



Revista MINERVA

Plataforma digital de la revista: <https://minerva.sic.ues.edu.sv>



El aborto y el sistema penal en El Salvador: Una mirada desde los estudios críticos del Derecho

Abortion and the penal system in El Salvador: A look from critical studies of the Law

Mirian Meléndez¹

Correspondencia:
mirene22@gmail.com

Presentado: 11 de mayo de 2020
Aceptado: 16 de noviembre de 2020

1 Universidad de El Salvador, Profesora de Filosofía y Ética

RESUMEN

En este artículo se presenta el contexto histórico y jurídico en torno al aborto como una problemática social y de salud. Asimismo, se dan argumentos que definen el aborto como un Derecho humano. Se explica, además, cómo la penalización absoluta de este recurso médico- terapéutico implica que en El Salvador prevalece un sistema penal inhumano. Asimismo, se expone que las organizaciones de mujeres abordan este problema como una demanda de salud pública y una disputa de Derechos humanos. Este último término tomado desde el ámbito jurídico abona al análisis, con una perspectiva de la transformación de los conflictos. De acuerdo con los planteamientos de la teoría crítica del Derecho, si no se estudia un derecho penal inhumano no se podría hablar de un derecho penal humano.

Palabras claves: Derecho penal inhumano, aborto, estudios críticos del derecho, feminismo y Derechos humanos.

ABSTRACT

This article explains the historical, social, and legal context around abortion as a social and health problem. At the same time, arguments are given that define abortion as a human right. It is explained, how the absolute criminalization of this medical resource implies that, in El Salvador an inhuman penal system prevails. Likewise, it is exposed that women's organizations approach this problem as a public health demand and a human rights dispute, the latter term taken from the legal field contributes to the analysis, with a perspective of the transformation of conflicts. According to the approaches of the critical theory of law, if an inhuman criminal law is not studied, one could not speak of a human criminal law.

Key words: Inhuman criminal law, abortion, critical law studies, feminisms, and human rights.

INTRODUCCIÓN

Dentro de los estudios críticos del derecho se incluye una diversidad de temas que abarcan desde el poder en el siglo XXI, el postneoliberalismo, un derecho penal humano, un derecho penal inhumano, el conflicto, los derechos de los pueblos indígenas, el aborto, entre muchos más. A la base de todos estos temas como preocupación central del Derecho, está la noción de 'persona', e indefectiblemente la de "sociedad", ya que son éstas las que, a través de sus demandas, intereses jurídicos, y ciudadanías, 'crean' al Derecho mismo.

En el año 1998, debido a intereses no jurídicos, tal vez de índole política, a través de la injerencia de grupos conservadores y religiosos en El Salvador, se eliminan las causales que permitían el aborto terapéutico y eugenésico, convirtiéndose así, en uno de los países con una de las legislaciones más restrictivas en el mundo¹. A partir de entonces se ha condenado a más de una veintena de mujeres a la cárcel, algunas de ellas, por homicidio agravado, cuya pena ronda los 30 años de prisión. Recientemente, en el año 2014, según declaraciones de Salil Shetty², secretario

¹ Se puede corroborar el dato en Table 2 Legality for abortion, 2017 en la web de Guttmacher Institute, <https://www.guttmacher.org/fact-sheet/abortion-latin-america-and-caribbean>.

También se puede contrastar la información en la nota del New York Times: "Los otros países que prohíben el aborto son Nicaragua, Honduras, República Dominicana, Haití y Surinam. En la Asamblea Legislativa de El Salvador se han presentado dos proyectos de ley para permitir el aborto en casos específicos, incluso para salvar la vida de la madre, pero aún deben ser considerados por un comité, lo que constituye el primer paso antes de someterlos a votación". Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/02/15/espanol/america-latina/teodora-del-carmen-vasquez-el-salvador-aborto.html>

² Fragmento de una nota de Amnistía Internacional: "Es la razón por la que viajé a El Salvador para presentar el nuevo informe de Amnistía Internacional Al borde de la muerte: violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en El Salvador". "En él se documenta la penalización del aborto en todas las circunstancias debido a una reforma de la legislación hace 16 años, y cómo la legislación sobre el aborto en el país ahora está entre las más estrictas del mundo". [https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2014/10/the-](https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2014/10/the-hidden-war-in-el-salvador/)

general de Amnistía Internacional, dicha ley en El Salvador: "está causando un daño grave a mujeres y niñas, de mucho sufrimiento tanto a nivel físico como mental, lo que es equivalente a tortura y maltrato", por esto sostengo que es una barbarie del siglo XXI³, y por lo mismo, se puede inferir que el sistema penal salvadoreño, en lo concerniente a legislación en materia de aborto, es un derecho penal inhumano.

En esta misma línea, en orden a tratar de comprender la inhumanidad del sistema penal, desde los estudios críticos del Derecho, algunos argumentos para este breve ensayo se han tomado de las conferencias de Eugenio Zaffaroni, una pronunciada en la Ordem dos Advogados do Brasil, en Brasilia, el 6 de junio de 2016 y la otra, en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en agosto de 2016. Por otro lado, para una mejor comprensión sobre la temática del aborto y su despenalización, se han retomado planteamientos del artículo "De los Derechos humanos al derecho al Aborto" de Alejandra Zúñiga.

