto de que ésta pueda dar su consentimiento –entendiendo por tales, casos como el embarazo de mujer en estado de coma, el de mujer enajenada, entre otros-.

Este posible consentimiento debe entenderse, desde el punto de vista de la calificación según el CP, solamente como requisito o elemento típico de un delito establecido. Según lo dispuesto en el Art. 133 CP, el consentimiento

¹²⁴ En atención a la tipicidad, también se entiende que la mera emisión del dictamen médico que prescriba la práctica abortiva como opción para salvar la vida o salud de la gestante no constituye delito, ni siquiera en grado de tentativa, por no cumplirse con ello ningún elemento de la conducta típica.

¹²⁵ Vid. **BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta**, *op. cit.*, p. 40.

de la mujer en la práctica del aborto terapéutico determinaría su calificación como aborto consentido, lo que la haría responsable exclusivamente a ella por dicho delito.

En relación a la participación del profesional médico, el consentimiento o no de la mujer embarazada no incide en su calificación jurídica como aborto agravado, pues este tipo cualificado es independiente de tal elemento, y más bien podría suponer, en caso de condena, un aumento de la responsabilidad penal, por ser la ausencia del consentimiento de la gestante una circunstancia de mayor gravedad del desvalor de la culpabilidad en la actuación del profesional médico.

3.1.2 La Antijuricidad en la Práctica del Aborto Terapéutico según el CP.

La antijuricidad podría concebirse genéricamente, como el término lo indica con su sola lectura, como lo contrario a lo jurídico. Pero es necesario recordar que a través de la normativa jurídica se permiten, exhortan y prohíben comportamientos. Por ello puede verse a la antijuricidad, más ampliamente, desde la perspectiva de lo que ordena el Derecho, como la contradicción entre el hecho y lo que manda el ordenamiento jurídico¹²⁶.

Esto significa que la antijuricidad no es exclusiva del derecho penal positivo, pues si el ordenamiento jurídico se puede entender como una unidad lógica y coherente –debiéndose tener cuidado de no caer en una concepción formalista jurídica según la cual el orden jurídico es perfecto, exacto, autosuficiente, preciso y consistente¹²⁷-, la antijuricidad no puede ser

¹²⁶ **MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael**, *Teoría de la Antijuricidad*, 1ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D. F., 2003, p. 1.

¹²⁷ Vid. **NINO, Carlos Santiago**, *Introducción al análisis... op. cit.*, pp. 36-37.

relativa dentro del mismo y lo que es antijurídico para el derecho penal no puede ser jurídico para otra rama del ordenamiento jurídico, y viceversa. La antijuricidad no es una creación del derecho penal positivo, sino que éste sólo selecciona a través de la tipicidad algunos comportamientos que, por describirlos como delitos, son contrarios a Derecho.

En efecto, la antijuricidad es una consecuencia lógica de la tipicidad de los delitos¹²⁸. Una conducta no se tipifica como delictiva para ser premiada sino para ser desaprobada, haciéndosele un juicio de reproche que se manifiesta en el establecimiento legislativo de una sanción penal. Por tanto, la antijuricidad puede entenderse, desde el derecho penal, como un juicio de desvalor del legislador sobre la conducta delictiva¹²⁹.

Efectos antijurídicos del aborto terapéutico entre estos tenemos que:

En los tipos de aborto establecidos en el CP, la antijuricidad se manifiesta en la reprobación de la conducta que tiene como resultado la provocación del aborto, imponiéndole un reproche constitutivo de pena de prisión en todos los tipos, y de pena accesoria de inhabilitación del ejercicio profesional en el caso del aborto agravado.

En consecuencia, al adecuarse la práctica del aborto terapéutico a las conductas prohibidas de aborto consentido y agravado, se considera cumplida su antijuricidad, pues se contraría la prohibición de los preceptos aplicables, por cumplirse el elemento objetivo del tipo de aborto consentido, en caso de consentirlo la gestante, y el de aborto agravado, por practicarlo el facultativo médico.

¹²⁸ Al ser lógica, no es necesario que el legislador consigne expresamente “no se haga esto”.

¹²⁹ **MUÑOZ CONDE, Francisco**, *op. cit.*, p. 64.

La antijuricidad en estos casos se cumple en sus sentidos formal y material. En sentido formal, es antijurídico el carácter contrario de la práctica del aborto terapéutico a lo exigido en una norma penal; en sentido material, la antijuricidad se verifica en el efecto de tal práctica, que es la producción de un resultado lesivo a la vida en formación. Al cumplirse las dos dimensiones de la antijuricidad derivadas de la prohibición típica de la conducta o el acto abortivo, no puede plantearse, generalizadamente, que el aborto consentido o agravado cumplido en la práctica del aborto terapéutico no son hechos delictivos por defecto en su antijuricidad.

La existencia de defecto en la antijuricidad de una conducta típicamente prohibida, como el aborto, no es una regla general sino una posibilidad fáctica excepcional, desde el punto de vista dogmático-penal. Esto se debe a que el Derecho no puede abarcar en sus preceptos todas las posibilidades fácticas de la realidad material, de modo que si bien en derivación del principio de legalidad, como ha expuesto la SC en su jurisprudencia¹³⁰, el mandato de *lex certa* o certeza y taxatividad de los preceptos penales obliga al legislador a delimitar concretamente tanto la conducta punible como la pena con la que se sanciona, es imposible que en los elementos descriptivos de los tipos penales encajen todos los supuestos fácticos posibles referidos a una misma conducta o a un mismo resultado lesivo, más si la conducta admite tantas posibilidades de ejecución -como provocar un aborto-.

Existen supuestos, cuando la amplitud de posibilidades fácticas lo permite, en los que hay efectos o relación con el ordenamiento jurídico, más allá del derecho penal positivo, en la realización de determinada forma de

¹³⁰ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Imprudencia de Demanda de Inconstitucionalidad, Ref. 170-2013, de fecha 23-IV-2014.

cumplir la conducta que tiene un resultado lesivo sancionado penalmente. En ese momento tiene importancia la delimitación de la aplicabilidad de la conducta típicamente descrita a cada caso concreto, la cual puede hacer el legislador en la creación del precepto penal que prohíbe la conducta y el resultado producido, y el órgano judicial en la aplicación del precepto a través de la técnica jurídica, una vez judicializado cada caso concreto.

Causas de justificación: ausencia de antijuricidad entres estas tenemos:

No es necesaria la judicialización de cada caso para que, desde la formulación legislativa del derecho penal positivo, se reconozca la posibilidad de que la contradicción entre la conducta realizada y el tipo penal que la prohíbe esté permitida por el mismo ordenamiento jurídico.

Tal es el fundamento de las *causas de justificación*, según las cuales existe defecto o carencia de antijuricidad en situaciones en las que quien realiza la conducta típica, consciente de la antijuricidad de la misma, lo hace motivado observando otro precepto que le permite actuar legítimamente en dicha circunstancia. Es decir, su obrar se convierte de ilícito a lícito¹³¹.

En efecto, uno de los efectos principales de las causas de justificación es que *legitiman* la conducta que se ejerció contradiciendo la norma penal, lo que también está de acuerdo a una suerte de aceptación social del resultado del delito y la falta de reproche del mismo. Así, *exempli gratia*, es fácil entender, incluso sin el uso de terminología jurídica, por qué en casos como la muerte producida a una persona en *legítima defensa* de la propia vida, es menor o nulo el reproche social sobre dicha conducta. Muchas de esas

¹³¹ Vid. **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, p. 21.

circunstancias que desde el entendimiento común pueden estar justificadas, se reconocen jurídicamente en las causas de justificación.

Así mismo podrían citarse otros supuestos, como el caso de quien hurta un automóvil para conducir a una persona herida a un hospital, el de quien allana una casa amenazado de muerte, el del policía que dispara a un delincuente que está a punto de dispararle, el del boxeador que respetando las reglas de la pelea causa trauma cerebral a su adversario con sus puñetazos, entre muchos otros. Puede observarse que los supuestos fácticos podrían ser incontables. Frente a esta amplitud de excepciones posibles, las causas de justificación se han concebido en virtud a diferentes criterios que las clasifican genéricamente. Así se puede hablar de causas como el cumplimiento de un deber legal, el ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita, la legítima defensa y el *estado de necesidad* (Art. 27 CP).

La antijuricidad ante cada una de estas instituciones depende de los factores formales y materiales de las circunstancias en que se ejecuta la conducta típica. En sentido formal, no se puede obviar que, a pesar de la especificación del campo de aplicación de cada causa de justificación, los supuestos fácticos que dentro de ellas son posibles son asimismo incuantificables; por tal motivo, el contenido dogmático de cada justificante establece los requisitos normativos que deben cumplirse en todo caso específico para su aplicación y, por consiguiente, entenderse legítimo el actuar de quien lesiona el bien jurídico¹³².

¹³² Así, por ejemplo, en la legítima defensa (Art. 27 núm. 2 CP) debe existir una agresión ilegítima, una necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla y que la agresión ilegítima ante la que se emplea la defensa razonable no haya sido provocada por quién se defiende. De tal modo que no estaría justificada, ni sería legítima, la defensa de quién llevo a buscar al agresor a su casa amenazándolo con un mal grave, ni tampoco lo estaría la defensa de quien causó muerte disparando con un revólver al agresor ilegítimo que lo atacó con un machete, aunque podría atenuarse la pena (Art. 29 núm. 2 CP).

En sentido material, la falta de antijuricidad formal de la conducta dependerá de que en la circunstancia fáctica en cuestión se observen los requisitos legales objetivos y subjetivos de la causa de justificación.

Cada causa de justificación merece meticulosa atención. Al ser instituciones jurídicas demasiado complejas, es necesario particularizar la aplicabilidad de cada una a un supuesto material concreto. En virtud de ello, cobran importancia los temas de la tipicidad y el bien jurídico tutelado, pues toda conducta típicamente prohibida y antijurídica lo es por lesionar un bien jurídico concreto¹³³, en una circunstancia fáctica que encaje en el elemento descriptivo de la conducta típica. Así la justificante de la conducta lesiva del bien jurídico debe encajar en los elementos formales de la causa de justificación. En efecto, las causas de justificación tienen límites de aplicabilidad, dependiendo de los bienes jurídicos en juego en el caso específico en que se ejerza la acción lesiva. Por ejemplo, la legítima defensa no puede ser alegada como justificante ante el daño a la propiedad cuando alguien arranca el madero de una cerca para repeler una agresión ilegítima, siendo aplicable en tal caso la causal del estado de necesidad respecto al propietario de la cerca¹³⁴; pero, si con el mismo madero se lesiona la integridad física del agresor ilegítimo que ataca con un hacha, frente a éste operaría la legítima defensa.

La antijuricidad formal del aborto terapéutico, como consentido o agravado, ante las causas de justificación con anterioridad se hizo mención que si se cumplen los efectos formales realización de la conducta típicamente prohibida- y materiales –lesión al bien jurídico tutelado- de la antijuricidad en la práctica del aborto terapéutico, no puede presumirse que no existe tal

¹³³ Vid. **NINO, Carlos Santiago**, *Consideraciones sobre... op. cit.*, p. 56.

¹³⁴ **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**, *Manual de Derecho Penal... op. cit.*, p. 533.

característica delictiva en dicha práctica. Esa es la regla general que se deduce de la antijuricidad material que supone un supuesto fáctico como éste. Pero en las causas de justificación la antijuricidad material suele quedar impune –por así decirlo-, cuando lo que tiene posibilidad de transmutar es la antijuricidad formal, legitimándose, de ilícita a lícita, si se verifica el cumplimiento de los requisitos de una causa de justificación en la circunstancia concreta de que se trate.

La excepción no dependería, según lo apuntado anteriormente, de lo dispuesto en la parte especial reguladora de los delitos de aborto, sino de la circunstancia en la que quien practica o consiente el aborto terapéutico fuera consciente de la ilicitud formal de dicha práctica, pero cumpliera los requisitos de una causa de justificación, apegándose así al ordenamiento jurídico, posibilitando la legitimación formal de su conducta, aun cuando se produjere el resultado material lesivo.

El bien jurídico protegido en todos los tipos de aborto –la vida en formación- no permite, por sentido común, que cualquier causa de justificación se configuren ante la ejecución de las conductas típicas que estos describen y ante la lesión de dicho bien jurídico. Sin embargo, en este punto, ya no interesa abordar todas las causas de justificación que podrían darse en diferentes supuestos de aborto, sino que interesan las posibilidades correspondientes a los casos de aborto terapéutico, que, como ya se ha analizado, podría tipificarse sólo como aborto consentido, en relación a la gestante, y como aborto agravado, en relación a su práctica médica.

Delimitado el supuesto en que se ha de analizar la posibilidad de ausencia de antijuricidad formal por causa de justificación, debe partirse de cinco elementos característicos del aborto terapéutico: a) que la motivación

de dicha práctica es la existencia de un conflicto de bienes jurídicos relacionados a la gestación, b) que los bienes jurídicos entre los que se puede elegir la protección de uno y la lesión del otro no pueden ser otros que los de la gestante y del *nasciturus*, c) que por regla general existen dos clases de sujetos responsables de la práctica del aborto terapéutico -la gestante y el profesional médico-, d) que sin el consentimiento de la gestante, siempre que pudiera darlo, no se puede alegar justificación de la conducta¹³⁵, y e) que la práctica del aborto terapéutico se ejecute en una circunstancia en la que se observe el ejercicio lícito de la profesión médica, es decir, en un contexto de atención médica formal, de modo que se pueda verificar la voluntad de salvar a la gestante en dicha práctica, aún con el conocimiento del resultado lesivo para la vida del *nasciturus*¹³⁶.

Por supuesto, existen muchos más elementos fácticos en los casos de aborto terapéutico, pero estos principalmente son determinantes de la causa de justificación cuyas características y requisitos legales tienen posibilidad de

¹³⁵ Si no concurre el consentimiento de la gestante, cuando ésta estuviere en condiciones de decidir, la práctica de un supuesto aborto terapéutico devendría en el cometimiento del delito de aborto sin consentimiento (Art. 134 CP), concurriendo el elemento subjetivo del dolo de lesionar el bien jurídico –establecido en la conducta típica-, y faltando el elemento subjetivo de las causas de justificación, que es *el conocimiento del sujeto activo del delito de que su conducta estaría justificada*; y si el médico considerase estar amparado en causa de justificación, no podría aplicarse el error de prohibición vencible (Art. 28 inc. 2° CP), pues conocido es que la sola posibilidad de estar en condiciones de prestar consentimiento la paciente, obliga al profesional médico a consultar la práctica indicada.

¹³⁶ Con esto se excluye la práctica de un aborto terapéutico en un contexto de clandestinidad, en el que no se podría alegar justificación para salvar la vida de la gestante, sino que sería notorio el conocimiento de la antijuricidad de la conducta y el desconocimiento o negación de la causa de justificación de la que los sujetos activos de la conducta típica y antijurídica deben estar conscientes -de modo que obran motivados por la misma-. Además, de esta forma se garantizaría que la práctica del aborto fue realizada en atención a salvar a la gestante en el ejercicio lícito de la profesión médica. Esta circunstancia planteada puede parecer excluyente de la posible aplicación de causa de justificación en casos de aborto terapéutico practicados en la prestación de servicios médicos privados, en los que al fin de cuentas también se tiene como obligación y fin velar por la salud y vida de las pacientes; sin embargo, la prestación de servicios de salud privado no debe confundirse con la clandestinidad del ejercicio de prácticas médicas ilícitas, cuando éstas son realizadas por “profesionales” médicos que se dedican a ellas con regularidad.

adecuarse con el supuesto en cuestión. Así, de acuerdo a los referidos elementos, pueden excluirse *a priori* –de las establecidas en el Art. 27 CP-, por su mismo contenido legal manifiesto, el ejercicio legítimo de un derecho (Art. 27 núm. 1 CP) y la legítima defensa (Art. 27 núm. 2 CP). En consecuencia, existen tres posibilidades que, por su redacción, deben ser sometidas a juicio: quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal (Art. 27 núm. 1 CP), quién actúa u omite en ejercicio de una actividad lícita (Art. 27 núm. 1 CP), y quién actúa u omite por necesidad (Art. 27 núm. 3 CP).

a. Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal (Art. 27 núm. 1 CP). En principio debe aclararse que esta causa de justificación no puede aplicar, por su mismo contenido dogmático, de ninguna manera a la gestante en los supuestos de aborto terapéutico. Esta causa de justificación se aplica, sobre todo, al ejercicio de roles sociales en los que se entiende se asumen deberes en los que se posibilita la lesión a un bien jurídico. De acuerdo con Moreno Carrasco y Rueda García, esta justificante aplicaría sobre todo al cumplimiento de deberes en funciones de interés público.¹³⁷

Aunque los deberes susceptibles de esta causal están más relacionados a funciones que implican el tratamiento de peligros al bienestar general –como los deberes inherentes a las funciones de los agentes de autoridad-, no puede negarse que la prestación de servicios de salud es una función de interés público, en virtud de la cual los profesionales de la salud asumen deberes de carácter legal, procurando la salud y vida de las pacientes, siendo responsables legalmente del daño o la muerte de los mismos cuando actúen con negligencia, impericia, ignorancia o abandono inexcusable del paciente (Art. 39 CS).

¹³⁷ MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, *op. cit.*, p. 141.

Sin embargo, en casos como el aborto terapéutico, el peligro de daño en la salud o la muerte de la paciente que requiera dicha práctica no puede entenderse como una circunstancia en la que el médico deba actuar en cumplimiento obligatorio de un deber legal para evitar esos posibles resultados, pues en tal caso se tendría como paciente tanto a la gestante como al no nacido, y si médicamente se tuviese certeza que del aborto dependiese la protección de uno solo entre los pacientes en cuestión, el profesional médico no estaría ante el supuesto de cumplimiento de un deber legal, sino ante la colisión de deberes (Art. 27 núm. 6 CP), que no es una causa de justificación, sino una excluyente de culpabilidad, por estar referida a la inexigibilidad de otra conducta y no a la mera motivación de actuar legítimamente en el cumplimiento de su deber ejecutando la conducta típica.

b. Quien actúa u omite en ejercicio de una actividad lícita (Art. 27 núm. 1 CP). Esta causal, por su mismo contenido, tampoco puede ser aplicado a la gestante en los supuestos de aborto terapéutico. En efecto, en esta causal se adecua a la perfección el ejercicio profesional de la medicina y de todas las profesiones referidas a la salud, por ser estas actividades lícitas relacionadas a situaciones de riesgo para bienes jurídicos.

Esta causal se refiere, a las consecuencias lesivas para un bien jurídico en el ejercicio de la actividad lícita. En el campo de la medicina, esto abarcaría los casos en los que, asumiendo el riesgo lesivo que se puede producir para la salud o vida de los pacientes, los profesionales médicos asumen actividades en las que lo que se busca es beneficiar el bien jurídico en riesgo¹³⁸.

¹³⁸ Es evidente que el ejercicio de la actividad lícita y el cumplimiento del deber legal, en el caso de las profesiones de la salud, están íntimamente vinculados, pero no deben confundirse. Ante el deber, lo que se tiene es una obligación legal de afrontar un riesgo, lo

Esta causa de justificación tiene especial vinculación con el consentimiento del paciente en la práctica requerida para beneficio de su bien jurídico –vida o integridad-¹³⁹. Si el paciente consintiere la práctica médica que debe ser realizada, entonces el profesional médico actuaría lícitamente, de modo que el riesgo producido fue previamente asumido como una posibilidad, no siendo la lesión al bien jurídico antijurídica, siempre que no se hubiere observado negligencia o impericia en la práctica, *v. gr.*, la realización de una intervención quirúrgica delicada, tal como un trasplante de órgano vital. Así mismo, aplica la justificación si el paciente no estuviera en condiciones de consentir porque la circunstancia es de carácter urgente y amerite una decisión médica rápida para salvar la vida del paciente.

En cambio, si el paciente no tuviere discernimiento para consentir, y si no hubiere nadie que pudiera consentir por éste la realización de la práctica necesaria, y el médico decidiese llevarla a cabo, produciéndose el resultado lesivo para la integridad personal del paciente, no se estaría ante la aplicabilidad de esta causa de justificación, sino ante la de un *estado de necesidad justificante*, en la que colisionaron los bienes jurídicos vida e integridad personal del paciente y se obró con el fin de beneficiar ambos bienes. Pero si de la práctica médica necesaria resultase la muerte del paciente, siempre que se hubiere obrado diligentemente, se anularía la aplicación del estado de necesidad y se tendría la causal de ejercicio lícito.-

Según lo anterior, pareciera que para determinar la aplicabilidad de la justificante en los supuestos de aborto terapéutico, también debería tomarse

que incluye asumir la posibilidad de lesión justificadamente; mientras ante el ejercicio de la actividad, lo que constituye la justificante no es la obligación de ejercerla en determinada circunstancia riesgosa, sino el vínculo entre el riesgo de lesión como elemento inherente al ejercicio de la actividad, de modo que se justifica por ejercicio del rol a favor del bien jurídico que resultó lesionado, por la misma naturaleza riesgosa de la actividad.

¹³⁹ Vid. **MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA**, *op. cit.*, p. 143.

en cuenta el consentimiento de la gestante en la práctica del mismo. Sin embargo, no podría aplicarse esta causal, existiese o no dicho consentimiento, debido a un elemento clave en estos casos que fue abordado en la causal anterior.

Si el aborto se hubiere determinado como necesario para salvar la vida de la gestante, y ésta lo consintiere, no podría estar justificado el comportamiento del médico, porque éste se posicionaría en la colisión de dos deberes, frente a la gestante y frente al *nasciturus*, pues respecto a ambos tendría la obligación de velar por su integridad y por su vida, supuesto en el que podría aplicar solo la inculpabilidad o exclusión de culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta, dependiendo de la circunstancia concreta –en la que habría que verificarse que no existía otra forma de afrontar la situación-. Si la gestante no pudiese consentir el aborto terapéutico –por haber perdido el conocimiento o situación análoga-, ni hubiere nadie que pudiera prestarlo por ella, el médico tomaría la decisión en la misma circunstancia de colisión de deberes, no aplicando la causal de ejercicio de actividad lícita sino la causal de inculpabilidad.

c. Quien actúa u omite por necesidad (Art. 27 núm. 3 CP). En virtud al análisis realizado en las anteriores causas de justificación, en las que se verificó que el profesional médico sólo puede encontrarse en colisión de deberes en los casos de aborto terapéutico, habrá que excluir en consecuencia, como causa de justificación concordante con la situación del referido profesional, al estado de necesidad justificante¹⁴⁰. En cuanto a la

¹⁴⁰ En realidad, es discutible la no aplicabilidad de la figura del estado de necesidad – justificante o excluyente- al profesional médico, pues en el aborto terapéutico éste actúa en la defensa de un bien jurídico ajeno –respecto a la mujer embarazada-. Sin embargo, es preferible optar, por el momento, por la no concordancia de esta causal con la posición del médico en la situación referida, porque aunque éste buscara la protección de la integridad

gestante sucede lo contrario, pues ésta causal es la única que coincide con las características de la circunstancia en que se realiza la conducta de aborto consentido (Art. 133 CP) en la práctica del aborto terapéutico.

