

## Inconstitucionalidad

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

El presente proceso constitucional ha sido promovido por los ciudadanos Roxana Ivonne Martí Montalvo y José Fernando Marroquín Galo, de veintitrés y veinticuatro años de edad, respectivamente, al inicio del proceso, estudiantes y del domicilio de Cuscatancingo, a fin que este tribunal declare la inconstitucionalidad del D. L. n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. n° 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, que contiene el *Código Penal (C. Pn.)*; por considerar que dicho cuerpo normativo adolece de *inconstitucionalidad por omisión* al no contener las llamadas indicaciones tradicionales del delito de aborto, vulnerándose con ello los arts. 1, 2, 3 y 246 Cn.

Han intervenido en el proceso, además de los mencionados ciudadanos, la Asamblea Legislativa, el Presidente de la República y el Fiscal General de la República.

*Analizados los argumentos, y considerando:*

I. En el trámite, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. Los demandantes iniciaron sus argumentos con la afirmación que "es un imperativo constitucional" regular en la ley, de forma expresa, las llamadas por la doctrina *indicaciones tradicionales del aborto* –terapéutica, eugenésica y ética–; por lo que, al no contenerlas el C. Pn., se produce una violación a la Constitución. Violación que presenta una estructura muy compleja, en cuya base se encuentra la omisión legislativa, peculiar característica que afecta la manera en que se relacionan los parámetros de constitucionalidad invocados, "de modo que éstos se coimplican en órdenes de mayor a menor grado o comprensión".

Así, dijeron que el primer argumento, "postulado fundamental" y "continente de la argumentación", es la violación al art. 246 Cn., es decir, a la supremacía constitucional, por omisión legislativa; el segundo argumento, "de comprobación", tiene como contenido la violación a los arts. 1, 2 y 246 Cn., de los que se infiere el mandato constitucional de regular; finalmente, dijeron que "para excluir la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución y reafirmar la infracción constitucional denunciada", el tercer argumento, "de verificación", implica la violación a los arts. 1 y 3 Cn.

En ese sentido –señalaron–, el iter de la demostración jurídica del postulado fundamental es el siguiente: establecer que la omisión legislativa –por ellos alegada– tiene cabida en nuestro sistema constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad (A); verificar que los supuestos de aborto no punible, a que se refieren las indicaciones tradicionales, deben ser aceptados y, en consecuencia, regulados en la legislación penal salvadoreña (B); y comprobar que "la cómoda técnica legislativa de ‘remitir’ al intérprete

del C. Pn. a las causas generales de exclusión de responsabilidad penal, en lugar de regular expresamente las indicaciones tradicionales del aborto, es insuficiente y defectuosa de cara a cumplir el mandato constitucional de previsión legal de tales supuestos" (C). Dicho lo cual, pasaron a desarrollar los motivos de inconstitucionalidad:

**A. Violación al art. 246 Cn.: la inconstitucionalidad por omisión en el sistema constitucional salvadoreño.**

**a. Un presupuesto lógico: caracterización del sistema.**

En relación con este fundamento citaron lo afirmado por este tribunal en la Sentencia de 17-XII-1992, pronunciada en el proceso de Inc. 3-92, Considerando V, y la de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, Considerando XI, en el sentido que, para determinar los criterios y pautas generales de una correcta interpretación de la Constitución, es un imperativo *ex ante* hacer referencia a las características fundamentales del orden constitucional salvadoreño, que esencialmente permiten calificarlo como un Estado Constitucional de Derecho cuyos rasgos esenciales, según la doctrina constitucional y la jurisprudencia receptiva de ella, son la supremacía constitucional, la sujeción de los poderes públicos a la ley, la división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales, así como la articulación de cauces idóneos para garantizar la efectiva vigencia de éstos.

Deteniéndose en el elemento de la supremacía constitucional, retomaron doctrina nacional –José Albino Tinetti: *Los fundamentos del valor normativo de la Constitución*– y jurisprudencia comparada –STC 16/1982, de veintiocho de abril– para señalar que dicho concepto hace referencia a la preeminencia del texto constitucional, y que fue consolidado de manera definitiva en el caso salvadoreño desde la Constitución de 1950, al introducir en su art. 221 –art. 246 de la actual Constitución–, de manera categórica, la subordinación de la ley y de las otras normas a la Ley Suprema.

Además del art. 246 –indicaron–, otros artículos de la Ley Suprema como el 73 ord. 2º, 83, 86 inc. 1º, 164, 168 ord. 1º, 172 inc. 3º, 183, 185 y 235, señalan la posición privilegiada de la Constitución en el ordenamiento jurídico nacional.

b. Inserción de la inconstitucionalidad por omisión en la supremacía constitucional, como característica del Estado Constitucional de Derecho.

Dijeron entonces que, una de las consecuencias principales de la caracterización de la Constitución como norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico salvadoreño, es su aptitud para regular, en forma y contenido, la producción de normas subconstitucionales (*sic*) y de los actos y omisiones de sus operadores, rasgo particular de la Constitución a la cual se refiere la doctrina denominándola "fuerza normativa de la Constitución".

En este punto, siguiendo a Sagüés –*La fuerza normativa de la Constitución y la actividad jurisdiccional*– y a Bidart Campos –*El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*–, afirmaron que para la verificación del respeto, por los órganos estatales

competentes –y entre éstos, con especial relevancia, el Legislativo–, de la fuerza normativa de la Constitución, no bastan los expedientes hermenéuticos tradicionales que, generalmente, han centrado su actividad en el campo de las transgresiones positivas a la misma; pues la inobservancia flagrante de la Ley Suprema se consuma no sólo cuando se falsea conscientemente una norma constitucional, sino cuando, con claridad manifiesta, los operadores dejan en olvido, por omisión, la aplicación y el funcionamiento de una norma.

De ahí concluyeron que, del carácter del Estado Salvadoreño como un Estado Constitucional de Derecho, emana la supremacía constitucional como principio rector de la producción y aplicación de disposiciones infraconstitucionales; y del mismo se deriva el debido respeto de los órganos estatales –entre ellos el Legislativo– a la fuerza normativa de la Constitución, la cual "no se circunscribe a prohibir que se transgreda positiva o afirmativamente mediante una actividad normativa o de otra índole contraria a ella, o que implique hacer lo que ella veda, sino que también se proyecta a ordenar con imperio que no haya abstenciones o dilaciones que cohiban su aplicación efectiva. De ahí que el ‘no hacer’ en la omisión inconstitucional merece ser refutado no sólo como inacción, sino como infracción a una exigencia constitucional de acción. La abstención debe, por eso, encadenarse al deber concreto de actuar".

En consecuencia dijeron que, desde una perspectiva congruente con la supremacía constitucional, una vez fundamentada la exigencia constitucional de acción y constatada una conducta de abstención por el órgano competente, cabe hablar –y declararlo así– de una inconstitucionalidad por omisión.

c. Refutación a un potencial obstáculo: los límites del control abstracto de constitucionalidad.

Sobre este aspecto volvieron a reseñar la jurisprudencia de este tribunal emanada de la Sentencia de 17-XII-1992, pronunciada en el proceso de Inc. 3-92, Considerando XXI, en el sentido que el control de constitucionalidad de las leyes es un medio delicado y de difícil uso que esta Sala tiene en sus manos, lo cual la obliga a mantenerse en su interpretación dentro de los límites impuestos por principios constitucionales, básicos y generales, algunas veces indeterminados, que constituyen elementos arquitecturales del orden jurídico nacional; asimismo, que el control de constitucionalidad no implica juicios de calidad o perfectibilidad, por lo cual esta Sala no puede señalar al legislador lo que debe hacer a fin que su ley sea conforme con la Constitución; este tribunal puede y debe decir en qué contradice a la Ley Suprema un determinado texto normativo y, en consecuencia, por qué es inconstitucional, pero lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a la ley para que sea constitucional.

También se refirieron a lo afirmado en la Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, Considerando XXII, en el sentido que este tribunal no está constitucionalmente autorizado –ni políticamente legitimado, pues no goza de representación popular–, para configurar a su arbitrio una institución jurídica, sino que ello es tarea del legislador. Se trata de que el órgano encargado del control de constitucionalidad pueda condicionar la voluntad de los demás órganos del Gobierno –y, especialmente, la del legislador– de manera negativa, pero sin poder sustituirla positivamente. Ello porque la

inacción del Legislativo, consistente en no adoptar las decisiones que la Constitución le impone, no autoriza a que esta Sala asuma tal función.

La anterior línea jurisprudencial –dijeron–, aunque a simple vista pudiera considerarse incompatible con una decisión de inconstitucionalidad por omisión, no lo es. En primer lugar porque, lo que rechaza la naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes es que el órgano contralor –esta Sala– sustituya al Legislativo, es decir, que configure a su arbitrio una institución jurídica; pero no excluye la posibilidad que le ponga en evidencia la inconstitucionalidad que su inacción ha generado. En tal caso –acotaron–, el tribunal no sustituye al legislador, pues no toma la decisión que a este corresponde, pero le patentiza que tiene el deber constitucional de tomarla. En segundo lugar, porque consideran que la inconstitucionalidad por omisión es un instrumento necesario y eficiente para salvaguardar la supremacía constitucional. Y es que –se refirieron nuevamente a lo que sostiene Bidart Campos, en la misma obra citada–, si el *Derecho de la Constitución* se halla investido de fuerza normativa, la inercia, el ocio, la demora, la abstención, el incumplimiento, la inacción y cuanto más se le asemejan, tipifican modalidades de una parálisis transgresora de aquella misma fuerza.

Asimismo –siguieron–, rechazar tal planteamiento al amparo de los límites constitucionales competenciales de los órganos fundamentales implica una *contradictio in terminis*, pues en el fondo de tal rechazo –según Bidart Campos, misma obra citada– "yace la noción preconcebida de que la Constitución carece de aplicación directa e inmediata; porque si en verdad se acepta y reconoce su fuerza normativa, se hace imposible suponer que la Administración (y el mismo Órgano Legislativo) se erijan en una ínsula donde el incumplimiento de deberes constitucionales no halle remedio por parte de los perjudicados y de los jueces (...); el operador judicial que manda o prohíbe a cualquier autoridad pública no está invadiendo la zona reservada de un poder ajeno, sino únicamente filtrando a todos los espacios del poder estatal, en cualesquiera de sus departamentos y órganos, la fuerza normativa de la Constitución".

Dos casos paradigmáticos, en los que los demandantes consideran que "la jurisprudencia constitucional se ha aproximado a la figura de la inconstitucionalidad por omisión" y que avalarían el requerimiento básico de su exposición son:

(i) En primer lugar, la Sentencia de 21-I-1958, pronunciada en el proceso de Inc. 2-57, en la cual la Corte Suprema de Justicia –quien a la fecha era el tribunal competente para emitir este tipo de pronunciamientos– declaró inconstitucional una ley "mediante el esquema lógico de constatar previamente la existencia de un imperativo constitucional de legislar, de modo que si la ley examinada no hubiera sido conforme con tal obligación, seguramente se habría decidido en sentido opuesto".

En tal sentencia se afirmó –Considerando VI– que "las limitaciones al derecho de libre expresión contenidas en el art. 158 de la Constitución Política y el derecho a la protección de los bienes jurídicos que contempla el art. 163 de la misma Constitución –que respectivamente equivalen a los arts. 6 y 2 de la actual Constitución–, condicionan la obligación del legislador ordinario de legislar en el sentido de hacer efectivas tales garantías (...). Al legislar sobre esta materia, el legislador ordinario ha cumplido un

imperativo constitucional, el ineludible deber que le imponen los arts. 158 y 163 de la Constitución Política (*sic*)".

(ii) Segundo, la Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, en la cual "la inconstitucionalidad por omisión aparece implícita, pero con claridad indiscutible", en relación con el motivo consistente en una "omisión de trato diferente en que incurrió el legislador con respecto a los menores de edad y su régimen penal". Tal sentencia expresa –Considerando XX 3– que "si en los párrafos transcritos [de la Sentencia de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, Considerando X], esta Sala determinó a grandes rasgos la perspectiva del derecho general de igualdad en los supuestos que la ley secundaria establece una diferenciación, es posible aplicar –básicamente– los mismos criterios cuando la ley no establece una diferenciación que, conforme a la normativa constitucional, debe prescribirse".

Por las razones expuestas, los demandantes concluyeron que "una aplicación extensiva de la fuerza normativa de la Constitución debe llevar a aceptar, y declarar, la inconstitucionalidad por omisión del C. Pn. de 1998, por las razones abajo expuestas".

B. Violación a los arts. 1 y 2 Cn. El *quid* de la inconstitucionalidad por omisión: la violación a la exigencia constitucional de legislar las indicaciones tradicionales en el aborto.

En este apartado los demandantes dijeron que la "exigencia constitucional de acción" a la que se han referido, siguiendo a Bidart Campos, o el mandato constitucional de legislar en este caso, "dimana de la esencia misma de las indicaciones tradicionales del aborto. La doctrina mayoritaria reconoce que, en los casos de aborto terapéutico, eugenésico y ético subyace un 'conflicto de intereses jurídicamente protegidos'. Tras el uso de esa terminología dogmático-penal la expresión 'intereses jurídicamente protegidos' connota substancialmente la presencia de derechos fundamentales en juego", lo cual pasaron a argumentar en los siguientes términos:

a. Derechos fundamentales involucrados en las indicaciones tradicionales del aborto.

(i) El "derecho a la vida" del *nasciturus*.

Comenzaron señalando que en sede dogmática-penal la discusión sobre el bien jurídico protegido por el delito de aborto "ha sido profusa y aun viva"; sin embargo, y sin que sea indiferente dicha polémica, consideraron que ella no es vinculante en el juicio de inconstitucionalidad que se propone. Así –dijeron–, puede observarse que con expresiones vagas como "esperanza de vida", "vida en formación", "vida humana dependiente" etc., lo que se oculta en esencia es la negativa a reconocerle al *nasciturus* el derecho fundamental a la vida.

Como sustento de su planteamiento, los demandantes partieron de afirmar categóricamente que, en el sistema constitucional salvadoreño, sí puede hablarse de un derecho a la vida del *nasciturus*, que estaría reconocido expresamente en los arts. 1 y 2 Cn.;

y, por tanto, que en la base conflictiva de los casos de aborto indicado está comprometido tal derecho fundamental; lo cual basan en las tres afirmaciones siguientes:

(i<sup>a</sup>) De lo prescrito en el art. 1 Cn., así como de lo expuesto en el *Informe Único* de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución puede inferirse una visión personalista del Estado, la cual debe influir en la interpretación del derecho constitucional a la vida. Al respecto citaron a Elías Díaz, quien en su *Estado de Derecho y Sociedad Democrática* considera que el personalismo "no debe resolverse en meras afirmaciones retóricas y declamatorias de los derechos humanos. Si no se quiere romper con el proceso histórico de democratización de los derechos humanos, el personalismo deberá insistir hoy de forma predominante en [la] necesidad que los derechos humanos se concreten y se hagan efectivamente vigentes a través de su protección formalizada e institucionalizada en el ordenamiento jurídico".

De lo anterior los demandantes concluyeron que "resulta claro que, si se niega al *nasciturus* el derecho fundamental a la vida, la trascendencia jurídica de la visión constitucional y personalista del Estado perdería contenido. Ello obliga a optar por afirmar tal derecho".

(i<sup>b</sup>) Siguiendo a Gregorio Badeni –*El derecho constitucional a la vida*– y a Antonio Torres del Moral –*Principios de Derecho Constitucional español*–, argumentaron que el derecho a la vida que contiene el art. 2 inc. 1º Cn., "entendido en sentido conceptual amplio, comprensivo no solo de matices físicos y materiales, sino desde todos los aspectos y proyecciones del individuo, constituye un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a las restantes libertades y derechos, por la simple circunstancia de que ninguna de ellas puede ser considerada de forma separada de aquél (...); sin vida no existe el hombre, de modo que no resulta aventurado sostener que ella, más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia". Es decir que "la vida es realmente el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por tanto, de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujeto".

De las anteriores afirmaciones doctrinarias concluyeron los demandantes que, dado que la jurisprudencia y la doctrina constitucional son unánimes al afirmar que los derechos fundamentales deben interpretarse amplia y extensivamente (principio *pro libertatis*), "afirmado tan explícitamente el carácter fundamental del derecho a la vida, no cabe duda de que una interpretación del mismo, conforme con el criterio hermenéutico antes enunciado, lleva a admitir que el *nasciturus* es titular del derecho en cuestión".