Para los propósitos del presente artículo, es necesario hacer una breve exposición sobre en qué consisten los estudios jurídicos y la perspectiva crítica del derecho, ya que son orientaciones relativamente recientes. Teóricos como García y Rodríguez (2003) plantean que, desde hace algunos años, los estudios interdisciplinarios críticos sobre el Derecho en América Latina están en emergencia y expansión, analizando diversos temas, como la justicia, la misma teoría jurídica crítica, los Derechos humanos, los problemas de género, el pluralismo jurídico, y la globalización, entre otros. Según ellos, "la proliferación de los estudios interdisciplinarios con enfoque crítico sobre el derecho ha sido desordenada",

[hidden-war-in-el-salvador/](https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2014/10/the-hidden-war-in-el-salvador/)

³ De acuerdo a una definición simple de barbarie: "actitud de la persona o grupo que actúan fuera de las normas de cultura, en especial de carácter ético, y son salvajes, crueles o faltos de compasión hacia la vida o la dignidad de los demás".

a su vez, dan algunas razones que explican este fenómeno: la poca conexión y diálogo entre autores latinoamericanos, y la falta de formulación de explicaciones que den cuenta de la especificidad de la praxis y la cultura jurídica local.

En esta misma línea, en atención a lo que plantean los sociólogos y estudiosos del derecho como, Bergalli 1982, Birbeck y Martínez 1992, finalmente Correas 1991, la consolidación de los estudios críticos del derecho en el ámbito de la enseñanza, investigación, y diálogo público, requiere de: “una comunidad activa de estudiosos del derecho, esto es, investigadores que, a través de contactos y actividades diversas, vean a sus pares de otros países de la región y de su propio país como una parte esencial de su grupo de referencia. En segundo lugar, se requiere que dicha comunidad debata explícitamente los temas relevantes y las aproximaciones epistemológicas alternativas que deben orientar el estudio del derecho”.

En atención a lo anterior, y tratando de comprender en qué consiste esta nueva perspectiva: “En primer lugar, los estudios críticos deben ser altamente reflexivos, esto es, deben hacer explícitos la audiencia a la cual se dirigen, los propósitos que persiguen y la forma como dicha audiencia y propósitos contribuyen a una agenda de transformación social en dirección a una sociedad más igualitaria y justa” (García y Rodríguez, 2003, p.17).

Asimismo, para la contribución de una creciente tendencia en la producción de estudios jurídicos, resultado a su vez de la combinación entre interdisciplinaria y enfoque crítico, ésta debe partir de una caracterización del derecho en Latinoamérica, que tenga como elementos centrales de su agenda: la pluralidad jurídica, la ineficacia instrumental del derecho, y el autoritarismo. Para resolver los problemas metodológicos, de forma y de contenido, que los mismos estudios jurídicos suscitan.

Mientras que la pluralidad jurídica hace referencia al análisis de prácticas sociales en las que conviven y colisionan campos jurídicos estatales y no estatales. “La ineficacia hace alusión a la diferencia entre lo establecido por el derecho, de un lado, y la conducta de los actores del campo jurídico y de la ciudadanía en general, del otro. Como se verá en detalle más adelante, se trata de la brecha entre norma y práctica, de la escasa penetración del derecho –particularmente del derecho estatal– en la práctica social cotidiana. Finalmente, el autoritarismo consiste en el uso frecuente de la fuerza y de procedimientos autocráticos por parte de los creadores y aplicadores del derecho”. (García y Rodríguez, 2003, p.23)

Explicado esto, cabe resaltar que se abordarán los temas del Derecho penal humano y derecho penal inhumano, sobre todo, desde las nociones y presupuestos básicos que menciona Eugenio Zaffaroni, en sus ponencias sobre los estudios críticos del Derecho y sociedad. Por ejemplo, que, en el Derecho internacional, en materia de Derechos humanos, la máxima primordial es que todos los seres humanos son personas. Y para dialogar sobre el aborto, como un tema de salud pública, hay que partir de esta premisa, si no es así, no se validan los interlocutores, ni mucho menos sus exigencias o demandas ciudadanas. En este sentido, el estado salvadoreño y muchos otros estados latinoamericanos tienen una deuda democrática, de carácter vital y urgente, no sólo con las mujeres, sino también con la ciudadanía en general.

¿Por qué atañe a la ciudadanía? Porque la ciudadanía tiene una relación directa con las democracias que se construyen, una ciudadanía responsable, e informada, hace valer sus derechos y se confronta con el Estado. El Salvador tiene una de las tasas de embarazos adolescentes más altas de la región

centroamericana⁴.

Esto implica no sólo un estado de injusticia atroz y de sufrimiento para las mujeres y su calidad de vida. Asimismo, es un problema grave de salud pública que tiene repercusiones no sólo en el bienestar general de las familias salvadoreñas, sino también en el desarrollo económico y humano de una nación.

Como menciona el Informe especial sobre el estado de los derechos sexuales y derechos reproductivos con énfasis en niñas, adolescente y mujeres en El Salvador: “las consecuencias del embarazo (...) son multidimensionales y violatorias a sus derechos humanos, y afectan a su proyecto de vida’, estamos ante un hecho que condiciona sus vidas y además les deja en una situación de vulnerabilidad muy complicada: Las niñas y adolescentes embarazadas entran en una peligrosa espiral que las empuja en muchas ocasiones a la exclusión. Situación que “heredan” sus hijos e hijas, perpetuando así el círculo de la pobreza”⁵.