El estado de necesidad, según puede entenderse en términos sencillos de la simple lectura del Art. 27 núm. 3 CP, es una situación excepcional en la que una persona se encuentra en necesidad de obrar ante la colisión de dos bienes jurídicos, en la que opta lesionar uno de estos en la defensa del otro, que es propio o ajeno. En los casos de aborto terapéutico, se cumple la existencia de un conflicto de bienes jurídicos vinculados por la gestación, que solo pueden ser de la gestante y del *nasciturus*.

Si el conflicto de bienes es inherente a la circunstancia de aborto terapéutico, el mismo es por definición un estado de necesidad, de modo que no puede entenderse situación de necesidad cuando existen posibilidades de asumir el embarazo riesgoso de una forma diferente a la práctica del aborto. Dicho de otra forma, el aborto debe ser la única forma de eliminar el peligro inminente que el embarazo representa, cumpliéndose así la lesión del bien jurídico –del *nasciturus*- producida para la protección del bien jurídico propio –de la gestante-, realizando con ello la conducta típica de aborto consentido: consintiendo la práctica abortiva indicada. Por último, debe señalarse que a diferencia del médico que tiene un conflicto de elección en el cumplimiento

personal y la vida de la gestante, lo que lo determina es la situación de necesidad de elegir entre el cumplimiento de dos deberes. Como se verá más adelante, tanto la figura del estado de necesidad como la colisión de deberes tienen implícita una *situación de necesidad*, frente a la cual podría valorarse en ambas causales el cumplimiento de los mismos requisitos para ser considerada como tal, pero lo que determina la aplicabilidad de una u otra no es la necesidad sino la posición del autor de la conducta típica dentro de la circunstancia de necesidad, reiterando que parece más acorde al rol del médico en la misma la colisión de deberes frente a la que se encuentra.

de dos deberes en colisión en estos supuestos, la gestante no consiente por cumplir ningún deber, sino por la protección de su propia vida.

Ésta es la causa de justificación que contiene todos los requisitos para adecuarse perfectamente con los supuestos de aborto terapéutico. A pesar de ello, visto el estado de necesidad como causa de justificación, la aplicación de éste tendría la doble consecuencia de excluirse tanto la antijuricidad –formal- de la conducta como la culpabilidad del sujeto que la realiza –la gestante-, pues la culpabilidad sólo puede determinarse en virtud de una conducta formalmente antijurídica¹⁴¹. Distinto es el caso del estado de necesidad excluyente, en el que tanto la antijuricidad formal como material de la conducta queda establecida, y el efecto excluyente del mismo es sobre la culpabilidad del sujeto activo del delito. Por esta peculiar diferencia, es imprescindible reconocer la naturaleza del estado de necesidad aplicable a cada caso concreto que se plantea como tal.

No puede afirmarse que por coincidir las características del aborto terapéutico con los requisitos de la situación de necesidad a que refiere el Art. 27 núm. 3 CP, aplica éste como causa de justificación, volviendo legítima la conducta, cuando en tal disposición no se diferencia entre un estado de necesidad u otro –lo que lo convierte un problema de interpretación-. Esta es la base del debate de su aplicabilidad como justificante o excluyente, siendo que en este último caso no puede entenderse lícito el actuar sino solo ausencia de culpabilidad.

En este orden de ideas, y luego de analizada la antijuricidad en el aborto terapéutico y la posibilidad normativa de la ausencia de antijuricidad en la circunstancia en que se lleve a cabo, es idóneo abordar el cumplimiento

¹⁴¹ GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio, *op. cit.*, p. 30.

de la categoría de culpabilidad en dicha práctica y cuáles son los requisitos y la posibilidad de ausencia de culpabilidad en la misma, con el fin de verificar la posible aplicabilidad del estado de necesidad justificante o excluyente para el delito de aborto consentido cometido en el consentimiento de la gestante en el aborto terapéutico. Y además, determinar los efectos que la aplicación del estado de necesidad correspondiente puede tener respecto al profesional médico en tales casos.

3.1.3 La Culpabilidad en la Práctica del Aborto Terapéutico según el CP.

Si la antijuricidad es un juicio de desvalor del legislador sobre la conducta delictiva, la culpabilidad es el reproche contra el autor de dicha conducta, de carácter retributivo, que consiste en el establecimiento legislativo e imposición judicial de una sanción penal¹⁴².

En efecto, los elementos de tipicidad y antijuricidad de la conducta no son suficientes para que su ejecución tenga una consecuencia punitiva, pues en la misma deben concurrir los elementos referidos al sujeto activo del delito que manifiesten la culpabilidad de éste en su realización, por no haberse abstenido de ello motivándose por la función preventiva de la norma penal¹⁴³.

Es evidente, por tanto, que la culpabilidad del autor de la conducta típica y antijurídica implica su capacidad de responder penalmente por poseer comprensión sobre la ilicitud de la conducta y conciencia en la decisión de realizarla. Así, es posible concebir que en el tipo penal sólo se encuentra un elemento de culpabilidad, que es la consecuencia jurídica o juicio de reproche -sanción penal-, pero no los elementos subjetivos que

¹⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 64.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal... op. cit.*, p. 543.

determinan la culpabilidad de la conducta concreta, pues se presume que la prevención del ordenamiento jurídico penal es de conocimiento general para la sociedad, siendo consecuencia de ello la aplicación del principio de responsabilidad (Art. 4 CP), en virtud al cual se establecen como elementos subjetivos de realización de la conducta el dolo o la culpa.

Esto permite diferenciar que existe culpabilidad en un sentido formal y uno material. De acuerdo con el criterio de Plascencia Villanueva, se entiende como culpabilidad formal cuando se reúnen el conjunto de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico-penal para que pueda imputársele una conducta al sujeto que la ejecuta o participa en ella, mientras la culpabilidad material es el “contenido explicativo” a través del cual se verifica la culpabilidad fáctica, es decir la determinación del porqué de la culpabilidad formal del autor de la conducta¹⁴⁴.

La culpabilidad puede ser cumplida solo si se actúa teniendo capacidad psíquica de motivarse por la norma penal, decidiéndose sin embargo realizar la conducta típica con la comprensión de su carácter ilícito o de la ilicitud de obrar con imprudencia ante la situación, pudiendo haberse obrado de distinta manera, y asumiéndose la producción del juicio de reproche establecido en la norma penal; presupuestos formales que se verifican en el juzgamiento de la acción del inculpado en la circunstancia concreta, que tiene como consecuencia la declaración formal de la existencia de culpabilidad material y la aplicación del juicio de reproche a través de la determinación o individualización judicial de la medida de la pena.

¹⁴⁴ **PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl**, *Teoría del Delito*, 1ª Edición, 3ª Reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D. F., 2004, p. 172.

Dentro de los elementos de la culpabilidad se deberá de tener en cuenta lo siguiente: Para que se verifique la culpabilidad por dolo o por culpa en el sujeto activo del delito al realizar la conducta típica y antijurídica deben cumplirse tres elementos específicos: *la capacidad de culpabilidad o imputabilidad*, *el conocimiento de la antijuricidad* y *la exigibilidad de otra conducta*.

Sobre estos elementos de culpabilidad no será necesario explayarse, sino abordar los efectos jurídicos básicos de los mismos para luego someter a juicio su concurrencia en la práctica del aborto terapéutico, que es la circunstancia fáctica a través de la cual la gestante y el profesional médico pueden cometer, desde la perspectiva del CP, los delitos de aborto consentido y aborto agravado, respectivamente.

a. La capacidad de culpabilidad (Imputabilidad). Es la capacidad física y psíquica de un sujeto para serle imputada una conducta delictiva¹⁴⁵. Se refiere a la capacidad del sujeto activo del delito para motivarse a no realizar lo prohibido por la norma jurídico-penal. Se considera que existe esta capacidad cuando el autor de la conducta ha cumplido la mayoría de edad, tiene un desarrollo psíquico completo, un normal funcionamiento de sus facultades mentales y obra en sin estar perturbado de su conciencia.

Este elemento de culpabilidad sugiere que un sujeto no puede ser responsable penalmente de aquello que no es capaz de comprender por motivos como la enajenación mental, el desarrollo psíquico retardado o incompleto y la grave perturbación de la conciencia (Art. 27 núm. 4 CP). Debido a que la norma penal cumple una función preventiva general, la

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal... op. cit.*, p. 565.

capacidad de culpabilidad se presume por el legislador al momento de establecer prohibiciones en las normas penales, para cuya comprensión es necesario un funcionamiento normal -desarrollado y completo- de las facultades psíquicas del individuo¹⁴⁶.

Debido a esta presunción legal sobre la capacidad de culpabilidad en la ejecución de una conducta delictiva, en la dogmática penal salvadoreña no se encuentran expresamente regulados los presupuestos para considerar la capacidad de culpabilidad sino sólo sus excepciones, que son los casos del Art. 27 núm. 4 frente a los cuales se considera la inimputabilidad de los autores, renunciándose a la imposición de una pena como reproche¹⁴⁷.

El conocimiento de la antijuricidad es otro de los elementos de la culpabilidad en la práctica del aborto, pues si la capacidad de culpabilidad se refiere a que el autor de un ilícito tiene capacidad de comprender en su conciencia la antijuricidad del hecho, el autor debe tener además un pleno conocimiento del carácter antijurídico del mismo, lo que surge solo a través del conocimiento del contenido de la norma jurídico-penal¹⁴⁸.

Es decir que el conocimiento de la antijuricidad de la conducta delictiva es la consecuencia lógica de tener capacidad de comprenderla. Si la norma penal cumple la función preventivo-general de motivación e intimidación para no realizar la conducta prohibida en ella, y además se

¹⁴⁶ Vid. **ROXIN, Claus**; *Derecho Penal... op. cit.*, p. 822.

¹⁴⁷ Lo cual no imposibilita que el sistema penal responda a la conducta típica y antijurídica a través de la segunda vía de reacción jurídica ante el delito, que son las medidas de seguridad. Sin embargo, debido a que la culpabilidad garantiza un reproche sustentado en la capacidad del sujeto de soportar una pena que lo responsabilice como autor de un hecho delictivo, en caso de haberse ejecutado el mismo bajo causas de inimputabilidad, las medidas de seguridad carecen de carácter retributivo.

¹⁴⁸ Vid. **PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl**, *op. cit.*, p. 171.

presume legalmente que toda persona que la realizare tiene capacidad de comprender y comprende el carácter ilícito de la misma, el individuo puede motivarse por dicha prevención político-criminal, teniendo la oportunidad de autodeterminarse a realizarla o abstenerse de hacerlo. De obrar contrario a la norma conscientemente, se verifica su culpabilidad.

Si el sujeto obra sin conocimiento del carácter antijurídico de lo que realiza –excepción cuya posibilidad se reconoce en la parte general de la dogmática penal-, se determina la existencia o no de responsabilidad penal sobre la base del error de prohibición (Art. 28 inc. 2º CP), el cual si es vencible, de modo que el sujeto activo del delito pudo haber verificado si la conducta que realizaría era antijurídica o no, se castiga con atenuación de la pena (Art. 69 CP), pero si ello no fuere posible, es decir, si el error es invencible, se exime la conducta de responsabilidad penal.

C. Exigibilidad de otra conducta. Este elemento se refiere a la exigibilidad razonable al sujeto activo del delito de realizar un comportamiento distinto que sí sea apegado a Derecho. El derecho penal, como todo sistema de normas jurídicas, contiene imperativos que son posibles de realizar, por tanto, la prohibición del comportamiento ilícito no exige –por regla general- el sacrificio de los destinatarios de la norma penal en el cumplimiento de la misma sino más bien su aceptación¹⁴⁹.

Sin embargo, así como existen supuestos en los que el autor de una conducta típica y antijurídica se encuentra facultado para actuar u omitir en contravención a la norma jurídica penal –causas de justificación-, también existen supuestos en los que al autor de la conducta no tiene más opción

¹⁴⁹ Vid. **MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA**, *op. cit.*, p. 156.

que actuar en contravención de la misma, pues a pesar de tener capacidad física y psíquica de comprender la antijuricidad de la conducta y, de hecho, la comprende, se encuentra en una circunstancia en la que razonablemente no se le puede exigir una conducta distinta a la realización de la conducta prohibida. Es decir, existe una situación de no exigibilidad de otra conducta, en virtud de lo cual no puede estimarse culpable ni responsable penalmente, (Art. 27 núm. 5 CP)¹⁵⁰.

A pesar que esta excluyente se ha regulado de forma específica en el Art. 27 núm. 5 CP, es genérica en el sentido que existen varios supuestos en los que no se puede hacer más que realizar la conducta prohibida. El ejemplo inmediato de ello se encuentran en la misma disposición normativa: el estado de necesidad excluyente, eximente, exculpante, inculpante o disculpante (Art. 27 núm. 3 CP). Este supuesto, se constituye por la colisión de dos bienes jurídicos, que crea una situación de necesidad para quien solo tiene la posibilidad de resguardar uno, lo que implica la lesión del otro. Esta situación es, por tanto una circunstancia específica de inexigibilidad de otra conducta en la que cualquier bien jurídico que se resguarde implicará un obrar antijurídico en relación a la lesión del otro.

Otro ejemplo de situación de inexigibilidad de conducta es la colisión de deberes regulada en el Art. 27 núm. 6 CP, pues el encuentro desafortunado de los dos deberes legales posiciona al sujeto activo del delito en una situación de necesidad exculpante, en la que solo puede cumplir uno de sus deberes legales, importando con ello el incumplimiento del otro¹⁵¹.

¹⁵⁰ Vid. **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *op. cit.*, p. 117.

¹⁵¹ La diferencia de esta situación de necesidad con la del estado de necesidad, propiamente dicho, es la causa fáctica que produce la necesidad de actuación de una u otra manera para

En caso de estado de necesidad –excluyente- por conflicto de bienes jurídicos, los requisitos legales de la circunstancia se refieren, sin distinción, a los mismos que deben concurrir en el caso del estado de necesidad justificante. La diferencia determinante entre la aplicabilidad de uno o de otro se analizará más adelante, aplicado al supuesto específico de aborto terapéutico, luego de analizados la concurrencia o faltas de elementos de la culpabilidad en el mismo.

Entre los elementos de culpabilidad en la práctica del aborto terapéutico están las siguientes consideraciones:

De acuerdo al carácter subjetivo de los elementos de la culpabilidad, estos no son expresos en los tipos de aborto establecidos en el CP, pero sí están implícitos en la descripción de la conducta prohibida en ellos. Se cometen con dolo los delitos de aborto consentido y aborto propio (Art. 133 CP), aborto sin consentimiento (Art. 134 CP), aborto agravado (Art. 135 CP), e inducción o ayuda al aborto (Art. 136 CP); es decir, se realizan con comprensión y conocimiento de la antijuricidad del hecho y en circunstancias en que era posible exigirse otra conducta apegada a derecho -no provocar el aborto-. Estos elementos también concurren en el elemento subjetivo culpa o imprudencia en el aborto culposo (Art. 137 CP), por haberse determinado el sujeto activo del delito a actuar imprudentemente frente a la situación de riesgo en la que eventualmente se produce la provocación del aborto.

Debido a que la concurrencia de la culpabilidad material puede comprobarse solamente en la acreditación procesal de la misma en la judicialización de cada acción específica¹⁵², existen extensas posibilidades de que se verifique la falta de algunos de los elementos de la culpabilidad,

el autor de la conducta típica -protección de bienes jurídicos o cumplimiento de deberes legales cuyo incumplimiento permite la lesión de uno de los bienes jurídicos en colisión-.

¹⁵² Vid. **PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl**, *op. cit.*, p. 172.

como la incapacidad de comprensión de la ilicitud de la acción -lo que daría lugar a una causa de inimputabilidad (Art. 27 núm. 4 CP)-, la falta de conocimiento de la ilicitud de la provocación del aborto –que daría lugar a la aplicación atenuante o eximente del error de prohibición-, o la no exigibilidad de otra conducta distinta en el caso concreto -que daría lugar a la exclusión de responsabilidad penal por inexigibilidad (Art. 27 núm. 3, 5 y 6 CP)-.

Estas causas de inculpabilidad podrían estar presentes en distintas situaciones en las que se realiza la conducta típica de provocación del aborto. Las posibilidades fácticas de ello son innumerables. Por ahora merece especial atención la concurrencia de los elementos de culpabilidad o de causas de inculpabilidad en los casos de aborto terapéutico, en los que se pueden cometer los delitos de aborto consentido o aborto agravado.

a. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad en el aborto terapéutico. En la práctica del aborto terapéutico es necesario el consentimiento de la gestante y el proceder voluntario del profesional médico. Es decir, es una práctica ejecutada con total conciencia de los autores de la misma sobre la situación de necesidad que la motiva y sobre los efectos lesivos que la misma representa para la vida del *nasciturus*.

En consecuencia, no se puede practicar un aborto terapéutico sin capacidad de culpabilidad, y por tanto es imposible que concurra en un supuesto fáctico así alguna causa de inimputabilidad respecto a la gestante o al profesional médico. Se entiende cumplido este elemento de culpabilidad en los autores respecto a las conductas de aborto consentido y aborto agravado en todo caso de aborto terapéutico judicializado bajo el marco penalizador de toda forma de aborto según el CP.

b. *El conocimiento de la antijuricidad en el aborto terapéutico.* En la práctica del aborto terapéutico, por el carácter técnico-científico del conocimiento sobre la circunstancia de necesidad médica –lo que implica que a la gestante le ha sido proporcionada totalmente la información sobre la situación de necesidad-, los autores tienen pleno conocimiento del hecho y del contenido de la norma que prohíbe la conducta lesiva del bien jurídico, en tanto que la publicidad del ordenamiento jurídico penal y su carácter preventivo general son de conocimiento público. Por tanto, se tiene plena capacidad de actuar y decidir no realizar la conducta lesiva de la vida.

Debido al carácter especial de situación de inexigibilidad de otra conducta en estos casos¹⁵³, por representar un sacrificio para la gestante, la decisión de contravenir la prohibición típica de la lesión de la vida del *nasciturus* no debe entenderse como ausencia del conocimiento de su antijuricidad. En consecuencia, puede decirse que, por regla general, en los supuestos de aborto terapéutico, se cumple este elemento de culpabilidad respecto a ambas clases de autores de la práctica abortiva.

Esto no significa que la situación de necesidad especial en estos casos no puede influir aun cuando se tiene conocimiento de la antijuricidad implícita en una práctica abortiva, es decir que esta regla general podría admitir la excepción del error de prohibición en la circunstancia concreta. Por obvias razones, el error no podría alegarse respecto al conocimiento de la antijuricidad material y formal que en principio implica el consentimiento de una práctica abortiva en general. Sin embargo, al tratarse de un supuesto en que la conducta lesiva *podría* estar amparada por una causa de exclusión de

¹⁵³ La situación de necesidad en que se posiciona a la gestante respecto a la decisión de sacrificar la vida del no nacido para proteger la propia, y al profesional médico respecto al cumplimiento de uno de los dos deberes en juego

la responsabilidad penal, se podría ejercer la conducta lesiva considerándose los autores excluidos de dicha responsabilidad por la conducta, cuando la situación de necesidad podría no existir objetivamente.

Frente a este supuesto de error de prohibición, según la idoneidad concebida de la causa de exclusión bajo la cual se considerasen los autores amparados, podrían asumir estar ante una causa de justificación –lo que incorporaría la creencia de ausencia de la antijuricidad formal por estar la conducta lesiva permitida por la misma- o ante una causa de inculpabilidad – que implicaría la conciencia de la antijuricidad formal de la práctica abortiva pero la ausencia de culpabilidad por no ser exigible una conducta distinta a la lesión de la vida del *nasciturus*-.

En términos generales, tanto la gestante como el profesional médico tendrían que obrar creyendo estar exentos de responsabilidad penal, bien por considerar permitida la conducta por la causa de justificación o bien por considerarse inculpables respecto a la producción del resultado antijurídico y lesivo implícito en el aborto terapéutico. El caso arquetípico de este error sería el denominado *estado de necesidad putativo*.

En el estado de necesidad putativo concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación o de inculpabilidad, pues existe conocimiento de la antijuricidad formal y material de la conducta así como de la posibilidad del autor de obrar de manera distinta –aun cuando ello importara un sacrificio para los mismos-, pero a la vez no existe en el caso material el estado de necesidad a que refiere la norma jurídica¹⁵⁴. Esta figura podría efectuarse en relación a la gestante y al profesional médico, ya sea desde la perspectiva de

¹⁵⁴ Vid. **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, p. 147.

la primera en que se considera nada más la colisión de los dos bienes jurídicos, o desde la perspectiva del segundo en que se considera además la colisión de los dos deberes legales, pues en ambos supuestos se está ante una situación de necesidad.

En estos casos, el estado de necesidad debiera ser materialmente aparente para los autores de la conducta, pero inexistente, bien por falta de algún elemento objetivo de la situación de necesidad –como la posibilidad de haber aplicado otro tratamiento distinto a la práctica del aborto para salvar la vida de la gestante- o incluso cuando no existiese certeza del riesgo para la vida de la gestante, sino solo para su salud, de modo que el aborto bien pudo ser eludido, tomándose las medidas necesarias para procurar la integridad física de la mujer embarazada con el embarazo o el parto riesgoso.

Sin afán de profundizar entre las diferencias de un estado de necesidad justificante y uno excluyente, en la situación de necesidad putativa influye, como puede deducirse de lo anterior, el valor del bien jurídico al que se intenta proteger. De modo que si existiese peligro solo para la salud de la embarazada, pero se practicase el aborto con el fin de evitar su muerte, y si hubiera sido posible para el profesional médico verificar la falta de riesgo en la vida de ésta, sería una situación de necesidad putativa, pudiendo ser penalizada de forma atenuada, en virtud a lo dispuesto en el Art. 69 CP. Pero si el riesgo para la vida de la gestante no pudo verificarse por estar éste riesgo intrínsecamente vinculado a la gravedad de la situación en que el embarazo la posicionaba –de modo que sobre la afectación de su salud sí se tuvo plena certeza pero sobre su vida nada más altas probabilidades- el error podría considerarse como invencible, teniendo como consecuencia la posible exención de responsabilidad penal, en virtud a lo dispuesto en el Art. 28 inc. 2° CP.