(i<sup>c</sup>) El art. 2 inc. 1º Cn. utiliza la expresión "toda persona", lo cual no puede ser interpretado en el sentido que la voluntad del constituyente haya sido excluir al *nasciturus* del ámbito de protección de la norma constitucional. "Interpretarlo así sería un culto excesivo a los criterios literalista y subjetivista de la hermenéutica jurídica, plenamente rechazados en esta disciplina".

Pese al texto –siguieron–, puede confirmarse la existencia del derecho a la vida del *nasciturus*, en los siguientes tres sentidos:

En primer lugar, en el *Informe Único* de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, en lo relativo a los derechos individuales, no se aludió a este problema, "lo cual nos indica que el constituyente no preadoptó una decisión al respecto". En relación, citaron a Francisco De Borja López-Jurado Escribano –*La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana; parámetros de admisibilidad*–, quien sostiene que "en determinados supuestos, la Constitución no contiene un criterio inequívoco; en estos casos la Constitución o el constituyente no han tomado una decisión (...), [ por lo cual] la voluntad objetiva o subjetiva preexistente es clara en el sentido de remitir a una decisión política posterior (...), [ es decir que] son confiados para su interpretación última y obligatoria a una jurisdicción específica", la cual, en nuestro sistema constitucional, según los demandantes, corresponde a esta Sala, como máximo interprete de la Constitución, según lo prescrito en los arts. 174 y 183 Cn.

En segundo lugar, que la noción de persona en el texto constitucional no debe identificarse con su equivalente en el Derecho Civil, en que aquella existe a partir del nacimiento viable, pues tal equiparación, como recurso interpretativo, circunscribiría censurablemente el alcance de la norma constitucional. Por ello, dijeron que resulta más adecuado entender, como lo hace Carlos Massini Correas –*Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos*–, que el carácter de persona "no se confunde con sus expresiones o manifestaciones (...), la personalidad no se reduce a un mero *factum* verificable empíricamente, sino que es constitutivo natural de un cierto tipo de entes; ese carácter de persona no se adquiere ni se pierde junto con la capacidad efectiva de ejercer los derechos o de ser responsable de las consecuencias; por el contrario, la personalidad se adquiere con la existencia en cuanto subsistente intelectual y se pierde sólo con esa misma existencia. De este modo, no puede ponerse en duda el carácter personal de los embriones o fetos humanos, así como de los recién nacidos, débiles mentales, dementes o enfermos terminales; todos ellos son sujetos de derechos humanos, pues son personas en ese sentido profundo y radical".

Y en tercer lugar, siguiendo a Rodolfo Luis Vigo –*Interpretación constitucional*–, dijeron que en la operación interpretativa de la Constitución, debe procurarse optimizar su fuerza normativa; lo cual significa que, "de entre varias opciones interpretativas, se debe elegir la que optimice y maximice la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido". De ello concluyeron los demandantes que "es evidente que, entre negar al *nasciturus* el derecho fundamental a la vida y reconocerle su titularidad, ésta última opción es lo más conforme con una mayor eficacia del art. 2 Cn."

Por lo expuesto, los demandantes dijeron que debe concluirse, como lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia de 25-II-1975 (BVerfGE 39, 1, caso *Schwangerschaftsabbruch I*), que "el derecho a la vida corresponde a cualquiera que 'viva'. No es posible hacer distinción entre varias fases de vida anterior al nacimiento o entre vida anterior o posterior al nacimiento (...). La existencia humana no estaría lo suficientemente salvaguardada de los excesos de la interferencia gubernamental a menos que la fase preliminar de tal existencia anterior al nacimiento fuera incluida en la protección".

Con base en todas las consideraciones anteriores, los demandantes dijeron que, "reconocida la existencia del derecho a la vida del *nasciturus*, es mucho menos complejo aceptar que éste es el fundamento constitucional de la punición del aborto y que, en todos los casos en que éste se halle indicado, el derecho en comento es uno de los que entran en conflicto".

(ii) El derecho a la vida y a la integridad física de la mujer.

En este punto dijeron los demandantes que las anteriores reflexiones sobre el derecho a la vida del *nasciturus* son aplicables, *mutatis mutandis*, al mismo derecho de la mujer embarazada, ya que, en la indicación terapéutica, el aborto se practica para evitar que se realice un grave riesgo que existe para la vida o la salud de la madre.

No es difícil admitir –siguieron– que la salud es un término que constituye una proyección del derecho fundamental a la integridad física, reconocido en el art. 2 Cn. Siguiendo a Antonio Torres del Moral y a la definición de la Organización Mundial de la Salud, dijeron que el derecho a la integridad sería, a su vez, "corolario lógico del derecho a la vida y derivación directa de la dignidad de la persona humana (...), el derecho a que no se le ocasione daño, lesión o menoscabo en su persona física". Por tanto, la salud debe ser entendida como sinónimo de "bienestar físico, mental y social" no como mera ausencia de enfermedad, menoscabo o incapacidad somática o síquica, pues está en cualquier caso conectada con el derecho a la integridad física de la mujer embarazada y es, por tanto, otro de los derechos involucrados en el conflicto que las indicaciones del aborto suponen.

(iii) El derecho a la dignidad humana y a la libertad de la mujer.

En este punto dijeron que el derecho a la dignidad humana está implícito en los arts. 1 y 2 Cn., debido a que es una consecuencia del valor que la misma Constitución reconoce a la persona humana, de la visión iusfilosófico-personalista que informa al Estado Constitucional de Derecho, y presupuesto lógico del ejercicio de los derechos individuales regulados en el art. 2 Cn. "Además, está expresamente reconocido como uno de los bastiones de una sociedad democrática en el Preámbulo de la Constitución. Asimismo, existen normas constitucionales que tutelan o protegen específicamente la dignidad humana, como en el caso de los arts. 10 inc. 1º y 27 inc. 2º Cn."

Citando a Quiroga Lavié –*Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*–, señalaron que "la dignidad es la materialización del haz de valores vinculados al hombre: aquello que hace que el hombre sea el valor supremo de la convivencia social". En concordancia con tal afirmación –dijeron–, la jurisprudencia constitucional salvadoreña ha señalado –Sentencia de 19-VII-1996, Inc. 1-92, Considerando IV 3– que "desde el personalismo o humanismo, se entiende que la función del derecho es garantizar la libertad de cada individuo para permitir que éste realice libremente sus fines".

Por otro lado –siguieron–, el derecho de libertad reconocido explícitamente en el art. 2 Cn. es, como afirmó este tribunal en la Sentencia de 13-VI-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 4-94, Argumentación 1ª, "una condición para que el individuo pueda desenvolver y desarrollar libremente sus facultades propias; el mejor medio para asegurar

este desenvolvimiento es permitirle dirigirse espontáneamente, a su manera, y a sus riesgos y peligros, en tanto que no afecte el derecho legal de otros (...). La libertad constituye, pues, el derecho que cada ser humano tiene para emplear sin traba o impedimento alguno sus facultades en conseguir su bienestar y para elegir los medios que pueden servirle a este objeto".

En los casos en los que tradicionalmente se indica el aborto por las causas eugénicas y éticas –argumentaron–, o sea cuando hay probabilidad que el bebé nazca con graves taras físicas o síquicas y cuando el embarazo es consecutivo a un atentado contra la libertad sexual de la mujer, lo que en el fondo determina la indicación del aborto es la valoración que se hace de la dignidad de la mujer y su derecho de libertad, entendido éste como el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Citando a Juan Carlos Carbonell Mateu –*Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto*–, dijeron que "si el ordenamiento hubiera optado por obligar a la mujer a continuar su embarazo –pese a que tal continuidad sea valorada positivamente–, habría ignorado el valor superior que tiene el libre desarrollo de la persona y la dignidad de la persona humana, así como que el hombre –la mujer– es un fin en sí mismo, y de ninguna manera puede ser considerada, como ya dijera Kant, como un simple medio o instrumento".

La relevancia de estos derechos fundamentales de la mujer, en los casos de aborto indicado eugénica y éticamente, fue reconocida –reseñaron– por el Tribunal Constitucional español en la STC 53/1985, de 11 de abril, al sostener que "la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso y obligación cobra especial relieve, en este caso, ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos".

De lo expuesto concluyeron que las indicaciones tradicionales del aborto: terapéutica, eugénica y ética, son situaciones de colisión o conflicto entre derechos fundamentales: el derecho a la vida del *nasciturus* y los derechos a la vida, a la integridad física, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada, según cada caso.

b. Efectos de la presencia de derechos fundamentales en las indicaciones tradicionales del aborto: la reserva de ley y el principio de proporcionalidad; el imperativo de regulación legal expresa.

En este apartado reseñaron que la jurisprudencia de esta Sala ha indicado, siguiendo lo afirmado por la STC 25/1981, que los derechos fundamentales "son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho" –Sentencia de 17-XII-1992, pronunciada en el proceso de Inc. 3-92, Considerando IX–.

(i) Citando a Antonio-Enrique Pérez Luño *–Los derechos fundamentales–*, dijeron que una de las consecuencias relevantes de esta caracterización de los derechos fundamentales es que los mismos deben gozar de "un régimen de protección jurídica reforzada (...); la tutela constitucional de los derechos fundamentales se manifiesta también en la instauración de unos cauces normativos tendentes a asegurar la integridad del significado y función de tales derechos (...). Esta exigencia se funda en el principio básico para el constitucionalismo liberal-democrático de la reserva de ley, esto es, de la garantía de que la regulación del estatuto de las libertades es materia reservada al legislador y sustraída a la injerencia del gobierno". En ese mismo orden *–dijeron–*, la jurisprudencia constitucional salvadoreña ha establecido en la mencionada Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 4-94, que "la regulación de un derecho constitucional, conforme al art. 246 Cn., solo puede hacerse en virtud de una ley (...); la ley que regule los derechos fundamentales de la persona humana (...) tiene que ser emitida por la Asamblea Legislativa observando el formalismo establecido en los arts. 133 y siguientes de la Constitución".

La reserva de ley *–acotaron los demandantes–*, como el establecimiento de un monopolio de regulación en materia de derechos fundamentales concedido al legislador, "importa la correlativa obligación de legislar lo necesario para el efectivo ejercicio de los mismos, y principalmente aquellos casos de conflicto entre ellos, en los que, irremediamente, alguno será restringido o hasta sacrificado. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional, en la citada Sentencia de 21-I-1958, y en la también ya referida STC 53/1985, de 11 de abril, lo dijo claramente la [jurisprudencia] española, al expresar: 'Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano'".

La reserva de ley es, entonces, para los demandantes, "una de las fuentes del mandato constitucional de legislar expresamente los casos de aborto tradicionalmente indicado pues, al omitirse dicha regulación, ese 'régimen de protección reforzada' del que deben gozar los derechos fundamentales en un Estado Constitucional de Derecho, se torna ilusorio".

(ii) También se refirieron a "otro de los instrumentos de la tutela reforzada de los derechos fundamentales, al que la doctrina y la jurisprudencia constitucional reconocen validez, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso".

Tal principio, según los demandantes, tiene su asidero constitucional en el art. 1, en cuanto la organización estatal persigue la consecución de la justicia. Citando a Ernesto Pedraz Penalva *–El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas–*, dijeron que tal principio "en la mayoría de los autores es formulado como criterio de justicia de una relación adecuada medio-fines en los supuestos de injerencias de la autoridad en la esfera jurídica privada, como expresión de lo comedido, de lo justo, de acuerdo con un patrón de moderación que posibilite el control de cualquier exceso mediante la contraposición del motivo y de los efectos de la intromisión".

Esta prohibición de exceso, según los demandantes, es un imperativo del sistema constitucional salvadoreño, al aspirar a un Estado Constitucional de Derecho, pues –citaron nuevamente a Pedraz Penalva– "más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas, es un principio consustancial al Estado de Derecho, con plena y necesaria operatividad, en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en toda hipótesis en que los derechos y libertades fundamentales pueden verse lesionados".

En el caso salvadoreño –dijeron–, esta Sala, sin pronunciarse sobre el fundamento constitucional de dicho principio, precisamente al referirse a la relación con la actividad estatal frente al delito –como ocurre con el aborto– ha reconocido su aplicabilidad y establecido en la Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, Considerando IX 2, que "las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son (...), en materia sancionadora, la vigencia del principio de proporcionalidad, como una exigencia de ponderación de los intereses en conflicto". De lo cual dedujeron que la reacción del Estado frente al delito –en este caso, el delito de aborto– debe respetar el principio de proporcionalidad por exigencia de la Constitución. "Específicamente con relación a los casos en que el aborto se halla tradicionalmente indicado, por cuanto supone situaciones de conflicto entre derechos fundamentales –y, generalmente, se resuelven importando una restricción o lesión a algunos de ellos–, el respeto al principio de la prohibición de exceso debe ser más riguroso".

En este punto volvieron a reseñar la jurisprudencia constitucional alemana, la cual ha aclarado que "el legislador ha de gozar de un margen de apreciación en la elaboración de las leyes y, por tanto, en la elección de las medidas para alcanzar sus objetivos. Dicho margen de apreciación tiene su esencial razón de ser en la división de poderes, en base a la cual ha de reconocerse al legislador 'competencia' para concretar la Constitución y, por ende, libertad de configuración en la formación de los intereses públicos que limitan el derecho fundamental".

Sin embargo –acotaron los demandantes–, esa libertad de configuración del legislador no puede ser irrestricta, ya que, como exigencia mínima, el legislador debe poner de manifiesto que ha llevado a cabo una ponderación de los intereses contrapuestos al derecho fundamental restringido –que en las indicaciones tradicionales del aborto es el derecho a la vida del *nasciturus*–; esa manifestación se cumple, generalmente, mediante la regulación legal.

La necesidad de regulación legal, según los actores, se comprende mejor al recordar que, como sostiene Pedraz Penalva en su citado libro, por imperativo del principio de proporcionalidad "medio elegido y objetivo perseguido han de estar entre sí en una relación razonable. La invasión ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado; no debe ser de tal entidad la invasión que llegue a ser inasumible por el afectado. De lo dicho se deduce, pues, que debe ser apta para alcanzar el logro fijado por el legislador y también necesaria; esto es, dicho objetivo no debe poder ser alcanzado a través de un medio distinto y menos gravoso, y la carga impuesta a cada uno ha de estar también en razonable relación con las ventajas que derivarán tanto para él como para la generalidad".

Con base en lo expuesto, los demandantes se cuestionaron en el caso de las indicaciones tradicionales del aborto cómo puede analizarse si la lesión al derecho a la vida del *nasciturus* es la medida adecuada para proteger los derechos de la madre, y cómo se verifica que la medida restrictiva es la menos gravosa y que se han tomado las providencias necesarias para mantener la lesión al derecho fundamental dentro de una relación razonable con el fin perseguido. A lo cual se respondieron que se trata de una tarea "imposible cuando el legislador ni siquiera ha regulado expresamente esas situaciones de conflicto y simplemente ha omitido legislar sobre ellas. En otras palabras, la regulación expresa de las situaciones de conflicto de derechos fundamentales y de las cuales resultará una restricción o lesión de alguno de ellos, es un imperativo o mandato constitucional implícito, como requisito mínimo, respecto del principio de proporcionalidad".

En consecuencia, enfatizaron diciendo, con Pedraz Penalva, que la exigencia constitucional de acción para el legislador, que supone el principio de proporcionalidad, se constata al reconocer que "las insuficiencias del Estado: los defectos legislativos y administrativos –eludiendo la correspondiente responsabilidad– no pueden pretender ser obviadas traspasando al Judicial la tarea ya de colmar simplemente las pertinentes lagunas o, pero aun, ya de llenar vacíos mediante decisiones que, ajustadas a Derecho, pudieren afectar al campo político, siendo electoralmente desaconsajables". El principio de proporcionalidad –concluyeron respecto de este punto los demandantes– no es un expediente para que los otros órganos estatales eludan obligaciones constitucionales.

C. Violación a los arts. 1 y 3 Cn. Verificación de la inconstitucionalidad denunciada: exclusión de una posible interpretación conforme a la Constitución.

La inconstitucionalidad por omisión del C. Pn. que entró en vigor en 1998 consiste básicamente, según los demandantes, en que "se omitió regular o legislar sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado, omisión que constituye una violación a la Constitución por cuanto el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprometidos en el aborto, el principio de reserva de ley y el principio de proporcionalidad, implican un mandato constitucional de legislar sobre dicha materia".

