

67-2010

Inconstitucionalidad.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las quince horas del día trece de abril de dos mil once.

Analizada la demanda presentada por los ciudadanos Víctor Hugo Mata Tobar, Mayra Ivonne Polanco Mejía, Laura Mercedes Herrera, Alicia Margarita Rivas Lemus, Luz Verónica Salazar Beltrán, Patricia Isabel Olmedo Alas, Claudia Liseth Pérez, Gertrudis Rivera Rivera, Jorge Armando Menjívar Zamora, Wendy Guadalupe Villalta Sarmiento, Verónica Marisol Flores Pérez, María Eva Martínez Menjívar, Morena Soledad Herrera Argueta, Cándida Rosa Gutiérrez Linares, Rosa María Hernández Sosa, Carmen Mariana Moisa, Amanda Isabel Quijano Herrera, Sara Beatriz García Gross, Claudia Elizabeth Hernández de Molina, Angélica María Rivas Monge, Aida Maricela González González, Rosa María Menjívar Peraza y Mariela Epifanía Quintanilla Cerros, mediante la cual solicitan se declare la inconstitucionalidad –por vicio de contenido– del artículo 133 del Código Penal –C.Pn.–, cuerpo legal emitido mediante el Decreto Legislativo n° 1030 de 26-IV-1997 y publicado en el Diario Oficial n° 105, Tomo 335 de 10-VI-1997; se hacen las siguientes consideraciones:

I. 1. Uno de los motivos de inconstitucionalidad que la parte actora plantea, se fundamenta sobre la noción de derechos fundamentales: sus límites y configuración legislativa.

Al respecto, los demandantes afirmaron que en nuestra Constitución todas las personas tienen derechos fundamentales, hasta el embrión o feto, dado que son considerados seres humanos desde el momento de la concepción -art. 1 Cn.-, y el legislador ha regulado o definido la prohibición de su destrucción en el art. 133 del C. Pn.

Por supuesto -agregan- que los derechos fundamentales que este embrión o feto están sujetos a los límites que les impone la Constitución, en cuanto a su ejercicio e igualdad de disfrute, y deben ser configurados por el legislador sin alterar su esencia. Pero igualmente, la mujer que lo aloja en su seno también tiene derechos fundamentales que tampoco pueden ser alterados por el legislador cuando los regula o limita.

Lo peculiar -afirman- del art. 133 C. Pn. es que el legislador ignora a la mujer que aloja en su seno al embrión o feto, al restringir en forma absoluta toda interrupción del embarazo. No contempla ninguna excepción que pueda beneficiar a la mujer en situaciones especiales que afecten su vida y libertad.

En consecuencia -sostienen-, el motivo en que descansa la inconstitucionalidad del art. 133 C. Pn. es por el exceso en la restricción o limitación del derecho a la libertad, vida, privacidad y de la prohibición de infligir tratos crueles inhumanos o degradantes a la mujer que aloja en su seno al embrión o feto, con o sin su consentimiento. Argumento que pasaron a desarrollar en los estancos que implica el *test* de proporcionalidad, como se resume a continuación.

A. En relación con el *examen de idoneidad* los peticionarios se cuestionan sobre si la limitación que hace el art. 133 C. Pn es idónea o útil para alcanzar el fin del legislador -proteger el derecho del embrión o feto-.

Al respecto señalan que nadie discute la importancia de proteger la vida del embrión o feto, que -como toda persona, según la Constitución- debe estar protegida en sus derechos fundamentales. Por tanto, sí es justo restringir o limitar los derechos de la mujer.

B. En cuanto al *examen de necesidad*, los demandantes sostienen que el legislador tiene que demostrar en su razonamiento que la restricción de los derechos fundamentales de la mujer no podía alcanzarse con otra medida igualmente adecuada, pero que no implicase una limitación menos severa, es decir, que no se afectaran tan radicalmente sus derechos fundamentales.

Para ahondar en su alegato, los actores examinan otras vías menos gravosas e igualmente idóneas: calificar el delito de aborto como un delito menos grave o permitir excepciones al aborto (opciones sobre las cuales los demandantes también exponen sus ventajas prácticas, sociales y jurídicas).