La ausencia del conocimiento de la antijuricidad de la conducta constitutiva de aborto –consentido o agravado- en la práctica del aborto terapéutico puede darse solo en virtud del error de prohibición invencible sobre el estado de necesidad justificante. En tal caso, la gestante y el médico obrarían pensando que la conducta antijurídica se legitimaría formalmente; además tendría que ser invencible, pues en caso contrario existiese culpabilidad y responsabilidad atenuada.

En caso de recaer el error de prohibición invencible sobre el estado de necesidad inculpante, aun cuando la consecuencia fuese la no punibilidad de la conducta, el elemento del conocimiento de la antijuricidad se cumpliría, ya que la gestante y el médico fuesen *conscientes de los efectos antijurídicos formales y materiales de la práctica abortiva*, considerándose nada más amparados por la causa de inculpabilidad debido a la falta de exigibilidad de otra conducta por la situación de necesidad.

Este caso parece un tanto confuso, pues si existe consciencia de la antijuricidad material y formal del conducta, no puede hablarse de “error de prohibición”, pero el mismo se configura porque la situación de necesidad no existe realmente sino solo en el pensamiento de los autores de la conducta, por lo que es posible que la motivación de actuar dentro de cualquier causa de exclusión de la responsabilidad penal, sea justificante o meramente disculpante, sea un error de prohibición putativo, y así lo reconoce la misma dogmática penal salvadoreña (Art. 28 inc. 2° CP).

En todo caso, debido a que la característica de inexigibilidad de otra conducta está presente tanto en el estado de necesidad justificante como en el inculpante, el efecto de esta causa de inculpabilidad recaería sobre el error de prohibición invencible sobre cualquiera de dichas situaciones, según los

autores se considerasen amparados. Este efecto sería que en el estado de necesidad justificante no puede exigírsele al autor la comprensión de la antijuricidad, y en el inculpante, pese a esa comprensión, no puede exigírsele la adecuación de su conducta a la misma¹⁵⁵.

c. Exigibilidad e inexigibilidad de otra conducta en el aborto terapéutico. La conducta que puede ser exigible como opción de autodeterminación de los sujetos activos de los delitos equivale a la abstención de realizar la conducta prohibida. Esto necesita de un grado de libertad razonable en el comportamiento del sujeto activo del delito. La inexigibilidad de otra conducta, por tanto, equivale a la falta de dicha libertad, pues el autor puede obrar solo contradiciendo la norma jurídica¹⁵⁶.

Si la práctica del aborto terapéutico se realiza, por definición, en un estado de necesidad por colisión de bienes jurídicos o por colisión de deberes, no existe plena libertad en sus autores de motivarse por la norma jurídico-penal, pues ello importaría también una consecuencia lesiva. En el caso de la gestante, si bien respecto a su consentimiento sobre el aborto terapéutico existe la posibilidad de abstenerse de lesionar al *nasciturus*, ello no constituye libertad propiamente dicha. La exigibilidad de otra conducta no se cumple como elemento de la culpabilidad respecto a ésta, porque cumplir una conducta distinta a consentir la práctica de su aborto importaría un sacrificio que no debe ser exigido por el ordenamiento jurídico para su cumplimiento, siendo esto una causal de inculpabilidad que no necesariamente se adecua a la establecida en el Art. 27 núm. 5 CP, sino que refiere a una situación de inexigibilidad más específica, que es la del estado de necesidad, regulada en el Art. 27 núm. 3 CP.

¹⁵⁵ Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal... op. cit.*, p. 591.

¹⁵⁶ Vid. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *op. cit.*, p. 175.

Diferente es el caso del profesional médico, quien al abstenerse de practicar el aborto -habiéndolo consentido y solicitado la gestante- no incurre en sacrificio, pero sin duda su decisión por proteger al *nasciturus* y la omisión de procurar la vida de la gestante, puede tener como consecuencia su muerte.

Pero ese es uno de los aspectos más irónicos de la problemática social que produce la falta de permisibilidad normativa del aborto terapéutico, porque mientras respecto a la práctica del aborto existe temor de judicialización del caso y las posibles consecuencias punitivas para el profesional médico y para la gestante, en el caso de la negación médica a practicarlo, se asume *a priori* que el profesional ha actuado en el cumplimiento de su deber obviando la presencia de dos deberes y no existen el mismo temor ni posibilidad de judicialización¹⁵⁷.

3.1.4 Conclusiones sobre las Categorías Jurídicas del Delito.

Luego de haber examinado las características del aborto terapéutico a la luz de las categorías jurídicas del delito, se puede concluir, en primer lugar, que en estos casos existe tipicidad de los delitos de aborto consentido, respecto a la gestante, y aborto agravado, respecto al o los profesionales de la salud que lo llevaran a cabo¹⁵⁸.

Asimismo, se estableció que, en principio, en la práctica del aborto terapéutico se cumple el elemento de la antijuricidad en sentido formal y

¹⁵⁷ En síntesis, mientras para la gestante la situación es de inexigibilidad de otra conducta en cuanto se somete al sacrificio de su bienestar físico o su vida, para el profesional médico lo puede ser en doble sentido, practicando el aborto o absteniéndose de practicarlo. En ambos casos incumpliría uno de sus deberes respecto a los pacientes gestante y *nasciturus*, y por ser situación de necesidad sería idónea la judicialización del caso en ambos supuestos.-

¹⁵⁸ Para mayor análisis, véase *supra* pp. 105-108.

material, pues se produce una contradicción entre el hecho de la provocación del aborto y lo prohibido por los tipos penales que “describe” tal conducta, y además porque la ejecución de la misma tienen un resultado lesivo para un bien jurídico específico, que es la vida del *nasciturus*¹⁵⁹.

No obstante la antijuricidad material implícita en la práctica del aborto terapéutico, es posible que en determinados casos concretos pueda ampararse en una causa de exclusión de responsabilidad penal. Sobre la base de las diferentes causas de justificación vigentes en el Art. 27 CP, se estableció que en estos supuestos fácticos en específico sólo podría adecuarse al rol de la gestante la causal de estado de necesidad, por consistir el aborto terapéutico un estado de necesidad en que colisionan dos bienes jurídicos, la vida de su hijo y su vida propia, pero que no se puede determinar sólo por esos elementos la aplicabilidad de la modalidad justificante del estado de necesidad, ya que el legislador no fue categórico en el establecimiento de los requisitos para diferenciarlo con el estado de necesidad disculpante¹⁶⁰.

Respecto al profesional médico, se ha examinado, con diferentes ejemplos, que ninguna de las causas de justificación del Art. 27 CP pueden adecuarse a su rol en el supuesto del aborto terapéutico, pues a pesar que éste también se encuentra en una situación de necesidad, lo que lo posiciona en tal circunstancia no es la necesidad de salvar el bien jurídico de la gestante frente a la vida del *nasciturus*, sino su deber profesional de velar por la salud y la vida de ambos pacientes –gestante y *nasciturus*-, por lo que la colisión de deberes sería la figura más adecuada para el caso concreto. Sin embargo, esa causal no es justificante, sino una disculpante¹⁶¹.

¹⁵⁹ Para mayor análisis, véase *supra* pp. 109-110.

¹⁶⁰ Para mayor análisis, véase *supra* p. 120-121.

¹⁶¹ Para mayor análisis, véase *supra* pp. 119-120.

Por último, respecto a la concurrencia de la culpabilidad, en el caso de aborto terapéutico participan personas que solo pueden hacerlo en virtud de comprender la situación de necesidad y de la antijuricidad de la lesión a la vida del *nasciturus*, que actúan por tanto siendo conscientes de dicha antijuricidad y que la falta de conocimiento sobre la misma podría serlo solo en virtud de un error de prohibición invencible sobre el estado de necesidad justificante, considerando legitimado su obrar; más si el error de prohibición fuese sobre el estado de necesidad inculpante, siempre existiría el conocimiento la antijuricidad del hecho, aunque se excluyese la responsabilidad penal¹⁶². Como último elemento de culpabilidad, se ha establecido que la gestante siempre se encontrará ante una situación en que no se le puede exigir otra conducta, pues sacrificar su vida por la del *nasciturus* implica un daño para ella que el ordenamiento jurídico no puede – o no debe- exigirle.

En cuanto al profesional médico, la inexigibilidad de otra conducta concurre en un sentido distinto: tiene frente a sí la obligación de cumplir dos deberes distintos en colisión en los casos de aborto terapéutico, que son la protección de la salud y la vida de la gestante y del *nasciturus*. Sin embargo, esta posición del médico es extrañamente vista desde la sociedad como una en la que sí existe exigibilidad de una conducta distinta para éste: la abstención de practicar el aborto y el abandono de la paciente a su suerte frente al riesgo que corre por el embarazo, obviándose la situación de inexigibilidad de otra conducta para la gestante y sometiéndola al sacrificio personal¹⁶³. Después de todo, aunque tal sacrificio no lo pueda imponer expresamente el ordenamiento jurídico, se impone funcionalmente.

¹⁶² Para mayor análisis, véase *supra* pp. 131-134.

¹⁶³ Para mayor análisis, véase *supra* p. 135.

Como ha podido desprenderse de los contenidos abordados, en los casos de estado de necesidad en el aborto terapéutico coinciden dos clases de características: Unas de causas de justificación, referidas a la legitimación de la antijuricidad de la conducta por considerarse la gestante en una situación en la que el ordenamiento jurídico le permite decidir por su vida lesionando la de su hijo/a *nasciturus*. Otras, de causas de inculpabilidad, referidas a la conciencia de la antijuricidad de la práctica abortiva terapéutica, pero ejercida sin culpabilidad, en tanto que no existe un dolo propiamente dicho por causar la muerte del *nasciturus*, sino una motivación de salvar a la gestante, efectuada en una situación de inexigibilidad de una conducta distinta. Desde esa doble perspectiva, debe partirse para diferenciar la naturaleza del estado de necesidad aplicable al caso del aborto terapéutico.

3.2 El Estado de Necesidad en el Aborto Terapéutico.

La situación de necesidad fáctica, como se ha venido afirmando, es la motivación por la que se practica el aborto terapéutico. Para determinar la aplicación del estado de necesidad jurídico-penal, en modalidad justificante o inculpante, no se debe observar solamente el cumplimiento de la circunstancia objetiva de necesidad, sino además la actuación de los responsables de la práctica abortiva frente a dicha situación.

El elemento subjetivo del estado de necesidad se refiere, en términos generales, al conocimiento de los autores de que su conducta está amparada por esta eximente de responsabilidad. Debido a que los requisitos dogmáticos del estado de necesidad (Art. 27 núm. 3 CP) no determinan expresamente los presupuestos para que se configure su calidad justificante o inculpante, la diferenciación entre uno y otro lo será de acuerdo a la forma en que los autores asumieron el conocimiento de la antijuricidad y el

conocimiento de la causa de exclusión frente a la situación de necesidad provocada por los bienes jurídicos que colisionaron.

En efecto, como en el aborto terapéutico pueden enfrentarse bienes jurídicos de igual y de distinto contenido valorativo para el Derecho, la situación sobre la culpabilidad de los sujetos implicados se abordará -siguiendo el criterio de Plascencia Villanueva sobre la problemática de la libertad de la voluntad- con enfoque de la perspectiva de la libertad en el obrar, en la que se debe observar la capacidad de los autores para distinguir los valores representados por los bienes jurídicos en colisión en la situación de necesidad concreta¹⁶⁴.

3.2.1 Requisitos Objetivos de la Situación de Necesidad en Casos de Aborto Terapéutico.

Un estado de necesidad es una situación de peligro para un bien jurídico, y su protección solo puede hacerse lesionando otro bien jurídico, con el que entra en conflicto¹⁶⁵. Este concepto indica dos aspectos generales –y los más básicos- del estado de necesidad: que se da por la colisión de bienes jurídicos y que uno debe ser sacrificado para proteger el otro. Sin embargo, el concepto más adecuado y los requisitos específicos de esta institución jurídica deben ser íntegramente coherentes con su regulación en el ordenamiento jurídico-penal aplicable¹⁶⁶.

Para que la circunstancia fáctica en que se realiza un aborto terapéutico pueda considerarse un estado de necesidad, es necesario que

¹⁶⁴ Vid. **PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl**, *op. cit.*, p. 169.

¹⁶⁵ **MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA**, *op. cit.*, p. 147.

¹⁶⁶ **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, p. 132.

en ella concurren dichos requisitos dogmáticos, que en el caso de la legislación de El Salvador están establecidos en el Art. 27 núm. 3 CP. Esto es fundamental para diferenciar entre una situación de necesidad aparente para los autores de la conducta –estado de necesidad putativo- y una situación de necesidad jurídicamente reconocida para excluir –por antijuricidad o por inculpabilidad- la responsabilidad penal de los mismos.

a. El bien jurídico en colisión salvaguardado debe ser propio o ajeno, y debe estar protegido por la ley siendo el primer requisito inherente al estado de necesidad está regulado en la disposición citada, y consiste en que el bien jurídico salvaguardado en colisión debe ser propio o ajeno, pero además se establece que debe estar protegido por la ley. Esto refleja el apego al principio de legalidad del que debe estar revestida toda imputación de una conducta delictiva. Aunque muchas circunstancias fácticas pueden ser consideradas como una situación de necesidad, los bienes jurídicos que determinan esta situación no pertenecen al mundo material –al contrario del objeto del delito-, pues son categorías configuradas por el ordenamiento jurídico penal¹⁶⁷, que tienen la función político-criminal de limitar y orientar al *ius puniendi*, de modo que solo pueden considerarse conductas delictivas aquellas que lesionan un bien jurídico¹⁶⁸.

En el caso del aborto terapéutico tales requisitos se cumplen, pues esta práctica solo se origina por la colisión de los bienes jurídicos de la gestante y del *nasciturus* en embarazos riesgosos. Respecto al estado de necesidad de la gestante, la protección del bien jurídico es propio, pues ésta consiente la práctica del aborto para proteger su vida; y respecto a la

¹⁶⁷ Vid. **NINO, Carlos Santiago**, *Consideraciones sobre... op. cit.*, p. 55.

¹⁶⁸ Vid. **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, *op. cit.*, p. 51.

situación de necesidad por colisión de deberes del profesional médico, el bien jurídico protegido por el deber en colisión que éste decide cumplir es ajeno¹⁶⁹. Además, tanto la vida independiente de la mujer embarazada como la vida dependiente del *nasciturus* están protegidas por el CP.

Respecto a este requisito, merece especial atención uno de los bienes jurídicos de la gestante que puede colisionar con la vida del *nasciturus*, que es el de *integridad personal*. Como es sabido, este bien jurídico está estrechamente vinculado al derecho fundamental a la salud, al ser ésta una de las condiciones necesarias para la preservación del derecho fundamental a la vida de toda persona, el cual comprende el derecho a evitar la muerte, y el derecho a tener acceso a los medios que le permitan vivir de forma digna¹⁷⁰. Si bien la jurisprudencia constitucional salvadoreña ha establecido una diferencia entre el derecho a la salud y a la integridad personal¹⁷¹, desde el punto de vista de los bienes jurídicos, la tutela estatal a la integridad personal implica a la vez una tutela a las diferentes dimensiones de la salud, y ésta no solo comprende el bienestar físico de las personas, sino también el bienestar mental y el social; por ende, las lesiones al bien jurídico de la integridad personal también puede ser mental o psíquica¹⁷².

¹⁶⁹ Sin embargo, si el profesional médico se abstuviese de realizar la práctica abortiva, también se estaría protegiendo el bien jurídico *vida* del *nasciturus*, aunque ello implica una consecuencia gravosa para los bienes jurídicos de la gestante; situación que ya ha sido analizada (véase *supra* p. 135).

¹⁷⁰ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Admisión de Demanda de Amparo, Ref. 310-2013, de fecha 17-IV-2013.

¹⁷¹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sobreseimiento de Hábeas Corpus, Ref. 161-2007, de fecha 22-II-2008.

¹⁷² Al respecto, la OMS ha definido a la salud, en el Preámbulo de su Constitución, como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en New York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946, entrando en vigencia a partir del 7 de abril de 1948, disponible en: <http://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>, sitio visitado el 10 de mayo de 2014.

En virtud de esta amplia concepción de la salud, existen legislaciones en las que no es punible el aborto terapéutico en los embarazos que también impliquen un riesgo o daño para la salud de la mujer embarazada, e incluso legislaciones, como la británica, que no consideran solo la salud física sino también la salud mental (véase *supra* p. 50).

En todo caso, la regulación del aborto terapéutico dentro del sistema de indicaciones en una dogmática penal concreta debe contener dentro de sus requisitos normativos el bien jurídico o los bienes jurídicos susceptibles de protección con la práctica abortiva. En el CP de 1974, en su Art. 169 núm. 2, se establecía que no era punible el aborto practicado “con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiese otro medio”. Así, el único bien jurídico en colisión que admitía la legislación era la vida de la gestante.

Dentro del actual marco jurídico salvadoreño, penalizador de toda forma de aborto, la aceptación o no aceptación de la integridad personal – física y mental- de la gestante como bien jurídico en colisión con la vida del *nasciturus* para la configuración del estado de necesidad depende de los mismos requisitos establecidos en el Art. 27 núm. 3 CP. En ese sentido, la disposición citada establece, como se analizará más adelante, que el bien jurídico lesionado debe ser de menor o igual valor que el salvaguardado. De modo que no se puede validar el estado de necesidad del aborto terapéutico si su finalidad es la protección de la salud de la gestante, pues la integridad personal –física y psíquica- afectada en la lesión a la salud de ésta es valorada en menor rango respecto a la vida del *nasciturus*, por el ordenamiento jurídico salvadoreño¹⁷³.

¹⁷³ En contraposición a esta postura sobre la igualdad axiológica jurídico-positiva entre la vida de la madre y el *nasciturus*, puede consultarse a **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op.*

Sin afán de profundizar en los elementos subjetivos del estado de necesidad, conviene afirmar que, debido a que en este caso podría darse un estado de necesidad putativo, es necesario observar el elemento subjetivo de la conciencia de los autores de la conducta en la circunstancia concreta.

En caso que se llevase a cabo el aborto con consciencia de que su finalidad es solamente proteger la integridad personal de la gestante, no se configuraría el elemento subjetivo del estado de necesidad, pues no hace falta ser jurista para entender, por sentido común, que la vida suele ser más valorada que la salud, aun cuando el menoscabo de ésta fuera grave.

En caso que se practicare el aborto sin la certeza de que la vida de la gestante peligraba, pero con certeza sobre el riesgo de su salud, se cumpliría el elemento subjetivo del estado de necesidad, pero sin cumplirse éste en realidad, por lo que se estaría ante un estado de necesidad putativo, en el que aplicaría el error vencible para el profesional médico –pues éste tendría la posibilidad de ejercer las acciones necesarias para verificar la existencia del peligro- y para la gestante –pues ésta tendría la posibilidad de buscar otro diagnóstico médico antes de consentir la práctica abortiva-, pudiendo ser penalizado con responsabilidad atenuada (Art. 69 CP). Pero si se practicare sin tener certeza sobre el riesgo de muerte de la gestante porque la gravedad que implica el embarazo admite esa posibilidad y también la posibilidad de que solo su salud se viera afectada, y no existiera forma de verificar el resultado final de la situación de riesgo sino solo permitiendo que el embarazo avanzase, el error podría considerarse como invencible, pudiendo ser exento de responsabilidad penal, según el Art. 28 inc. 2º CP¹⁷⁴.

cit., p. 146. En esta circunstancia de colisión, el autor considera que la vida humana dependiente –*nasciturus*- es de menor rango que la vida humana independiente –gestante-.

¹⁷⁴ Para mayor análisis, véase *supra* pp. 132-133.

b. El peligro para el bien jurídico salvaguardado –vida de la gestante- debe ser real, actual o inminente.

Si un estado de necesidad es una situación de peligro para uno de los bienes jurídicos en colisión, es necesario que se tenga certeza sobre esa situación. Este requisito, establecido en el Art. 27 núm. 3 CP, indica que no hay situación de necesidad cuando se obra ante peligros inciertos, ambiguos o remotos¹⁷⁵. El peligro debe ser real, pudiendo ser actual o inminente.

1. El peligro debe ser real. No se entiende configurada la situación de necesidad cuando no se tiene certeza de que el peligro vaya a ocurrir. Si la aparente certeza proviene de una estimación errónea del autor de la conducta, se estaría ante un estado de necesidad putativo. Si la falsa certeza se puede verificar, se estaría ante un error de prohibición vencible, pero si su verificación fuera imposible el error sería invencible.

2. El peligro debe ser actual o inminente. La actualidad significa que la defensa del bien jurídico se efectúa durante exista la situación de peligro, una vez se tenga certeza de ésta. Se descarta cumplido este requisito cuando el peligro para el bien jurídico que se pretendía salvaguardar ya lo haya afectado o haya desaparecido. Si se tiene consciencia de que el peligro ha pasado, no se configura el estado de necesidad, pero si ello se desconoce se estaría ante un estado de necesidad putativo –asimismo, si verificar la existencia del peligro fuera posible, aplicaría el error de prohibición vencible, y en caso contrario el invencible-. La inminencia se refiere a que el peligro puede ser futuro, no necesariamente que esté a punto de ocurrir, sino teniéndose la certeza de que ocurrirá en un momento determinado¹⁷⁶.

¹⁷⁵ MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, *op. cit.*, p. 148.

¹⁷⁶ Ídem.

3. *En el caso del aborto terapéutico, la certeza sobre el peligro determina su actualidad o inminencia.* En estos supuestos, la regla general es que al tenerse conocimientos técnicos respecto al riesgo que el embarazo representa para la vida de la gestante, el diagnóstico sobre el peligro real de la situación determina si éste puede ser abordado por una vía distinta a la práctica del aborto o si, por lo contrario, ésta es la única opción¹⁷⁷.

En estos casos el peligro puede ser actual o inminente, pues la gestante puede sufrir de padecimientos a causa del embarazo o agravarse los que ya tuviese desde antes del embarazo, generando un peligro mortal para ésta. También se puede verificar la existencia de peligro inminente cuando, por ejemplo, en virtud de un padecimiento presente en el cuerpo –o incluso la mente- de la gestante, se tenga alta certeza de que el desarrollo del embarazo agravará su estado de salud hasta provocarle la muerte.

Debido a que los conocimientos técnico-científicos sobre la situación de riesgo que el embarazo representa para la gestante no convierten en infalible al profesional de la medicina respecto al diagnóstico para cada caso concreto, la anterior regla general puede admitir excepciones, dependiendo de la pericia del profesional médico o de la gravedad médica del peligro.