Así planteada la cuestión, dijeron que podría argüirse, no sin estimable razón, que en cuanto el legislador haya tomado en consideración los supuestos de las indicaciones tradicionales del aborto al aprobar el C. Pn., la inconstitucionalidad se desvanecería. Siguiendo a Vigo en su citado libro, dijeron que ello "sería consecuencia del principio hermenéutico de interpretación conforme a la Constitución; es decir que en virtud de la unidad del ordenamiento jurídico se debe interpretar el derecho infraconstitucional conforme a la Constitución e interpretar la Constitución conforme al derecho infraconstitucional (...), y que a todo el sistema normativo, presidido por unos valores que le confieren unidad de sentido, se deben acomodar todas las demás piezas del ordenamiento de manera que, siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y otra no conforme a ella, debe admitirse la primera".

Para seguir con el argumento que las indicaciones tradicionales han sido tomadas en cuenta en el C. Pn. cuestionado, dijeron que podría recurrirse a la *Exposición de Motivos* del mismo, en cuyo apartado sobre los "Delitos relativos a la vida" la comisión respectiva

del Parlamento señala: "La regulación del aborto se modifica sustancialmente para proteger y preservar la vida desde el momento de la concepción (...). Se ha considerado que los casos aislados que pudieran presentarse de posible punibilidad (*sic*, los demandantes entienden que se pretendió decir "impunidad"), conforme al sistema de indicaciones tradicional, bien podrían ser resueltos por los jueces en base a las excluyentes de responsabilidad que aparecen en el art. 27", disposición que regula como causas que excluyen de la responsabilidad penal, las siguientes: (i) el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho; (ii) la legítima defensa; (iii) el estado de necesidad; (iv) la inimputabilidad; y (v) la inexigibilidad de otra conducta.

El anterior planteamiento, para los actores, no aniquila la inconstitucionalidad alegada, pues la remisión que el legislador hace al art. 27 del C. Pn. no satisface el mandato constitucional de regular los casos tradicionales de aborto indicado, no sólo porque se descarga sobre el órgano jurisdiccional la responsabilidad que tiene el Legislativo de ponderar los intereses enfrentados en el aborto, sino porque tal técnica legislativa, esencialmente omisiva, viola los derechos constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica.

a. El imperativo de regulación legal expresa por vía del derecho de igualdad. Reafirmación del carácter inconstitucional de la omisión legislativa.

En este apartado reseñaron la jurisprudencia que sobre el derecho general de igualdad ha emitido este tribunal desde la Sentencia de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95 y, de ella, enfatizaron que el mencionado derecho "implica el derecho a no ser discriminado, es decir, a no ser tratado en forma diferente sin razón suficiente, pero también, y esto es más importante, supone lógicamente el contenido inverso del derecho de igualdad, o sea el derecho a ser tratado diferente cuando para ello, y con referencia a un término de comparación, haya una causa con entidad suficiente".

Citando a Alberto Suárez Sánchez –*El debido proceso penal*–, dijeron que "la igualdad ante la ley en su genuina concepción jurídica, lejos de significar una ciega uniformidad, representa razonablemente una disposición del Derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes (...); la comparación de las situaciones de hecho, y la determinación de si son o no idénticas, se convierte así en el criterio o patrón hermenéutico de partida para dilucidar si el trato desigual es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación admisible".

La mujer embarazada –argumentaron–, en los casos de aborto tradicionalmente indicado, se encuentra en una situación fáctica totalmente distinta a la de cualquier otra persona que se enfrente a una de las causas de exclusión de responsabilidad penal que regula el art. 27 del C. Pn. "Así lo reconoce Carbonell Mateu –*Del aborto, en Comentarios al Código Penal [español] de 1995*–, al afirmar que no es posible plantearse el conflicto de intereses entre la embarazada y el *nasciturus*, como si se tratara de realidades enteramente distintas. No puede olvidarse la tremenda peculiaridad que representa el hecho de que los intereses fetales sólo pueden desarrollarse en el interior de la embarazada, que es la portadora de su vida. Se trata de una 'dualidad en la unidad': son dos seres distintos, pero

un cuerpo soporta al otro". También citaron la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, quien en la referida STC 53/1985 dijo que "el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales" y, respecto de la condición de la mujer embarazada, expresó que es "una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego".

En síntesis, respecto de este punto, dijeron los peticionarios que, dada la peculiar relación que existe entre la mujer y el *nasciturus*, puede afirmarse que, en los casos de aborto tradicionalmente indicado, la mujer se encuentra en una situación de hecho totalmente desigual a la de cualquier otra persona ante una causa de exclusión de la responsabilidad penal y, por tanto, dicha situación desigual merece un trato también desigual o diferenciado, incompatible con la regulación genérica del art. 27 del C. Pn., pues sólo así puede el legislador cumplir con el requerimiento que el derecho a la igualdad en la formulación de la ley le impone, según el art. 3 Cn.

b. El imperativo de regulación legal expresa por vía del derecho a la seguridad jurídica.

Dijeron que el art. 1 Cn. "establece el derecho (*sic*) a la seguridad jurídica, al reconocerlo como uno de los fines a que aspira el Estado salvadoreño". Y siguiendo a Suárez Vásquez, dijeron que tal "es un bien que constituye un medio necesario para la convivencia humana, y es más: para que el hombre desarrolle libremente su personalidad, (...). La persona necesita un mínimo de certeza para cumplir con sus funciones propiamente humanas".

En otras palabras –acotaron–, sin el principio de seguridad no se realizan las pretensiones racionales, por la razón elemental de ser inexistente el fundamento cierto de los actos humanos. "El derecho a la seguridad jurídica representa la necesidad de certeza que debe tener el ciudadano del tratamiento que originará su conducta en el ordenamiento jurídico. Implica que los destinatarios de la norma jurídica deben saber cuáles son sus derechos y obligaciones, conocer lo que le es permitido o prohibido y defender adecuadamente sus intereses y derechos".

En relación específicamente con la regulación de los casos tradicionales de aborto indicado, dijeron que el derecho a la seguridad jurídica supone que existe la certeza sobre las condiciones en que el aborto no acarreará responsabilidad penal, el alcance subjetivo de la causa excluyente de la misma, el tiempo (si lo habrá) durante el cual tendrá efecto la causa excluyente, etc.

De la simple lectura del art. 27 del C. Pn. –siguieron–, resulta claro que la exclusión de responsabilidad penal en un supuesto determinado dependerá de la subsunción que el juez haga, en el caso concreto, a las categorías legales expresadas en la norma. Para esto seguramente tendrá esencial relevancia la Dogmática Penal, la cual, según Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y otros –*Lecciones de Derecho Penal*– "favorece la seguridad jurídica al fijar el contenido de la ley y los criterios de su aplicación (...). Las propias limitaciones de

la técnica legislativa exigen, para aproximarse al cumplimiento de los principios de igualdad y de seguridad, el complemento de una interpretación uniforme de la norma".

Sin embargo –acotaron los demandantes–, en el plano de las tradicionales indicaciones del aborto (terapéutica, eugenésica y ética) la dogmática penal presenta serias fisuras, por tratarse de una cuestión muy polémica; así, no existe consenso respecto a la naturaleza jurídica de las indicaciones (estados de necesidad justificantes, exculpantes, excusas absolutorias, condiciones objetivas de punibilidad, etc.); tampoco respecto a los requisitos que deben concurrir para que opere la exclusión de responsabilidad penal (v. gr., "estricta necesidad" del aborto o la "inminencia" del daño para la mujer, etc.).

"En otras palabras –señalaron–, tal como se encuentran consideradas las indicaciones tradicionales del aborto en el C. Pn. vigente, sin regularlas expresamente, su efectiva aplicación está librada a una heterogeneidad de criterios interpretativos que no es congruente con el derecho a la seguridad jurídica de la mujer embarazada".

Por dicha circunstancia, dijeron que es comprensible lo afirmado por Patricia Laurenzo Copello –libro citado– en el sentido que la regulación expresa de las indicaciones tradicionales en el aborto se justifica "en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en un terreno donde las decisiones jurídicas difícilmente están exentas de consideraciones morales o ideológicas y en el que, por lo demás, si bien puede apreciarse una opinión social dominante, no existe absoluto consenso sobre la valoración de los intereses implicados"; también lo afirmado por Juan Bustos Ramírez –*Manual de Derecho Penal*–, en el sentido que "por tratarse de una materia tan controvertida, con posiciones teóricas e ideológicas tan encontradas, ciertamente resulta del todo indispensable una aclaración legislativa al respecto".

Por tanto, dijeron los demandantes que la remisión que el legislador hace al art. 27 del C. Pn. para el tratamiento del aborto en los casos de las indicaciones tradicionales no es conforme con la Constitución, pues viola el derecho (*sic*) a la seguridad jurídica del art. 1 Cn., quedando verificada, por tanto, la inconstitucionalidad por omisión que se demanda.

D. En resumen, dijeron que el C. Pn. de 1998 es inconstitucional por omisión, en cuanto no regula los casos tradicionales indicados en el aborto, pues tal omisión viola: (i) el art. 246 Cn., ya que la supremacía constitucional como característica esencial del Estado Constitucional de Derecho implica que el legislador puede incurrir en inconstitucionalidad no sólo por acción, sino también por omisión, cuando infringe una exigencia constitucional de acción o un mandato constitucional de legislar; (ii) los arts. 2 y 246 Cn., pues el carácter de derechos fundamentales de los intereses enfrentados en las indicaciones del aborto y los principios de reserva de ley y proporcionalidad –como parte del "régimen de protección jurídica" reforzada de aquellos–, imponen al legislador el deber de regular expresamente los casos mencionados y, al no hacerlo el C. Pn. impugnado, adolece de inconstitucionalidad por omisión; y (iii) los arts. 1 y 3 Cn., ya que la omisión legislativa, "escamoteada tras el art. 27 del C. Pn., según la *Exposición de Motivos* de dicho cuerpo normativo, viola también los derechos de igualdad y seguridad jurídica de la mujer embarazada".

Por todas las razones expuestas, pidieron los demandantes que esta Sala declare que el C. Pn. emitido por D. L. n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. n° 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, es inconstitucional por omisión, "y comunique dicha circunstancia al Órgano Legislativo para que adopte las medidas necesarias para subsanar su omisión".

2. Al admitir la demanda, este tribunal ordenó que la Asamblea Legislativa y el Presidente de la República emitieran sendos informes, en los cuales expusieran las razones que justificaran la constitucionalidad del cuerpo normativo impugnado.

La Asamblea Legislativa, al expresar las razones por las cuales considera que no existe la inconstitucionalidad alegada por los demandantes, dijo que cuando se aprobó el C. Pn., la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales consideró conveniente adecuar y desarrollar los principios de la Constitución a la nueva normativa penal, en especial los delitos relativos a la vida, "el cual se considera el bien jurídico más valioso, ya que es condición indispensable para la vigencia y goce de los demás bienes jurídicos".

La regulación del aborto –siguió– "mantiene las pautas marcadas por el derecho anterior, modificándose un poco en cuanto a los abortos no punibles. Se mantiene en este punto el sistema de indicaciones excepcionadoras que acertadamente recogía el C. Pn. derogado, pero se restringen algunas de las indicaciones por el establecimiento de un plazo; así, para la indicación ética, es decir el aborto cuando el embarazo es consecuencia de un delito contra la libertad sexual o de inseminación artificial no consentida, se establece el plazo de doce semanas, ya que es evidente la necesidad de un límite temporal como salida a una situación de riesgo para la salud o la integridad física o moral de la embarazada. Por otra parte, en la indicación eugenésica, se establece el plazo de veintidós primeras semanas, pues médicamente es el lapso razonable para apreciar las enfermedades diagnosticables prenatalmente (*sic*)".

En consecuencia, consideró que en ningún momento ha violado principio constitucional alguno, ya que lo que ha hecho es desarrollar los principios constitucionales de proteger la vida y en especial el de la persona humana de ser reconocida desde el instante de la concepción, razón por la cual no ha habido omisión alguna, como lo señalan los demandantes. El mismo C. Pn. –dijo– agrupa las causas que excluyen la responsabilidad penal en una sola disposición, sin estampar ningún término clasificatorio que propicia más un anquilosamiento y no el desarrollo de la dogmática jurisprudencial; por consiguiente, concluyó que será el juez quien valorará las causas que excluyen la responsabilidad penal.

3. Al rendir el informe respectivo, el Vicepresidente de la República y Encargado del Despacho de la Presidencia de la República, Lic. Carlos Quintanilla Schmidt, dijo lo siguiente:

A. Algunas consideraciones constitucionales.

Comenzó señalando que procurar la efectividad de la supremacía constitucional no es labor sencilla, en aquellos casos en que no existe claridad en el contenido de la norma fundamental, pues en algunas ocasiones la Constitución expresa claramente lo que la

legislación secundaria debe contener, mientras que en otros casos no. Cumplir con el mandato que indican las normas constitucionales a las secundarias –siguió–, es función de primer orden en el Gobierno, y, en el caso del proceso de formación de la ley, el Órgano Ejecutivo ha aceptado que "la legislación secundaria no puede ser sino una reproducción o aplicación de la norma jurídica de más alta jerarquía".

La legitimación jurídica que otorga la Constitución ha conformado la existencia de conexiones dinámicas por medio de las cuales se han definido los procedimientos que conceden la validez formal a las normas inferiores –dijo–, pero además han precisado en algunas ocasiones los parámetros sobre los que la ley ha de conducirse, reflejando los límites generales de contenido que la disposición superior determina. Esta correspondencia y conformidad que ha de existir entre disposición inferior y superior no implica que la Constitución fije de manera taxativa los contenidos de las inferiores; por el contrario, consideró que la Ley Suprema ha permitido, a través de sus normas generales, que se acomoden sus preceptos a situaciones dadas en un contexto y en una época determinados, autorizando al legislador la adopción de aquellas leyes y reglamentos que se estimen más justos para el momento histórico que se vive; por ello, no es la regla que la norma constitucional establezca taxativamente lo que deberá contener la ley.

Ello es lo que sucede –dijo–, con el tratamiento jurídico penal de aquellos hechos que, siendo típicos de la figura del aborto, gozan de razones de peso para dispensar a sus autores de sanción, pues no existe señalado de forma explícita en la Constitución el mecanismo que defina cómo conciliar el choque de valores tutelados por el sistema jurídico.

Es lógico suponer –siguió– que las disposiciones constitucionales no regulan en detalle todos los hechos de relevancia para la vida de un país, por lo que debe encontrarse en las disposiciones legislativas las soluciones a casos más precisos que no se pueden prever, por lo concentrado y general de la Constitución; en ese sentido, no suele existir oposición entre lo que dispone ésta y lo que expresa la ley que la desarrolla con más precisión, ya que la Constitución faculta a la fuente secundaria a adoptar los detalles del caso; es decir, que se otorga al legislador una buena medida de libertad para escoger el contenido de la normativa que aplica la Constitución, acomodando la Ley Suprema a la cambiante realidad.

En el caso que nos ocupa –dijo–, los conceptos a que se refieren los demandantes, como: "seguridad jurídica", "vida", "igualdad", "libertad", "salud", "dignidad de la persona humana", etc., son conceptos jurídicos indeterminados, que resultan ser vagos e imprecisos en su contenido –lo cual no implica que la indeterminación del concepto se traduzca en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, "sino que en estos casos se plantea la oportunidad para escoger la solución más justa en casos más precisos"–. Esos enunciados supuestamente inciertos –siguió–, "están intencionados y cargados de sentido, pues de suyo el constituyente prefirió el uso de conceptos abiertos que permitan fijar un patrón valorativo abstracto que corresponde al legislador secundario completar, sin imponer un sentido particular en puntos como los planteados, sino únicamente fijando instrucciones generales para que sean incluso aplicables a situaciones que pudiesen ocurrir en el futuro". Por consiguiente, afirmó que la indeterminación en los conceptos que han sido citados por los

demandantes, "en realidad han habilitado al legislador a establecer jurídicamente una solución que para un momento determinado se estime correcta. Lo importante en esta apertura de la Constitución es que permite un espacio para la implementación de las posibles alternativas, que en esa realidad se aceptan como válidas".