Asimismo, en la política de salud sexual y reproductiva de El Salvador (2012): “En el año 2011 el Ministerio de Salud reporta 84,752 inscripciones prenatales, de las cuales el 31.4% son mujeres adolescentes. La inscripción de métodos de planificación familiar fue de 36%, la atención institucional de partos en adolescentes correspondió al 29.1%. Además, correspondió a este grupo poblacional el 11% de muertes maternas. Así mismo para el año 2011, el Ministerio de Salud reportó como primera causa de muerte en mujeres adolescentes de 15 a 19 años la muerte auto infligida por efectos

tóxicos de sustancias de procedencia no medicinal, muchos de estos casos relacionados con embarazos no deseados o conflictos derivados de un ejercicio inadecuado de la SSR” (p.9).⁶

Dada esta situación, en el presente ensayo se parte de un breve análisis de dicha problemática como un tema urgente de sanidad pública que afecta exclusivamente la vida de niñas, adolescentes, y mujeres. Se enfoca además en el acceso al aborto como un Derecho humano. Según Facio (2008): “En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo en 1994, los Estados participantes reconocieron que la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, las parejas y las familias, así como para el desarrollo social y económico de las comunidades y las naciones. La Conferencia representó la superación de programas de planificación centrados en “la familia”, situando a la mujer en el centro de un planteamiento integral de la reproducción. Además, reconoció que la salud reproductiva y sexual tenía que entenderse en el marco de los derechos humanos desde una perspectiva de género” (p. 21).

El aborto es un derecho reproductivo, y, por lo tanto, un derecho humano. Es urgente dialogar este tema, y dar respuesta a esas necesidades, intereses, o bienes jurídicos en salud⁷, los cuales, a su vez, deben ser tutelados y promovidos por los respectivos Estados.

También, se hace una breve reflexión desde

⁴ ² La subregión CA concentra los países con mayores tasas de embarazo en la adolescencia, cada año miles de adolescentes de menores de 14, y de 15 a 19 años dan a luz en las unidades de salud nacionales, las cifras en Honduras son 24 mil, 25 mil en El Salvador, 35 mil en Nicaragua, 14 mil en Costa Rica y 77,122 en Guatemala. Tomado del sitio: <http://derechosdelamujer.org/informe-situacion-de-derechos-sexuales-y-reproductivos-de-ninas-y-mujeres-en-centroamerica/>

⁵ Cita tomada del sitio: <https://medicmundi.es/es/actualidad/noticias/736/embarazo-adolescente-el-salvador>

⁶ https://www.paho.org/els/index.php?option=com_docman&view=download&alias=1044-politica-de-salud-sexual-y-reproductiva&category_slug=reforma-del-sector-salud&Itemid=364

⁷ “Necesidades e intereses como la contracepción, el aborto, el parto, la esterilización, etc. fueron planteadas por las feministas como temas de derechos humanos porque tenían que ver directamente con la vida y cuerpos de los seres humanos de sexo femenino. Fue así como se comprendió que el derecho a la salud, por ejemplo, tenía que incluir el derecho a la salud reproductiva y sexual si realmente iba a proteger y garantizar la salud de las mujeres también” (Facio, 2008).

los estudios críticos del derecho, examinando por qué el sistema penal salvadoreño, es un derecho penal inhumano, describiendo y analizando en la coyuntura judicial, dos casos paradigmáticos, que muestran dicha tendencia, paralelamente a esto, se examina la cobertura mediática, y las campañas de los movimientos de mujeres que oportunamente con su presencia y fuerza movilizadora, hacen ver a la sociedad salvadoreña, las inequidades en la administración y repartición de justicia. Para ello, éstas últimas se han nutrido de una teoría crítica como el feminismo, que con sus aportes académicos y multidisciplinarios sirven como catalizadores de transformaciones para el Derecho mismo. Si una teoría es crítica, tal y como afirma la autora Alda Facio parafraseando a Marx: “es un autoesclarecimiento de las luchas y deseos de una época” y éste, es efectivamente el siglo de las mujeres, ya no es un pensamiento y movimiento reivindicativo de las fronteras o de los márgenes.

Según el periódico feminista, Mujeres en red, haciendo referencia al libro de Victoria Camps, El siglo de las mujeres (1998). “El siglo XX ha sido el del descubrimiento de las mujeres, el de su revolución, la única incruenta de la historia, y el de su modelo teórico: una nueva filosofía llamada feminismo. Ahora, el siglo XXI será el siglo de las mujeres. Es muy cierto que en estos sus albores a las mujeres nos queda aún mucho camino por recorrer para pasar de los derechos a los hechos. Las más afortunadas, para, desde la igualdad legal llegar a la igualdad real, y las que lo son menos, aún se afanan por conseguir que se cumpla la tautológica conclusión de 1995 en la Conferencia de Pekín: ‘Los derechos de las mujeres son derechos humanos’, cosa no tan evidente en algunos países del mundo”.⁸

8 Cita disponible en: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article536>

Dentro del derecho, una noción fundamental es la de ‘persona’

En el Derecho, la noción central es la de persona, las personas son ciudadanos, y los ciudadanos demandan democracias: “la ‘persona’ es un concepto jurídico que tiene una base óntica, esto es el ‘ser’”. Y ya que alguien tan connotado como el profesor Eugenio Zaffaroni menciona esto, hay que comentarlo. Para la filosofía aristotélica, en el ‘ente’, coincidimos todos: hombres, mujeres, niños, niñas, ancianos y toda forma de vida sobre la tierra que tenga ese hálito, o soplo vital. Y dotados de racionalidad y conciencia, a diferencia de los otros seres vivientes, los seres humanos podemos trascender, este trascender explicado en términos muy simples, sería, poder ir más allá de uno mismo y de sus propios límites. En el tema de las diferentes causales de prohibición del aborto, desde el punto de vista jurídico, tomados como límites a la persona humana (persona real, no potencial) están mal impuestos, o más bien dicho, no son racionales, y las normas no pueden ser irracionales.