Sobre los errores de apreciaciones médicas la certeza del riesgo del embarazo no hace falta explayarse, siendo aplicables a tales casos la inexistencia de una situación de necesidad objetiva –estado de necesidad

¹⁷⁷ Se considera que en el aborto terapéutico, el requisito de la certeza del peligro, debido a la fragilidad de la salud y la vida, se puede referir tanto a la certeza plena de la futura muerte de la gestante como a las altas probabilidades de que su muerte ocurra, dependiendo de las causas que constituyan el riesgo. Por ello es que, como anteriormente se ha efectuado, es posible prever que en casos de embarazo riesgoso puede darse el error de prohibición invencible sobre la causa de justificación o de inculpabilidad, pues existirán circunstancias en las que la muerte de la gestante es altamente probable, no pudiéndose verificar tal resultado *a priori*, por obvias razones.

putativo-, en la que la responsabilidad penal por practicar el aborto terapéutico se ha de determinar en virtud de si el error fuera vencible o invencible¹⁷⁸.

c. El peligro no debe ser ocasionado intencionalmente.

En la situación de necesidad del aborto terapéutico, la regla general es que el peligro que el embarazo representa para la gestante se deba a causas naturales, bien por haberlas originado el embarazo o bien por enfermedades, padecimientos o debilidades propias de la fisionomía de la gestante que no le permiten soportar el desarrollo del embarazo.

De forma excepcional, el riesgo del embarazo puede deberse a una intervención humana en el normal desarrollo del mismo. En tales casos debe tomarse en cuenta que este requisito se cumplirá dependiendo de la no intencionalidad de la causa no-natural que provocó la situación de peligro. Si la situación de peligro no fue provocada dolosamente, este requisito del estado de necesidad se cumple¹⁷⁹; *v. gr.*, la gestante que recibe un golpe abdominal, que se lesiona en un accidente, que se cae golpeándose el vientre, que contrae una enfermedad sin intención de afectar su embarazo, que es víctima de violencia física, o de un aborto sin consentimiento tentado.

En caso de provocarse la situación dolosamente, este requisito del estado de necesidad no se cumple; *v. gr.*, la mujer embarazada que recurre a la práctica de un aborto clandestino o intenta el aborto propio, no

¹⁷⁸ Además, debiendo verificar el profesional médico que dicha situación de peligro no tiene más solución que practicándose el aborto, pues si existiese la posibilidad de esperar prudencialmente a que el riesgo del embarazo desapareciese con tratamiento o con el paso del tiempo, tampoco se configuraría la situación de necesidad.

¹⁷⁹ Vid. **MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA**, *op. cit.*, p. 149.

produciéndose la muerte del *nasciturus* pero complicándose el normal desarrollo del embarazo creándose un riesgo para su vida y la del *nasciturus*.

Respecto al profesional de la medicina, debe recordarse que no es éste quien se encuentra estrictamente en el estado de necesidad –de la forma en que sí lo ésta la gestante al consentir y solicitar el aborto terapéutico-, sino que la situación de necesidad alcanza el ámbito de actuación de éste pues ante la misma tiene la colisión de deberes. En tal sentido, puede entenderse que la prohibición de no haber creado el conflicto de los bienes jurídicos intencionalmente también alcanzaría al rol de éste en la circunstancia específica. Así, por ejemplo, no se configura el estado de necesidad, ni sería un aborto terapéutico, en el caso del médico que realiza una práctica abortiva sin consentimiento o consentida, con el llano dolo de producir la muerte del *nasciturus*, y en virtud del fracaso de la misma se origina el conflicto de bienes jurídicos, optando, a fin de cuentas, por provocar el aborto para salvar a la gestante.

d. El bien jurídico lesionado debe ser de menor o igual valor que el salvaguardado.

Este requisito se cumple plenamente desde la perspectiva de la situación de necesidad en el aborto terapéutico, pues si en virtud al contenido dogmático de éste solo puede llevarse a cabo el aborto cuando la vida de la gestante corre el peligro real, actual o inminente, por el embarazo riesgoso, la colisión de ésta con la vida del *nasciturus* se refiere a bienes jurídicos con el mismo valor para el ordenamiento jurídico penal¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Para efectos prácticos, y en virtud al análisis ya realizado respecto a la integridad personal como bien jurídico susceptible de colisionar con la vida del *nasciturus* desde el punto de vista del Art. 27 núm. 3 CP, deben excluirse del concepto de “aborto terapéutico”, los abortos provocados con el fin de proteger la salud de la gestante.

e. La conducta debe ser proporcional al peligro.

La proporcionalidad de la conducta respecto al peligro debe tener como base la gravedad del peligro mismo¹⁸¹. En el caso del aborto terapéutico, habiendo excluido ya la consideración del peligro exclusivo para la salud de la gestante, la gravedad de la situación de peligro se puede sintetizar como una situación de “vida por vida”. Si para el ordenamiento jurídico de El Salvador, la vida del ser humano, no nacido o nacido, tienen el mismo valor, no se puede presumir que la situación en que debe decidirse entre dos vidas no constituye gravedad alguna. Por supuesto, para que la reacción ante el peligro –práctica del aborto terapéutico- sea proporcional al mismo se deben cumplir, tal como se han analizado, todos los elementos objetivos del estado de necesidad, de modo que la práctica abortiva se ha de ejercer para proteger la vida de la gestante, que el peligro que ésta corra por el embarazo debe ser real, actual o inminente –tenerse certeza técnica médica del mismo-, que el peligro no debió haber sido ocasionado intencionalmente y que no puede considerarse excluido de responsabilidad penal el aborto que es practicado para la supuesta salvaguarda de un bien jurídico distinto a la vida de la gestante.

f. No se debe tener el deber jurídico de afrontar el peligro.

Este elemento objetivo del estado de necesidad también se cumple plenamente en todos los supuestos de aborto terapéutico. Se refiere, en términos generales, a que quien es titular del bien jurídico salvaguardado en la colisión de bienes no debe tener el deber jurídico de afrontar el riesgo implícito en la situación de necesidad¹⁸². Este deber jurídico se tiene, principalmente, en el ejercicio de ciertas actividades inherentes a determinadas profesiones, como el policía que tiene el deber de arriesgar su

¹⁸¹ Vid. **MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA**, *op. cit.*, pp. 148-149.

¹⁸² *Íbid.*, p. 149.

vida en el cumplimiento de sus funciones o el médico que tiene el deber de arriesgar su salud al atender enfermedades infecto-contagiosas de sus pacientes¹⁸³. Esto no debe confundirse con la colisión de deberes del profesional médico en los supuestos de aborto terapéutico, pues en estos casos, obviamente, éste no tiene el deber jurídico de afrontar la muerte de la gestante a causa del embarazo riesgoso. La no exigencia del deber de afrontar el riesgo se refiere a la gestante.

En cuanto a la situación de la gestante, su condición de paciente, de mujer, y de ser humano que tiene derecho a la vida no le establece ningún deber legal de arriesgar su vida en cumplimiento de actividad social alguna; es decir que este deber nace de actividades sociales específicas, dentro de las cuales no está “el deber de morir para ser madre”. En segundo lugar, la gestante se encuentra en una suerte de situación de inexigibilidad de otra conducta, en cuanto que el cumplimiento de la norma jurídico-penal –no someterse a la práctica del aborto terapéutico- no debe exigirle un riesgo, daño o sacrificio que esté más allá de las posibilidades que tiene la persona promedio para poder cumplirla (véase *supra* p. 134). Al no tener la obligación jurídica de sacrificarse por dicho cumplimiento, la gestante no puede tener un deber de afrontar el riesgo mortal producido por un embarazo.

g. El cumplimiento de los requisitos objetivos del estado de necesidad en el aborto terapéutico y su requisito subjetivo.

En el análisis anterior se ha establecido que, por regla general, la situación de riesgo para la vida de la gestante, originada por un embarazo, y ante la cual es médicamente necesario practicar un aborto terapéutico, puede cumplir todos los requisitos objetivos del estado de necesidad establecidos

¹⁸³ Vid. **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, pp. 143-145.

en el Art. 27 núm. 3 CP. De hecho, algunos de estos requisitos, *están* presentes en *toda* situación de riesgo motivadora del aborto terapéutico; otros, se *deben* cumplir en la circunstancia concreta.

Estarían presentes en todo caso de aborto terapéutico: que el bien jurídico salvaguardado es propio o ajeno -dependiendo de la perspectiva de los partícipes en la práctica-, que el bien jurídico salvaguardado está protegido por la ley penal, que el bien jurídico lesionado vida en formaciones de igual valor que el salvaguardado vida independiente-, y, que la gestante no tiene el deber jurídico de afrontar el peligro mortal. Deben estar presentes, existiendo la posibilidad de que no se cumplan en algunos casos: que el peligro para la vida de la gestante sea real y actual, que el peligro para la vida de la gestante no debe ser ocasionado intencionalmente y que la conducta debe ser proporcional al peligro para su vida esto se relaciona con la certeza médica de que la situación de riesgo para la gestante no puede ser evacuada de otra forma sino solo a través del aborto¹⁸⁴. Si se cumplen los requisitos en la circunstancia concreta, la aplicación del estado de necesidad dependerá del cumplimiento de su elemento subjetivo, que es *el conocimiento de los autores que de que su conducta está amparada por esta causa de exclusión*¹⁸⁵.

3.2.2 El Elemento Subjetivo del Estado de Necesidad Inculpante del Aborto Terapéutico.

Es notorio que la concurrencia del elemento subjetivo del estado de necesidad en los casos de aborto terapéutico ya fue parcialmente abordada,

¹⁸⁴ El no cumplimiento de estos últimos requisitos y la consciencia de ello en los autores del aborto terapéutico, no permite que la conducta pueda ampararse en el estado de necesidad.

¹⁸⁵ Vid. **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, pp. 145-147.

porque el cumplimiento de algunos de sus elementos objetivos – especialmente los circunstanciales- está vinculada a la consciencia de los autores de que la provocación de un aborto, en general, es típica y antijurídica, pero llevan a cabo tal conducta considerándose amparados por la situación de necesidad concreta en que se encuentran¹⁸⁶.

Debido a que la mayoría de los elementos objetivos de toda situación de necesidad concurren cuando los autores de la conducta tienen conocimiento de la existencia normativa del estado de necesidad y de su capacidad de actuar en apego a éste, puede decirse que *la calidad justificante o inculpante de tal causa de exclusión está relacionada al cómo se cumple el elemento subjetivo frente a la colisión de los bienes jurídicos y al valor jurídico-positivo de los mismos*.

Lo anterior no debe confundirse como si la subjetividad de los autores respecto a los bienes jurídicos en colisión determina que el estado de necesidad aplicable sea justificante o excluyente, sino que *el resultado lesivo producto de la actuación por necesidad debe realizarse motivada por el reconocimiento subjetivo del valor que el ordenamiento jurídico da a los bienes jurídicos en colisión*¹⁸⁷.

Si, desde esta perspectiva, actúan frente a la colisión lesionando un bien jurídico de distinto valor -mayor valor- al que el Art. 27 núm. 3 CP permite lesionar, en la situación sería exigible una conducta distinta –no

¹⁸⁶ En caso de la gestante, respecto debido a la protección de su vida; y en caso del profesional médico, respecto a la protección de la vida de la gestante realizada con el cumplimiento de uno de sus deberes en colisión.

¹⁸⁷ Esto significa que la valoración sobre los bienes jurídicos del sujeto que actúa en la situación de necesidad debe coincidir con la valoración que el ordenamiento jurídico hace respecto a los mismos, de modo que no tienen cabida las valoraciones arbitrarias y relativistas del sujeto activo de la conducta típica frente al bien jurídico que decide lesionar. Este requisito de apegarse al valor del bien jurídico es válido, pues es el mismo ordenamiento jurídico el que configura la categoría de bien jurídico.

lesionar el bien jurídico de mayor valor-, siendo la conducta antijurídica y culpable; es decir, no existiendo cabida a la justificación ni a la inculpabilidad. Por esta razón, no constituye estado de necesidad justificante ni inculpante el aborto para proteger la integridad personal de la gestante.

El valor jurídico-positivo del bien lesionado respecto al salvaguardado determina entonces la justificación de la conducta y la conversión de su antijuricidad en licitud, si es de menor valor; o la inculpabilidad de su autor, si es de igual valor¹⁸⁸. Desde la perspectiva de los requisitos del Art. 27 núm. 3 CP, el aborto susceptible de ampararse en el estado de necesidad es el practicado con el fin de salvar la vida de la gestante, en virtud a la equiparación del valor de la vida de las personas nacidas y no nacidas, para efectos proteccionistas de la persona humana, establecida en el Art. 1 inc. 2° CN¹⁸⁹.

De acuerdo a esta característica, sin duda, el estado de necesidad susceptible de ser aplicable a casos de aborto terapéutico es de naturaleza *inculpante*. En consecuencia, esta práctica abortiva es una conducta típica y antijurídica, pero tal como sucede con las causas de inculpabilidad, no se cumple en su ejecución el elemento subjetivo del dolo del autor, pues lesiona el bien jurídico porque no tenía más opción que lesionar este bien jurídico o permitir la lesión del bien jurídico salvaguardado¹⁹⁰. En síntesis, puede

¹⁸⁸ MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 149-150.

¹⁸⁹ Al respecto, la SC ha reconocido en su jurisprudencia constitucional que "(...) en nuestro ordenamiento jurídico, la vida constituye un derecho inherente a 'toda persona', sin excepción alguna incluso, hasta el momento de la concepción". **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Proceso de Amparo, Ref. 166-2009, de fecha 21-IX-2011.

¹⁹⁰ En opinión de Muñoz Conde, "no se trata de comparar sólo el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad". **MUÑOZ CONDE, Francisco**, parafraseado por **SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO**, en *op. cit.*, p. 118.

interpretarse que *el elemento subjetivo del estado de necesidad inculpante en el aborto terapéutico, que es el conocimiento del autor de la conducta de estar amparado por esta causa de inculpabilidad, representa su posibilidad de motivarse a salvaguardar el bien jurídico en situación de peligro, lesionando otro bien jurídico de igual valor en la colisión de ambos; motivación que sería inversamente proporcional a la falta de elemento subjetivo –dolo-, por inexigibilidad de otra conducta en la ejecución de la conducta típica y antijurídica por necesidad.*

Sin embargo, esta interpretación del efecto de inculpabilidad del elemento subjetivo en el caso del estado de necesidad inculpante del aborto terapéutico es más adecuada cuando quien actúa lesionando el bien jurídico por necesidad es el titular del bien jurídico en peligro y salvaguardado, porque se encuentra en una situación de inexigibilidad de otra conducta; es decir, cuando la gestante consiente la práctica del aborto terapéutico en salvaguarda de su vida –ejecutando así la conducta típica y antijurídica, pero inculpable, del delito de *aborto consentido*–.

El profesional médico actúa en el ejercicio de su profesión, pero lo que determina que sobre su conducta tengan alcance los efectos de inculpabilidad de la situación de necesidad en el aborto terapéutico, es que tiene una colisión de deberes ante la que debe obrar cumpliendo uno de ellos. De esta manera, la inculpabilidad en su obrar se determinará por el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos de la situación de necesidad en que se encuentra la gestante, y por la inexigibilidad de otra conducta generada por la colisión de sus deberes.¹⁹¹. Frente a la posibilidad

¹⁹¹ En ese sentido, al practicar el aborto terapéutico tendría también el conocimiento de que está amparado por el estado de necesidad inculpable, motivándose a salvaguardar la vida

de inculpabilidad del profesional médico, se cierne el problema de la igualdad axiológica que para el Derecho positivo tienen los bienes jurídicos entre los que debe decidir el deber a cumplir.

En el caso de la gestante, tiene dos opciones dentro de su limitada o nula libertad: sacrificar su vida o resguardarla consintiendo el aborto. En caso de decidir consentir el aborto terapéutico, no requiere ello más comprensión que sobre lo evidente: no se le puede exigir su vida en sacrificio para cumplir el ordenamiento jurídico, y más aún cuando al mismo tiempo se cumple el elemento subjetivo del estado de necesidad inculpante –saber que su conducta está amparada por la situación de necesidad-.

En el caso del profesional médico, ya se ha mencionado que éste estaría motivado por el conocimiento de la norma –elemento subjetivo del estado de necesidad inculpante- respecto a la circunstancia concreta. Es decir, que debe tener conocimiento de su deber en el momento del hecho¹⁹², lo cual estaría determinado, en primer lugar, por el peligro en que se encuentra bien jurídico de la gestante; de modo que si éste decide practicar el aborto terapéutico, es inculpable por la conducta típica y antijurídica.

Pero, si debido al mismo valor jurídico de la vida de la gestante y la del *nasciturus*, éste opta por cumplir el deber respecto a la vida en formación, ¿cabría su culpabilidad por la muerte de la gestante al no practicar el aborto terapéutico, en protección del *nasciturus*?

de la gestante, lesionando la vida del *nasciturus*, motivación que sería inversamente proporcional a la falta de elemento subjetivo –dolo.

¹⁹² Vid. **PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl**, *op. cit.*, p. 171.

En apariencia, sobre este caso podrían aplicar las reglas relativas a la actuación por omisión, en cuanto la posición médica de garante respecto a la vida de la gestante; sin embargo, también tendría tal calidad respecto al *nasciturus*. En ese sentido, la conducta también podría ser inculpable, pues a la vez optó por cumplir uno de sus deberes jurídicos en colisión desde su propia situación de necesidad. Esto no sería una regla general, sino que dependería de la circunstancia concreta, pues en muchos casos –si no es que en la mayoría- sería la gravedad del peligro del embarazo la causa determinante de su muerte y no necesariamente la omisión de la práctica abortiva¹⁹³.

En todo caso, como ya se ha mencionado, lo correcto sería la investigación sobre la posibilidad de responsabilidad penal, o no, en cada caso concreto, pues solo a partir del examen del mismo se puede determinar cómo se realizó la ponderación sobre la vida que se protegió practicando el aborto terapéutico. Sobre la postura práctica de los profesionales médicos ante estas circunstancias en la sociedad salvadoreña, se profundizará más adelante.

3.3 La Ponderación de los Bienes Jurídicos en El Estado de Necesidad inculpante del Aborto Terapéutico.

En el estado de necesidad, es necesario efectuar un juicio de ponderación sobre los bienes jurídicos en colisión, para optar proteger aquél que el ordenamiento jurídico permite, y dado que la situación de necesidad

¹⁹³ Esto porque, si el peligro en que se encuentra la gestante es lo suficientemente grave como para causarle la muerte, difícilmente se podría establecer, desde la perspectiva dogmático-penal de la finalidad del acto u omisión- una relación directa entre la voluntad con que se omite practicar el aborto terapéutico y la muerte de la gestante a causa del embarazo riesgoso.

no puede ser reconocida o validada jurídicamente sino en virtud de una lesión a un bien jurídico consumada, pueden distinguirse tres momentos distintos de la referida ponderación, a partir de los cuales debe abordarse la operatividad de la inculpabilidad en el aborto terapéutico:

- a. *La ponderación legislativa o jurídico-positiva.* Es la realizada por el legislador en la creación del contenido normativo del estado de necesidad, determinando la operatividad jurídica del mismo de acuerdo a la ponderación de los bienes jurídicos en colisión por parte del sujeto activo de la conducta típica.
- b. *La ponderación fáctica.* Es el juicio de valor que realiza el sujeto activo de la conducta típica; operación mental necesaria para el cumplimiento del elemento subjetivo del estado de necesidad, materializándose en la ejecución de la conducta lesiva a un bien jurídico en la defensa de otro de igual o menor valor.
- c. *La ponderación judicial.* La deliberación judicial, según Binder, es el “conjunto de operaciones intelectuales o espirituales del tribunal, mediante las cuales se construye la solución jurídica del caso y se opta por una de las hipótesis de hecho probables, mediante la valoración de la prueba”¹⁹⁴. En este momento, el funcionario judicial, para emitir el fallo, debe realizar un juicio de ponderación para determinar, si la decisión de realizar la conducta prohibida lesiva de uno de los bienes jurídicos en colisión se adecuó a la lesión permitida o de posible exculpación en el contenido normativo del estado de necesidad (Art. 27 núm. 3 CP).

En el estado de necesidad del aborto terapéutico, se pondera entre dos bienes jurídicos del mismo valor para el ordenamiento jurídico salvadoreño, y el bien que se toma como base para dicha ponderación debe

¹⁹⁴ **BINDER, Alberto M.**, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1999, p. 266-267.

ser el que se encuentra en el peligro real, actual o inminente; es decir, la vida de la gestante en peligro por el embarazo riesgoso.

3.3.1 La Ponderación Objetivista de los Bienes Jurídicos en Colisión.

En principio, en la ubicación sistemática del estado de necesidad en la legislación penal salvadoreña (Art. 27 núm. 3 CP), es posible reconocer que aparentemente prevalece un criterio de ponderación objetivista, propugnada desde Hegel¹⁹⁵, pues el legislador hace referencia a bienes jurídicos de “menor” o “igual” valor, sin especificar a qué valor se refiere o de donde proviene dicho valor; pareciendo que existe una escala jerárquica objetiva de valores de bienes jurídicos en la realidad material.

En efecto, como ya se ha mencionado, los bienes jurídicos cumplen una función instrumental de modo que las conductas que los afectan se ordenan en la parte especial de la sistemática penal de acuerdo al valor que el ordenamiento jurídico-penal les otorga (véase supra pp. 79-80). Sin embargo, no debe confundirse el valor que jurídicamente se les reconoce con una supuesta objetividad de tales valores en la realidad material, pues si ésta existiese, no sería necesario que el Derecho los reconociera y ordenara sistemáticamente –así como no es necesario que el Derecho ordene los principios y leyes de la física-. Al contrario, esto se hace en la configuración legislativa de los delitos de cada sociedad, lo que significa que la validez de dicho ordenamiento sobre el contenido axiológico de los valores de los bienes jurídicos que tutela está sujeta al contexto espacio-temporal en que se reconocen y practican predominantemente¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Vid. **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, pp. 135-136.

¹⁹⁶ Así, por ejemplo, parece indudable, desde la óptica de una sociedad promedio, que la vida es uno de los bienes jurídicos más valiosos, pero en realidad ésta sólo merece especial

Según esta perspectiva objetivista en el Art. 27 núm. 3 CP, tendría que existir una colisión de bienes jurídicos, frente a la cual se debe salvaguardar por el particular, y luego reconocerse por el Estado a través del juez penal, un bien jurídico de mayor valor objetivo frente a uno menos valioso objetivamente.