#### B. Algunas consideraciones doctrinarias.

En esta parte consideró necesario agregar, por su importancia y aporte al caso que se discute, que la doctrina tradicional del Derecho Constitucional ha permitido diferenciar entre disposiciones constitucionales directivas o programáticas, y preceptivas u operativas. "Según esta división doctrinaria, las normas constitucionales preceptivas u operativas son normas jurídicas vinculantes en su cumplimiento, por lo que no necesitan desarrollo legislativo y comprometen directamente y en forma inmediata a los miembros del Estado. En cambio, las normas directivas o programáticas son normas constitucionales que contienen principios abstractos y generales, por lo que constituyen recomendaciones sobre la orientación política y legislativa en la conducción del Estado; es decir, que los funcionarios y autoridades del Estado reciben pautas sobre lo que está prohibido, condicionado o impuesto ya sea en la forma o en el fondo".

"Aun cuando se puede afirmar que en la actualidad se considera que todas las reglas contenidas en la Constitución son normas preceptivas, no obstante ello, se percibe la influencia tradicional planteada; por eso es que en la Constitución no todos los preceptos pueden tener un mismo alcance y significado normativo, aun cuando enuncian efectivas normas jurídicas, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación".

Ello es lo que ha sucedido, según el entonces Vicepresidente de la República, con la implementación del nuevo C. Pn., pues no existe, ni existió anteriormente, una disposición constitucional que fijara el contenido de la ley secundaria penal, para regular en concreto los conflictos de bienes jurídicos en ocasión de un aborto; "por ello es que en la *Nota de Presentación a la Asamblea Legislativa y Exposición de Motivos* del C. Pn., suscrita por el entonces Ministro de Justicia, Dr. René Hernández Valiente, se evidencia la intención de los redactores del que, en aquel momento, era Anteproyecto de C. Pn., en optar por un preciso mecanismo que resolviese el conflicto planteado; así se dijo que 'se suprimen los abortos no punibles, manteniéndose únicamente el aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada y la tentativa de ésta para causar su aborto. Se ha considerado que los casos aislados que pudieren presentarse de posible punibilidad, conforme al sistema de indicaciones tradicionales, bien podría ser resuelto por los jueces en base a las excluyentes de responsabilidad que aparecen en el art. 27'. Esto demuestra –dijo– la opción tomada en aquel entonces y que ahora erróneamente se cuestiona".

A continuación pasó a exponer "algunas razones por las que se puede considerar que las figuras de aborto terapéutico, ético y eugenésico tienen cabida en la legislación secundaria, sin violentar los derechos que protege la Constitución".

#### C. Consideraciones sobre las figuras de aborto no punibles.

En cuanto a este aspecto dijo que el C. Pn. vigente recoge varias pautas normativas contempladas por el de 1973, y descarta incluir las reglas que excluyen de punibilidad a los abortos denominados terapéutico, ético y eugenésico, porque se consideró que, para excluir de responsabilidad en los casos de aborto, era suficiente aplicar las causas de justificación excluyentes de la antijuridicidad que el mismo Código determina en su art. 27, especialmente el caso del ord. 3º, que desarrolla los estados de necesidad.

Consideró que mucho se ha discutido sobre este tema, al punto de entender que cualquier consideración sobre la exclusión de cualquier clase de aborto del ambiente penal, es considerada por algunos sectores de la opinión pública como un aval a la práctica del aborto y, por el contrario, que la no regulación de las figuras tradicionales de abortos justificados es una afrenta a los derechos de la mujer. "Nada ha estado más alejado de la realidad que estas posturas tan radicales; si bien es cierto nuestra Constitución, leyes y valores religiosos y morales nos señalan que la vida comienza desde la concepción misma y que hay que protegerla desde ese momento, también debe tenerse en consideración que nuestra legislación en materia penal permite, a través de las causas excluyentes de responsabilidad, que las autoridades judiciales valoren en concreto los casos cuando la vida de la mujer peligra a causa del embarazo, y en aquellas circunstancias en las que no es posible actuar de una manera distinta, ponderando la situación y señalando la posibilidad de no sancionar a la familia, a la madre o al médico por una decisión difícil y dolorosa".

En tal sentido, señaló que el tratamiento que el C. Pn. otorga a los casos de aborto terapéutico, ético y eugenésico, se puede expresar de la siguiente forma:

a. En cuanto al *aborto terapéutico* dijo que, para un considerable sector de la doctrina, los casos de aborto justificados sólo son una afirmación de las causales de justificación; es decir que, aunque la ley no establezca expresamente que los abortos justificados no son perseguibles penalmente, por su naturaleza le son aplicables causales generales que excluyen de responsabilidad penal.

En este caso específico –dijo–, la inclusión de la figura de aborto no penado "está de más", no existe ninguna ventaja en señalar expresamente en la ley que este tipo de aborto no sea punible, pues no se prevé una mejor protección al serle aplicable el estado de necesidad, causal que excluye de responsabilidad penal y que está desarrollada en el art. 27, ord. 3º del C. Pn.

El estado de necesidad –siguió– es aplicable a los casos de aborto terapéutico, pues ante un conflicto de bienes de igual importancia tutelada por la Constitución y la misma ley, la vida del no nacido y la de la madre, no existe duda sobre la juridicidad del acto de optar por proteger la salud de la mujer cuya vida peligra por su estado de gravidez, en caso esa sea la decisión adoptada. En tal sentido, este tipo de aborto se encuentra justificado dentro de la legislación penal vigente.

En la práctica y para cada caso –acotó–, corresponde a los jueces analizar la existencia de una causal que excluya de responsabilidad penal, como las que operan con base en el art. 27 del C. Pn., y con ello se evita "dejar la puerta abierta para que se practiquen abortos indiscriminadamente, amparados en una razón legal, procurando así

reducir los casos en que se opte por esta medida, especialmente hoy en día que se tiene acceso a una serie de avances científicos que permiten tomar otras alternativas sin llegar a tal extremo".

En consecuencia –afirmó–, la regla que fija el C. Pn. permite al juez determinar por medio de peritos o de cualquier medio legal de prueba, si realmente se tomó la decisión correcta al practicar un aborto después de examinar todas las alternativas posibles para salvar a la madre y al bebé, sin que las mismas dieran resultado.

b. Respecto del *aborto ético o criminológico*, dijo que los bienes jurídicos que entran en juego para determinar si es justificable el aborto son la vida de la persona que aún no ha nacido y la libertad de la mujer. "En ese sentido, se hace especial énfasis en que existe una libertad que la sociedad reconoce a toda mujer para decidir si quiere o no ser madre y, sobre todo, con quién quiere engendrar a su futuro hijo. No estamos hablando de la libertad sexual de la mujer, pues esa ya ha sido lesionada con la violación, sino de una consecuencia que no la ha querido la víctima: la maternidad impuesta, producto de un hecho traumático y violento. Esta libertad de procreación tiene también importancia en los casos de inseminación forzosa de la mujer, donde ella es fecundada artificialmente sin su consentimiento, violentando su derecho a decidir cuándo tener familia y con quién hacerlo".

En razón del tipo de valores que se encuentran en juego, estimó que es posible aplicar una causa que excluya de responsabilidad penal, evitando sancionar a la mujer que en razón de un delito se encuentra en estado de gravidez, pues no se puede olvidar que en los casos de violación e inseminación forzosa, la mujer es víctima del delito, que no solo afecta su libertad sexual, sino que puede afectar la libertad y dignidad de la misma al llevar una carga que no deseaba, hecho que es todavía más grave en aquellas mujeres que son menores de edad y que todavía no han alcanzado una madurez física y mental para sobrellevar la maternidad. En tal sentido –dijo–, el C. Pn. comprende en los estados de necesidad desarrollados en el art. 27 ord. 3º, la posibilidad de evitar la sanción penal de aquellos casos que, valorados en concreto, así lo ameritan.

c. Finalmente, en el caso de *aborto eugenésico*, dijo que se presentan dos corrientes como las principales para fundamentar su impunidad. La primera hace énfasis en el principio de no exigibilidad de otra conducta, bajo la idea de que el Estado no puede obligar a la mujer, con la amenaza de imponerle una pena, a que enfrente la carga excesiva que supone un hijo deficiente, máxime cuando no existen programas adecuados para garantizar a la madre un cuidado apropiado de esta persona y una existencia digna dentro de la sociedad. La segunda hace énfasis en la calidad de vida a la que puede acceder el no nacido, y cómo la misma puede afectar en su dignidad y autoestima; por lo que se determina que es viable destruir al feto por principios de piedad.

En el caso de nuestra legislación penal –siguió–, ambas corrientes pueden encontrar fundamento como excluyentes de responsabilidad, en la causal de inexigibilidad de otra conducta desarrollada en el art. 27 núm. 5 del C. Pn., que incluye los casos que la madre consideró como única alternativa ante el trauma de un hijo anormal, la vía del aborto. "El eximir de responsabilidad en estos casos es una potestad del juez, quien después de analizar

cada caso en concreto, determinará si son aplicables o no las causales indicadas; también ha de considerarse que la mujer puede verse afectada mentalmente ante la idea de dar a luz a un hijo defectuoso, y tal estado la puede llevar a una perturbación síquica, que puede incluso poner en riesgo su vida, lo que hace que se contraponga la salud de la madre contra la de su hijo, siendo aplicable en estos casos el aborto terapéutico.

Agregó que, en dichos casos, en que el valor que se contrapone al de la vida no es la salud de la madre, sino su libertad, en vista de la carga especial que significa para la mujer la crianza de un hijo anormal, que la puede afectar en su desarrollo personal y en su economía, es aplicable en ese sentido la inexigibilidad de otra conducta para justificar este tipo de abortos.

*D.* Concluyó su informe el Vicepresidente de la República señalando que en la Constitución no existe ningún precepto que condicione al legislador secundario la adopción de una fórmula que resuelva los conflictos de bienes jurídicos planteados por los demandantes; tampoco existe el mandato expreso de regular tal conflicto; sin embargo, el legislador secundario optó por enfrentar este tipo de controversia por medio de un mecanismo que se acepta ampliamente por la doctrina, es decir, a través de las causas que excluyen de responsabilidad penal.

En consecuencia, consideró que existe "constitucionalidad del cuerpo normativo impugnado", por lo cual pidió a este tribunal que declare improcedente la demanda de inconstitucionalidad presentada por los actores, en razón que "el mismo C. Pn. contiene el mecanismo idóneo para resolver los conflictos jurídicos planteados y que nuestra Constitución permite. De esta forma, se resuelven de una manera adecuada los casos concretos de no punibilidad de las conductas que he comentado en este informe. Queda claro, entonces, que el juzgador está habilitado para valorar, caso por caso, los supuestos hechos delictivos constitutivos de aborto y la posible concurrencia de causas que excluyan de responsabilidad penal de sus autores, otorgando protección al bien jurídico reconocido por la Constitución que en ese momento lo requiera".

4. Finalmente, el Fiscal General de la República, licenciado Belisario Amadeo Artiga Artiga, siguiendo de cerca los argumentos establecidos por este tribunal en la resolución de admisión que se ha citado en el parágrafo 2 de este Considerando, señaló que la actual L. Pr. Cn. no regula la inconstitucionalidad por omisión, sin embargo, en El Salvador se puede aplicar tal mecanismo en defensa de la Constitución, porque los mandatos constitucionales son verdaderas normas jurídicas que deben ser eficaces, y esa eficacia debe ser garantizada por esta Sala.

La articulación informada por la Constitución –siguió– se hace mediante normas de diversos tipos, entre las cuales se encuentran "normas que prevén las disposiciones infraconstitucionales que los desarrollan y concretan para ser eficientes".

En otro orden, señaló que esta Sala debe decir en qué contradice a la Ley Suprema un determinado texto normativo; pero lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a la ley para que sea constitucional. La conformidad que debe existir entre la disposición inferior y la superior –según dicho funcionario– no implica que ésta última

señale en forma taxativa el contenido de la ley secundaria en materia penal de aquellos hechos –y en el caso especial del aborto–, que por razones de peso se dispense a sus autores de sanciones, pues en la Constitución no existe mecanismo para conciliar el choque de valores tutelados por el sistema jurídico, tales como vida, seguridad jurídica, igualdad, libertad, salud, dignidad de la persona humana y otros a los que se refieren los demandantes, que son conceptos jurídicos indeterminados. Por consiguiente –siguió–, el legislador ha establecido jurídicamente una solución que se estima correcta para estos conceptos indeterminados. Y es que, tanto en el C. Pn. vigente como en el anterior, no ha existido una regulación constitucional que fijara el contenido de la ley secundaria –penal– para regular los distintos casos de aborto señalados por los demandantes.

En el caso de las figuras de abortos no punibles, señaló que el C. Pn. vigente tiene normativas –que también se encontraba en el anterior– para tratar el caso de los abortos terapéutico, ético y eugenésico, y para excluirlos de responsabilidad es suficiente aplicar las causas de justificación excluyentes de la antijuridicidad reguladas en su art. 27.

Sin embargo –acotó–, se ha dicho que, por no regularse en forma concreta las figuras de aborto antes mencionadas, es como si se estuviera avalando la práctica del aborto y, por otro lado, que no regular los abortos justificados es una afrenta a los derechos de la mujer. La legislación penal –acotó– permite por medio de las causas excluyentes de responsabilidad, dar oportunidad a las autoridades judiciales para valorar los casos en que se pone en peligro la vida de la mujer por un embarazo, no quedando otra posibilidad que no sancionar a la familia, mujer o al médico por un aborto, ya sea este terapéutico, ético y eugenésico; en ese sentido, el art. 27 del C. Pn. da las facultades al juez para determinar por medio de peritos u otros medios legales de prueba si realmente se tomó la concreta decisión al efectuar un aborto.

Al eximir de responsabilidad en los casos de estos abortos –dijo–, es potestad del juez, después de hacer un estudio de cada caso, determinar si son aplicables o no las causales que excluyen de responsabilidad penal.

De lo expuesto, concluyó que "nuestra legislación penal no ha omitido el delito de aborto en las figuras del terapéutico, ético y eugenésico, sino que se le ha dado un tratamiento distinto debido a su propia naturaleza, siendo este trato el que se les aplica conforme el art. 27 del C. Pn." Por ello, pidió declarar "improcedente" la declaratoria de inconstitucionalidad que demandan los ciudadanos Roxana Ivonne Martí de Galo y José Fernando Marroquín Galo.

**II. Expuestos los motivos de inconstitucionalidad argumentados por los demandantes, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa y por el Presidente de la República para evidenciar la no existencia de la inconstitucionalidad por omisión señalada, y la opinión del Fiscal General de la República;** se expresa a continuación, para claridad sobre los fundamentos y alcances de la presente sentencia, el orden que esta Sala seguirá en el estudio de los motivos de inconstitucionalidad planteados. Dicho estudio se efectuará de acuerdo al orden que resulte más idóneo a la decisión final, sin que esto implique la inobservancia del principio de congruencia procesal.

En primer lugar, se expondrán algunas consideraciones sobre dos de las características, que tienen relevancia en este proceso, de las normas constitucionales (III.1); así como sobre la libertad de configuración que a éste le reconoce la Constitución (III.2). Luego, se establecerán los fundamentos para el análisis de fondo de los motivos planteados, mediante una concreción interpretativa de los arts. 1 (IV.1), 2 (IV.2) y 246 Cn. (IV.3). A continuación, se aplicarán al caso concreto las consideraciones precedentes, a efecto de determinar los aspectos centrales de la decisión: *si existe un mandato constitucional por el cual el legislador deba regular o legislar sobre los casos en los que el aborto es tradicionalmente indicado* (V.1) y *si ese mandato ha sido incumplido* (V.2), lo cual se complementará con un análisis de los argumentos de inconstitucionalidad expuestos en la demanda, con relación al Art. 27 C.Pn. (V.3). Finalmente, habrá de emitirse el fallo que corresponda según la Constitución.

**III.** Según el iter lógico establecido en el considerando anterior, se retomarán las ideas básicas sobre dos de las características de la Constitución –fuerza normativa y carácter abierto– (1) y sobre las manifestaciones concretas de tales características sobre la libertad de configuración del legislador– (2), que tienen relevancia en este proceso.