C. En relación con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, los demandantes sostienen que hay que analizar si la intensidad de la intervención del legislador es proporcional a los intereses del bien que se busca proteger. Bajo esta inteligencia -dijeron-, no sería proporcional una intervención del legislador que destruyera unos derechos fundamentales para proteger otros.

En esa línea, los demandantes sostienen que si solo se sacrifica a la mujer (situación actual en el art. 133 C. Pn.) hay una clara desproporción: sufrimiento, peligro de muerte, abandono familiar, sobre todo de las mujeres más pobres; si se sacrifica al embrión o feto: liberalismo y hedonismo exagerado que ofendería a la sociedad actual.

Por lo anterior, solicitan se declare la inconstitucionalidad del referido art. 133 C.Pn. por entrar en contradicción frontal y directa con el artículo 246 de la Constitución de la República, en lo que se refiere a la proporcionalidad de la sanción punitiva que se adosa a la descripción típica del aborto consentido y propio.

2. A. El otro motivo de inconstitucionalidad está relacionado con la supuesta violación al principio de igualdad. Luego de exponer las nociones pertinentes sobre la igualdad jurídica, afirman que en el art. 133 C. Pn., en sentido negativo, todas las mujeres reciben igual trato ante la ley si están embarazadas, es decir, a todas se les castiga por igual si abortan.

El término de comparación en este caso -sostienen- opera entre las mujeres que sienten la necesidad de abortar por razones comprensibles y las que no. El legislador no está tomando en cuenta la diferencia específica de las primeras.

B. Asimismo, los demandantes agregaron que si el Estado permite abortar a las mujeres embarazadas -que por cualquier circunstancia de las señaladas- siente la necesidad de hacerlo, esto sería congruente con la finalidad de justicia que tiene la Constitución con respecto a todas las personas.

Si sufre una mujer un atentado contra su vida o una invasión a su privacidad es protegida por la ley; sin embargo, si esta misma mujer sufre un atentado a su libertad sexual y le produce un embarazo, o si el embrión se ha alojado fuera de su útero y provocaría la muerte si no es destruido, o si seguramente cuando nazca el resultado del embarazo tendrá una enfermedad o deformación grave, esta mujer no es protegida.

C. A lo anterior agregaron que, cuando la ley no justifica excepciones al aborto en las situaciones mencionadas, no es congruente con el fin del Estado, a unas personas las trata diferente que a otras que están en la misma situación. A las mujeres que quieren interrumpir su embarazo por causas justas, les da el mismo trato que a las mujeres que están felices con su embarazo.

D. Finalmente sostuvieron que la igualdad exige siempre una proporción entre la consecuencia jurídica (trato preferencial de la ley en ciertas circunstancias) frente a la consecuencia de hecho y la finalidad de la justicia. Esta proporción -sin embargo- no se observa en el trato que se le da a la mujer que quiere interrumpir su embarazo por razones atendibles. Si el art. 133 C. Pn. permitiera las excepciones al aborto, este trato diferente sería razonable y proporcional.

A pesar que la Constitución reconoce el derecho a la vida, a la privacidad, a la libertad, a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes, al igual que cualquier persona en la República, no le impone al embrión o feto, ni al resto de la sociedad la obligación y el deber de respetar tales derechos cuando la mujer es violada o tiene un embarazo ectópico.

II. Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por los demandantes, esta Sala efectuará algunas consideraciones con la finalidad de delimitar adecuadamente los aspectos

de la pretensión sobre los cuales se observan ciertas imprecisiones que pudieran imposibilitar el control de constitucionalidad solicitado.

I. A. Tanto el razonamiento relativo a la protección de los derechos fundamentales de la madre contemplados en el art. 1 de la Constitución, como el relativo a la no existencia de causales de justificación o exculpación específicas en la parte especial de un Código Penal, tienen como base un mismo argumento: la no regulación de las eximentes específicas en materia del delito de aborto en la parte especial del Código Penal, y que de acuerdo con los demandantes debió hacerse en el art. 133 del estatuto punitivo.

No es la primera vez que esta Sala conoce de una petición de esta naturaleza y con relación a la misma materia. En la sentencia de 20-XI-2007 –Inc. 18-98– se sostuvo una pretensión similar en cuanto una omisión del legislador de regular tales supuestos especiales de estado de necesidad, pero en la cual los demandantes sostenían que debía ser regulada bajo el sistema de indicaciones.