Es evidente que este criterio de ponderación no puede ser aplicado al estado de necesidad del aborto terapéutico, puesto que esta ponderación objetivista implica tácitamente que la colisión entre bienes jurídicos del mismo valor objetivo no podría disculparse, por no poder lesionarse un bien jurídico de igual valor al que pretende salvaguardarse. Dicho de otra manera, la aplicación de esta modalidad de ponderación desaparece toda posibilidad de exculpar la conducta típica y antijurídica, por considerarse que la realización de la misma sería una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico y que por tanto no puede ser excluida de responsabilidad penal¹⁹⁷.

3.3.2 Ponderación Diferenciadora: Preponderancia Específica de una Vida Respecto a Otra.

Frente a la anterior corriente doctrinaria plasmada en el Art. 27 núm. 3 CP, al reconocerse en la misma disposición la posibilidad de colisión de dos bienes jurídicos que para el Derecho positivo tienen el mismo valor, se hace

protección por su carácter esencial para el ejercicio de los demás derechos -y así la salud o integridad física y la dignidad adquieren especial importancia porque éstos son requisitos para ejercer con plenitud la existencia física, durante el tiempo que una persona pueda vivir naturalmente. Sin embargo, estos efectos están reconocidos por la axiología jurídica plasmada en los ordenamientos jurídicos o interpretados por la jurisprudencia, pero no existen objetiva y universalmente. El mejor ejemplo de ello es que, aún en la actualidad, hay sociedades en las que el derecho a la vida se puede perder por razones que, desde otra perspectiva social, pueden parecer ridículas o insignificantes.

¹⁹⁷ Este criterio podría coincidir, por no tener contradicción, con el estado de necesidad justificante, porque en éste es requisito que el bien jurídico lesionado sea considerado por el ordenamiento jurídico de "menor valor" que el salvaguardado, aunque esto no sea así objetivamente.

un reconocimiento confuso y ambiguo a la teoría de la diferenciación, surgida en Alemania alrededor de 1930¹⁹⁸, en virtud de la cual se puede entender que al no existir una escala jerárquica objetiva de bienes jurídicos ni de valores, es necesario ponderar los bienes que se enfrentan en cada caso concreto y de esta forma establecer el *interés preponderante* del bien jurídico salvaguardado en una circunstancia específica, implicando la lesión al bien jurídico afectado un menor perjuicio social; es decir, se resolverá el conflicto causando el “mal menor”¹⁹⁹.

Desde la perspectiva de esta corriente diferenciadora, el interés preponderante del bien jurídico salvaguardado no tiene prevalencia absoluta sobre el bien jurídico lesionado en un caso concreto, pudiendo depender este interés del contenido valorativo que social y jurídicamente se atribuye a cada bien jurídico en conflicto y a la gravedad del peligro de lesión²⁰⁰.

Esta forma de ponderación es más congruente con el estado de necesidad inculpante en el aborto terapéutico, pues no se trata solo del igual valor que los bienes jurídicos de la gestante y del *nasciturus* tienen para el ordenamiento jurídico, sino del interés preponderante que cada uno de estos bienes *puede tener* en determinado caso concreto respecto al otro.

Así, aunque el ordenamiento jurídico equipare el valor de la vida dependiente e independiente (Art. 1 inc. 2° CN), esto no significa que la vida de la gestante prevalecerá sobre la del *nasciturus* en toda situación de necesidad, así como la de éste no tendrá primacía sobre la de la gestante en toda circunstancia. Esto es así porque -tal como menciona Zaffaroni- una vida humana siempre vale para el Derecho lo mismo que otra, y éste no

¹⁹⁸ **ROXIN, Claus**; *Derecho Penal... op. cit.*, p. 896.

¹⁹⁹ Vid. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**, *Manual de Derecho Penal... op. cit.*, pp. 533-534.

²⁰⁰ Vid. **GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio**, *op. cit.*, pp. 25-27.

puede permitir que se instrumentalice y sacrifique una vida humana a favor de otra²⁰¹. De modo que en los casos de aborto terapéutico no puede determinarse, *a priori*, que el menoscabo a una de las dos formas de vida humana en colisión será siempre el mal menor²⁰².

Lo anterior significa que no puede asumirse de antemano que una de las vidas en colisión tiene valor absoluto frente a la otra, siendo aún más necesario el conocimiento y la determinación judicial sobre si la práctica abortiva se realizó conforme a la correcta ponderación de los bienes jurídicos en conflicto y de acuerdo a la gravedad de la situación de necesidad, garantizándose así la tutela judicial efectiva del derecho a la vida.

²⁰¹ Por esta misma razón, no se puede exigir a la gestante que sacrifique su vida para respetar el ordenamiento jurídico.

²⁰² Vid. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**, *Manual de Derecho Penal... op. cit.*, p. 535.

CAPÍTULO IV

LA DIMENSIÓN SOCIOPOLÍTICA DE LA INAPLICABILIDAD DE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD EN EL ABORTO TERAPÉUTICO

La aplicación del contenido normativo del estado de necesidad inculpable en los casos de aborto terapéutico es posible, según se ha analizado ampliamente en el capítulo precedente. Siempre y cuando concurren en un caso concreto todos los elementos objetivos y subjetivos del estado de necesidad, por tanto, es posible la exención de responsabilidad penal por falta de culpabilidad, especialmente en relación a la gestante.

Para tal efecto, la ponderación entre los bienes jurídicos en cada caso concreto es imprescindible, pudiéndose establecer la prevalencia circunstancial del derecho salvaguardado por la conducta lesiva sobre el derecho lesionado por la misma²⁰³. Sin embargo, el momento más efectivo para realizar el juicio ponderativo para efectos de inculpabilidad habría de ser en el conocimiento judicial de la situación, pues solo así puede tenerse certeza jurídica que no hubo una indebida lesión al bien jurídico sacrificado, si se toma en cuenta que el marco jurídico al respecto es prohibitivo, y la excepcionalidad, que en este caso sería la inculpabilidad por necesidad, no puede ser tal sino solo por declaratoria judicial luego de haberse llevado a cabo la ponderación de los autores previo a la consumación de la conducta.

En el presente capítulo se exponen los distintos obstáculos para la aplicación de la referida posibilidad jurídica, desde el abordaje empírico estatal y social de los embarazos riesgosos frente al marco jurídico penalizador del aborto.

²⁰³ Esto también ha sido reconocido por la SC; puede consultarse *v. gr.*, **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Proceso de Amparo, Ref. 310-2013, de fecha 28-V-2013.

4.1 Contexto de la Relación entre Muertes Maternas, Embarazos Riesgosos y Delitos de Aborto y Conexos.

Según la OMS, cada día mueren 800 mujeres por causas *prevenibles* desarrolladas con el embarazo y el parto. En el año 2013, murieron alrededor del mundo 289 mil mujeres durante el embarazo y el parto o después de ellos, correspondiendo un 99 % de la mortalidad materna a los países en desarrollo, concentrándose los casos en las zonas rurales y comunidades más pobres, siendo una de las principales causas de muerte materna la práctica de abortos peligrosos. Además, independientemente de la causa concreta, son las mujeres adolescentes quienes corren mayor riesgo de complicaciones y muerte a consecuencia del embarazo²⁰⁴.

En efecto, cada año se estima que en todo el mundo unas 16 millones de adolescentes, entre 15 y 19 años, dan a luz; y si a ello se relaciona que la mayoría pertenecen a grupos poblacionales pobres y con falta de acceso a servicios de salud pública y privada, puede asumirse que las adolescentes pobres, de países en desarrollo, son las mujeres más vulnerables a sufrir una muerte materna a causa del embarazo o del parto²⁰⁵.

En términos generales, el aborto inseguro, los fenómenos patológicos y la temprana edad de las gestantes, son las mayores causas de muerte materna en el mundo. Aun cuando la OMS reconoce que la mortalidad materna ha disminuido desde 1990²⁰⁶, esto no resta importancia de ningún

²⁰⁴ **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**, *Mortalidad materna*, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>, sitio visitado el 31 de mayo de 2014.

²⁰⁵ **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**, *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2013*, Ediciones de la OMS, Ginebra, 2013, pp. 14-15, disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586_spa.pdf?ua=1, sitio visitado el 31 de mayo de 2014.

²⁰⁶ **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**, *Mortalidad... op. cit.*

modo a las 289 mil muertes maternas anuales aproximadas. Tampoco ello invisibiliza el alto número de embarazos en adolescentes, que puede resultar peligroso o llevar a la realización de abortos clandestinos.

4.1.1 La Muerte Materna en Relación a Embarazos Prematuros y Riesgosos en El Salvador.

En El Salvador, el GOES reportó en 2012 que la mortalidad materna se había disminuido de 211 decesos por 100 mil mujeres en 1990 a 50,8 decesos por cien mil mujeres en 2011²⁰⁷. Sin duda, esta fue una disminución considerable, aunque debe señalarse que el GOES atribuyó este fenómeno a la labor del MINSAL. Ello es improbable, pues no se ha establecido una relación causal entre las políticas de salud –en especial, las políticas de salud sexual y reproductiva- ejecutadas por el MINSAL y la reducción de la tasa de muerte materna.

Así, por ejemplo, puede notarse que la tendencia a la reducción de las muertes maternas no ha sido un fenómeno exclusivo de la sociedad salvadoreña, sino que ha sido una tendencia global, aun cuando las cifras actuales sean alarmantes, y las verdaderas razones de su disminución no se puedan establecer a ciencia cierta. Por una parte, podría plantearse como posibilidad de reducción de la mortalidad materna en los últimos 24 años que desde la década de los noventa, coincidentemente con el período en el que comenzó la reducción de las muertes maternas, se ha venido dando una tendencia global a la liberalización –aunque sea parcial- del aborto en diversas legislaciones del mundo (véase *supra* p. 66). Pero en todo caso, en

²⁰⁷ **TRANSPARENCIA ACTIVA**, *Ministerio de Salud reduce mortalidad materna*, en <http://www.transparenciaactiva.gob.sv/ministerio-de-salud-reduce-mortalidad-materna/>, sitio visitado el 1 de junio de 2014.

El Salvador se ha dado lo contrario, es decir, la legislación regresó a ser absolutamente restrictiva, y aun así se ha efectuado la disminución de mortalidad por causas maternas.

Por otra parte, no se puede afirmar –muy a pesar de los argumentos contra el aborto-, que la penalización absoluta del aborto ha incidido en la reducción de las muertes maternas, por prohibirla, pues el efecto de esta tendencia legislativa es precisamente el contrario: posibilitar la práctica de abortos clandestinos.

Solo entre 1995 y 2000 se dieron en El Salvador 246,275 abortos, resultando en muertes maternas el 11.1 % de estos. Mientras que, según la Unidad de Información Monitoreo y Evaluación del MINSAL, entre 2005 y 2008 se registraron en el país 19,290 abortos, siendo el 27.6 % de estos practicados por y/o en adolescentes. Además, a parte del aborto inseguro, debe tomarse en cuenta que, según el mismo MINSAL, el suicidio de mujeres embarazadas representó en 2011 la tercera causa de muerte materna, ocurriendo la mayoría de estos en embarazadas adolescentes²⁰⁸.

Es decir que, al igual que en la tendencia global, en El Salvador las adolescentes pertenecen a los grupos de mujeres con mayores posibilidades de sufrir una muerte materna, relacionada en gran medida al aborto inseguro. Esto no es extraño ni carece de respaldo empírico, pues la tasa de maternidad de El Salvador es una de las más altas de América Latina, siendo de 89 por 1,000 mujeres en edad reproductiva²⁰⁹.

²⁰⁸ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 23.

Mientras ha existido, y se perpetua, el problema de los embarazos riesgosos y las muertes maternas, la aplicación del marco jurídico penalizador de toda forma de aborto en El Salvador sigue imposibilitando que a casos tan específicos, como los embarazos riesgosos y los embarazos por violación -que son en gran medida en mujeres adolescentes y jóvenes-, se les dé una solución jurídica que garantice tanto la tutela judicial de los derechos fundamentales de las gestantes como la protección efectiva del derecho a la vida en formación del ser humano no nacido.

4.1.2 Embarazos Prematuros y Riesgosos en Relación a los Delitos de Aborto en Adolescentes en El Salvador.

No se puede establecer, a ciencia cierta, una muestra estadística real sobre los casos de aborto judicializados –y mucho menos de los no judicializados-; y de poderse, no se podría acceder a la información de cada causa concreta, pues en muchas circunstancias las procesadas son menores de edad y por tanto existe reserva en los casos. Sin embargo, es posible verificar que las gestantes jóvenes son quienes más se encuentran en peligro de ser denunciadas y procesadas por delitos de aborto y conexos.

Según una minuciosa investigación de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, realizada en 2012²¹⁰, se identificaron 129 causas de mujeres procesadas por aborto o por homicidio agravado entre los años 2000 y 2011 en los distintos tribunales de instrucción y de sentencia de San Salvador –este total correspondió a

²¹⁰ **AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO**, *Del Hospital a la Cárcel: Consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones, de la interrupción del embarazo en El Salvador*, San Salvador, 2013, pp. 13-44, disponible en: <http://agrupacionciudadana.org/phocadownload/investigaciones/mujeres%20procesadas%20011013.pdf>, sitio visitado el 7 de junio de 2014.

expedientes judiciales a los que se puede tener acceso-. De estas causas, hasta el final de dicha investigación, 49 mujeres fueron condenadas, de las cuales 23 fueron condenadas por aborto y 26 por homicidio en distintos grados. El 68.22 % de las mujeres procesadas se encontraban entre los 18 y 25 años, siendo solo el 31.78 % mayores de 25 años o cuya edad no se identificó. De estas mujeres, 6.98 % eran analfabetas, 40.31 % tenían algún tipo de educación primaria, 11.63 % tenían estudios de bachillerato y 4.65 % tenían algún tipo de educación superior; además, del total de mujeres procesadas, 73.64 % estaban solteras y sin pareja.

En relación a estos indicadores, también se descubrió que el 51.16 % de las mujeres procesadas no contaban con un trabajo remunerado y el 31.78 % contaban con empleos de remuneración muy baja; ello significa que la mayor parte de mujeres no tenía los suficientes medios económicos para costearse servicios profesionales de defensores privados; y así se comprobó, pues en el 51.94 % de los casos, las mujeres fueron defendidas por defensores públicos. Casualmente, o no, en el 43.41 % de los casos se aplicó la detención provisional -es decir, casi en la mayoría de casos-.

Los anteriores hallazgos, que comprueban que la mayoría las mujeres jóvenes, con escasos recursos económicos, mayoritariamente con niveles bajos de escolaridad y con falta de representación judicial especializada, son más susceptibles a ser procesadas por delitos de aborto y conexos, también se relacionan con otra circunstancia propia de los grupos poblacionales pobres: el acceso mínimo a servicios de salud pública con el que cuentan es del sistema de salud pública. En efecto, según la referida investigación, el 57.36 % de las denuncias surge de los profesionales de la salud que atienden a las mujeres, mientras el 22.48 % de las denuncias provienen de familiares y vecinos.

Además, en la referida investigación se descubrió que, en estos casos, las denuncias de profesionales de la salud provienen de hospitales y clínicas del sistema de salud pública, y ninguna de centros hospitalarios o clínicas privadas, siendo imposible afirmar que no ocurre ningún caso en cuestión en estos últimos centros médicos²¹¹.

Por otra parte, la mayoría de denuncias realizadas por profesionales médicos quedan incorporadas en otro indicador: que el 49 % de las denuncias no tienen fundamentos y son archivadas; es decir que solo el 51 % de las denuncias contienen verdaderos indicios del ilícito denunciado.

Es necesario acotar que, según se documentó en la referida investigación, una gran parte de mujeres procesadas en las causas judiciales accesibles, 46.51 %, lo fueron por el delito de homicidio, y dada la relación entre la gestante y el *nasciturus*, es evidente que la tipificación incorpora la agravante del Art. 29 núm. 1 CP.

Al respecto, es oportuno recordar que la tipificación como homicidio agravado solo puede tener fundamentos jurídicos acordes a los supuestos fácticos judicializados. Sin embargo, debe admitirse que, incluso el nacimiento, como momento en que inicia la vida independiente, presenta problemas de interpretación judicial, pues existe desacuerdo en el momento exacto en que se produce el nacimiento, dado que este es un proceso y no un mero acto fisiológico de resultado, variando los criterios sobre su perfeccionamiento en momentos como el comienzo de la expulsión del feto, el momento en que el feto o nacido ya es visible, aunque su expulsión no se haya consumado; el momento en que el feto o nacido ha comenzado a

²¹¹ *Ibid.*, pp. 33-35.

respirar, aunque la labor de parto no haya terminado; o el momento en que se corta el cordón umbilical del nacido²¹².

En todo caso, no se puede conocer a ciencia cierta cuál es el criterio judicial predominante sobre el momento exacto del nacimiento, aplicado a cada caso concreto en El Salvador, tomando en cuenta que en el sistema penal salvadoreño –que no es acusatorio adversativo puro sino mixto- no existe validez del precedente judicial, es decir que las resoluciones penales no tienen fuerza de ley, pues solo constituyen mandato en el caso específico sobre el que se aplique²¹³.

En consonancia con lo anterior, sobre el 46.51 % de los casos judicializados entre 2000 y 2010 en San Salvador, existen altas probabilidades de que la calificación jurídica del hecho como aborto agravado haya sido producto de una cuestión de interpretación respecto al momento del parto.

Si la interpretación de los supuestos fácticos fue correcta, es decir, si se estableció que existió *animus necandi* de la gestante sobre el ser humano efectivamente *nacido*, posiblemente el desvalor de la acción y del resultado pueden ser proporcional a las penas impuestas en tales casos.

Sin embargo, el problema es que al no existir certeza sobre la aplicación del criterio judicial en cada caso concreto respecto a la forma de calificar jurídicamente el delito, y si se calificó como homicidio en virtud a una

²¹² MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, *op. cit.*, p. 491.

²¹³ Vid. QUIÑONES VARGAS, Héctor, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño: Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa*, 1ª Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, p. 51.

cuestión interpretativa, ello significa que existió una enorme falta de seguridad jurídica en tales casos, pues es evidente que si el *animus* de la gestante era abortar, y si en efecto así fue, la imposición de una pena correspondiente al homicidio agravado sobre un hecho constitutivo de aborto excede por mucho la proporcionalidad entre la pena y el acto, faltando no solo a los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena (Art. 5 inc. 1° CP), sino también desnaturalizándose la finalidad constitucional de la pena (Art. 27 inc. 3° CN) e inobservándose el principio de dignidad humana en su imposición y ejecución (Art. 2 inc. 2° CP).

Además, las causas judiciales por delitos de aborto y conexos de la investigación *supra* citada, y base de este análisis, son altamente desproporcionales en relación al índice de abortos en El Salvador, si se toma en cuenta que 129 casos judicializados se dieron entre 2000 y 2011 –más de una década-, cuando solo entre 2005 y 2008 se registraron 19,290 abortos en El Salvador (véase *supra* p. 165).

Para finalizar, cabe agregar que, según resolución de la UAIP del Órgano Judicial, con Ref. UAIP/369/RR117/2014, sobre solicitud de información pública, la Dirección de Planificación Institucional del Órgano Judicial informó que en el período comprendido entre el 1 de junio de 2012 y el 31 de mayo de 2013, se emitieron en los Tribunales de Sentencia de San Salvador solamente dos sentencias definitivas en igual número de procesos judiciales contra delitos de aborto, siendo solo una de ellas referida al delito de Aborto Consentido y Propio (Art. 133 CP), en la que se resolvió condenar a la imputada, siendo estudiante y de 26 años de edad (véase Anexo I)²¹⁴.

²¹⁴ Es conveniente señalar que las características del proceso informado por la UAIP del Órgano Judicial coinciden con algunos indicadores identificados en los casos judicializados anteriormente relacionados: mujer joven, con algún grado de escolaridad. A ello cabe

Al respecto, debe recordarse que los casos en mención no representan la totalidad de los casos judicializados, pues, como ya se mencionó, no se puede tener acceso a todos ellos, sobre todo cuando la mujer procesada ha sido menor de edad en el curso del proceso. Por otra parte, también cabe recordar que tales casos correspondieron solamente a juzgados y tribunales de San Salvador. Aun así, es improbable que la totalidad de casos por aborto o delitos conexos judicializados -o al menos, denunciados- pueda equipararse a los índices de aborto en El Salvador.

Lo anteriormente planteado tiene cabida para muchas más observaciones sobre la disparidad entre índices de aborto y estadísticas de casos judicializados, pues es una situación demasiado compleja. Sin embargo, los índices de aborto en El Salvador han sido demasiado altos durante varios años; ello demuestra que no se tiene un control estatal real sobre las causas, la producción y los efectos de este fenómeno, y, en especial, que su penalización no resuelve la problemática sino solo la agrava.

4.2 Denuncias Médicas de Abortos y la Falta de Abordaje Estatal del Aborto Terapéutico.

El fenómeno de las denuncias de los profesionales médicos del sistema de salud pública salvadoreño en casos de aborto no solo es un hallazgo de la investigación supra citada de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico (véase supra p.

agregar que, según la misma resolución, el otro proceso registrado fue contra el delito de aborto sin consentimiento, en que el imputado era un hombre de 20 años y cuya condena fue absolutoria –ello no significa que debe desconfiarse de la referida resolución, pero podría ser muestra para dar pie a futuras investigaciones referidas a la relación entre las características de los o las imputadas, los delitos de aborto procesados y los resultados procesales-.

167). También el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en sus observaciones finales, aprobadas el 27 de octubre de 2010, al Sexto Informe Periódico de El Salvador (CCPR/C/SLV/6), reconoció y expresó su preocupación por la misma situación referida a la posición que los médicos salvadoreños del sistema de salud pública sumen, y que genera consecuencias punitivas para las mujeres que sufren esos casos.

En el citado documento, el Comité de Derechos Humano lamentó que “(las) mujeres que acuden a hospitales públicos y que han sido relacionadas por el personal médico con abortos hayan sido denunciadas por dicho personal ante las autoridades judiciales; que se hayan abierto procesos judiciales contra algunas mujeres y que en algunos de estos procesos se hayan impuesto penas graves por el delito de aborto e incluso por el delito de homicidio, haciendo los jueces una interpretación extensiva de este delito”²¹⁵.

4.2.1 Denuncias Médicas de Abortos.

Incluso a nivel de Naciones Unidas se ha reconocido que la aplicación judicial del marco jurídico penalizador del aborto –interpretación normativa, valoración de la prueba y determinación judicial de la medida de la pena- adolece de graves defectos, excediéndose en la imposición de penas, sea calificado el hecho como aborto o, peor aún, como homicidio agravado²¹⁶.