1. En primer lugar, como se dijo en la sentencia del proceso de inconstitucionalidad 15-96 y otros acumulados, de 14-II-1997, la Constitución no es un mero conjunto de reglas de convivencia política o una simple exigencia lógica de la unidad del ordenamiento, sino que es efectivamente un conjunto de normas jurídicas, con características propias y peculiares, pero imbuidas de la naturaleza de toda norma jurídica. El punto de partida es, entonces, un concepto jurídico-normativo de Constitución, es decir, la noción de Constitución como norma jurídica superior. La anterior cualidad de preeminencia del texto constitucional es lo que la doctrina y reiterada jurisprudencia de esta Sala ha denominado supremacía de la Constitución o supremacía constitucional. Este concepto afirma la calidad de suprema –por ser emanación inmediata del pueblo– y de primacía –por ocupar el primer lugar entre todas las normas– que tiene la normativa constitucional. Y es que, siendo la Constitución expresión jurídica de la soberanía, no puede ser únicamente un conjunto de normas que forman parte del ordenamiento jurídico, sino que tal cuerpo de normas y principios es precisamente el primero –y, por tanto, el fundamental– de tal ordenamiento. Lo anterior también significa que de la Constitución dimanar derechos y obligaciones para los particulares y para los entes estatales, aún el legislativo. Esta aptitud para regular en su forma y fondo tanto la producción de normas infraconstitucionales como actos y omisiones de particulares y entidades estatales, es lo que Hesse denominó *fuerza normativa* de la Constitución.

Sobre la eficacia normativa directa de la Constitución y a propósito de la distinción entre disposiciones constitucionales directivas o programáticas y preceptivas u operativas, retomada por el Vicepresidente de la República, hay que aclarar que esa clasificación puede conducir a equívocos si se toma sin la debida reflexión. Si bien es cierto que las normas constitucionales tienen diferente estructura (abierta o cerrada), diferente naturaleza (valores, derechos fundamentales, principios constitucionales, garantías, normas de reparto de atribuciones y competencias, etc.), y diferente grado de exigibilidad, no cabe diferenciar entre disposiciones "programáticas" y "operativas", si con ello se quiere hacer referencia a disposiciones "jurídicas", vale decir vinculantes, y otras que no lo serían. A menos que se

replantee la noción de disposiciones programáticas, comprendiendo dentro de ellas los mandatos al legislador, las prescripciones sobre fines del Estado (las *Staatszielbestimmungen* de la doctrina alemana) y los principios o "mandatos de optimización", a los que se refiere Robert Alexy.

Por otra parte, aunque coinciden en la naturaleza de norma jurídica con las otras normas del ordenamiento, las constitucionales no sólo se distinguen de las normas secundarias por la supremacía indicada en el apartado anterior. Otra distinción relevante se refiere al contenido de las normas constitucionales, lo que a su vez tiene una estrecha relación con las funciones que se reconozcan a la Constitución. Como lo ha dicho esta Sala en su jurisprudencia, en general las disposiciones constitucionales, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas específicas o habilitar para que los órganos estatales o los particulares realicen concretas actuaciones de ejecución (sentencia del proceso de inconstitucionalidad 18-96, de 19-V-2000). Las leyes secundarias surgen de una experiencia política "unitaria", en la que una mayoría legislativa expresa una determinada concepción moral y política. Por el contrario, las normas constitucionales expresan una coexistencia de diversos proyectos políticos posibles, ante la concurrencia de principios plurales y tendencialmente contradictorios.

Los acuerdos políticos que dan origen a las normas constitucionales no excluyen, sino que más bien suponen, otros desacuerdos sobre aspectos relevantes para la comunidad. Estos desacuerdos no se superan sino que generalmente se soslayan mediante acuerdos sobre los principios más generales, a partir de los cuales cada uno de los participantes cree poder inferir la solución concreta que le parece correcta. Para ello se recurre a un contenido normativo "abierto", con un elevado nivel de abstracción y una consecuente controversia sobre su significado. Una muestra clara de lo anterior son los conceptos jurídicos indeterminados, conceptos centralmente contestados o esencialmente controvertidos, a los que se reconoce la virtud de silenciar aquello en lo que se está en un desacuerdo real y radical, pero al mismo tiempo explicitan aquello en lo que se está de acuerdo. En otras palabras, la abstracción de esos conceptos "permite alcanzar un acuerdo allí donde es necesario y hace innecesario lograr el acuerdo donde éste es imposible" (Aguiló).

Obviamente, esto significa que no se elimina para el futuro el conflicto ideológico subyacente, pero se coloca en primer plano un consenso básico, aunque sea precario o incompleto, a partir del cual se genere una práctica jurídico-política deliberativa, mediante la cual se concrete aquello que la Constitución silenció. Para ese fin, la Constitución establece los cauces a través de los cuales su inicial apertura puede ser el objeto de sucesivos y compatibles "cierres" normativos, los procedimientos de determinación y los órganos competentes para ello. Claro que la Constitución no se limita a instaurar las estructuras y los procedimientos para el desarrollo del proceso democrático. La Constitución, como ya se dijo, es un "orden fundamental", un conjunto normativo que regula los aspectos fundamentales de la vida social, pero ese orden es "abierto", pues si bien decide cuestiones fundamentales para la comunidad, deja muchas otras abiertas para que sean decididas de acuerdo con las concepciones políticas imperantes en cada momento.

Al admitir la demanda se reconoció que la Constitución informa un "proyecto *global* para la convivencia justa y pacífica de la comunidad estatal salvadoreña" y gracias a esa

"globalidad", que no supone indefinición, se pueden realizar interpretaciones diferentes a lo largo del tiempo, con lo que se trata de ajustarse con mayor éxito a la realidad social. Se insiste en que la Constitución sí contiene mandatos y prohibiciones que determinan el "marco" de lo que se ha denominado "constitucionalmente necesario" y lo "constitucionalmente imposible", pero también subsisten cuestiones que no son ordenadas ni prohibidas y originan el espacio de lo "constitucionalmente posible" o de ciertos márgenes de acción para los poderes públicos.

2. Precisamente sobre este punto, por su relación con la Constitución como "marco", "orden abierto" y "fundamental", es pertinente retomar lo sostenido por la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a la *libertad de configuración del legislador* (por ejemplo, en las sentencias de los procesos de inconstitucionalidad 18-96 Ac., de 19-V-2000; 1-98, de 19-II-2002; y 52-2003 Ac., de 1-IV-2004; y 8-2003, de 22-XII-2004). Este Tribunal ha insistido en que la Constitución se diferencia netamente de las demás normas, por la amplitud de la materia que ella regula, el carácter sintético de muchos de sus preceptos, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales y el correspondiente grado de apertura que permite una pluralidad de realizaciones. La ley no es, entonces, ejecución de la Constitución, como el reglamento es ejecución de la ley. Por ello, el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta.

Para el legislador existe, en principio, un margen de libertad en relación con el procedimiento legislativo y con la determinación del contenido material de la normativa infraconstitucional, puesto que es un órgano auténticamente político que tiene la plena responsabilidad de sus actos. En nuestro régimen constitucional, la Asamblea Legislativa se configura como un órgano de representación del pueblo para cumplir la función de decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias. En esta función inciden criterios de naturaleza predominantemente volitiva y especialmente ético-política, es decir, criterios y valoraciones relativos a aspectos de necesidad, conveniencia, oportunidad, viabilidad, etc., que resultan imprescindibles para que dicho órgano cumpla adecuadamente su misión.

Al momento de dotar de contenido material, por ejemplo, a una disposición secundaria, el Órgano Legislativo puede tomar diversas posiciones y consideraciones, bajo su responsabilidad política y atendiendo a una diversidad de criterios como pueden ser: el orden social, la moral, la economía, la política o simplemente aspectos coyunturales. Esta diversidad de criterios y consideraciones que el legislador puede adoptar en la configuración de las leyes, es lo que la doctrina y la jurisprudencia de este tribunal denomina *libertad de configuración del legislador* o *libertad de formación democrática de la voluntad*. Esa configuración del legislador puede responder a su peculiar interpretación jurídica, lo que siempre le llevará a "legislar en controversia", es decir, bajo la crítica de aquéllos que no estén conformes con las concreciones legislativas, legislación de desarrollo de preceptos constitucionales o simples normas secundarias.

En modo alguno lo anterior significa que el ejercicio de tal libertad implique desconocimiento de los parámetros constitucionales, puesto que la facultad legislativa material no es ilimitada, es más bien *una facultad libre pero dentro del marco constitucional* y, por ende, controlable. Aunque el legislador tiene amplia discrecionalidad

para crear normas, debe tener como marco de referencia los parámetros materiales y procesales constitucionalmente establecidos, especialmente con la limitación que deriva del ámbito en que se ejercen y son protegidos los derechos fundamentales.

El hecho de que los preceptos constitucionales vinculen al legislador supone, en todo caso, que los derechos fundamentales han de ser ejercitados en el ámbito de protección delimitado por aquél, a quien desde luego se le reconoce una habilitación constitucional – no exenta de límites– para condicionar dicho ejercicio con arreglo a una pluralidad de posibles ordenaciones. Es decir que el legislador está facultado para configurar libremente el contenido de las leyes según su voluntad e intereses, debiendo respetar únicamente el marco señalado por la Constitución y mantenerse dentro de los límites de su autoridad constitucionalmente definida y del contenido explícito o implícito de aquélla, sin violar los derechos asegurados por la Ley Suprema.

**IV.** A partir de los argumentos que constan en la demanda, debe analizarse el contenido de los arts. 1, 2 y 246 Cn., para determinar posteriormente si existe un mandato expreso o implícito al legislador para que regule o legisle sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado. En este apartado, en primer lugar es necesario concretar el contenido y alcance del art. 1 inc 2º Cn. (1); luego se analizarán los aspectos pertinentes al caso, del contenido del Art. 2 Inc. 1º Cn. (2); y finalmente se tratará lo relativo al Art. 246 Cn., desde la perspectiva planteada por la pretensión de inconstitucionalidad de los demandantes (3).

**I.** Para la adecuada concreción del contenido del art. 1 inc 2º Cn. hay que considerar los elementos siguientes: la incidencia de la dignidad de la persona humana, como valor constitucional y de la concepción personalista –expresadas en el preámbulo y el art. 1 Cn.–, en el ordenamiento jurídico, así como el papel que ambas desempeñan para la interpretación del sentido de los derechos fundamentales que inciden en el presente caso (A); el sentido global de los derechos fundamentales, según la caracterización que la jurisprudencia de este tribunal ha hecho sobre los mismos (B); y el contenido y alcance del art. 1 inc. 2º Cn., especialmente en lo relativo al derecho a la vida en general y la vida del *nasciturus*, en particular (C).

A. La Constitución es más que su articulado, porque en su trasfondo existe un sistema de valores y principios producto de las tradiciones del constitucionalismo, derivados de la dignidad humana y del principio democrático que informan el contenido de cada disposición constitucional. Éstas, como consecuencia, también tienen un trasfondo valorativo y principialista. Por tanto, es necesario hacer ciertas consideraciones sobre el contenido y alcance del Preámbulo de la Constitución, el cual se considera esencia de la justificación dada por el constituyente respecto del contenido normativo de aquélla. Justificación que permitiría encontrar ciertos criterios que coadyuven a delimitar la interpretación del contenido de las disposiciones objeto de análisis.

Si el constituyente originario es el máximo depositario de la expresión de voluntad soberana, la Constitución democrática es la expresión de la voluntad soberana y el resto de las disposiciones jurídicas valen en virtud de la Constitución. Desde esta perspectiva, los preámbulos constitucionales, como esencia de la justificación dada por el constituyente, son

elementos fundamentales no sólo para la construcción científico-jurídica sino también para la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales. En la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional se considera que los preámbulos no son meros datos, que *no son solo una fórmula de introducción, sino –como afirmó Pérez Serrano– enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional; expone la tendencia y el espíritu de la Constitución y es el preludio donde se contienen los motivos capitales de la Ley Suprema.*

Como síntesis de la máxima decisión del constituyente, por su claridad y precisión, el preámbulo permite captar inmediatamente la totalidad de la Constitución, anticipa el contenido normativo de ésta, pone de manifiesto el sentido último del texto, la relación e interdependencia entre los distintos elementos de la Ley Suprema, los presupuestos filosóficos e ideológicos que obligan a contemplar cada disposición como parte de un todo, e interpretarla en armonía con las otras disposiciones constitucionales para evitar contradicciones.

Dentro de lo que un sector de la doctrina –Lucas Verdú, Canosa Usera– denomina *techo ideológico*, se comprenden claramente los "principios inspiradores", el "espíritu de la Constitución" o la "filosofía de la Constitución". Con dichas expresiones se busca representar las exigencias políticas y justificativas o axiológicas de ideologías que inspiran la decisión suprema. De ahí que las constituciones democráticas sean el resultado del consenso entre diferentes corrientes de pensamiento ideológico reconocidas legalmente en el Estado, con espacio y justificación de acuerdo al orden jurídico vigente. En suma, los objetivos o fines insertos en el Preámbulo forman el complejo dogmático que permanece inalterado mientras subsista la Constitución, y que resulta ser bastante similar en todos los Estados democráticos; aunque, por las exigencias derivadas de cada concreta situación nacional, en algunos casos sus elementos resultan ser diferentes.

Al analizar el texto y contenido del Preámbulo de la Constitución salvadoreña se advierte que la máxima decisión del constituyente se encuentra fundada en la idea de un Estado y una Constitución personalista, en donde la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad. Es una concepción filosófica basada en el respeto a la dignidad de la persona natural, como mecanismo esencial para establecer los fundamentos de la convivencia nacional, para crear una sociedad más justa, fundada en el espíritu de la libertad y la justicia como valores inherentes a una concepción humanista.

El *techo ideológico*, por tanto, de la decisión suprema –filosofía de la Constitución– informa, por una parte, el contenido de todas y cada una de las disposiciones que en su conjunto forman la Constitución y, por otra, la totalidad del ordenamiento jurídico. Es decir, en cada disposición constitucional se encuentran, en mayor o menor grado los elementos orientadores del carácter personalista que el constituyente espera del Estado y la Constitución, elementos que desde la Ley Suprema informan al resto de las normas del ordenamiento jurídico.

A través del Preámbulo y el contenido expreso del art. 1 Cn. se establece que el sentido de la dignidad de la persona humana es la afirmación positiva del pleno desarrollo

de la personalidad de cada individuo, como el valor orientador y legitimador del Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, preliminarmente, puede señalarse que la dignidad de la persona humana presenta un triple significado en su carácter de valor.

En primer lugar, supone el reconocimiento del carácter instrumental o servicial del Estado como orden adecuado a la consecución de fines, que en modo alguno serán transpersonales, metahistóricos o trascendentes, sino como una organización cuyo objetivo es asegurar un tipo de convivencia política congruente con las exigencias derivadas de la dignidad de la persona.

En segundo lugar, la referencia a la dignidad de la persona como encabezado de la declaración de derechos que se contiene en la Constitución, supone la aceptación por ésta de lo que se denomina *idea material del Estado de Derecho*, cuya pretensión no es sólo la de afirmar un ejercicio correcto del poder de parte de sus titulares, de modo que cada actuación proceda del órgano correspondiente, quien ha de actuar dentro de sus competencias y respetando el procedimiento prescrito por el ordenamiento jurídico. Además de ello, el ejercicio del poder debe ser una actuación justificada en la medida en que su contenido se adecue a determinadas exigencias materiales correspondientes a la dignidad de la persona; es decir, una actuación justificada que parte de la base de la adecuada interpretación de la Constitución, bajo la consideración de un contenido material legitimador y justificador del Estado y del ordenamiento jurídico.

Finalmente, la idea de ser humano cuya dignidad se protege y de la que parte el Constituyente, no es la correspondiente a la de un ser aislado sino ligado a un entorno social, obligado por tanto al respeto de las normas jurídicas y a los derechos de los demás. La comprensión constitucional de la dignidad de la persona debe ser la correspondiente a una idea social del orden político, de modo que aparezca como compatible con ella la imposición de límites a los derechos fundamentales y de deberes deducibles de las exigencias de la vida en común.

Desde este triple significado, la dignidad de la persona –aun y cuando es un concepto jurídico indeterminado– permite determinar lo que constituye en toda persona su condición ineludible de tal y cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada a un nivel de estima incompatible con su verdadera naturaleza. O sea que, a pesar de lo abstracto, la dignidad humana impone un contenido a través del cual se excluyen determinadas conductas o actitudes que puedan afectarle. En ese sentido, la dimensión nuclear de ésta ha de entenderse a partir de su alcance efectivo. En consecuencia, *la dimensión nuclear de la dignidad de la persona humana es el mínimo invulnerable y constante, cualesquiera que sea la situación en que se encuentre el individuo, con relación a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en correspondencia consigo mismo y su entorno, que no sea tratado como un objeto o instrumento de parte del Estado o los demás, y que por lo tanto no se le convierta en mera entidad sustituible*, lo que dependerá de las circunstancias históricas o temporales que rodeen el supuesto en particular.