Por otro lado, de acuerdo con la enciclopedia jurídica, es persona, quien es capaz, aunque la ley no la califique expresamente como tal: “Persona es-y el concepto es universalmente válido- ‘todo ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones’. Es decir que se define por su aptitud potencial para actuar como titular activo o pasivo de relaciones jurídicas, lo que coincide con la noción de capacidad”.⁹

Un Estado en donde los poderes legislativo, judicial, y sus operadores, el gremio de salud y movimientos religiosos-conservadores, no respeta a todas las personas por igual, considerando a una población como de segunda categoría, esto palpable, a nivel

9 Referencia extraída de la enciclopedia jurídica. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/persona/persona.htm>

del poder judicial, a través de los discursos y la jurisprudencia, y la misma aplicación de justicia, reproduce una invisibilización histórica, donde se ‘trunca’, óptica y jurídicamente, toda posibilidad de ser ‘personas’ para las mujeres, y de trascendencia. Ser sujeto quiere decir “trascender” según el filósofo Heidegger.

Según el Dr. Zaffaroni: “es la tarea del Derecho, la de impulsar al ser, en el sentido del deber ser”. ¿Y qué es lo que los humanos debemos ser? Debemos ser buenos ciudadanos, personas legales, que cumplen la ley, porque se supone que los mandatos ahí contenidos son correctos y protegen derechos. Pero ya está visto que no todo lo que es legal, es ético. Asimismo, la ética como disciplina reflexiva tiene como tarea la crítica hacia los contenidos normativos, y velar porque realmente se cumpla el principio de la universalidad.

El imperativo ético es un mandato que trata sobre lo que nos es permitido hacer, o no, o lo referido al ‘deon’, que es el deber, y lo que no podemos ignorar, porque está plasmado en reglamentos, leyes, o códigos. Un Derecho penal humano, exigiría una revisión de todo aquello que está plasmado en las normas a la luz de todas las nuevas disciplinas que atañen a la condición de ser mujer y ser hombre en este siglo XXI.

De igual manera, dentro de ese “deber ser”, al contemplar la partícula ‘ser’, esta tarea del Derecho se hace más amplia. Desde un punto de vista antropológico-filosófico, debemos ser trascendencia, esto implicaría a su vez, poder ser proyecto, y tener capacidad de autodeterminación, pero para esto debe haber un escenario constitucional, legal, y democrático, que lo haga posible.

Dentro de las causas que impiden una realización óptica de las mujeres, están las ‘cruzadas’ de los grupos religiosos, provida-

o mejor llamados, pro-nacimiento-, que a través de sus campañas a favor de la no-despenalización del aborto, desinforman y más grave aún, promueven una misoginia, sino consciente, tácita.

No es extraño que toda la impronta androcéntrica que subyace en las distintas religiones, y en particular en el cristianismo y sus variantes, se haga un alarde de ‘valores’ cristianos basados en una concepción de la vida muy reducida, anti-historicista, anti-antropológica, y anticientífica, en detrimento de garantías constitucionales para las mujeres. En esta línea, desde los feminismos se propone una cultura laica. Esta laicidad, promoverá un pluralismo de voces, que hará de un país conservador y totalitario, un país democrático. Con relación a esto último, el catedrático de filosofía del Derecho, Gregorio Peces-Barba, dice: “se puede afirmar que la sociedad democrática sólo puede ser plural y laica”¹⁰.

Esta laicidad aplica para los legisladores y operadores de justicia. A esto agregaría una cita de las conclusiones de la autora Alejandra Zúñiga (2013): “Para el constitucional, estos dilemas se deben resolver desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran el ordenamiento jurídico, pues las demandas heroicas fundadas en creencias religiosas sólo pueden revestir el carácter de opción, aun cuando una inmensa mayoría de la población las estime intangibles” (p.209).

¹⁰ “Íntimamente vinculada con la idea de pluralismo está la laicidad o la concepción laica del Estado, igualmente esencial para la democracia. En efecto, vincular laicidad con democracia es, desde otro punto de vista, reconocer la autonomía de la política y de la ética pública frente a las pretensiones de las iglesias de dar una legitimación social al poder político, vinculándolo con su particular concepción de la verdad en relación con su idea del bien, de la virtud o de la salvación”. Peces-Barba, G. (27 de noviembre de 2001) Pluralismo y laicidad en la democracia, El país, tomado de: https://elpais.com/diario/2001/11/27/opinion/1006815608_850215.html

En sintonía con lo anterior, ha faltado a lo largo de la historia, a través de una visión androcéntrica, dotar a la mujer de su estatuto de “ser persona”, esto es el momento de justeza y de humanismo que debe recuperar el Derecho. La explicación del fenómeno de la desigualdad en las sociedades, la encontramos en la filósofa Adela Cortina, ella afirma que, al no reconocer racionalidad en los sujetos, por ende, no los consideramos sujetos autónomos y de ahí mismo se desprende, que no consideremos un ‘igual’ a aquel que ‘no piensa’. Toda reivindicación en los feminismos debería ser primaria y fundamentalmente, por el reconocimiento de la “otredad” a las mujeres, como esos otros sujetos pensantes, autónomos, por lo tanto, iguales. Ya sin relativismos, ni elementos circunstanciales, en la actualidad es una demanda cultural y democrática.

En la conferencia “Las raíces éticas de la democracia”, la filósofa explica las raíces que legitiman a una democracia frente a otros regímenes, una de esas razones es: A. Cortina (2011): “La democracia es el régimen propio de los ciudadanos, que se saben señores, y no siervos ni esclavos, autónomos y no heterónomos. Que saben que lo son en igualdad de derechos, porque todos son igualmente ciudadanos” (p.11).