²¹⁵ **OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA CENTRAL DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH), PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS (PDDH), SISTEMA DE NACIONES UNIDAS EN EL SALVADOR (SNU),** *Observaciones y Recomendaciones de Derechos Humanos: Órganos de Tratados y Examen Periódico Universal 2008-2010*, S.E., S.F. de I., p. 93, disponible en: <http://www.oacnudh.org/?p=721>, sitio visitado el 14 de junio de 2014.

²¹⁶ Esto es una situación paradójica, pues el hecho de la denuncia por profesionales médicos podría no ser del todo negativo, si se tomara en cuenta –como se ha venido mencionando- que en muchos casos es necesaria la judicialización no solo respecto a la gestante sino también al rol del profesional médico.

En ese sentido, como el mismo Comité de Derechos Humanos lo ha corroborado, la judicialización de los casos no es garantía de protección de los derechos fundamentales y derechos humanos de las personas procesadas, en su mayoría mujeres jóvenes, pobres y con deficientes niveles de educación –incluida educación sexual y reproductiva-, sometidas al estigma de la criminalización anticipada que trae aparejado un proceso penal –incluyendo los excesos de aplicación de la medida cautelar de la detención provisional-, y, en el peor de los casos, viéndose privadas desproporcionalmente en su derecho a la libertad personal y restringidas de otros tantos derechos en la ejecución de las penas impuestas.

Lo anterior también trae aparejado sobre sus vidas los efectos negativos de la prisionalización, pues durante años –si no es que en toda su historia- ha sido de conocimiento público que las condiciones en que se encuentra el sistema penitenciario salvadoreño no son aptas para cumplirse los fines de la pena ni los tratamientos penitenciarios adecuados para las miles de personas hacinadas en dichas mazmorras modernas.

En síntesis, puede afirmarse que promoviéndose los prejuicios sobre posibles prácticas abortivas en los centros hospitalarios públicos salvadoreños, con el peligro de denuncia y de judicialización de los casos, cualquier mujer que se encuentre en un estado de embarazo riesgosos, se encuentran ante un andamiaje institucional que de ninguna forma le asegura efectiva y cualitativamente una solución, jurisdiccional o no jurisdiccional, a su situación de peligro, y de una potencial lesión a su derecho fundamental a la vida.

Las denuncias efectuadas por profesionales de la medicina merecen especial consideración en los casos de necesidad de aborto terapéutico,

pues si respecto a otras formas de aborto el profesional médico denuncia, al menos no tiene otro rol en la circunstancia que ser un garante de la salud y la vida de sus pacientes. En los casos de embarazos riesgosos, como se ha analizado, tiene un rol más protagónico, por lo que, peor que la denuncia, se da la negativa a la práctica del aborto terapéutico, aun siendo conscientes que en tales situaciones, como ha mencionado la OMS, la atención especializada antes, durante y después del parto puede salvarles la vida a las embarazadas, e incluso podría a los recién nacidos²¹⁷.

4.2.2 Violación Sistemática del Derecho a la Vida de las Mujeres gestantes con Embarazos Riesgosos.

Es imposible que se garantice efectivamente el derecho a la vida de las mujeres gestantes en situación de riesgo cuando en el mismo sistema de salud pública no se puede autorizar la práctica abortiva con fines terapéuticos, y al cual acuden aquellas mujeres gestantes que no tienen los medios para costear servicios de salud exclusivos -en los que, obviamente, el interés privado puede evitar la denuncia de sus casos-.

La postura de los profesionales médicos del sistema de salud pública de negarse a practicar abortos terapéuticos puede ser motivo de controversia desde un punto de vista ético, pero no suele serlo desde un punto de vista jurídico. Como se ha venido afirmando, sería oportuno que en cada caso concreto se investigara y sometiera al análisis del órgano jurisdiccional si las consecuencias para la vida de las gestantes producidas tras la negativa de realizar el aborto terapéutico tienen trascendencia jurídico-penal; sin embargo, se asume que esto no es así por cumplirse el deber de no atentar

²¹⁷ Vid. **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**, *Mortalidad... op. cit.*

contra la vida de un paciente, un único paciente: el *nasciturus*, invisibilizándose la calidad de ser humano con derecho a la vida –y por tanto a la salud y a la dignidad- que tiene la mujer embarazada en peligro.

Sin embargo, lo anterior no puede suceder, no por razones jurídicas, sino por funcionalidad sociopolítica. El profesional médico del sistema de salud pública puede negarse a proteger la vida de la gestante, amparado en la misma política institucional. En efecto, esto se comprobó con el Memorandum N° 2014-6100-353 de la Dirección de Vigilancia Sanitaria del MINSAL, en el cual se informó que no se tienen registros sobre abortos terapéuticos practicados, pues *es un procedimiento no permitido en tal institución* (véase Anexo II).

De lo anterior puede entenderse que, en caso que el profesional médico practique el aborto terapéutico, traería certeramente sobre él o ella una inmediata denuncia al sistema de justicia penal y consecuencias sancionatorias administrativas y profesionales, debido a que la omisión de aviso por parte del jefe, jefa, encargado o encargada de centro hospitalario o clínica sobre la comisión de un “hecho delictivo” como éste, también constituye un delito (Art. 312 CP), imposibilitándose que se tome una decisión meramente médica sobre la práctica o no del aborto, aunque necesariamente ésta tuviera que ser acredita ante autoridad competente que lo requiriese. En todo caso, tales supuestos debieran considerarse dentro de los protocolos de actuación del MINSAL. Toda esta dinámica está marcada por la intimidación y el posible estigma de criminalización.

Esta situación se refuerza con lo interpretado por la SC respecto al papel del Estado frente a los supuestos susceptibles de aplicar las causas de exclusión de responsabilidad penal, según la cual el Art. 27 CP “solo operaría

frente a una conducta consumada, de manera que de forma preventiva, la posible controversia no podría ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de la indicación del aborto”²¹⁸.

Si bien la SC, en la citada jurisprudencia, es acertada en cuanto que la causa de exclusión solo puede aplicarse a conductas consumadas y no de forma preventiva, es posible que haya extralimitado su interpretación sobre la autorización de la indicación abortiva hasta cualquier ente del Estado, pues ello incluye a las autoridades del sistema de salud pública, cuando el aborto terapéutico no es una mera conducta dolosa, sino una necesidad médica en circunstancias muy excepcionales.

Puede concluirse, que predomina social e institucionalmente una perspectiva de totalización *a priori* del derecho a la vida del *nasciturus* sobre el derecho a la vida de la gestante, perpetuándose la instrumentalización reproductiva de ésta y la resistencia estatal a reconocer todas las implicaciones de la problemática y a diferenciar o particularizar las formas en que se *debe* proteger el derecho a la vida de toda persona, independientemente de la particularidad de las circunstancias.

4.3 El Caso Beatriz (B.C.): Icono de la Problemática.

En la actualidad, son varios los casos de mujeres afectadas por la penalización absoluta del aborto, y por la racionalidad punitiva con que se persigue dicho delito, los que han cobrado resonancia social. Pero, ninguno de ellos expone en todos los sentidos y dimensiones abordados en esta

²¹⁸ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Proceso de Inconstitucionalidad, Ref. 18-98, de fecha 20-XI-2007.

investigación, la complejidad de la problemática de la falta de regulación de indicaciones abortivas, como el “caso Beatriz” (o caso “B.C.”)²¹⁹. Esto porque, precisamente, el referido caso versó sobre la necesidad de una paciente de la práctica de un aborto terapéutico.

Beatriz, en 2013, y según la información manejada en los documentos vinculados y emitidos dentro del respectivo proceso judicial y del cuadro clínico, era una joven de 22 años de edad, cuyo embarazo se encontraba aproximadamente en su semana 18 al momento de cobrar publicidad, y quien padecía una enfermedad denominada “*lupus eritematoso discoide agravado con nefritis lúpica*”, embarazada además, de un feto anencefálico (sin cerebro), lo cual era una anomalía incompatible con la vida extrauterina.

A pesar de la complejidad del caso, pueden tomarse en cuenta, de forma sintética, algunas de las características fácticas, jurídicas y políticas de las que estuvo revestido, y que son generales a la problemática:

- a. El debate público del caso estuvo lleno de apelaciones a sentimientos y supuestos valores morales propios de ideologías conservadoras, utilizados en el pasado en el debate sobre la despenalización del aborto, tal como sucedió en la campaña mediática a favor de las eliminaciones de las indicaciones abortivas del anteproyecto del actual CP.
- b. La publicidad del caso comenzó precisamente por la negativa de las autoridades de salud de practicar el aborto terapéutico a la paciente, postura que se mantuvo incluso habiendo resolución de la Sala de lo Constitucional en proceso de Amparo, con establecimiento de medidas cautelares a favor de Beatriz –las cuales, a pesar de declararse no ha lugar siguieron surtiendo efecto como parte de la decisión del referido

²¹⁹ Nombre ficticio de la paciente, en su manejo mediático, para protección de su identidad, y de su derecho de autodeterminación informativa.

tribunal-, solicitud de adopción de medidas cautelares por parte de la CIDH y resolución de imposición de Medidas Provisionales por parte de la CoIDH²²⁰. Situación que terminó cuando se intervino quirúrgicamente a la gestante, tiempo después de los referidos pronunciamientos.

- c. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia reafirmó en durante el proceso de Amparo a favor de Beatriz, iniciado después de la negativa, y consecuente resistencia, a practicar el aborto terapéutico a la paciente, dos aspectos fundamentales sobre la irregularidad jurídica con que se manejan estos supuestos, y que han sido expuestos en esta investigación:
- d. El aborto terapéutico, y otras indicaciones abortivas, no están regulados en el CP por voluntad política, es decir, porque el legislador en su libre configuración legislativa no ha optado por legislar respecto a los supuestos, por lo que ningún ente estatal puede actuar autorizando o no la procedencia de la indicación abortiva, en términos jurídicos, sobre la vida del *nasciturus*.
- e. La SC reafirmó que no existe una posición objetivamente prevaleciente de un bien jurídico o derecho sobre el otro en la colisión de bienes jurídicos en el binomio madre-hijo. Al respecto recalcó que: “(...) ya no cabe duda que el derecho a la vida del nasciturus es un elemento de la ponderación que debe realizarse, que la mujer no puede alegar un ‘derecho al propio cuerpo o al propio vientre’, ni un ‘derecho a la interrupción del embarazo’ que pueda anular el derecho a la vida del *nasciturus* (...) Pero –y es imprescindible hacer esta aclaración-, ello tampoco implica que el derecho a la vida del nasciturus, reconocido por la reforma al art. 1 Cn., sea un derecho que en todos los supuestos deba necesariamente

²²⁰ Vid. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Resolución de Medidas Provisionales Respecto de El Salvador: Asunto B., de fecha 29 de mayo de 2013.

prevalecer sobre los otros derechos”²²¹. La postura que manifiesta en dicho criterio la SC es compatible con la teoría del interés preponderante, abordada en esta investigación como una solución al conflicto de bienes jurídicos entre la madre y el *nasciturus*²²².

- f. La resolución del proceso de Amparo a favor de Beatriz ante la SC, fue desestimatoria. A pesar de que tal decisión causó algún grado de rechazo por ciertos sectores de la sociedad a favor de prácticas abortivas –sea por indicaciones o no-, ello no podía ser de otra manera, pues la SC es garante de la Constitución –tanto de la tutela subjetiva de derechos fundamentales como de la defensa objetiva de la Constitución-, por lo que no podía obtenerse una resolución que ordenase una práctica destructiva de una forma de vida constitucionalmente protegida. Ello además, obedeciendo a que, tal decisión escaparía a las competencias del referido tribunal. Precisamente, esa fue una de los principales motivos del voto disidente por parte de uno de los Magistrados de la SC, en el que consideró que la SC se equivocó al interpretar que la decisión sobre el Amparo solicitado versaría sobre la autorización o no de la práctica abortiva, aun cuando ese parecía ser el matiz de la pretensión de la parte demandante, pues esta tendría que versar sobre el amparo consistente en ordenar, y hacer cumplir lo ordenado, a las autoridades médicas para que actuaran diligentemente en la atención médica y protección de la vida de Beatriz y de su hijo no nacido “hasta donde la ciencia médica lo permita”²²³.
- g. Una vez demostrada la incapacidad del Estado salvadoreño para atender este tipo de situaciones, en parte por falta de su regulación jurídica, y en

²²¹ Ídem.

²²² Para mayor análisis, véase *supra* p. 161.

²²³ No obstante, en la referida resolución, existieron un voto concurrente y un voto disidente, en donde se hicieron sendas consideraciones sobre la respuesta jurídica de la SC a la pretensión de la parte demandante.

parte por voluntad política compatible con la tradición punitiva de la conducta abortiva, el debate desapareció de la agenda mediática, quedando nada más pronunciamiento y activismo rutinario por diferentes actores sociales dedicados a la promoción de la despenalización del aborto y de discursos autodenominados “pro-vida”.

- h. El debate público en torno al caso de Beatriz dejó de manifiesto nuevamente que, si bien es posible la aplicación de la causal de exclusión de responsabilidad penal del Art. 27 núm. 3 CP a los casos de aborto terapéutico, esto no se efectúa por falta de voluntad en la institucionalidad estatal encargada de tutelar el derecho a la vida dentro de sus competencias, y que además de ser necesaria una regulación jurídica especial para estos casos, la misma no se encuentra dentro de la agenda política de los tomadores de decisiones.

CAPÍTULO V

ENTREVISTAS APLICADAS

En el curso de la investigación referida al aborto y a la ponderación de bienes jurídico-penales en el estado de necesidad en los casos de aborto terapéutico, contenida en los capítulos que anteceden, se han utilizado diferentes técnicas de investigación, tales como la investigación documental, la observación de unidades de análisis y el estudio de casos, para establecer un marco conceptual, histórico y jurídico sobre la persecución penal de diferentes clases de aborto a nivel regional y en El Salvador.

A través de la aplicación de distintos métodos generales de investigación, como la deducción, inducción, el análisis y la síntesis, se logró establecer una relación entre el contenido dogmático de los delitos de aborto, y aspectos de la parte general de la dogmática penal salvadoreña, con ciertos fenómenos y circunstancias no previstos positivamente por el legislador salvadoreño, en especial las circunstancias en que se realizan abortos terapéuticos. De tal forma, se establecieron los efectos jurídicos de tales prácticas a la luz del derecho penal positivo vigente en El Salvador, en el que precisamente se castiga toda modalidad de aborto, sin excepciones abortivas, por ser un régimen absolutamente restrictivo y penalizador.

En el desarrollo de dicho marco teórico-práctico, además, se expusieron las consecuencias jurídicas y fácticas de las prácticas de abortos terapéuticos ante la institucionalidad salvadoreña dentro del referido régimen penalizador del aborto, ejemplificando algunos casos concretos. A continuación, se expone la ejecución y resultados de la aplicación de la técnica de investigación de la entrevista, como medio para enriquecer la exposición de la problemática anteriormente planteada.

5.1 La Entrevista y su Aplicación.

La entrevista aplicada estuvo conformada por 10 preguntas, principalmente redactadas en formato de pregunta cerrada, pues en su mayoría permitieron al entrevistado una breve exposición del porqué de su respuesta.

La entrevista fue diseñada para implementarse a 5 diferentes entrevistados, conocedores de las materias necesarias para la comprensión de la problemática, y que además ha sido expuesta en el desarrollo de la investigación, entre ellos: médicos, juristas (principalmente, docentes y litigantes), activistas sociales y funcionarios públicos y judiciales. No obstante, solamente se obtuvieron 4 entrevistas.

Fue característico en la aplicación de la técnica de la entrevista, la negativa y evasión de diferentes personas a emitir opinión sobre el tema, principalmente de médicos y juristas, en la mayoría de casos, debido a lo “delicado” de la temática, incluso sin que los mismos hayan revisado el formato de la entrevistas y la oportunidad de confidencialidad de su identidad. En términos finales, los entrevistados fueron: Un abogado de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico; un docente de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de El Salvador, un Juez de Sentencia del Órgano Judicial y un Colaborador Judicial de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

5.2 Contenido y Resultados.

En la aplicación de las entrevistas se obtuvieron los resultados y la lectura que expuesta a continuación.

5.2.1 ¿Conoce la regulación jurídica del aborto en El Salvador y cuál es el sentido normativo de ésta?

Sobre esta interrogante, los 4 entrevistados afirmaron conocer la regulación jurídica del aborto en El Salvador y cuál es su sentido normativo, aseverando, acertadamente, que se trata de una *regulación en sentido absolutamente prohibitivo*.

5.2.2 ¿Cuál es su opinión sobre la forma en que el Estado salvadoreño regula jurídicamente el aborto, la considera congruente o incongruente con la problemática de este fenómeno en la sociedad salvadoreña?

De las 4 personas entrevistadas, 2 expresaron que la regulación jurídica del aborto en El Salvador es congruente con la dimensión fáctica del tema en la sociedad salvadoreña, mientras 2 expresaron que no existe congruencia entre su dimensión empírica y la regulación que de este fenómeno se hace en la dogmática penal.

A propósito de las respuestas obtenidas, se puede considerar lo siguiente:

- a. Dos de los entrevistados afirmaron que la regulación jurídica del aborto en El Salvador es congruente con la realidad salvadoreña. Tales afirmaciones, en términos generales, se basaron en la disposición constitucional que ordena la obligación estatal de la vida desde el momento de la concepción, y el consecuente derecho de toda persona de ser protegida en la conservación y defensa de este derecho. Esta respuesta es totalmente acertada desde el punto de vista de la tutela de la vida, pues, en efecto, el Estado está obligado a su protección y a garantizar la consecución de justicia sancionando las vulneraciones a

este derecho fundamental. Sin embargo, en tales respuestas se percibe una noción generalizadora del contenido y sentido prohibitivo del tipo penal de aborto, pues parece asumirse que todo aborto tiene como único fin la destrucción de la vida del *nasciturus*, obviándose las diferentes dimensiones de la problemática.

- b. Dos de los entrevistados hicieron referencia a la incongruencia de la regulación jurídica del aborto respecto a su dimensión empírica. Al respecto, argumentaron que tal regulación no deja posibilidad de proteger la vida de la gestante y genera irregularidad jurídica para la sociedad, pues provoca condenas desproporcionales a mujeres, criminalizándolas y sometiéndolas al proceso de prisionalización.

5.2.3 ¿Considera usted necesario el debate, desde la sociedad civil, el sector académico, los actores políticos y el Estado sobre el tema del aborto estando éste ya regulado jurídicamente?

Ante esta interrogante, 3 de los entrevistados consideraron que es necesario que el tema se debata en la agenda pública y social, mientras sólo uno consideró que ello no es necesario.

Es necesario considerar sobre las referidas respuestas que:

- a. Uno de los entrevistados señala que la problemática no requiere de debate a nivel político y social. Al respecto, basta mencionar que, en contraposición de esta respuesta, parece idóneo el debate público, pues de tal manera las circunstancias sociales pueden ser trasladadas a una regulación normativa más cercana a la realidad de problemas sociales tales como las prácticas abortivas clandestinas, sus causas y efectos, y así como los mismos problemas que genera la misma penalización del

aborto por el solo hecho de prohibir y estigmatizar a mujeres de los estratos social más desfavorecidos económica, social y políticamente.

- b. La mayoría de los entrevistados consideró que es necesario del debate social y político de la problemática, pues debe crearse mayor conciencia en el legislador sobre la realidad social del tema, para no contribuir al fenómeno de las muertes maternas ni propiciar la condena de mujeres. Además, en cierto caso se consideró que es necesario el conocimiento y la difusión de las regulaciones penales. En general, todos los fundamentos de tales respuestas consideraron factores reales presentes en la dimensión empírica del aborto, por lo que es posible que un debate público, abierto y mesurado sobre la problemática, considerando todos los factores en juego, y hasta encontrar soluciones reales y efectivas, sería propicio para su solución, previo al ejercicio del poder punitivo.

5.2.4 ¿Qué opinión tiene usted sobre la falta de regulación de abortos no punibles en El Salvador, como lo son el aborto con fines terapéuticos, el aborto ético y el aborto eugenésico, si conoce en qué consisten?

Ante la falta de regulación de excepciones abortivas en el Código Penal salvadoreño, la totalidad de personas entrevistadas respondió no estar de acuerdo en que no se regulen.

En esta respuesta se observa cierto grado de contradicción con las respuesta de la pregunta N° 2 –en la que 2 entrevistados respondieron que la actual regulación jurídica del aborto es congruente con la realidad salvadoreña-, pues todas las personas entrevistadas no están de acuerdo con la falta de regulación de indicaciones abortivas en el CP. A pesar de ello, las respuestas refuerzan la perspectiva de esta investigación sobre lo

escueto de la regulación absolutamente prohibitiva del aborto en El Salvador; además de ser contradictoria en términos proteccionistas y garantistas.

5.2.5 ¿Considera usted que la penalización de toda forma de aborto previene efectivamente su práctica en la sociedad salvadoreña?

El sentido preventivo general y especial de la pena impuesta por el delito de aborto, fue sometido a consideración de las personas entrevistadas con esta interrogante; quienes, en totalidad, consideraron que la penalización de toda forma de aborto no es una herramienta ni un método efectivo de prevención ante su práctica en la sociedad salvadoreña.

Al respecto, expusieron los entrevistados en su respuestas a tal interrogante, que, entre otras ideas, no es un problema de eficacia normativa y la realidad social, económica y cultural tiene más fuerza condicionante que la misma normativa jurídica y, además, porque aunque el diseño normativo de la finalidad preventiva puede ser recibido por la sociedad, estas prácticas seguirán dándose clandestinamente.

En concordancia con tales respuestas, debe recordarse que son características de un modelo democrático de derecho penal, la subsidiariedad y el ejercicio del poder punitivo de *última ratio*. Con las respuestas a estas interrogantes se refuerza algo históricamente demostrado en El Salvador: la severidad de la reacción punitiva del estado no mitiga el cometimiento de actos ilícitos. En cuanto al aborto, los efectos son aún más graves, pues lo que se logra es la intimidación de la conducta punible con una severidad punitiva basada en dogmas morales inestables, provocándose aumento de prácticas clandestinas del aborto que solo ponen en riesgo la salud –mental y física- y la vida de mujeres, en su mayoría de escasos

recursos, pues no puede el Estado ejercer un control de estas prácticas en centros hospitalarios o profesionales médicos de carácter privado.

5.2.6 ¿Considera usted como una situación de necesidad la práctica de un aborto cuando el embarazo o el parto ponen en peligro la vida de la gestante?