Al reconocer y conferirle grado de valor a la dignidad de la persona humana, en normas de contenido constitucional, se producen ciertas implicaciones. Primero, se ubica en

el más alto rango normativo, lo que supone gozar de una serie de prerrogativas que se concretan por la supremacía constitucional. Segundo, se convierte en una norma definitoria del contenido constitucional, en atención a su capacidad fundante y legitimadora sobre los principios estructurales o axiológicos del tipo de Estado existente, en dos planos, uno impeditivo y otro positivo. Desde el plano impeditivo, es un mandato de respeto a todos los órganos o entes del Estado, al prohibirles la producción de normas o actos con efecto degradante o negativo en el individuo de la especie humana. Desde el positivo, el contenido de la dignidad humana es un verdadero contenido finalista, con capacidad para determinar la orientación de los objetivos o tareas del Estado hacia políticas institucionales favorecedoras del desarrollo de la persona, con el objeto de facilitar su autodeterminación y asegurar la ayuda de los poderes o entes públicos frente a ataques o conductas provenientes de entes de esa naturaleza o sujetos de derecho privado. En tercer lugar, la dignidad humana como valor tiene trascendencia en el ordenamiento jurídico al punto de llevar en última instancia a la sanción penal determinadas conductas que le sean contrarias, así como también a la eventual depuración constitucional –por medio de la jurisdicción constitucional– de normas o actos que se opongan a la misma.

En suma, y como bien afirmaron los demandantes en el párrafo 1.B.a de esta sentencia, "la noción de persona en el texto constitucional no debe identificarse con su equivalente en el Derecho Civil", pues en la Constitución habrá que interpretarlo desde el trasfondo humanista o personalista, el cual es una concepción filosófica en la que la función del derecho es garantizar la libertad de cada individuo, de forma que se le permita realizar libremente sus fines y la función del Estado es organizar y poner en marcha la cooperación social, armonizar los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común.

*B. Sobre los derechos fundamentales, la jurisprudencia de este tribunal ha establecido una caracterización que implica, en primer lugar, el carácter básico de esos derechos, que según la Sentencia de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, significa que los derechos fundamentales constituyen, junto a otras valoraciones, la expresión jurídica de la decisión político-ideológica contenida en la normativa constitucional, según aparece expresamente consignado en el Preámbulo y en el art. 1 Cn. En segundo lugar, de acuerdo a la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 8-97, de 23-III-2001, el concepto derechos fundamentales está referido a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución. Y en tercer lugar, tradicionalmente el término "derecho" es comprensivo de la noción de los llamados derechos subjetivos, conceptuados como facultades concedidas por el ordenamiento jurídico a favor de un sujeto para imponerse coercitivamente a otro u otros, quienes a su vez se encuentran obligados correlativamente a satisfacer sus pretensiones.*

Sin embargo, el que los derechos subjetivos sean facultades de obrar que autorizan a sus titulares para ejercitar y hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales les reconocen, no significa que todas las realidades jurídicas que la Constitución denomina "derechos" constituyen facultades de querer y pretender; es decir, la noción "derecho", en la

vigente Constitución, excede el alcance de derecho subjetivo y equivale a categoría subjetiva protegida por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, los derechos fundamentales presentan una doble dimensión, la subjetiva y la objetiva. La primera implica que están ligados a la dignidad de la persona humana, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad y autodeterminación, son el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del status jurídico del individuo. Ciertamente, la dignidad humana tiene una capacidad moduladora de otros valores, principios, reglas o normas específicas, que entendidas de acuerdo con las exigencias derivadas de la protección de la persona –la obligación del Estado de proveer el mínimo existencial–, no es más que la clara incidencia que la dignidad de la persona tiene en la comprensión, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, al ser los derechos fundamentales, pretensiones o facultades integrantes del *status* básico del individuo, elementos imprescindibles para su desarrollo y proyección inmediata de su dignidad como persona, la relación entre derechos fundamentales y el valor dignidad de la persona muestra dos situaciones muy particulares. Primero, el desarrollo de los derechos fundamentales debe ser entendido como un desarrollo lógico inevitable de la dignidad, bajo las condiciones históricas o políticas de su reconocimiento. Y segundo, el valor dignidad humana fija el contenido esencial de los derechos fundamentales al incidir en su determinación, ya que impone referirse a las exigencias que aquélla reclama en el ámbito de la relación vital, social o política de los derechos y las condiciones en que ha de verificarse la interpretación de éstos, no ya por el legislador o por esta Sala, sino por todos los agentes del ordenamiento. Esa interpretación debe favorecer una comprensión de los derechos que promueva la dignidad de la persona y su consideración como ser libre e igual, capaz de autodeterminación conciente y responsable de la propia vida.

En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales constituyen elementos esenciales del orden jurídico-político general, lo que logran a partir de cuatro aspectos fundamentales: (i) son condición misma de la democracia, la cual debe existir con base en el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales; (ii) son normas competenciales del ordenamiento jurídico, ya que, por una parte, establecen ámbitos inmunes a la actividad pública, espacios protegidos de la intervención estatal que deben ser respetados; y por otra, toda actuación normativa que implique límites al contenido de los derechos está excluida del campo de acción de cualquier sujeto de derecho público, ya que por su trascendencia se reserva al legislador; (iii) en la medida que los derechos fundamentales definen el status jurídico básico del individuo, actúan como un factor de homogeneización de todo el sistema jurídico; y (iv) los preceptos que contienen derechos fundamentales consisten en normas principales que se refieren a todo el ordenamiento; razón por la cual, al encontrarse acogidas en la Constitución se ubican a la cabeza del ordenamiento y son objeto de protección en sus diversas disciplinas.

C. El derecho a la vida se halla regulado de manera expresa en el art. 2 inc. 1º, frase primera, de la Constitución, según el cual "toda persona tiene derecho a la vida...". Ésta Sala en Sentencia de 4-IV-2001, pronunciada en el proceso de Amp. 348-99, ha expresado

que la vida está reconocida en el ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que, por su propia connotación, constituye un presupuesto axiológico esencial vinculado directamente con todos los demás derechos que la Constitución reconoce, por ello se ubica dentro de la Sección Primera, Capítulo I del Título II de la Ley Suprema. Es indispensable observar que los arts. 1 y 2 Cn. se refieren a la vida como un derecho fundamental garantizado a "toda persona" y ésta se reconoce expresamente como "todo ser humano desde el instante de la concepción".

Es claro entonces que, mediante una formulación lingüística que reduce –sin excluir totalmente– el grado de apertura de las cláusulas constitucionales similares en otros ordenamientos, la posición del constituyente salvadoreño define que hay vida humana desde el momento de la concepción. Además, de acuerdo al texto del inciso mencionado, para el constituyente la calidad de persona se tiene desde ese mismo momento, calidad que desde luego no puede ser entendida o interpretada en el sentido que se trata de un sujeto de obligaciones frente al Estado o frente a otros sujetos. El reconocimiento que en la disposición constitucional se hace, es en el sentido de entender que se trata de un nuevo ser de la especie humana, de manera que el Estado y demás sujetos se encuentran obligados a garantizarle la vida desde ese mismo instante. Es decir, se trata de una concepción de persona que fundamentalmente busca la protección de los derechos del *nasciturus* y no en el sentido de reconocerlo como sujeto de obligaciones frente a otros sujetos.

En cualquier caso, respecto de las cuestiones planteadas en este proceso, el texto de la Constitución salvadoreña define expresamente aspectos fundamentales que en otros sistemas jurídicos han suscitado importantes debates, sin llegar necesariamente a soluciones unívocas. Así, la argumentación contenida en la demanda para demostrar el sustento constitucional del derecho a la vida del *nasciturus*, tiene un fundamento explícito en el texto constitucional vigente, lo que permite enfocar el análisis de esta resolución, hacia los otros aspectos que son objeto de concreción interpretativa.

La protección constitucional del derecho a la vida del *nasciturus* se muestra en concordancia con el ideal que se desarrolla en el Preámbulo de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño proclamada la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 20-XI-1959 [Resolución 1389 (XIV)] la cual considera "que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*". Tal instrumento internacional señala además en su principio número cuarto, que el niño tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud y con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención *prenatal* y *postnatal*.

La nueva vida humana ha de ser objeto de protección por el Estado y por sus instituciones. Esta nueva vida es denominada vida humana prenatal, en formación, vida humana dependiente o simplemente vida del *nasciturus*. La expresión "vida prenatal" resulta más idónea que la de "vida en formación", ya que desde un sentido puramente descriptivo del momento en que dicha vida humana se encuentra –anterior al nacimiento–, no esconde una diferencia esencial de valor con el de la vida postnatal –posterior al nacimiento–. *Vida humana lo es, desde el momento de la concepción, con idéntica naturaleza antes y después del nacimiento, en un proceso con saltos únicamente morfológicos, pero no de naturaleza.*

La vida, entonces, constituye un derecho único e invariable, por lo que no puede admitirse que una vida humana valga en sí menos que otra. El reconocimiento del derecho a la vida humana impide caer en inaceptables distinciones cualitativas entre los seres humanos. Pero reconocer el derecho a la vida como tal no permite concluir que ese derecho carece de límites, lo que también resulta inadmisibile.

Como se ha expuesto en el párrafo 1 B a del Considerando I de esta sentencia, los demandantes afirmaron que el derecho a la vida constituye "un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a las restantes libertades y derechos, por la simple circunstancia de que ninguna de ellas puede ser considerada de forma separada de aquel; y la Asamblea dijo –como se ha expuesto en el párrafo 3 del mismo Considerando I– que la vida "se considera el bien jurídico más valioso, ya que es condición indispensable para la vigencia y goce de los demás bienes jurídicos".

Sobre tales afirmaciones es necesario distinguir entre la vida como "existencia" y la vida como objeto del derecho constitucional a la vida. Si bien es cierto, desde la primera perspectiva la vida es un presupuesto para los restantes derechos –y como tal posiblemente no encaje plenamente en el sentido que se le otorga al vocablo "derecho subjetivo" (para Pérez Royo la vida tiene un "carácter de premisa")–, desde la segunda lo que está claro es que no es un derecho que en todos los supuestos deba prevalecer sobre los otros, sino que es necesario hacer una ponderación para cada caso. Sobre todo tomando en cuenta que, luego de la presentación de la demanda se ha realizado la reforma constitucional al art. 1, agregándole un inciso 2º, con lo cual *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; y así debe interpretarse la reforma constitucional.* 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 prevalecer sobre los otros derechos.

2. En el Art. 2 inc. 1º Cn., además del derecho a la vida, se establecen los derechos de: integridad física y moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, a la protección en la conservación y defensa de los derechos, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De entre éstos y partiendo de la argumentación de los demandantes, únicamente se hará referencia –de manera muy breve y con base en la jurisprudencia de ésta Sala– a los derechos de libertad (A), seguridad (B) y a la protección en la conservación y defensa de los derechos (C).

A. Sobre el derecho de libertad, esta Sala en Sentencia de Inc. 17-95, de 14-XII-95, lo relacionó con la dignidad de la persona y afirmó que la Constitución salvadoreña califica de derecho fundamental no solo a determinadas libertades –v. gr. libertad de expresión, libertad religiosa–, sino que también confiere un derecho general de libertad, como se deduce tanto del art. 2 como del art. 8 de la misma Constitución. En ese sentido, para dar contenidos concretos a ese derecho general a la libertad, es indispensable recurrir a la dignidad de la persona humana, contenida en el art. 1 Cn. Al vincular ambos conceptos –

dignidad y libertad– puede afirmarse que en la Constitución salvadoreña subyace una concepción de la persona como ser ético-espiritual que aspira a determinarse en libertad.

También se ha señalado que, aún con su conexión a la dignidad, la libertad no es un derecho absoluto, no se trata de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador formula para la convivencia social, siempre en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. En ese sentido la libertad es restringible, pero al mismo tiempo solo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualesquiera. Es decir que en la Constitución salvadoreña, el derecho general de libertad no otorga una permisión ilimitada a hacer o no hacer lo que se quiera, sino que significa que toda persona puede hacer u omitir en la medida en que razones suficientes – consagración normativa de protección de terceros o de interés general– no justifiquen una restricción a la libertad.

*B.* El derecho a la seguridad, en su dimensión de seguridad jurídica, ha sido caracterizado por la jurisprudencia de esta Sala como un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene éste hacia el gobernado. Se entiende como un deber de naturaleza positiva, traducido no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida. Es decir, para que todos y cada uno de los gobernados tengan un goce efectivo y pleno de sus derechos.

En ese sentido, por seguridad jurídica cabe entender la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Desde esa perspectiva, las condiciones comprendidas en el concepto de seguridad jurídica pueden englobarse en básicamente dos aspectos: la corrección estructural, en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico – exigencia principalmente dirigida a los órganos o entes productores de Derecho–; y la corrección funcional, que comporta la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación.

*C.* Respecto del derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos de la persona, la jurisprudencia de este tribunal –v. gr., Sentencia de Amp. 167-97, de 25-V-99– ha sostenido que la Constitución, acertadamente, desde su art. 2 establece una serie de derechos consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos, abierto y no cerrado, como fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto, es necesario el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite la realización efectiva y pronta. En ese sentido, el constituyente salvadoreño estableció en el art. 2 inc. 1º el derecho a la protección de las categorías jurídicas subjetivas instauradas en favor de toda persona; es decir, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descrito.

Existe una vertiente jurisdiccional del derecho a la protección, mediante la cual se obliga constitucionalmente al Estado salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todas las personas, frente a actos arbitrarios e ilegales que afectan la esfera jurídica de las mismas. Implica la posibilidad que tiene todo ciudadano de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier vulneración inconstitucional en la conservación, defensa, mantenimiento y titularidad de sus derechos. El proceso en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento, como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia.

3. Corresponde ahora hacer algunas consideraciones sobre el contenido y alcance del art. 246 Cn., básicamente en cuanto al significado del principio de inalterabilidad de los derechos y de la garantía del contenido esencial de éstos, regulados en el inc. 1º de dicho artículo.

En primer lugar, es necesario referirse a la diferencia que hay entre regulación legislativa –o configuración– y limitación –o restricción– de los derechos fundamentales, como lo ha establecido abundante jurisprudencia de esta Sala. Ya en la sentencia dictada en el proceso de Inc. 2-92, de 26-VII-1999, esta Sala señaló que la regulación de un derecho no debe implicar la limitación del mismo, pero que la limitación o restricción de un derecho sí supone necesariamente su regulación. La regulación normativa o configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales –a partir de la insuficiencia del que la Constitución les otorga–, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos y sus garantías.

Un derecho constitucional puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales provenientes de aquellos órganos estatales o entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para emitir normas jurídicas. Por otra parte, la limitación o restricción de un derecho, en cambio, supone una regulación e implica la modificación de su objeto o sujetos –elementos esenciales del derecho fundamental– de forma que implica una obstaculización o impedimento para el ejercicio de tal derecho, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional. A diferencia de la regulación, la limitación sólo es susceptible de ser realizada por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa. Si la restricción se hace por disposiciones constitucionales, nos encontramos en presencia de restricciones directamente constitucionales; por el contrario, si se hace por leyes, nos encontramos en presencia de limitaciones legales.

La Constitución vigente no contiene una formulación expresa de los criterios que autorizan al legislador a imponer límites externos a los derechos fundamentales. En ese sentido, a través de la Sentencia de 14-II-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, esta Sala afirmó que las restricciones formuladas por el legislador al derecho general de libertad consagrado en los arts. 2 inc. 1º y 8 Cn. –lo cual puede hacerse extensivo a todos los derechos fundamentales– solo pueden imponerse para asegurar "la convivencia social, en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común".

Sin embargo, es indispensable destacar dos aspectos. En primer lugar, la limitación a los derechos fundamentales debe respetar, a su vez, un límite que consiste en el *principio de proporcionalidad*, en virtud del cual debe constatarse una relación medio-fin entre la limitación del derecho y su justificación, de modo que el "medio" o la limitación cumpla con las características de idoneidad –es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar–, necesidad –es decir, que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo– y que no cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego. En segundo lugar, aunque el Órgano Legislativo y los otros órganos estatales con potestad normativa reconocida por la Constitución, pueden regular o, el primero de ellos, imponer restricciones para el ejercicio de un derecho constitucional, la Ley Suprema prohíbe con carácter general toda regulación que vaya en contra del núcleo de los derechos establecidos por ella, es decir, prohíbe alterar, modificar o destruir la esencia de tales derechos.