Los feminismos y los estudios críticos del Derecho

Por otro lado, una de las grandes preguntas abordadas desde los estudios críticos del Derecho, es sobre si es el movimiento feminista el que debe tomar al Derecho como herramienta de su liberación, o si es el Derecho el que debe servirse de los feminismos para liberarse a sí mismo. Definitivamente, es una pregunta muy acertada, para darle justeza a la misma disciplina, ya que es el derecho, como lo afirma Lucas Arrimada: el que históricamente ha estado cerca del poder, lo

cual lo hizo ser “guardián de sociedades de dominación en general y de las sociedades patriarcales, en particular”, por ende, se recalca, que son los feminismos, los que a través de sus diversos planteamientos contienen verdades antropológicas, filosóficas, éticas, y políticas, que han descubierto y denunciado un estado de cosas que no se corresponde, para nada, con la esencia del derecho. El Derecho ha sido históricamente un producto parcial, androcéntrico, y de la crítica misma ha surgido esta disciplina: los estudios críticos del Derecho.

¿Derecho al aborto, o derecho a la autonomía?

En el artículo de Alejandra Zúñiga se menciona la situación particular de El Salvador, en cuanto a la penalización absoluta del aborto. Recientemente, se ha estado debatiendo el tema en la Asamblea legislativa, para que se apruebe la despenalización en tres causales: aborto terapéutico, eugenésico, y ético. Desde las reformas punitivas del aborto en 1998, se han violentado severamente los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, especialmente de las más vulneradas. Se ha criminalizado el ‘ser mujer’, y en mayor medida, a aquellas en situación de pobreza, se ha incurrido en delito de tortura hacia nosotras, y hay más de 17 mujeres encarceladas. Es por esto, que las diversas organizaciones y movimientos de mujeres, han planteado la ‘Campaña por las 17’ para lograr un indulto para ellas.

Comparto un fragmento del más reciente comunicado de los distintos colectivos y oenegés que apoyan dicha campaña, con relación a la última discusión que se ha dado en el Congreso acerca de este tema, y que no resolvió a favor de la despenalización, dejando a las mujeres, niñas y adolescentes salvadoreñas, en un estado de desprotección e inseguridad jurídica:

“Las y los diputados han incumplido sus obligaciones porque no han garantizado el derecho constitucional a la salud y vida de niñas y mujeres. La Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales recibió opiniones de distintas instituciones del Estado como el Ministerio de Salud y el Isdemu, de instancias de médicas y trabajadores de salud, de organismos de derechos humanos, de universidades, de organizaciones de la sociedad civil y de instancias internacionales como la OEA y Naciones Unidas, quienes en reiteradas ocasiones recomendaron revisar y modificar nuestra legislación en este campo. Todas estas instancias aportaron documentación y evidencia científica y jurídica que hubiera permitido un debate parlamentario informado y serio. Se acabó esta legislatura sin que la Asamblea asumiera su responsabilidad en la solución de este problema”.

Agrupación ciudadana por la despenalización (Comunicación personal, 26 de abril del 2018).

Parece más acertado plantear la problemática del aborto, desde ‘el derecho a decidir’, las reivindicaciones no deben partir de una demanda ciudadana por el acceso al aborto, porque lo que se quiere señalar en primera instancia, y con luces intermitentes, es el atropello a la dignidad y autonomía de las mujeres sobre sus cuerpos y proyectos de vida. La dignidad, de forma simple, se define como la capacidad de autoposesión y de autoconciencia de los individuos, por ende, si las mujeres no son dueñas de sus propios cuerpos y mentes, entonces, ¿qué es lo que pueden poseer? O ¿sobre qué tienen poder de decisión? Si no es sobre sí mismas, es el Derecho y las teorías críticas del derecho las que tienen la tarea de responder esto. Ya desde los feminismos está muy clara la posición a favor de la autonomía y el poder de decisión.

Extrapolando este tema y problema al ámbito judicial, hay una ‘falla’ del sistema donde el inconveniente no es, ni ha sido de interpretación de los principios morales contenidos en las leyes. Lo que ha habido en el Derecho y en los derechos humanos, es parcialidad, ambos se han convertido en meras cáscaras formales, vacías de contenido, y por ende de operatividad, se ha olvidado la premisa fundamental del Derecho, la de ‘velar por las personas’.

Al respecto, desde las críticas de los feminismos, se ha llegado hasta cuestionar la misma universalidad de los Derechos humanos. La autora Alda Facio (2000) sostiene que retar no significa descartar: “Estas críticas lo que pretenden es visibilizar que *para que un interés o una necesidad sean universales, deben ser sentidos por todas las personas y no sólo por los hombres de las distintas razas, edades, clases, etc.* Nos recuerdan que lo que se cuestiona es el contenido androcéntrico que se les ha otorgado a los Derechos humanos en general, no para desvalorizarlos, sino para llenarlos de contenidos más inclusivos de las necesidades de la diversidad humana con el objetivo de hacerlos realmente universales” (pp.28-29).

Sistema penal inhumano: caso Teodora Vásquez, versus, caso Max González y las transformaciones de los conflictos.