En la decisión mencionada, esta Sala afirmó que el legislador tiene un margen de elección entre diversas opciones de configuración normativa sea bajo el sistema de plazos, el de indicaciones o el de sistema común de penalización cuyas excepciones se encuentren en la parte general del Código Penal.

En la misma decisión se dijo que desde la *norma normarum* se impone el deber de criminalizar las diversas formas en que pueda ocurrir un aborto voluntario doloso cometido por la propia madre o con asistencia de otros, en la medida que comporta un bien jurídico digno de tutela penal; pero por otro lado, también se impone el de regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre. Y -se afirmó- tal solución normativa se encuentra regulada en el ámbito del estado de necesidad justificante y exculpante como elección del legislador salvadoreño.

En consecuencia, no existe tal omisión en la medida que se arbitra con carácter general una forma omnicomprendiva no sólo para este tipo de conflictos, sino también de otros con bienes jurídicos de igual o distinta jerarquía.

B. En la misma sintonía se encuentra la pretensión de los demandantes, en el sentido que el art. 133 C.Pn. se muestra incompleto al no regular el sistema de indicaciones en la descripción de la conducta típica y por tal motivo resulta contrario, tanto al principio de igualdad como al de proporcionalidad.

Es evidente -como se enuncia en la referida sentencia- que la decisión legislativa por cualquier sistema de penalización en materia de abortos es un marco que compete a las valoraciones político criminales y político sociales que rigen en un país en un determinado

momento histórico. Y que al menos en El Salvador se ha optado por un sistema: el de penalización común con las excepciones generales. Tal decisión es competencia propia del Legislador como representante de la voluntad popular y en dicho seno de carácter democrático es donde habría que postularse el cambio de la regulación por otros sistemas como el de plazo o el de las indicaciones o una mixtura entre ambos.

Sin embargo, no puede argüirse falta de complitud de la disposición legal impugnada cuando la misma no satisface la visión de cada persona sobre cómo debe ser la manera más adecuada de regular un sector de la realidad social y ello deba entenderse necesariamente como una omisión legislativa.

Tal tesis no puede prosperar en la medida que la solución para arbitrar tales conflictos existe en el art. 27 C.Pn. el cual puede ser fácticamente relacionado con el art. 133 C.Pn. mediante el procedimiento interpretativo de la auto-integración, como se expuso en la decisión antes citada.

Por lo anterior, siendo entonces que los argumentos esgrimidos con relación a los arts.1, 3 y 246 de la Constitución, descansan sobre una petición que ya fue resuelta anteriormente por este Tribunal –la regulación del sistema de indicaciones en materia de abortos– corresponde declarar improcedente la pretensión bajo tales parámetros de control.

2. A. En cuanto al motivo de inconstitucionalidad que se enfoca sobre la *proporcionalidad de la pena* del delito de aborto consentido y propio, en tanto que -por un lado- *existen medidas menos lesivas* para los derechos a la libertad, vida, privacidad y de la prohibición de infligir tratos crueles inhumanos o degradantes sobre la mujer embarazada; y, por el otro, el delito es un *límite abstracto y genérico* -que no admite precisión o distinción- de los derechos a la libertad, vida, privacidad y de la prohibición de infligir tratos crueles inhumanos o degradantes sobre la mujer embarazada; se tiene lo siguiente:

Este argumento, si bien parte de una proporcionalidad de la pena -cuyos límites mínimos y máximos de pena de prisión oscilan de dos a ocho años-, sugiere una violación a la *proporcionalidad* de la tipificación del delito de aborto, pues se toma como límite abstracto, con respecto al cual existen medidas menos lesivas; no se trata -entonces- de una impugnación de la pena, sino de la tipicidad del art. 133 C. Pn.

Este salto argumental tiene notables repercusiones en cuanto al tipo de control que se propone; pues, si bien la proporcionalidad en general se deslinda en los tres *subprincipios* desarrollados por los actores, en el ámbito penal este análisis se debe hacer desde una triple vía: desde la *lesividad*, desde la *culpabilidad* del autor y desde los fines *resocializadores* de la pena.

Cada uno de estos aspectos delimita la potestad punitiva del legislador en varias exigencias: la *elección del bien jurídico*, la *capacidad del individuo de motivarse* por la norma punitiva y la intensidad de la pena en términos de *resocialización*.