Sobre la relación entre estos dos elementos –principio de proporcionalidad y prohibición de alteración del contenido esencial de los derechos fundamentales–, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que "el principio de proporcionalidad se plantea como el mecanismo argumental que determina si un contenido ha sido alterado. Efectivamente, este principio se define esencialmente como una estructura, un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales –de poca densidad normativa– y las concreciones interpretativas sobre las mismas (...) la función del principio de proporcionalidad, en cuanto instrumento metodológico, consiste en fundamentar la determinación de los contenidos normativos o los contenidos vinculantes que se derivan de los enunciados constitucionales, para el Legislador (...) el principio en comento debe ser considerado como un instrumento metodológico para concretar los límites que las propias disposiciones imponen a la acción legislativa, cuando dichos límites aparecen de modo abstracto e indeterminado" (sentencia de inconstitucionalidad 11-2004, de 25-IV-2006).

De esta manera, la determinación de los casos en que una intervención o limitación anula o altera el contenido esencial del derecho fundamental respectivo, es posible mediante el derrotero argumentativo del principio de proporcionalidad, que explicita el debate entre las razones a favor y las razones en contra de la restricción y en el que el resultado depende de las circunstancias concurrentes. El contenido esencial de un derecho se anula o altera cuando su limitación deja de ser proporcionada.

Siempre con relación al art. 246 Cn., como se ha expuesto en el apartado I.1 de esta sentencia, los demandantes afirmaron que en el presente caso, al no haber desarrollo legal de las indicaciones tradicionales del aborto, existe violación a la supremacía constitucional. Ese argumento debe desecharse, pues en todo caso la omisión inconstitucional radicaría en violar el supuesto mandato constitucional de ponderar los derechos en conflicto, de la madre y del *nasciturus*, sobre lo cual no nos hemos pronunciado y que es precisamente la cuestión central del proceso. Decir que se viola la supremacía constitucional porque no se ha cumplido un mandato derivado de dicha supremacía es una argumentación circular, en la que se da por sentado lo que debe ser objeto de demostración y *ya que no es un motivo autónomo, debe sobreseer en el proceso, respecto de la violación al art. 246 Cn.*

V. Sobre la base de lo anterior, en este apartado se analizarán los aspectos centrales de la demanda presentada, es decir, si efectivamente existe o no un mandato o encargo al legislador, para que de manera directa o indirecta legisle sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado (1); si el legislador ha omitido cumplir ese mandato (2); y aclarar algunos aspectos de la argumentación expuesta por los demandantes, que condicionan el alcance de esta sentencia (3).

1. En cuanto al primer aspecto, a partir del contenido de los arts. 1 y 2 Cn., esta Sala considera que dichos preceptos efectivamente se expresan en términos de potenciar la dignidad de la persona y de garantizar el derecho a la vida. Son preceptos que, como los demás de la Constitución, tienen fuerza vinculante para todo órgano o institución del Estado y desde luego para todas las personas. *El Órgano Legislativo salvadoreño se encuentra ante un mandato que de manera implícita se contiene en tales disposiciones, consistente en el deber de legislar y potenciar el contenido de los derechos que se establecen en la Constitución, tanto de la madre como los del nasciturus.*

Como antes se dijo, *existe una clara voluntad del constituyente de extender la protección del Estado a la vida prenatal, voluntad manifiesta en el tenor literal del inc. 2º del art. 1 de la Constitución.* Sin embargo, respecto al período del embarazo, el legislador tiene la obligación de regular además, otros intereses en juego, de los cuales es titular la mujer embarazada como son su salud e integridad física, moral y psíquica, además de su dignidad humana. Y es que, si bien es cierto, como se ha afirmado, la tesis de un "derecho al cuerpo", o "derecho al vientre" de la madre es descartada por la reforma al art. 1 Cn., ello no implica la punición absoluta de todos los abortos, por la libertad de la mujer embarazada y los otros derechos que intervienen. Derechos que también están constitucionalmente reconocidos y que no pueden ser ignorados a la hora de decidir jurídicamente la solución a tan difícil conflicto.

*En definitiva, el mandato constitucional delimitado implica: por una parte, el deber de criminalizar las formas de realización del aborto en la medida que comporta la afectación de un bien jurídico digno de tutela penal. Pero por otro lado, se deben regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre. De este modo, resulta ineludible arbitrar una solución normativa para resolver los casos concretos que puedan acontecer.*

Según se ha expuesto en I.1.C, los demandantes afirman que "el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprometidos en el aborto, el principio de reserva de ley y el principio de proporcionalidad implican un mandato constitucional de legislar sobre dicha materia". Sobre tal afirmación, hay que decir que, en realidad, la exigencia al legislador –de ponderar– deriva de lo que los demandantes llaman "el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprometidos en el aborto" –los de la madre y los del nasciturus– lo cual, en virtud del *principio de concordancia práctica*, implica que no puede sacrificarse un bien constitucionalmente protegido en aras de otro y así se aclara en esta sentencia.

Por otra parte, desde el inicio del proceso, esta Sala se refirió al mandato constitucional cuya existencia sería examinada, en términos distintos a los que contiene la demanda. En

ésta se sostiene que el mandato constitucional al legislador tiene como objeto la regulación expresa de las indicaciones tradicionales del aborto, es decir, un contenido muy cerrado y específico, sin margen de elección entre opciones de configuración normativa. Según se indicó en el considerando III.1, la estimación de la Constitución como orden fundamental y marco abierto para la libre conformación legislativa es la que justifica una delimitación diferente del mandato constitucional alegado, así como la concreción obtenida por esta Sala, en el párrafo anterior, en cuanto al contenido del mandato que la Constitución impone al legislador penal salvadoreño. En cualquier caso, la tesis principal de la demanda trasciende las meras palabras con que se identifique el –entonces– supuesto mandato de legislar y se enfoca al cumplimiento o incumplimiento de éste, a partir de las razones sometidas por la parte actora, como fundamentación de su pretensión.

2. En el Código Penal vigente se puede comprobar con facilidad (artículos 133 al 141) que la protección de las distintas fases de desarrollo de la vida humana, con anterioridad al nacimiento, se articula incluso con una mayor intervención del derecho punitivo, que la que se efectuaba por medio del Código Penal de 1973. En cuanto a la regulación de los casos de conflicto entre los derechos del *nasciturus* y los de la mujer embarazada, ante la ausencia de una disposición expresa es indispensable repasar brevemente las soluciones legislativas y opciones doctrinarias empleadas en el derecho comparado para estos casos, así como el alcance de la opción utilizada por el legislador penal salvadoreño (A), antes de establecer si el legislador salvadoreño ha omitido cumplir el mandato determinado en el párrafo precedente (B).

A. En términos generales, las alternativas de punición del aborto en los casos de colisión de los derechos del *nasciturus* con los de la mujer embarazada son tres: i- *El sistema común de penalización*, en el cual los casos se someten a las reglas comunes de la Parte General del Código Penal, bajo las circunstancias ordinarias que eximen o excluyen la responsabilidad penal –en nuestro caso el art. 27 C. Pn.– . ii- *El sistema o solución de plazos*, en el que se permite el aborto hasta un determinado momento de la gestación, fijado por lo general en las doce primeras semanas del embarazo, con base en la tradicional distinción entre embrión y feto y la idea que la interrupción del embarazo, en los tres primeros meses, acarrea menos peligros para la mujer. iii- *El sistema de indicaciones*, que consiste en exceptuar expresamente la punición del aborto en situaciones como las siguientes: cuando el embarazo ponga en serio riesgo la vida o la salud de la madre o su salud (aborto terapéutico); cuando se presuma que el niño nacerá con graves malformaciones (aborto eugenésico o embriopático); y cuando el embarazo tenga origen en un delito contra la libertad sexual (aborto por razones morales). En las dos últimas circunstancias, la interrupción del embarazo debe practicarse dentro de un período de tiempo legalmente determinado.

En el C. Pn. vigente –de forma distinta al C. Pn. de 1973– no se ha establecido una regulación específica de las llamadas "indicaciones" tradicionales del aborto, ni tampoco se ha optado por una solución conforme al sistema de plazos. En este punto es necesario aclarar que la regulación de ciertos plazos para las indicaciones ética y eugenésica –afirmada por la Asamblea Legislativa, en su informe relacionado en I.3, como argumento contra la omisión acusada en la demanda– se refiere al proyecto de Código Penal y no a la forma en que finalmente se aprobaron las disposiciones pertinentes de dicho cuerpo

normativo. En el Código Penal actual, el legislador ha desechado el sistema de indicaciones porque considera que cada uno de los casos comprendidos en las mismas puede ser resuelto conforme a las eximentes completas del art. 27 C. Pn.

El contenido de esta disposición, de acuerdo con el asunto discutido en este proceso, comprende tanto exenciones del carácter antijurídico del hecho (causas de justificación), como de la responsabilidad personal del autor (causas de inculpabilidad). Tal y como lo establece la dogmática penal, la realización de alguno de los tipos de la parte especial del C.Pn., constituye solamente un indicio del carácter antijurídico del hecho, ya que además es necesario comprobar la no existencia de una causa de justificación. Desde una concepción formal, las causas de justificación son normas que permiten la realización de conductas prohibidas por los tipos penales, haciendo que las realizaciones típicas no sean contrarias al derecho; desde un plano material, son soluciones a conflictos que se producen entre la necesaria vigencia general de las normas de prohibición y la no menos necesaria vigencia excepcional de las normas permisivas, como ocurre por ejemplo con la legítima defensa. Estos "permisos" condicionan el carácter antijurídico del hecho.

El C. Pn. regula cuatro causas de justificación básicas y una derivada: el cumplimiento del deber y ejercicio legítimo del cargo (art. 27 ord. 1º); la legítima defensa (art. 27 ord. 2º); el estado de necesidad (art. 27 ord. 3º); el consentimiento (art. 147 inc. 2º); y la colisión de deberes (art. 27 ord. 6º). Todas ellas responden, de acuerdo a un cierto consenso doctrinal, a los principios de salvaguarda del interés preponderante o en la ausencia del interés, como sucede con el consentimiento.

En cuanto al estado de necesidad, se afirma que tiene aplicación cuando, ante una situación de conflicto entre males de igual o distinta entidad, alguien sólo puede evitar uno de ellos lesionando un bien jurídico o infringiendo un deber. En cuanto al valor de los males o intereses en juego, se ha impuesto la teoría de la diferenciación que distingue entre el estado de necesidad justificante –cuando hay que sacrificar un bien de menor valor para la salvación de otro mayor– y el estado de necesidad disculpante o exculpante –en el que los bienes o los males son valorados como de igual entidad–. Los elementos de la referida causa de exclusión de la responsabilidad penal que deben ser comprobados dentro del proceso penal son: la situación de necesidad: surge la necesidad cuando se produce un conflicto, efectivo, actual, inminente e inaplazable; la alternativa elegida para afrontar el peligro debe ser el único camino posible para la salvación del bien jurídico de igual o mayor valor, so pena de una total destrucción o perecimiento de dicho bien; y la entidad de la reacción del sujeto: la proporcionalidad, es decir que el mal proferido debe ser de menor o igual entidad al que se pretende evitar.

El art. 27 C. Pn. comprende también las excluyentes de la culpabilidad o de la responsabilidad personal del autor, que no eliminan el carácter antijurídico del hecho, sino que dispensan al autor del reproche penal, por carecer éste de las capacidades psíquico-volitivas necesarias para motivarse conforme al mensaje de la norma o por encontrarse en situaciones de alta intensidad subjetiva que le impiden orientar su conducta conforme a ella. La culpabilidad constituye un juicio específico sobre el autor del delito ante el ilícito realizado, por no haber atendido el mensaje motivador de la norma penal que impone el deber de mantener indemne la integridad de los bienes jurídicos. Se excluye la culpabilidad

–la responsabilidad– cuando el autor de un hecho penalmente antijurídico no actúa en condiciones de motivabilidad normal, como sucede con los inimputables y los que obran en un estado de no exigibilidad. La exigibilidad de una conducta distinta implica que el autor del delito cuenta con la capacidad para determinar su voluntad de acuerdo a las exigencias del Derecho.

En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona, pero más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento no puede imponer, salvo en casos determinados, el cumplimiento de sus mandatos. El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho típico y antijurídico, antes que sacrificar su propia vida, su integridad física u otros derechos personalísimos. En estos casos, el hecho no está justificado, pero su autor no es culpable.

B. De las ideas previas surge que las situaciones de conflicto entre los derechos del *nasciturus* y los de la mujer embarazada pueden ser objeto de diversas configuraciones legislativas. Los únicos supuestos en los que estaría ausente una medida legislativa para arbitrar esas colisiones de derechos serían aquellos de penalización absoluta e incondicional del aborto (que anularía los derechos de la mujer embarazada), así como los de despenalización con iguales características (que prácticamente negaría los derechos del *nasciturus*). Dentro de tales extremos hay un campo relativamente amplio para que el legislador adopte soluciones a la problemática del aborto, siempre que esté reconocida la posibilidad de conflicto entre los derechos fundamentales citados y que se regule una medida destinada a la resolución de esas colisiones.

También se ha verificado que el sistema común de penalización adoptado por el Código Penal de 1997, vigente en la actualidad, reconoce la posibilidad de conflicto entre los derechos del *nasciturus* y los de la madre en los supuestos de aborto y que, a diferencia del sistema de las indicaciones expresamente reguladas, dispone la aplicación de las causas generales de exención de responsabilidad penal, como alternativas para la determinación judicial del conflicto. La postura adoptada en el C.Pn. permite resolver el conflicto jurisdiccionalmente, desde la óptica de las causas de justificación como de las excluyentes de la culpabilidad, *conforme a los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto*. Con una interpretación amplia de las eximentes del estado de necesidad e inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho, se pueden solventar los casos que se presenten.

De cualquier modo, tanto la alternativa del sistema común, como la de las indicaciones o la de los plazos, resultan vías de solución que dependen de los criterios político-criminales que orientan la labor legislativa y, a menos que se demuestre una infracción constitucional, dicho elenco de medidas constituye un ámbito de libre configuración para el legislador. Por ello, después de una revisión de la normativa que podría estar relacionada con el tema de las indicaciones, esta Sala considera que respecto al delito de aborto, *al tomar la opción del sistema común de penalización, el legislador salvadoreño no ha omitido cumplir el mandato constitucional de regular una solución del conflicto entre los derechos constitucionales de la mujer y los del nasciturus*.

3. Es necesario aclarar que la tesis principal de la demanda radica en la supuesta omisión de cumplir con un mandato constitucional –que esta Sala delimitó en el sentido de legislar sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado–. Sin embargo, además de sostener la inconstitucionalidad de la inexistencia de una regulación determinada, los demandantes añadieron dos argumentos sobre la supuesta inconstitucionalidad de la regulación existente (el art. 27 C.Pn.): los derechos de igualdad y de seguridad jurídica de la mujer embarazada.

Como se ha expuesto en el párrafo 1.C.a del Considerando I de esta sentencia, los demandantes afirman que la mujer embarazada, en los casos de aborto tradicionalmente indicado, se encuentra en una situación fáctica totalmente distinta a la de cualquier otra persona que se enfrente a una de las causas de exclusión de responsabilidad penal que regula el art. 27 del C. Pn., porque hay una "tremenda peculiaridad que representa el hecho de que los intereses fetales solo pueden desarrollarse en el interior de la embarazada, que es la portadora de su vida. Se trata de una dualidad en la unidad, son dos seres distintos, pero un cuerpo soporta el otro". Concluyen, por tanto, que, "en los casos de aborto tradicionalmente indicado, la mujer se encuentra en una situación de hecho totalmente desigual a la de cualquier otra persona ante una causa de exclusión de la responsabilidad penal, y por tanto, dicha situación desigual merece un trato también desigual o diferenciado, incompatible con la regulación genérica del art. 27 del C. Pn."