En el año 2017, en El Salvador, se dio una coyuntura en materia judicial que ha sido cubierta por los medios, debido a la gravedad de los casos, y que refleja lo inhumano del sistema penal salvadoreño. Por un lado, ha salido a la luz en diferentes medios, el caso del presentador de la televisión salvadoreña, Max González, llamado el “gordo Max”, un personaje público, acusado de ser parte de toda una red de prostitución y de abuso de menores de edad, en donde también estaba implicado José Ernesto Regalado O’Sullivan, un miembro

de las familias más poderosas y millonarias del país, directivo de varios consorcios, y descendiente directo de un expresidente de la república, que por su 'perfil millonario' fue tratado de forma especial por los tribunales de justicia, para que no sufriera 'un atentado' por su condición particular, mientras el 'gordo' Max y demás implicados fueron enviados al penal San Luis Mariona.¹¹ Cabe mencionar que la nota más reciente de este caso (del 20 de junio del 2018) señalan la absolución de Max González y demás implicados.

"La Cámara de lo Penal confirmó este miércoles 20 de junio la absolución de Maximiliano González, locutor y presentador de televisión salvadoreño mejor conocido como "Gordo Max", quien era acusado del delito de trata de personas. La confirmación de la absolución también se extendió para los otros implicados en los delitos atribuidos a González por la Fiscalía General de la República (FGR). Ellos son Ernesto Regalado O'Sullivan, Luis Alonso Marroquín Pineda y Salvador Enrique García Arévalo"¹².

Esta situación exigía un análisis desde el punto de vista comunicacional también. En esta coyuntura ha salido en libertad el 'gordo Max', desde un tribunal de apelaciones de la capital, mientras que paralelamente a esto, se ha revisado el caso de Teodora Vásquez, una de las 17 mujeres encarceladas por complicaciones en el parto, y que ha sido injustamente

¹¹ Se puede leer más sobre el caso en la nota del periódico digital BBC: "El ministerio público los señala como clientes de una red de prostitución de menores que fue desmantelada en 2014 y por la que ya fueron condenadas ocho personas". Disponible en el siguiente enlace: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-38521423>

¹² En relación con los casos de Teodora Vásquez, frente al caso Max González y la trata de personas, la intención de este artículo es hacer un ejercicio de análisis de dos casos paradigmáticos en el país, y de coyuntura, para evidenciar la inhumanidad del sistema penal en la administración de la justicia. La nota completa sobre la absolución de Max González está en el siguiente enlace: <https://www.laprensagrafica.com/promociones/Confirman-absolucion-de-Gordo-Max-del-delito-de-trata-de-personas-20180620-0080.html>

sentenciada por 'homicidio agravado' a una pena de 30 años de cárcel, de los cuales estuvo privada 11 años de libertad¹³.

Vásquez, que llevaba 10 años y siete meses en prisión por asesinato agravado, ha sido puesta en libertad, al igual que otras mujeres, ha sido juzgada, por su condición óptica de mujer, en situación de pobreza. El profesor López Medina, ha afirmado en sus clases que: "hay personas en pobreza extrema o discapacidad, que tienen esa predisposición a tener conflicto significativo grave de forma más importante". No son personas vulnerables, son personas que han sido vulneradas impunemente por el sistema mismo, es una diferencia muy grande, ya que subraya la responsabilidad de las estructuras políticas, sociales, y económicas.

Expuestos estos casos, ha sido muy útil la lectura de Felstiner y su planteamiento desde la sociología del derecho y la transformación de los conflictos, porque sigue siendo una teoría muy actual y vigente que da luces y elementos para poder desentrañar las propias conflictividades locales, sobre todo, la función social del derecho, o la inexistencia de esta en la justicia oficial. Aquí es oportuna la cita a Felstiner et. al (2001): "La perspectiva de la transformación pone a las partes de la controversia en medio del estudio sociológico del derecho; dirige nuestra atención hacia el individuo como creador de las oportunidades del derecho y de la actividad jurídica; es la sociedad quien forja el derecho, pero no lo forja simplemente a su acomodo" (p. 42).

Al respecto, tomando en cuenta esta perspectiva de la transformación de los conflictos, aquí cabría agregar, cómo los individuos al ser parte de colectivos con conciencia social y de

¹³ Fragmento de la nota del periódico de BBC: "El Tribunal Supremo de El Salvador decidió en una sorprendente decisión conmutar la pena de Teodora Vásquez, condenada a 30 años de prisión por las estrictas leyes contra el aborto vigentes en el país". Se puede leer más sobre este caso en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43079010>

género, que dotados con la fuerza especial y humanizadora del movimiento, y su capacidad de posicionarse en la opinión pública, crean mayores oportunidades para transformar el derecho, en un derecho penal humano, justo, y consecuente con su premisa fundamental, que es la de tomar a los sujetos como personas, es decir, como entes portadores de derechos, seres conscientes dotados de dignidad, derecho a la vida, y la justicia. Este es el gran conflicto social, jurídico, ético, y de DDHH que tiene El Salvador, al no reconocer a las mujeres como sujetos de derecho a servicios de salud integrales en materia sexual reproductiva.

El otro gran conflicto social que de ahí se desprende, es la impunidad de trasfondo androcéntrico, opresor, y elitista. Un sistema penal inhumano que trata con indulgencia a los agresores, les valida, les perdona, y les libera (Caso Max González) mientras que el caso Teodora Vásquez evidencia la inequidad, la crueldad, e inhumanidad del sistema. Frente a las mujeres organizadas que ejercen ciudadanía esto se convierte en una disputa. Al respecto cabe lo que Felstiner et al (1980) apunta desde la sociología del derecho, el fenómeno de las disputas, conflictos, y su transformación:

“Estas ideas, aunque ciertamente novedosas, son importantes porque llaman la atención sobre un tema descuidado en la sociología del derecho: la aparición y transformación de las disputas: la forma en que las experiencias se convierten en agravios, las quejas se convierten en disputas, y las disputas toman varias formas, seguir estas disputas particulares y su procesamiento, conduce a nuevas formas de comprensión” (p.3).