Respecto a la configuración de una situación de necesidad empírica en la que la práctica del aborto se realiza como medio para salvar la vida de la gestante en riesgo por el embarazo o el parto, el total de entrevistados consideraron que dicha situación representa un estado fáctico de necesidad.

Las 4 personas entrevistadas fundamentaron su respuesta en el estado de necesidad provocado por la colisión de la vida de la madre y del *nasciturus*. Solo uno de ellos hizo referencia a diversas circunstancias que deberían tomarse en cuenta, especialmente las referidas al momento en que se da el peligro o riesgo de muerte para la gestante, pues si es en el momento del parto, pues a diferencia del riesgo por embarazo en que podría configurarse sin mayor problema el estado de necesidad, y por ende, autorizarse su interrupción, justificada por peritajes pertinentes y adecuados.

5.2.7 ¿Considera usted que es posible la exclusión de responsabilidad penal en los casos de aborto terapéutico para la gestante y el profesional médico que lo practiquen en virtud a la causa de exclusión de responsabilidad penal regulada en el Art. 27 núm. 3 del Código Penal?

Respecto a la exclusión de responsabilidad penal en la práctica de abortos con fines terapéuticos, las 4 personas entrevistadas consideran que

es posible la aplicación de dicha regla de exclusión, siempre y cuando se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos en el caso concreto, debiendo probarse los mismos en sede penal.

En las respuestas a esta interrogante, las personas entrevistadas reforzaron la posibilidad de aplicación de las reglas de exclusión, pero además reafirmaron que el carácter de la problemática es de aplicación de la norma –eficacia normativa-, dejándose ver la alta responsabilidad del sistema judicial y del sistema de salud en el tratamiento de estos casos. Como se ha comprobado, es un problema de distintos matices, y es precisamente la falta de soluciones desde el nivel institucional del Estado que se deja entrever las profundas raíces culturales del mismo.

5.2.8 En su opinión, ¿considera que existe disponibilidad o posibilidad estatal real y efectiva de aplicar la exclusión de responsabilidad penal del Art. 27 núm. 3 del Código Penal a los casos en que es necesaria la práctica de un aborto terapéutico por encontrarse en peligro la vida de la gestante?

De las 4 personas entrevistadas, 2 consideran que existe disponibilidad y posibilidad estatal real y efectiva para aplicar la exclusión de responsabilidad penal del Art. 27 núm. 3 CP en los casos de aborto practicado con fines terapéuticos. Mientras, 2 entrevistados consideran que la aplicación de dicha regla de exclusión no puede ser aplicada por no existir disponibilidad del Estado salvadoreño a hacerlo, a través de las autoridades competentes.

En términos generales, las respuestas a esta pregunta se guiaron por el conocimiento de los entrevistados sobre la problemática. Dos de ellos

consideraron que existe la disponibilidad y posibilidad estatal en la aplicación de la regla de exclusión por parte de los jueces penales; tales respuestas son congruentes con las posibilidades jurídicas del problema, y esto es porque a pesar de su dimensión empírica, efectivamente es posible que en algunos de los casos, tras comprobarse los elementos objetivos y subjetivos del estado de necesidad en que se practicó el aborto terapéutico, se pueda aplicar la regla de exclusión. Sin embargo, los otros dos entrevistados respondieron atendiendo más la dimensión real del problema, y es que no parece que por parte del Estado exista voluntad por solucionar el problema, aun cuando el ordenamiento jurídico si lo permite en el conocimiento de cada caso.

5.2.9 ¿Conoce usted cuál es la postura del Ministerio de Salud de El Salvador ante las situaciones de embarazos o partos riesgosos en los que es necesaria la práctica de un aborto con fines terapéuticos? Si es así, mencione en qué sentido.

El total de personas entrevistadas conocen la postura del MINSAL ante las situaciones de embarazos o partos riesgosos en los que es necesaria la práctica de abortos terapéuticos, dos de los cuales afirmaron que la postura institucional es la permisión de su práctica, mientras respondieron que el MINSAL se abstiene de practicarlo pues protegen la vida del nasciturus desde el momento de la concepción.

En las respuestas a estas interrogantes se identificó cierto grado de desinformación respecto al rol del MINSAL en la problemática del aborto terapéutico, pues mientras la verdadera postura de dicho Ministerio es la abstención de la práctica abortiva en situaciones de necesidad, dos de los entrevistados afirmaron lo contrario pues según ellos no es garantía que dicho ministerio se abstenga.

5.2.10 Ante la negativa de un profesional médico o del Ministerio de Salud de practicar un aborto terapéutico en un caso de embarazo riesgoso para la vida de la gestante, ¿considera usted que se está vulnerando uno o varios derechos de la gestante e incumpliendo alguna obligación estatal?

De las 4 personas entrevistadas, 2 consideraron que la negativa de los profesionales médicos a practicar un aborto terapéutico no vulnera los derechos de la gestante ni constituye incumpliendo obligación estatal alguna. Mientras, 2 entrevistados consideraron que sí se vulneran derechos de la gestante y, por tanto, se incumplen obligaciones estatales.

Los entrevistados que contestaron en sentido afirmativo, consideraron, en un caso, que se vulneran los derechos a la vida y a la integridad personal; mientras que, el otro caso se refirió, a la vida, a la igualdad y a la salud.

Los entrevistados que negaron que la mera negativa de practicar un aborto terapéutico vulnera derechos de la gestante, expusieron fundamentos distintos para tal respuesta, que merecen presentarse.

En uno de los casos, el entrevistado manifestó que no se vulnera ningún derecho, porque los profesionales médicos, y de carreras afines, cumplen la obligación de ayudar a conservar la buena salud de todas las personas, en condiciones de igualdad, incluyendo la buena salud y la vida del *nasciturus*, pues el Estado protege la vida desde la concepción, y en ese sentido, los referidos profesionales actúan siguiendo protocolos preestablecidos para actuar en cada caso, siendo posible establecer la situación de necesidad solo después de un estudio adecuado. Otro de los entrevistados que contestó en sentido negativo, sin embargo, expuso que si

bien la mera negativa médica a practicar el aborto terapéutico no vulnera de manera directa los derechos de la gestante, ello no impide que la circunstancia de necesidad implique vulneraciones a los derechos fundamentales de ésta, pues al no regularse la situación, la gestante no puede reclamar como derecho la protección de su vida, dado que no existe un fundamento jurídico para obligar al médico para que proceda a una práctica abortiva que impediría una eventual lesión a la vida de la gestante.

Al respecto de las respuestas obtenidas, es oportuno hacer las consideraciones siguientes:

1. Las afectaciones a derechos fundamentales no pueden evaluarse sino respecto a cada caso concreto, por lo que si bien la negativa médica de practicar el aborto terapéutico no produce inmediatamente una vulneración a la vida o integridad personal de la gestante, sí crea origina un efecto en la situación de necesidad que eventualmente puede ocasionar la vulneración de uno de estos bienes. Además, tomando en cuenta que el bien jurídico afectado debe ser de menor o igual valor que el bien jurídico salvaguardado, solo el riesgo de la vida de la gestante es de trascendencia jurídico-penal para evaluar el estado de necesidad.
2. En efecto, los profesionales médicos no pueden aplicar conocimientos jurídicos, ni mucho menos corrientes iusfilosóficas, en la interpretación de las situaciones de necesidad de las que conozcan. Por ello, su abstención a la práctica de abortos terapéuticos se justifica, como ya ha sido analizado, en la organización jerárquica del MINSAL, siguiendo ellos nada más el protocolo establecido para dichos casos por la política institucional, protegiendo solamente la vida del *nasciturus* y obviando que la gestante que lo porta es un ser vivo.
3. Tal como expuso uno de los entrevistados, al no estar previstas de manera taxativa las situaciones de necesidad de los abortos terapéuticos

en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la gestante no tiene fundamento para invocar la protección de su vida por parte del Estado. Ante el peligro de la vida de la gestante, esta solamente puede solicitar amparo vía jurisdicción constitucional por vulnerarse, entre otros, su derecho a la protección en la conservación y defensa de sus derechos (Art. 2 CN); situación producida por la anteposición del derecho a la vida del nasciturus a priori en todo caso similar, lo cual ha quedado comprobado con el “caso Beatriz”.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A lo largo de esta investigación se ha desarrollado, utilizando las técnicas fijadas en el Proyecto de Investigación, un complejo marco histórico y teórico sobre la problematización política del aborto. Posteriormente, se desarrolló un análisis pormenorizado de la situación de aplicabilidad e inaplicabilidad del contenido normativo del estado de necesidad inculpante en los casos de aborto terapéutico y finalmente se expuso un panorama sociopolítico de la inaplicabilidad de la excluyente de responsabilidad en dichos casos. Finalmente, se expuso el desarrollo de parte del trabajo de campo, consistente, en la aplicación de la técnica de la entrevista a conocedores de la temática, quienes aportaron con su perspectiva para el enriquecimiento del análisis del problema investigado.

Dentro de la estructura de la investigación, sintetizada en el párrafo que antecede, se encontraron una serie de hallazgos importantes que permiten concluir con consideraciones sobre el problema de investigación y el sistema de hipótesis establecido respecto a este en el ya referido Proyecto de Investigación.

Para facilidad de lectura, conviene plantear, a continuación, las conclusiones de la investigación a partir del contenido general de la problemática investigada, comprobándose así el cumplimiento de las hipótesis planteadas en el Proyecto de Investigación.

Para finalizar, se presentaran algunas recomendaciones, formuladas a partir de los aspectos más relevantes de la investigación así como de las mismas conclusiones.

6.1 Conclusiones.

En general, la concepción médico-legal del aborto determina los elementos médicos presenten en el delito de aborto de un régimen normativo jurídico concreto. La medicina legal es la fuente científica de los elementos médicos presentes en la regulación jurídica del aborto. Esta disciplina es, por así decirlo, el sustento criminológico del delito de aborto. Al respecto, se puede colegir, que la regulación-delictiva del aborto en El Salvador se queda corta en términos médicos; que no han sido incorporados todos los conocimientos médicos necesarios para regular la protección estatal de la vida en formación, considerando las situaciones posibles en el período de gestación, en los que pueden estar en riesgo los bienes jurídicos de la gestante y del nasciturus.

En una definición legal del aborto se establecen elementos conceptuales del delito de aborto, para ser considerado como tal, pero en realidad no se está definiendo al fenómeno abortivo, sino solo explicando la conducta que se criminaliza –o se permite excepcionalmente-. Según lo analizado, las definiciones legales del aborto son impropias, pues una prescripción normativa solo puede contener lineamientos para dirigir conductas, y no definir a los fenómenos de la realidad material. Este es uno de los aspectos que más confusión causan en el tratamiento político-criminal del aborto, pues se confunde la consistencia del fenómeno abortivo con su contenido normativo, el cual es útil para efectos de persecución penal o de políticas de salud contra el aborto, pero no para entender el problema.

Desde los diferentes puntos de vista de clasificación del aborto, se denota que existe una marcada tendencia a su identificación como una conducta delictiva. En la clasificación del aborto, predomina el punto de vista médico y

jurídico, pero estando ésta predominada por el criterio jurídico-penal, de tal suerte que es más fácil encontrar diferentes conceptos de conductas delictivas constitutivas del delito de aborto, que clases de aborto definidos por los conocimientos médicos. Esto es consecuencia, en parte, a razones históricas de confusión entre el contenido normativo del aborto y su consistencia como hecho social, confundiendo a la conducta con la prescripción político-criminal para ella, lo que, en los ordenamientos jurídico-penales latinoamericanos, ha estado profundamente condicionado por la dependencia de los mismos con la tradición jurídica europea heredada a través de los procesos de conquista y colonización.

Dentro de su clasificación jurídico-penal, el criterio más idóneo para entender las diferentes clases del delito de aborto tiene como base la protección de bienes jurídicos y la finalidad de la conducta abortiva. Se han tipificado, históricamente, diversas formas de aborto; pero un rasgo característico de su regulación jurídico-penal actual es la predominación de la teoría científica del delito, la cual tiene entre sus pilares fundamentales a la teoría del bien jurídico y la teoría de la finalidad del acto. La aplicación de lo anterior, permite diferenciar entre abortos regulados conforme a directrices científicas y aquellos cuya regulación tiene como base meramente criterios morales, culturales o políticos específicos de una sociedad en un momento determinado. De tal forma, las clases de delito de aborto que protegen la vida del *nasciturus* o de la gestante, pertenecen a sistemas normativos encaminados a la tutela de derechos de cualquiera de estos –entre ellos, el aborto terapéutico, como forma de proteger a la gestante-; contrario a clasificaciones como el aborto *honoris causa*, o el aborto económico.

La práctica del aborto obtiene peso y visibilidad en la Historia cuando adquiere interés público o político, convirtiéndose en un problema político. La

problematización del aborto no surge a partir de las relaciones personales entre los gestantes, sino a partir de su consideración como un problema competente a la actividad política de los pueblos. El aborto no se convirtió en un problema político sino a la luz del desarrollo de otros fenómenos, ideas y reflexiones de carácter político, tales como el crecimiento demográfico y los sistemas normativos –que abarcaban cada vez mayor número de conductas-. En parte, la legitimación de la regulación del aborto obedeció a la ideología patriarcal, ampliamente desarrollada y diseminada en Europa, y posteriormente asentada con el establecimiento del cristianismo como religión oficial, aspecto que legitimaría la sanción moral, religiosa y jurídica del acto abortivo hasta los ordenamientos normativos de Latinoamérica.

A pesar de la tradición absolutamente penalizadora del aborto, heredada por la tradición jurídica europea, el aborto terapéutico tiene antecedentes desde algunos de los primeros ordenamientos jurídico-penales latinoamericanos, siendo la indicación abortiva con los primeros antecedentes normativos en la región. En el siglo XIX, la mayoría de legislaciones penales de Latinoamérica penalizaban el aborto de forma absoluta, sin admitir situaciones excepcionales de exclusión de responsabilidad penal, excepto Uruguay y Colombia, países en los que se previó el aborto por indicación terapéutica, excluyéndolo de responsabilidad penal. En El Salvador, esta indicación abortiva –junto al aborto eugenésico y ético- se reguló únicamente en el CP de 1974, teniendo vigencia hasta 1998, año en que entra en vigencia el actual CP, con el régimen más restrictivo de regulación jurídica del aborto en la historia del país.

La actual regulación jurídico-penal del aborto en El Salvador, contenida en el CP de 1998, es la más recesiva y represiva realizada en la historia jurídica del país, elevando las penas, estableciendo nuevos tipos penales y

eliminando toda indicación abortiva. La regulación jurídica del aborto no ha evolucionado uniformemente en todos los países latinoamericanos, ni en el mundo entero, diversificada tanto en el sentido prohibitivo como permisivo; sin embargo, en El Salvador, su tendencia ha sido a la recesión, con un enfoque de protección del bien jurídico protegido (no es necesariamente negativo, pues es deber estatal la tutela jurídico-penal de la vida humana), pero extralimitando tal protección en el caso de la vida en formación, al punto de obviar las implicaciones del embarazo para las mujeres, a quienes, además de la responsabilidad biológica de la gestación, se les atribuye una obligación política, social, cultural y moral de cumplir con dicha función.

La totalización de la perspectiva proteccionista del nasciturus sobre la vida de la gestante ha sido causa del aumento de vulnerabilidad de las mujeres ante la problemática. La penalización absoluta del aborto, fundamentada en la protección de la vida en formación, ha implicado una total renuncia legislativa a la protección que también otorgan los supuestos no punibles de aborto –indicaciones abortivas-, lo cual genera una alta responsabilidad para las instituciones del sistema de justicia penal, en la judicialización de cada caso concreto, y para los sistemas de salud y de educación pública, en la prevención del aborto inseguro. La mala o insuficiente gestión de estas instituciones sobre el tema son solo agravantes agregadas del problema.

Tanto la penalización del aborto como su despenalización tienen un fundamento protector: protección de la vida en formación y protección de los derechos fundamentales y bienes jurídicos de las mujeres, respectivamente. La polémica en torno a la penalización, despenalización parcial y despenalización absoluta del aborto, se genera a partir de la tendencia mundial en el reconocimiento del rol de los derechos fundamentales de las mujeres en el tratamiento político-criminal del aborto, sobre todo en el

contexto de legislaciones absolutamente penalizadoras, como la de El Salvador, en las que parece que la sanción penal es la única forma en que el Estado puede proteger la vida en formación; lo que es paradójico, pues el ejercicio del *ius puniendi*, de acuerdo a los principios de todo modelo democrático de política criminal, debiera ser subsidiario, de mínima intervención y de última ratio. Es decir que, a través de la penalización absoluta del aborto se pretende resolver un problema cuyo tratamiento preventivo es una obligación estatal.

En El Salvador, la totalización del fundamento proteccionista de cualquier postura político-criminal ante el aborto genera situaciones lesivas a derechos fundamentales. Debido a la obligación estatal de proteger, y proteger en la defensa y conservación, de la vida en formación, el Estado salvadoreño no debiera de totalizar ningún fundamento proteccionista en la regulación jurídica del aborto. Esto porque, si se despenaliza absolutamente el aborto voluntario, se omite la protección de la vida en formación, establecida constitucionalmente; y, por otro lado, si se penaliza toda forma de aborto, se omite la tutela jurídico-penal taxativa de los bienes jurídicos de la gestante en caso de embarazo o parto riesgoso para su vida. La totalización del proteccionismo del *nasciturus* fue, precisamente, lo que sucedió en la configuración legislativa del delito de aborto en el actual CP, al eliminar las indicaciones abortivas del anteproyecto en discusión, con el apoyo de una campaña mediática impulsada por sectores conservadores de la sociedad, que hicieron ver absurdamente a las indicaciones abortivas –ya vigentes– como una forma de legalizar el aborto en el nuevo CP, proceso de que concluyó en la reforma constitucional del Art. 1 inc. 2° CN.

El reconocimiento constitucional del ser humano en formación como persona humana, debiera ser la misa base para que el legislador secundario sea

taxativo en la regulación jurídica del aborto. Desde el punto de vista constitucional, la protección del derecho a la vida debiera tener como consecuencia en la normativa secundaria, la equiparación del valor del derecho a la vida de la madre y del *nasciturus*, en los casos en que una de ellas o ambas se encuentren en peligro real o inminente, en virtud del embarazo mismo, siendo necesario determinar la forma en que ha de ponderarse la prevalencia de un sobre otra en una circunstancia específica, dado que al poseer ambos bienes jurídicos el mismo significado ontológico y contenido valorativo, no puede sobreponerse el valor de una vida sobre la otra; situación que se generó con la eliminación de la indicación terapéutico en el CP de 1998.

A la luz del contenido dogmático del delito de aborto en el CP, la práctica del aborto con fines terapéuticos se encuentra dentro del catálogo de modalidades abortivas prohibidas por el tipo base de aborto consentido. Existe tipicidad de los delitos de aborto consentido respecto a la gestante, y de aborto agravado respecto al o los profesionales de la salud que lo llevaran a cabo. En la conducta, se cumplen el elemento de la antijuricidad formal y material, pues se produce una contradicción entre la práctica abortiva y lo prohibido por los tipos penales que prohíben tal conducta, teniendo tal acción un resultado lesivo para la vida en formación. Además, en el caso de la gestante y del profesional médico concurre la culpabilidad, pues la práctica abortiva, ejecutada por necesidad, puede ser llevada a cabo solo conscientemente.

A pesar de la tipicidad y antijuricidad de la conducta, el aborto terapéutico puede llevarse a cabo en un estado de necesidad, configurado por la colisión entre la vida de la gestante y la del nasciturus. En la práctica del aborto se pueden cumplir todos los requisitos objetivos y subjetivos del estado de

necesidad regulado en el Art. 27 núm. 3 CP, partiendo de la existencia de un conflicto entre la vida de la gestante y la del *nasciturus*, dependiendo de la circunstancia concreta se cumplan especialmente: que el peligro para la vida de la gestante sea real y actual o inminente, que el mismo no sea ocasionado intencionalmente, que la conducta sea proporcional al peligro para la vida de la gestante –de modo que el riesgo de muerte no pueda ser evacuado de otra forma sino solo a través del aborto- y que los autores de la conducta cumplan el requisito del conocimiento de estar amparados por esta causa de exclusión de la responsabilidad penal.

El cumplimiento del requisito subjetivo de los autores en el estado de necesidad del aborto terapéutico, debe implicar que los mismos conozcan que se encuentran excluidos de responsabilidad penal si lesionan la vida del nasciturus, por la situación de necesidad, susceptible de ser médicamente acreditada, ejerciendo su libertad de obrar motivados por dicho conocimiento. En el estado de necesidad del aborto terapéutico, se puede excluir de responsabilidad penal a los autores por la situación de inexigibilidad de otra conducta, no pudiendo el Derecho exigir a la gestante que sacrifique la vida propia por la del *nasciturus*, y en el caso del profesional médico, el alcance de tal efecto le excluiría también la responsabilidad si se cumplen todos los elementos objetivos y el elemento subjetivo del estado de necesidad.

El estado de necesidad en el aborto terapéutico es de carácter inculpante, disculpante o excluyente. Dado que el legislador no estableció diferencias entre un estado de necesidad justificante y uno disculpante en el Art. 27 núm. 3 CP, la determinación de este carácter en los casos de aborto terapéutico se realiza conforme al valor de los bienes jurídicos en colisión: la vida de la gestante y la vida del *nasciturus*. Debido a que el Derecho no puede instrumentalizar una vida a favor de otra, la elección entre el bien jurídico

salvaguardado es de preponderancia para el momento -es decir, la que causa el mal menor en la circunstancia dada-, sin existir una prevalencia de una vida sobre otra de forma genérica. Por tal motivo, la práctica de un aborto terapéutico no puede entenderse jurídicamente justificada, ya que la causa de justificación volvería lícita la conducta abortiva, típica e inicialmente antijurídica. Al ser ambos bienes del mismo valor, y ejecutarse el mal menor en el caso concreto, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos objetivos y subjetivos del estado de necesidad, este es disculpante, pues solo excluye la responsabilidad penal, aún sin justificarse la conducta.

La inaplicabilidad de la regla de exclusión del Art. 27 núm. 3 CP al aborto terapéutico, es un problema de efectividad normativa. Las gestantes se encuentran ante un andamiaje institucional que no les puede brindar seguridad jurídica, sea de forma jurisdiccional o no jurisdiccional, en la defensa y conservación de su derecho a la vida. El sistema de salud pública se caracteriza por lineamientos institucionales que prohíben la práctica abortiva con fines terapéuticos, lo cual pretende fundamentarse en la protección de la vida de los no nacidos, argumento parcializado, que obvia la condición de ser humano y el derecho a la vida del que también goza la gestante. Mientras, el sistema judicial no puede sino solo actuar de forma reactiva, es decir, conociendo hechos consumados, los que en casos de abortos terapéuticos, no pueden ser conocidos si se niega su práctica.