Sobre tales afirmaciones se considera que los demandantes no han establecido que el *tertium comparationis*, o término de comparación planteado, tenga la suficiente entidad para justificar una regulación *ad-hoc* o específica, de este posible conflicto de derechos. Como se dijo en la sentencia de inconstitucionalidad 10-2005, de 15-III-2006, el término de comparación se integra de diversos elementos y para un adecuado análisis de supuestas violaciones al derecho de igualdad es indispensable la aportación suficiente de los argumentos que permitan identificar dicho término. Un elemento factual, de hecho o puramente descriptivo es insuficiente, si no se demuestra la relevancia jurídica de las distinciones o similitudes alegadas, sobre todo con relación a la finalidad y la perspectiva de comparación, para concluir que la diferenciación es arbitraria o, como en este caso, que la equiparación legislativa carece de fundamento objetivo y razonable. Los demandantes se limitan a afirmar que el conflicto entre los derechos de la mujer y el *nasciturus* tiene un contenido psicológico y emocional especialmente aflictivo, que no concurre en los demás casos regulados por las causas generales de exclusión de responsabilidad penal, pero no completan la argumentación necesaria sobre el término de comparación alegado, en la forma antes expresada. En consecuencia, *respecto de este argumento deberá sobreseerse en la presente sentencia*.

En la demanda también se sostiene que "en el plano de las tradicionales indicaciones del aborto" "la dogmática penal presenta serias fisuras, por tratarse de una cuestión muy polémica" y que al remitirse al Art. 27 C.Pn. "sin regularlas expresamente, su efectiva aplicación está librada a una heterogeneidad de criterios interpretativos que no es congruente con el derecho a la seguridad jurídica de la mujer embarazada". Este argumento no puede aceptarse, en primer lugar, porque el número de posibles conflictos con los derechos fundamentales de la mujer, no se limita a los que se tutelan mediante las indicaciones tradicionales (por ejemplo: libertad ambulatoria, libre determinación de la

madre, condiciones económicas precarias o "cuarta indicación"). Además, incluso en los países donde se han regulado expresamente, las indicaciones generan interpretaciones jurídicas dispares con relación a su naturaleza jurídica, sus alcances y requisitos.

Ello demuestra que tanto si se regularan expresamente en el C.Pn. vigente, como si se acude a una excluyente genérica de responsabilidad penal, será ineludible una actividad de argumentación jurídica conforme al estado actual de la dogmática penal y de la teoría del delito, cuyo *corpus* teórico ofrece diversas posibilidades de solución de los casos. Más bien, para la argumentación de este motivo, los demandantes se fundamentan en una proyección subjetiva y particular de hipótesis aplicativas de la norma, sin confrontar propiamente el contenido de ésta con el parámetro de constitucionalidad, como lo requiere la naturaleza abstracta del control concentrado que se realiza en este proceso. En consecuencia, *respecto de este argumento también deberá sobreseerse en la presente sentencia.*

En definitiva, este Tribunal ha determinado que no existe la omisión inconstitucional en los términos planteados por los demandantes. Por otra parte, la posibilidad que la configuración legislativa sobre estos casos afecte esencialmente el contenido de alguno de los derechos enfrentados, sólo puede analizarse dentro de los límites definidos por una pretensión de inconstitucionalidad. En atención a la libertad de configuración del legislador y de las circunstancias del caso presentado, el examen del cumplimiento de un mandato constitucional de legislar debe circunscribirse a los términos en que dicho mandato haya sido concretado por este Tribunal y a los argumentos que se hayan planteado, válidamente, como vicios de inconstitucionalidad de la regulación producida para obedecer dicho mandato. Además, la desestimación de la inconstitucionalidad alegada no significa excluir las alternativas que existen frente a la medida elegida por el legislador, como tampoco un cierre definitivo en pro de esta última – que puede ser cambiada por la propia configuración legislativa–, sino sólo la contestación a un determinado alegato de inconstitucionalidad, presentado por los demandantes.

**VI.** No obstante declararse que no existe la inconstitucionalidad por omisión señalada por los demandantes, es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

El análisis que se ha realizado hasta el momento en la presente sentencia gira alrededor de cómo resolver los posibles conflictos entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la madre cuando tales conflictos ya se han judicializado, cuando ya están en conocimiento del juez penal. Pero es sabido que un principio básico que rige al Derecho Penal es la idea de que la intervención punitiva del Estado debe ser la última *ratio*, después de haber agotado otros mecanismos menos gravosos para la protección de los bienes jurídicos.

El art. 27 del C. Pn. es una forma de cumplir el mandato constitucional establecido por la Sala en el Considerando V 1 de la presente decisión: por una parte, el deber de criminalizar las formas de realización del aborto en la medida que comportan la afectación de un bien jurídico digno de tutela penal, pero por otro lado, regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre.

Pero es una forma incompleta, porque el art. 27 del C. Pn. sólo operaría frente a una conducta consumada, de manera que de forma preventiva la posible controversia no podría ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de la indicación del aborto. Es decir que, parcialmente existe una omisión por parte del legislador *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.*

Para dar total cumplimiento al mencionado mandato constitucional, el legislador debería emitir la normativa jurídica correspondiente en la cual legisle sobre las circunstancias que *extra proceso penal* deben concurrir en las indicaciones del aborto. Y es que, como afirma Hans Hoachim Hirsch, en la problemática sobre la interrupción del embarazo no es la legislación la que desempeña el rol central; se trata más bien de un problema socio-político general. En consecuencia, quien trate de contener los abortos, ha de ver su tarea principal en la remodelación de las correspondientes medidas socio-políticas: por un lado *han de jugar un papel destacable las medidas de prevención de los embarazos no deseados –sobre todo en el sector de la población más vulnerable, p. ej., adolescentes– y, por otro, deben crearse posibilidades reales que eviten que la embarazada aborte precipitadamente ante un conflicto personal que no pueda ser resuelto por otra vía.*

Para reducir la incuantificable cifra negra de estos delitos de manera efectiva, se requiere otro tipo de medidas como pueden ser la asistencia psicológica y la ayuda social, o la implementación de los denominados *centros de asesoramiento*, medida implementada en el derecho comparado, los cuales, al ser establecidos por el legislador, se integran por personal multidisciplinario, quien debe orientar de forma competente a las embarazadas que tengan diferentes dificultades personales, además de estar provistos de medios económicos y logísticos suficientes para que en el caso de que sea necesario, prestar una eficaz ayuda financiera, social y familiar. Tal propuesta se fundamenta en la obligación del Estado de asegurar la protección y desarrollo de los titulares de derechos constitucionales puestos en conflicto recurriendo a la utilización del Derecho Penal como *ultima ratio* en su resolución.

Medidas como las señaladas –u otras que pudieran ser consensuadas con los diferentes sectores sociales nacionales– deben permitir, más allá del castigo penal, coordinar una protección integral de vida humana intrauterina, con una ayuda igualmente eficaz en el caso de la embarazada, mejorando con ello la forma en que la sociedad salvadoreña resuelva sus conflictos sociales.

Y ello no implicaría que ésta Sala autorice la despenalización total del aborto, porque éste es en principio contrario al contenido esencial de la Constitución, es decir, a la parte de ese contenido relativo a los derechos fundamentales. Lo que implica es que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a establecer dentro de la normativa jurídica, el ente estatal al que otorgará la competencia para conocer y decidir de la situación planteada, los requisitos que deban cumplirse así como las condiciones en las que ha de decidirse si determinada indicación procede o no, de manera previa a la judicialización penal del conflicto. *Utilizar únicamente como vía de solución el proceso penal es otra irresponsabilidad de un Estado que sólo atiende los efectos de los problemas sociales y no sus causas.*

En consecuencia, si bien se ha desestimado la pretensión de los demandantes, en el sentido que el mandato constitucional advertido por los demandantes y corroborado por esta Sala tiene cumplimiento a partir del contenido del art. 27 C. Pn., tal disposición sólo puede operar dentro de la estructura del proceso penal, es decir, consumada la acción.

Por ello es que el legislador tiene la libertad para considerar la posibilidad de regular, dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad que un conflicto entre los derechos de la madre y los del *nasciturus* sea resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectará uno o varios derechos se haya consumado.

Por tanto

Con base en las razones expuestas en los Considerandos anteriores, disposiciones constitucionales citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

*Falla:*

1. *Sobreséese* en el presente proceso en cuanto a la supuesta violación a los derechos de seguridad jurídica y de igualdad –arts. 2 y 3 Cn.– en que incurriría el Código Penal, emitido por D. L. n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. n° 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, al regular mediante el sistema común de penalización las llamadas indicaciones tradicionales del aborto, pues los demandantes no expusieron la fundamentación necesaria para una confrontación internormativa entre el objeto y el parámetro de control, ni establecieron que el criterio de comparación planteado justifique una regulación *ad hoc* de los posibles conflictos entre los derechos de la madre y los del *nasciturus*.

2. *Sobreséese* en el presente proceso por la supuesta violación a la supremacía constitucional –art. 246 Cn.–, en que incurriría por omisión el Código Penal; pues este motivo argumentado por demandantes no es un motivo autónomo que justifique un pronunciamiento de fondo.

3. *Declárase* que en el D. L. n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. n° 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, que contiene el Código Penal, *no existe la inconstitucionalidad por omisión alegada* por los ciudadanos Roxana Ivonne Martí Montalvo y José Fernando Marroquín Galo, en virtud de que el contenido del art. 27 de dicho cuerpo normativo, permite conocer y decidir, dentro del proceso penal, sobre las indicaciones del aborto, no existiendo por tanto contravención, en los términos planteados en este proceso, a los arts. 1 y 2 de la Constitución.

4. *Notifíquese* la presente decisión a todos los intervinientes en el presente proceso.

5. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial del Estado. ---A. G. CALDERON---J. N. CASTANEDA S.---J. ENRIQUE ACOSTA---M. CLARÁ---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---S RIVAS DE AVENDAÑO---RUBRICADAS

**Voto particular de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés:**

I. En primer lugar aclaro que formulo voto particular y no voto disidente, porque, en principio, estoy de acuerdo con la *ratio decidendi* de la anterior sentencia, en cuanto a que la reforma producida al art. 1 Cn. considera el derecho a la vida desde la concepción y descarta interpretaciones como que la mujer tiene "derecho al propio cuerpo", o "al propio vientre", lo cual me parece muy razonable.

Acertadamente, el tribunal evade las concepciones maniqueas y fundamentalistas – en todo caso contrarias al espíritu pluralista de la Constitución– que mencionó el Presidente de la República en funciones al contestar el informe que se ordenó conforme a lo previsto por el art. 7 L. Pr. Cn., y que corre agregado en folios 20 al 26 de este proceso, para las cuales la exclusión de cualquier clase de aborto del ámbito penal, es considerada como un aval a la práctica del aborto, o, en cambio, la no regulación de las figuras tradicionales de abortos justificados es una afrenta a los derechos de la mujer (véase la parte I 4 C de la sentencia).

Porque es evidente que en nuestro país la vida del *nasciturus* está protegida fundamentalmente por la Constitución, y para ese fin el Estado debe utilizar todos los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico le permite. Pero también, la vida del *nasciturus* y la de la madre, pueden entrar en conflicto en un momento dado, y ante la posibilidad de que se produzca tal acontecimiento, la solución correcta a tal colisión sería la ponderación, a cargo de quienes deberían determinar en cada caso concreto la tutela real y efectiva esos bienes jurídicos confrontados.

Es decir, estoy de acuerdo en que la vida del *nasciturus*, así entendida, debe sujetarse a la ponderación que debe realizarse cuando se produce conflicto con los derechos de la madre, ponderación que corresponde hacer al juez respectivo, utilizando las reglas que le proporciona el art. 27 del Código Penal.

II. Sin embargo, la deficiencia medular que advierto en la fundamentación del fallo radica en la omisión -intencionada o no advertida- del análisis relativo a la incidencia del principio de proporcionalidad para determinar el cumplimiento o no del mandato legislativo de ponderar que deriva de los arts. 1 y 2 de la Constitución.

Todo el análisis que se hace en la sentencia gira alrededor de cómo resolver los posibles conflictos entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la madre *cuando tales conflictos ya se han judicializado, es decir, cuando ya están en conocimiento del juez penal*. Pero es sabido que un principio básico que rige en el Derecho Penal parte de la idea de que la intervención punitiva del Estado debe ser la última *ratio*, después de haber agotado otros mecanismos que también van encaminados a la protección de los bienes jurídicos, en este caso la vida.

Al determinar que mediante el art. 27 del C. Pn. se pueden resolver las mencionadas colisiones, se concluye que sólo de manera parcial existe eficacia del mandato constitucional por parte del legislador; ya que -por una parte-, existe el deber de sancionar las formas de realización del aborto en la medida que comportan la afectación de un bien jurídico tutelado, pero -por otro lado-, deban regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre.

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

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

Y es que, como afirma la misma sentencia citando a Hans Hoachim Hirsch, en la problemática sobre la interrupción del embarazo no es la legislación la que desempeña el rol central; se trata más bien de un problema socio-político general. En consecuencia, quien trate de contener los abortos, ha de ver su tarea principal en la remodelación de las correspondientes medidas socio-políticas: por un lado *han de jugar un papel destacable las medidas de prevención de los embarazos no deseados –sobre todo en el sector de la población más vulnerable, p. ej., adolescentes– y, por otro, deben crearse posibilidades reales que eviten que la mujer embarazada aborte precipitadamente ante un conflicto personal que no pueda ser resuelto por otra vía*.

Así también, me interesa -como lo dice la sentencia- reafirmar que la incuantificable cifra negra de estos delitos será reducida de manera efectiva por otro tipo de medidas como pueden ser la asistencia psicológica y la ayuda social, o como la creación de los denominados *centros de asesoramiento*, medida implementada en el derecho comparado, los cuales, al ser establecidos por el legislador, se integran por equipos multidisciplinario - ejemplo Alemania, Italia, entre otros-, quienes debe orientar de forma competente a las mujeres embarazadas que tengan diferentes dificultades personales, además de estar provistos de medios económicos y logísticos suficientes para que en el caso de que sea necesario, prestar una eficaz ayuda financiera, social y familiar. Tal propuesta se

fundamenta en la obligación del Estado de asegurar la protección y desarrollo de los titulares de derechos constitucionales puestos en conflicto recurriendo sólo a la ley penal como la decisoria y última alternativa válida capaz de ponerle fin a la controversia.

Medidas como las señaladas –u otras que pudieran ser consensuadas con los diferentes sectores sociales nacionales– deben permitir, más allá del castigo penal, coordinar una protección integral de vida humana intrauterina, con una ayuda igualmente eficaz en el caso de la mujer embarazada -políticas de protección y estabilidad en el trabajo, salud, educación, centro de desarrollo infantil, permisos de lactancia-, mejorando con ello la forma en que la sociedad salvadoreña resolvería sus conflictos sociales. Y ello no implicaría que ésta Sala promueva la defensa del aborto, porque –insisto lo dicho al inicio de mi voto– aquél es en principio contrario al contenido esencial de la Constitución, es decir, a la parte de ese contenido relativo a los derechos fundamentales.

Lo que implica mi posición es que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a establecer dentro de la normativa jurídica, el ente estatal al que otorgaría la competencia para conocer y decidir de la situación planteada, los requisitos que deban cumplirse así como las condiciones en las que ha de decidirse si determinada indicación procede o no, de manera previa a la judicialización penal del conflicto. *Utilizar únicamente como vía de solución el proceso penal es una desacertada salida de un Estado que sólo atiende los efectos de los problemas sociales y no sus causas.*

En consecuencia, si bien la pretensión de los demandantes ha sido desestimada, en el sentido que el mandato constitucional por ellos advertido y corroborado por esta Sala tiene cumplimiento a partir del contenido del art. 27 C. Pn., tal disposición solo puede operar dentro de la estructura del proceso penal, es decir, consumada la acción. Por ello es que el tribunal ha debido extender, a mi criterio, la sentencia a una declaración de que, si existe, inconstitucionalidad por omisión por parte del legislador al no haber regulado dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad de que en un conflicto entre los derechos de la madre y los del *nasciturus* el mismo pueda ser resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, se debió declarar que *existe una violación a la Constitución por no haber determinado la legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectare uno o varios derechos se haya consumado.*

En síntesis, **defiendo el derecho a la vida prenatal, pero el tratamiento o solución del aborto no puede ser sólo punitivo.** Deber ser esencialmente preventivo y materializarse también en una política educacional que permita a la mujer valorarse en sus diversos roles: de trabajadora, profesional, madre, etc., con capacidad para diseñar su propio proyecto de vida, respetándose a sí misma y a los derechos de los demás. Las posiciones radicales en el abordaje de esta problemática, impiden todo dialogo que pueda conducir a encontrar respuestas honradas y coherentes con la defensa de la vida. .---- **V. DE AVILES-----**  
**PROVEIDO POR LA SEÑORA MAGISTRADA QUE LO SUSCRIBE-----S.**  
**RIVAS DE AVENDAÑO-----RUBRICADAS**