La comprensión de la transformación de los conflictos, se espera que propicie inevitablemente la modificación de las percepciones y prejuicios, que prevalecen en la administración de justicia, y así como plantean los estudios jurídicos críticos, dicha labor, se

haga desde la interdisciplinariedad, desde los conocimientos científicos, médicos, bioéticos, y humanistas que requiere en un tema tan delicado y complejo como el aborto. También, conviene encontrar los mecanismos para que haya voluntad política por parte de los operadores de justicia, y tomadores de decisión, para asumir esta problemática como un tema de salud pública y de Derechos humanos, a menos que insistan en seguir haciendo una necropolítica.¹⁴

Esta percepción del fenómeno como disputa ocurre desde el momento en que los colectivos y las feministas organizadas que entienden y están formadas en derechos humanos, ejercen ciudadanía a través de la protesta, y una posición política contestataria a favor de la autonomía. Asimismo, se percatan que hay unas leyes que son ilegales, mancillan derechos, y que al aplicarse implican tortura e injusticia (por ejemplo, la normativa antiaborto).

Según Felstiner: “Para que surjan los conflictos y se pueda tomar alguna acción correctiva, una experiencia de daño no percibida (EDnP) debe transformarse en una experiencia de daño percibida (EDP)” (p. 43). Es decir, esto aplicado a la problemática de salud del aborto, para que realmente la sociedad salvadoreña tome conciencia del daño que implica la penalización del aborto, no sólo en términos jurídicos sino también de calidad de vida, hace falta formación en derechos reproductivos, discusión bioética y de género. En definitiva, es una penalización de las conciencias, de los cuerpos y las vidas, del ser mujer, niña o adolescente, con capacidad gestante, si esto no es asumido como un conflicto grave de Derechos humanos, no habrá acciones correctivas.

¹⁴ “() se refiere al poder de dar muerte con tecnologías de explotación y destrucción de cuerpos tales como la masacre, el feminicidio, la ejecución, la esclavitud, el comercio sexual y la desaparición forzada, **así como los dispositivos legal administrativos que ordenan y sistematizan los efectos o las causas de las políticas de muerte**” (Estévez, 2018).

Desde una posición falseada de la realidad, no se percibe el daño como daño, los ejecutores de justicia al aplicar una ley sumamente retrógrada creen 'ideologizadamente' que están aplicando "justicia". Los movimientos de mujeres, sectores académicos, de profesionales, y demás sectores de salud, colectivos, oenegés, sensibilizados en materia de género, bioética, derechos reproductivos, y entre ellos el aborto, comprenden el nivel de ilegalidad, antieticidad, e inhumanidad, que implica la penalización absoluta del aborto.

Debido a la fuerza de los movimientos de mujeres, las recomendaciones de organizaciones internacionales y el trabajo de los medios, personas periodistas, y comunicadores que han colocado el tema para discusión y generación de opinión pública, ha habido apenas una serie de acciones correctivas, de indulto o de perdón de parte del Estado salvadoreño. A continuación, se expone un fragmento del acta que contiene el dictamen favorable para la conmutación de la pena, en el caso de Teodora Vázquez:

"Se presenta proyecto, señalando que la peticionaria Teodora del Carmen Vázquez de Saldaña, presentó indulto anteriormente, el que no fue concedido; sin embargo, en el presente caso se ha evidenciado la deficiencia de la defensa técnica en el juicio más la evidencia pericial sobre la autopsia del recién nacido, en donde no se ha determinado que el estrangulamiento del menor sea manual. Para el magistrado Meléndez, deben de tomarse en cuenta las circunstancias psico-sociales y económicas en las valoraciones que hace un Juez, aunado a las situaciones planteadas en el dictamen. Expresa su posición favorable al voto humanista con consideraciones de hecho y de derecho en este caso. Magistrado Ramírez Murcia recordando los efectos de esta gracia y sus características, expresa viable los argumentos revisados para conceder la

conmutación de la pena".¹⁵

Esto podría calificarse como un síntoma de un derecho penal humano que toma en consideración, los contextos y la condición de opresión de las mujeres, vale subrayar que la petición de indulto y conmutación de la pena ha sido un esfuerzo del acompañamiento de los movimientos de mujeres y colectivos feministas de El Salvador, como la Agrupación ciudadana para la despenalización del aborto¹⁶. A los demás sectores y organizaciones de la sociedad civil, nos compete aportar a la transformación de las conciencias y del derecho mismo, desde nuestros respectivos campos, partiendo desde la premisa fundamental del derecho: "todos los seres humanos son personas", sin olvidar lo que la misma teoría jurídica crítica explica, la diferencia entre personas "potenciales" y "reales". Las personas reales poseen conciencia, autonomía y pueden manifestar intereses, entre ellos: la vida, y las decisiones sobre el cuerpo.