6.2 Recomendaciones.

Al Ministerio de Salud Pública. El MINSAL es el ente rector en la gestión de la Salud Pública de El Salvador. Por mandato legal, tiene las atribuciones de determinar, planificar y ejecutar la política nacional en materia de salud; dictar las normas pertinentes, organizar, coordinar y evaluar la ejecución de

las actividades relacionadas a la Salud (Art. 40 CS). Así mismo, a este corresponde orientar la política gubernamental en materia de Salud Pública y Asistencia Social (Art. 41 núm. 1 CS).

En la parte introductoria de la Política de Salud Sexual y Reproductiva de El Salvador, emitida en agosto de 2012²²⁴, el MINSAL ha reconocido que las muertes maternas en su mayoría son por causas directas del embarazo, ocasionadas principalmente por enfermedades hipertensivas del embarazo y hemorragias post parto, siendo la mayoría de ellas prevenibles. Además, se reconoce en dicha política que las muertes maternas indirectas están ocasionadas por causas autoinfligidas, cardiopatías, lupus eritematoso sistémico, neumonía, cáncer e insuficiencia renal.

En el ejercicio de sus funciones y atribuciones, el MINSAL debe, no solo mejorar las políticas de salud sexual y reproductiva con el fin de evitar embarazos no deseados o riesgosos para la salud de las mujeres, sino también establecer protocolos efectivos para la atención de causas de muerte materna, con tratamientos médicos que se adecuen a la gravedad de tales enfermedades.

A la Asamblea Legislativa. A la AL compete fundamentalmente la atribución constitucional de legislar (Art 121 CN). En el cumplimiento de ello, además, lleva a cabo las funciones de decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar leyes secundarias (Art. 131 ord. 5° CN). La atribución de legislar es, por el principio de representatividad que legitima el actuar del Órgano Legislativo, la manifestación del poder público y de la soberanía popular en el

²²⁴ **POLÍTICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA**, Acuerdo del Órgano Ejecutivo en el Ramo de Salud N° 1181, de fecha 9 de agosto de 2012, publicado en el D.O. N° 149, Tomo N° 396, del 16 de agosto de 2012.

establecimiento de normas jurídicas con contenido material sobre los distintos aspectos que regula la Constitución, lo cual se hace a través del ejercicio de la libertad de configuración del legislador, dentro del marco constitucional.

En materia penal, el legislador debe delimitar concreta y exhaustivamente tanto la conducta punible como la pena con la cual se sanciona; principio derivado del principio de legalidad, y al cual se ha denominado como *lex certa* (v. gr. Inprocedencia de Inconstitucionalidad, Ref. 170-2013, de fecha 23-IV-2014). No obstante, ello no obliga al legislador a crear supuestos de hecho en las normas penales excesivamente específicos, pues es imposible que en los elementos descriptivos de los tipos penales encajen todos los supuestos fácticos posibles referidos a un mismo resultado lesivo para el bien jurídico que se pretende tutelar.

No obstante lo anterior, en el caso de los delitos de aborto, el legislador debiera tomar en cuenta que en la penalización absoluta del aborto, se obvian supuestos fácticos que no pueden incorporarse en el radio de aplicación de los elementos descriptivos de los tipos penales de aborto; pues tal regulación se dirige hacia un ámbito de la vida en el que tienen un rol fundamental procesos biológicos que escapan a la prescripción de la normatividad jurídica, produciéndose circunstancias que no dependen de la voluntad de las personas al asumir el rol natural de progenitores, tales como los embarazos riesgosos. Ante ello, y ante el mandato constitucional de protección de la vida, del ser nacido y no nacido, la AL tiene la responsabilidad y obligación jurídica y política, de legislar sobre los supuestos en los que entrarían en conflicto la vida de la madre y del nasciturus, y establecer una solución no punitiva para la actuación de las gestantes –y los progenitores, en su caso-, así como de los profesionales

médicos, ante tales supuestos en que la actuación se lleva a cabo por necesidad de proteger ambas vidas, o una vida de ambas en riesgo.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional salvadoreña, pues, la misma SC ha dicho reiteradamente que “parcialmente existe una omisión por parte del legislador *en regular que, con carácter previo y no como resultado de un proceso penal, pueda ser resuelta la controversia de los derechos de la madre con los del nasciturus*”, debiendo el legislador, en consecuencia, “emitir la normativa jurídica correspondiente en la cual legisle sobre las circunstancias que *extra proceso penal* deben concurrir en las indicaciones del aborto”, y además previendo “*el órgano o ente estatal al que se otorgaría la competencia para conocer y decidir la situación planteada, así como los requisitos que deberían cumplirse y las directrices de actuación pertinentes en estos caso de manera previa a la judicialización del conflicto, ya que la utilización del Derecho penal como mecanismo de solución de estas controversias es insuficiente*”. (v. gr. Sentencia de Proceso de Inconstitucionalidad, Ref. 18-98, de fecha 20-XI-2007; y Sentencia de Proceso de Amparo, Ref. 310-2013, de fecha 28-V-2013).

Si bien la misma jurisprudencia constitucional ha establecido que la colisión entre derechos fundamentales debe ser resuelta mediante el método argumentativo de la ponderación, ello no exime la responsabilidad política del legislador anteriormente mencionada, pues el ejercicio de la ponderación en la colisión de bienes jurídico-penales es algo que solo es competencia del aplicador del derecho, y que opera solamente en un momento *ex post* respecto al resultado lesivo del referido conflicto.

No hay hasta el momento, argumentos jurídicos para obligar al legislador a legislar al respecto (pues en caso contrario, la SC lo habría

ordenado, tal como ha ordenado legislar en otras materias); sin embargo, existe una deuda política por parte del Estado salvadoreño en la protección de la vida de las mujeres en circunstancias de peligro de tal derecho fundamental y bien jurídico, y ante las cuales se es necesaria la aplicación de indicaciones abortivas; tal como se establecía en el CP de 1974, y como se establece en muchos otros ordenamientos jurídico-penales del mundo, por sobre prejuicios morales que cargan a la mujer la obligación de parir aún en detrimento de su vida, exigiendo un sacrificio que ningún ser humano tiene la potestad de exigir.

A la Corte Suprema de Justicia. La CSJ, que es el ente rector en lo administrativo y jurisdiccional del Órgano Judicial, debiera llevar a cabo capacitaciones a los funcionarios, y servidores judiciales en general, con competencia en materia penal, sobre la aplicación del debido proceso, interpretación y argumentación jurídica, a los casos de aborto, con el fin de respetar los derechos y garantías fundamentales de las mujeres procesadas por este delito, sobre todo en los supuestos en los que obraron motivadas por una circunstancia de necesidad. Para ello, es importante también que se refuerce la capacidad de los jueces y juezas en materia penal de aplicación del método interpretativo de la ponderación de derechos fundamentales, cuando en los casos de aborto se tengan indicios de conflicto entre los bienes jurídicos de la madre y del *nasciturus*.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS.

BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta, *La Regulación Jurídica del Aborto en América Latina y El Caribe: Estudio Comparativo*, 1ª Edición, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), Perú, 1998.

BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1999.

FOUCAULT, Michel, “Del buen uso del criminal”, título original: “Du bon usage du criminel”, en **Michel FOUCAULT**, *La Vida de los Hombres Infames*, Traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Caronte Ensayos, Editorial Altamira, La Plata, 1996.

GÓMEZ PINEDA, Carlos Emilio, *Las causas de justificación en el derecho penal*, 1ª Edición, UCA Editores, San Salvador, 2005.

LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los Médicos y el Código Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal: Parte Especial*, 3ª Edición, Dykinson, Madrid, 1992.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Teoría de la Antijuricidad*, 1ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D. F., 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2001.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª Edición ampliada y revisada, 12ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003.

PAVARINI, Massimo, *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Traducción de Ignacio Muñagorri, 1ª Edición, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2002.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *El Aborto: Una lectura de derecho comparado*, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del Delito*, 1ª Edición, 3ª Reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D. F., 2004.

QUIÑONES VARGAS, Héctor, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño: Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa*, 1ª Edición, CNJ, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.

ROXIN, Claus, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, 1ª Edición, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª Edición, 1ª Reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *El aborto. Aspectos: jurídico, antropológico y ético*, 1ª Edición, Universidad Iberoamericana, México, 2002.

SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Juan María TERRADILLOS BASOCO, *Manual de Teoría Jurídica del Delito*, 1ª Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 1ª Edición Mexicana, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, D. F., 1986.

TESIS.

ACOSTA FUENTES, María Elena, Walter Antonio DE PAZ CASTRO y Sayda Lissette RAMIREZ TORRES, en *Análisis de la Política Criminal en El Salvador*, Trabajo de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2005.

BARAHONA RIVAS, Susan Priscila y Lorena Guadalupe RIVERA MOLINA, *“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 de Edad”*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2010

CORZO TORRES, Carlos Rafael, *Legalización del Aborto en Guatemala desde un Enfoque Actualizado*, Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2011, p. 23, disponible en: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9514.pdf

LOPEZ MARTINEZ, Karen Yasbeth y otros, *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*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2012.

RAIMUNDO CEA, Rodolfo Guadalupe, *El Aborto en General*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2001.

RECINOS SOLÍS, Iliana Marisol, *El Aborto Terapéutico en el Derecho Penal Salvadoreño*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2003

RIVERA RIVAS, Digna Emérita y otros, *Punibilidad del Aborto Culposo*, Trabajo de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2004.

LEGISLACIÓN.

CÓDIGO DE SALUD, D.L. N° 955, de fecha 28 de abril de 1988, publicado en el D.O. N° 86, Tomo N° 299, del 11 de mayo de 1988.

CÓDIGO PENAL, D.L. N° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. N° 105, Tomo N° 335, del 10 de junio de 1997.

CÓDIGO PENAL de 1974 (derogado), D .L. N° 270, de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el D.O. N° 63, Tomo N° 238, del 30 de marzo de 1973.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D.C. S/N de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

DECRETO LEGISLATIVO N° 541, de fecha 3 de febrero de 1999, publicado en el D.O. N° 32, Tomo N° 342, del 16 de febrero de 1999.

LEY ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA LAS MUJERES, D.L. N° 520, de fecha 25 de noviembre de 2010, publicado en el D.O. N° 2, Tomo N° 390, del 4 de enero de 2011.

MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, *Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo Uno: Artículos uno al ciento sesenta y cuatro*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador 2004.

POLÍTICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, RAMO DE SALUD Acuerdo del Órgano Ejecutivo en el Ramo de Salud N° 1181, de fecha nueve de agosto de dos mil doce, publicado en el Diario Oficial. N° 149, Tomo N° 396, a los dieciséis días del mes de agosto de dos mil doce.

REGLAMENTO GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, Acuerdo N° setenta y cuatro / noventa y nueve de dos mil uno (IV) de la Asamblea General Universitaria de la Universidad de El Salvador, de fecha 20 de junio de 2001, publicado en el D.O. N° 159, Tomo N° 352, a los veintisiete días del mes de de agosto de 2001.

JURISPRUDENCIA.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución de Medidas Provisionales Respecto de El Salvador: Asunto B., de fecha 29 de mayo de 2013.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Admisión de Demanda de Amparo, Ref. 310-2013, de fecha 17-IV-2013.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Improcedencia de Demanda de Inconstitucionalidad, Ref. 170-2013, de fecha 23-IV-2014.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo, Ref. 166-2009, de fecha 21-IX-2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo, Ref. 310-2013, de fecha 28-V-2013.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Inconstitucionalidad, Ref. 18-98, de fecha 20-XI-2007.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sobreseimiento de Hábeas Corpus, Ref. 161-2007, de fecha 22-II-2008.

PUBLICACIONES INSTITUCIONALES

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto y Martín Alexander MARTÍNEZ OSORIO, *Límites Constitucionales al Derecho Penal*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2004.

OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA CENTRAL DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH), PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS (PDDH), SISTEMA DE NACIONES UNIDAS EN EL SALVADOR (SNU), *Observaciones y Recomendaciones de Derechos Humanos: Órganos de Tratados y Examen Periódico Universal 2008-2010*, S.E., S.F. de l., disponible en: <http://www.oacnudh.org/?p=721>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en New York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946, entrando en vigencia a partir del 7 de abril de 1948, disponible en: <http://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2013*, Ediciones de la OMS, Ginebra, 2013, pp. 14-15, disponible en:
http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586_spa.pdf?ua=1

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Mortalidad materna*, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>

REVISTAS.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, “El Sistema Penal Salvadoreño: Una aproximación desde la perspectiva de la política criminal”, en *Revista Justicia de Paz*, Consejo Nacional de la Judicatura, N° 15, Año VI, Vol. I, mayo-agosto de 2003, San Salvador.

WITKER, Jorge, “Hacia una Investigación Jurídica Integrativa”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, nueva serie, año XLI, N° 122, mayo-agosto de 2008, México.

AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO, *Del Hospital a la Cárcel: Consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones, de la interrupción del embarazo en El Salvador*, San Salvador, 2013, disponible en: <http://agrupacionciudadana.org/phocadownload/investigaciones/mujeres%20procesadas%20011013.pdf>

AMAYA CÓBAR, Edgardo A., y Ricardo Vladimir MONTOYA CARDOZA, *Propuesta de Política Criminal y Seguridad Ciudadana para El Salvador*, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), Red por un Sistema Penal Democrático, San Salvador, 2005, disponible en: <http://www.comunidadsegura.org/files/active/1/PPCPES2005.pdf>

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO, *Excluidas, Perseguidas, Encarceladas: El Impacto de la Criminalización Absoluta del Aborto en El Salvador*, Nueva York, 2013, disponible en: http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/crr_ElSalvadorReport_Sept_25_sp.pdf

FEUSIER, Oswaldo Ernesto, *Pasado y Presente del Delito de Aborto en El Salvador*, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, Departamento de Ciencias Jurídicas, Unidad de Investigaciones, disponible

en:

http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4_pasadoypresentedeIdelitodeabortoenelsalvador.pdf

FUNDACIÓN IBEROAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Especial IV: Encarceladas por abortar (El Salvador)*, en <http://www.fundacionfide.org/comunicacion/noticias/archivo/81694.html>

DICCIONARIOS.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, S.Ed., S.E., México, 1998.

ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA DE COLOMBIA, *Diccionario Académico de Medicina*, en <http://www.idiomamedico.com/diccionario.php?diccionario=aborto&table=etimologia&mytable=Etimolog%EDa>

PAGINAS WEB.

MENJÍVAR, Elisa, “Situación del Aborto en El Salvador”, en *Conferencia Latinoamericana: Prevención y Atención del Aborto Inseguro*, Lima, Perú, Junio de 2009, en http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/60/Menji var_ICONFLPAAI.pdf?sequence=1

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a Edición, en <http://lema.rae.es/drae/?val=aborto>

TRANSPARENCIA ACTIVA, *Ministerio de Salud reduce mortalidad materna*, en <http://www.transparenciaactiva.gob.sv/ministerio-de-salud-reduce-mortalidad-materna/>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal*, formato DVD, Ediar, 2009, disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=tGyacx_Ag4Y

OTROS

CÓDIGO DE HAMMURABI, de fecha aprox. 1752 ANE, según *Códigos legales de tradición babilónica*, Editada por Joaquín Sanmartín, Trotta, Barcelona, 1999, extracto publicado por Guillermo Fatás Cabeza, Universidad de Zaragoza, disponible en <http://www.unizar.es/hant/POA/hammurabi.pdf>

LA SANTA BIBLIA: ANTIGUO Y NUEVO TESTAMENTOS, Traducción de Casiodoro de Reina (1569), Revisada por Cipriano de Valera (1602), Revisión de 1960, Sociedades Bíblicas Unidas, Brasil, 2000.

ANEXOS

369



Memorando

Para: Dr. Luis Fernando Avelar Bermúdez
Oficial de Información del Órgano Judicial

De: Camilo Roberto Guevara Morán
Director de Planificación Institucional

Asunto: Información estadística solicitada por la Unidad de Acceso a la Información Pública – UAIP

Fecha: 18 de Marzo de 2014



En atención a memorándum UAIP/209/2014, solicitando “Datos estadísticos y porcentajes de sentencias condenatorias y absolutorias sobre delitos de aborto, en Tribunales de Sentencia de San Salvador, registrados durante el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2012 y el 31 de mayo de 2013”, tengo a bien comunicarle que nuestras bases de datos nos indican la existencia de dos expedientes que concuerdan con lo requerido, los cuales se presentan en el siguiente cuadro resumen.

Municipio	Sede Judicial	No. Expediente	Fecha de Ingreso	Tipo de Imputado/a	Sexo	Edad	Estado Civil	Profesión u Oficio	Causal	Sentencia
San Salvador	1o. de Sentencia de San Salvador	0197	05/10/2012	Natural	M	20	Soltero(a)	Mecánico(a)	Art. 134 C.P. Aborto sin consentimiento	Absolutoria
San Salvador	2o. de Sentencia de San Salvador	0144	23/07/2012	Natural	F	26	Soltero(a)	Estudiante	Art. 133 C.P. Aborto consentido y propio	Condenatoria

Cordialmente,

C.c. Unidad de Información y Estadística, DPI



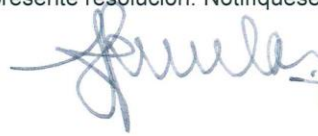
Res. UAIP/369/RR/117/2014.

UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:
San Salvador, a las quince horas con cuarenta y cinco minutos del diecinueve de marzo de
dos mil catorce.

CONSIDERANDO:

- I. Que en fecha doce de marzo de dos mil catorce, la señora NANCY RAQUEL ESCALANTE GARCÍA, requirió lo siguiente: "Datos estadísticos y porcentajes de sentencias condenatorias y absolutorias sobre delitos de aborto en tribunales de sentencia de San Salvador, en los años comprendidos desde el 1° de junio de 2012 al 31 de mayo de 2013".
- II. Que dicha información fue solicitada al Director de Planificación Institucional de la Corte Suprema de Justicia.
- III. Tiénese por recibido el memorándum referencia DPI-186-2014, procedente de la Dirección de Planificación Institucional de la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto en base a los artículos 71 y 72 de la Ley de Acceso a la Información Pública, se Resuelve: Entregar a la señora NANCY RAQUEL ESCALANTE GARCÍA, la información relacionada en el romano III de la presente resolución. Notifíquese.



LFA/B/mca



**MEMORÁNDUM
2014-6300-514**

**PARA: LIC. CARLOS ALFREDO CASTILLO
OFICIAL DE INFORMACION**

**DE: LIC. ASTRID GUADALUPE PÉREZ DE NAVARRO
JEFE UNIDAD DE ASESORÍA JURÍDICA**

FECHA: 10 DE JULIO 2014



Hago referencia a su Memorandum No. 2014-6017-0271, de esta fecha, a través del cual manifiesta que la señora NANCY RAQUEL ESCALANTE GARCIA, solicita la información siguiente:

1. Cuantos profesionales de la medicina fueron denunciados y sancionados administrativamente por el MINSAL, por un hecho relacionado con el Aborto entre el 1 de junio de 2012 y el 31 de mayo de dos mil trece;
2. Cuantos profesionales de la medicina fueron denunciados por parte del MINSAL ante alguna de las instituciones del sistema penal por un hecho relacionado con un aborto entre el 01 de junio de 2012 y el 31 de mayo de 2013.

En tal sentido le respondo las interrogantes en el orden siguiente:

1. En cuanto a la primera solicitud, le expreso: que este Ministerio no ha tramitado ningún proceso para Sancionar a los profesionales de la medicina, por faltas cometidas en el Ejercicio Profesional, por un hecho relacionado con un aborto en el período antes citado.
2. Respecto del segundo punto, le manifiesto que en esta Unidad de Asesoría Jurídica, no se tramitó ninguna denuncia contra médicos por un hecho relacionado con un aborto, de tal manera que se desconoce si han existido denuncias relativas con el aborto en los Hospitales Nacionales.

En tal sentido me permito manifestar a usted que la información requerida no obra en poder de la Unidad de Asesoría Jurídica de este Ministerio, por lo antes expresado.

Sin otro particular,

Atentamente,

DIOS UNION LIBERTAD

AGPdeN/mdes

Calle Arce # 827, San Salvador, El Salvador, Teléfono: 2205-7224. www.salud.gob.sv



MEMORANDUM

No. 2014-6540-70

PARA : Lic. Carlos Alfredo Castillo
Oficial de Información

DE : Dra. Reyna Oliva Hernández *Santamaría*
Jefa de Unidad de Estadística e Información em Salud

FECHA : 18 de Julio de 2014

[Firma manuscrita]

[Sello circular: MINISTERIO DE SALUD, UNIDAD DE ESTADISTICA E INFORMACION EN SALUD, DIRECCION DE ESTADISTICA E INFORMACION]

En atención a memorandum 2014-6017-0270 de solicitud de información por la Sra. Nancy Raquel Escalante García se remite la siguiente información:

- 1- Estadísticas sobre muertes maternas 2012 – 2013
- 2- Tasa mortalidad en El Salvador 2012 – 2013
- 3- Número y porcentaje de abortos registrados por el MINSAL 2013

DIOS, UNION, LIBERTAD

ROHS/mh

Calle Arce N°.827, San Salvador, El Salvador
Teléfono 2205-7164 Fax:2205-7318
www.salud.gob.sv

*Recibido o/p
18-Julio-14*

Ministerio de Salud
 Dirección de Vigilancia Sanitaria
 Unidad de Estadística e Información en Salud

Número de muertes y razón de mortalidad materna 2012 a 2013

Año	2012	2013
Número de muertes maternas	53	48
Denominador	125,284	126,330
Razón de mortalidad materna (directas e indirectas) x 100,000 nacidos vivos	42.3	38.0

Fuente: Informe de Labores 2013 - 2014

**Número de muertes y tasa de mortalidad general
 El Salvador 2012 a 2013**

Año	2012	2013
Número de muertes	12,855	13,206
Denominador	6251,500	6328,198
Tasa de mortalidad general x 1, 000 habitantes	2.1	2.1

Fuente: Informe de Labores 2013 - 2014

**Número y porcentajes de abortos institucionales
 2013**

Año	2013
Número de muertes *	4,345
Denominador	84619
Porcentaje de abortos institucionales	5.1

Fuente: Sistema de Vigilancia . VIGEPES

* Incluye abortos solamente de establecimientos del MINSAL