B. Cuando el argumento de inconstitucionalidad se plantea como violación al principio de proporcionalidad, los demandantes incurren en la necesaria consideración de la medida (inicialmente la pena) como una limitación a los derechos a la libertad, vida, privacidad e integridad física de la mujer embarazada (objeto restringido) para la consecución de un fin (protección de otro bien jurídico).

Ahora bien, sobre ello hay que hacer notar que no es la pena la que restringe los derechos de la mujer embarazada, es la misma *tipificación general y abstracta* -según los demandantes- que restringe las posibilidades de acción de la mujer embarazada, pues no distingue aquellos supuestos de hecho en los que la vida, la libertad sexual, la privacidad o integridad física de la mujer estén en juego también.

Es decir, si la impugnación versara sobre la *pena*, el derecho restringido sería la *libertad personal* de quien es condenado y la proporcionalidad de la primera se evaluaría en relación con sus fines resocializadores o el principio de lesividad.

En ese sentido, enjuiciar la constitucionalidad de la tipificación del delito de aborto como si se tratara de una restricción a los derechos de la mujer embarazada, implicaría un análisis distinto a la necesidad de la pena, en tanto que respecto de ésta siempre habrá medidas menos lesivas a considerar por el legislador.

C. Por tanto, la incorrección argumental advertida en este motivo de inconstitucionalidad lo hace coincidir con el anteriormente rechazado; pues pretende impugnar la falta de plenitud de la disposición legal impugnada al no satisfacer la visión de cada persona sobre cómo debe ser la manera más adecuada de regular un sector de la realidad social y ello deba entenderse necesariamente como una omisión legislativa.

Ello, como se dijo antes, no puede prosperar en la medida que la solución para arbitrar tales conflictos existe en el art. 27 C.Pn. el cual puede ser fácticamente relacionado con el art. 133 C.Pn. mediante el procedimiento interpretativo de la auto-integración como se expuso en la mencionada sentencia.

A lo que también se agrega que la decisión legislativa por cualquier sistema de penalización en materia de abortos es un marco que compete a las valoraciones sociales y de política criminal que rigen en un país en un determinado momento histórico, que no pueden ser sustituidas por esta Sala.

Por tanto, debe declararse la improcedencia de la pretensión contenida en la demanda que nos ocupa, en relación con la violación a los arts. 1, 3 y 246 Cn., ya que los

argumentos esgrimidos descansan sobre una petición –la omisión de regular normativamente el sistema de indicaciones en materia de abortos– que ya fue resuelta anteriormente por este Tribunal.

II. Con base a las consideraciones anteriores y en virtud de los artículos 6 ordinal 3° y 18 -aplicado analógicamente- de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala RESUELVE:

1. Declárase improcedente la pretensión contenida en la demanda presentada por los ciudadanos Víctor Hugo Mata Tobar, Mayra Ivonne Polanco Mejía, Laura Mercedes Herrera, Alicia Margarita Rivas Lemus, Luz Verónica Salazar Beltrán, Patricia Isabel Olmedo Alas, Claudia Liseth Pérez, Gertrudis Rivera Rivera, Jorge Armando Menjívar Zamora, Wendy Guadalupe Villalta Sarmiento, Verónica Marisol Flores Pérez, María Eva Martínez Menjívar, Morena Soledad Herrera Argueta, Cándida Rosa Gutiérrez Linares, Rosa María Hernández Sosa, Carmen Mariana Moisa, Amanda Isabel Quijano Herrera, Sara Beatriz García Gross, Claudia Elizabeth Hernández de Molina, Angélica María Rivas Monge, Aida Maricela González González, Rosa María Menjívar Peraza y Mariela Epifanía Quintanilla Cerros, mediante la cual solicitan se declare la inconstitucionalidad –por vicio de contenido– del artículo 133 del Código Penal –C.Pn.–, por la supuesta violación a los arts. 1, 3 y 246 Cn., ya que los argumentos esgrimidos en la demanda descansan sobre una petición –la omisión de regular normativamente el sistema de indicaciones en materia de abortos– que ya fue resuelta anteriormente por este Tribunal.

2. Notifíquese.

---J. B. JAIME---F. MELÉNDEZ---J. N. CASTANEDA S.---R. E. GONZÁLEZ B.---
PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---E.
SOCORRO C.---RUBRICADAS.