CONCLUSIONES

Un sistema penal inhumano no es producto de una 'maldad pura', connatural, a los humanos, que impregna las mismas leyes que promulga y aplica, sino, de hecho, por varios aspectos que la misma actividad crítica revela y que se ha pretendido exponer en este ensayo: la concepción de persona, la identificación del Derecho como un producto parcial y clasista que necesita revisión, el androcentrismo, la configuración de los sujetos en ese sistema de poder, la ausencia de estudios de género que sean transversales en las instituciones jurídicas, una sociedad conflictiva-atomizada con una deficiente y poco desarrollada

¹⁵ Fragmento del ACTA CORRESPONDIENTE A LA SESIÓN DE CORTE PLENA DEL TREINTA Y UNO DE ENERO DE DOS MIL DIECISIETE. Disponible en: http://www.csj.gob.sv/CORTE_PLENA/2017/01_ENERO/31012017%20ACTA.pdf

¹⁶ Sitio web del colectivo feminista: <https://agrupacionciudadana.org/>

conciencia de género, una población anulada por el androcentrismo en la jurisprudencia y la tortura institucionalizada que concibe, la indiferencia del Estado salvadoreño (a través de sus representantes y operadores del sistema en cargos de poder), hacia las recomendaciones de organismos internacionales en salud, en DDHH, en materia del aborto y su urgente despenalización.

El Estado salvadoreño debería actuar y responder prontamente hacia las víctimas, en este caso, todas aquellas mujeres con capacidad gestante y que han sido criminalizadas por el hecho biológico de ser mujeres. También, a nivel judicial, debería revisar caso por caso, rendir cuentas, otorgar indulto, conmutación de penas, y reparación de daños a las víctimas. Esto último sería la expresión de un Derecho penal humano, que toma en cuenta los atenuantes, la condición humana y de ser mujer, los factores sociales y económicos, y la carga androcéntrica y patriarcal del derecho mismo.

Se puede concluir, además, que, pese a que ha habido otorgaciones de indulto o conmutación de penas, esto no es suficiente para sostener que tal función social de la justicia oficial existe, en sí mismo el sistema es y ha sido parcial, ha quedado en evidencia que queda pendiente un proceso de reforma con enfoque de género, que sólo se logrará a través de los estudios críticos del derecho, y de los feminismos, como una teoría crítica más. El sistema necesita urgentemente toda una reestructuración, procesos formativos, actualización en materia de género, DDHH, y derecho penal humano. El Dr. Zaffaroni ha afirmado en sus clases que para que haya un derecho penal humano, debe estudiarse un derecho penal inhumano.

Todo lo anterior, propiciará un saneamiento del enfoque parcial que ha predominado en el Derecho, y una depuración de la carga androcéntrica, para poder llegar así a la esencia

de un derecho penal humano, la de considerar a todos los sujetos como personas. Tal como ha sostenido el Dr. Zaffaroni, en un sistema penal elitista, opresor, e inhumano, si no hay intereses jurídicos y debidamente protegidos, no hay Derecho. Además, en El Salvador hace falta un gran trabajo académico urgente en materia de sociología del Derecho que dé cuenta de estas problemáticas. Difícilmente, sin una academia pensando estos temas no sería posible una transformación real, social, y jurídica.

AGRADECIMIENTOS

Este artículo ha sido posible gracias a CLACSO y a la “Beca Marisa Letícia Da Silva” para el Curso internacional en Derecho y sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BBC News Mundo. (2017). La red de prostitución de menores que tiene en problemas al “Gordo Max” y otras personalidades en El Salvador. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-38521423>
- BBC News Mundo. (2018). Liberan a Teodora Vásquez, la salvadoreña que llevaba diez años en la cárcel por el aborto de su bebé, que ella dijo nació muerto. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43079010>
- Cortina, A. (2010). “Las raíces éticas de la democracia”, Centro Internacional de Gandía, Conferencia llevada a cabo en la Universidad de Valencia, España.
- Estevez, A. (2018). Biopolítica y necropolítica: ¿Constitutivos u opuestos? Revista Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad. Vol. Xxv, No. 73, Sep.- Dic. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/espiral/v25n73/1665-0565-espinal-25-73-9.pdf>
- Facio, A. (2000). Hacia otra teoría crítica del

- Derecho: En Las fisuras del Patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho. Programa de género de Flacso y CONAMU, Editores, Ecuador, pp.15- 44.
- Felstiner, W. Richard, A. y Sarat, A. (2001). Origen y transformación de los conflictos: reconocimiento, acusación, reclamación en Sociología Jurídica: Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos, Mauricio García Villegas (ed.), Ed. Unibiblos, Bogotá, pp. 41-67.
- García, M. y Rodríguez, C. (2003). Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Colección en clave de Sur, Colombia. Disponible en: http://www.ilsa.org.co/biblioteca/EnClaveSur/EnclaveSur_3/En_clave_sur_3.pdf
- IIDH (2008). Los derechos reproductivos son derechos humanos, Costa Rica. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>
- Malkin, E. (2018, febrero 15). Una mujer salvadoreña es liberada después de más de diez años en prisión por abortar (Published 2018). The New York Times. <https://www.nytimes.com/es/2018/02/15/espanol/america-latina/teodora-del-carmen-vasquez-el-salvador-aborto.html>
- MINSAL (2012). Política de salud sexual y reproductiva, El Salvador. Recuperado de: https://www.paho.org/els/index.php?option=com_docman&view=download&alias=1044-politica-de-salud-sexual-y-reproductiva&category_slug=reforma-del-sector-salud&Itemid=364
- Peces-Barba, G. (27 de noviembre de 2001). Pluralismo y laicidad en la democracia. El país. Recuperado de: https://elpais.com/diario/2001/11/27/opinion/1006815608_850215.html
- Zaffaroni, E. (2016) “Derecho penal humano y poder en el siglo XXI”, Entrega del grado de doctor Honoris causa, conferencia llevada a cabo en Universidad San Carlos, Guatemala.
- Zúñiga, A. (2013) De los derechos humanos al derecho al aborto, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 36, pp. 198-210. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4j2c0>