



Hora: 10:40

Recibido el: 24 FEB 2022

SECRETARÍA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TELÉFONO 22718888, FAX 2281-0781

D.R.

San Salvador, 18 de febrero de 2022.

Respetable
Asamblea Legislativa
Presente.-

ASUNTO: Se comunica resolución de
inconstitucionalidad Ref. 18-98.

Oficio No. 458.-

Ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se inició el proceso de inconstitucionalidad con referencia 18-98, promovido por los **ciudadanos Roxana Ivonne Martí Montalvo —ahora Roxana Ivonne Martí de Galo— y José Fernando Marroquín Galo**, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad por omisión del Código Penal, por no contener las indicaciones tradicionales del delito de aborto, mandato que supuestamente derivaba de los artículos 1, 2, 3 y 246 de la Constitución; proceso en el cual se emitió sentencia definitiva a las 8:20 horas del 20/11/2007.

En el aludido proceso, la Sala de lo Constitucional emitió resolución de seguimiento, a las 9:30 horas del 20/12/2021, la cual se remite íntegramente fotocopiada.

En dicha resolución, entre otros aspectos, se dispone lo siguiente:

“1. *Sin lugar* la petición de los ciudadanos Elsy Merari Argueta, Juan Carlos Lovo Barahona, Patricia Ivette Guardado Flores, Sandra Carolina Mena Ugarte, Saúl Arquímides Cáceres Celis, Verónica Irene Soto de Hernández y Xiomara Hildebrandia Argueta Bermúdez, en el sentido de conferirles intervención procesal y de ordenar a la Asamblea Legislativa que despenalice ciertas indicaciones del aborto.

2. *Sin lugar* la petición de la Ministra de Salud, en el sentido de que se le conceda intervención en este proceso como un tercero y que se ordene a la Asamblea Legislativa que reforme el Código Penal para que se despenalicen ciertas indicaciones del aborto.

3. *Sin lugar la petición de seguimiento* en los términos en que fue argumentado el supuesto incumplimiento por parte de la ciudadana Roxana Ivonne Martí de Galo —antes Roxana Ivonne Martí Montalvo—. La razón es que la decisión pronunciada es una sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria, de manera que no contiene ningún mandato dirigido al legislador, sino solo una sugerencia de perfectibilidad normativa.

4. *Tome nota* la secretaría de este Tribunal del lugar para oír notificaciones señalado por la Ministra de salud, la demandante y los ciudadanos Elsy Merari Argueta, Juan Carlos

Lovo Barahona, Patricia Ivette Guardado Flores, Sandra Carolina Mena Ugarte, Saúl Arquímedes Cáceres Celis, Verónica Irene Soto de Hernández y Xiomara Hildebrandia Argueta Bermúdez.

5. *Notifíquese* a todos los intervinientes y a los demás ciudadanos a cuyas peticiones se ha dado respuesta mediante la presente resolución.”

Lo que comunico para los efectos legales correspondientes.

DIOS UNIÓN LIBERTAD

René Arístides González Benítez
Secretario de la Sala de lo Constitucional
Corte Suprema de Justicia.-



Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las nueve horas treinta minutos del veinte de diciembre de dos mil veintiuno.

Agréganse los escritos presentados: (i) el 9 de abril de 2018, por los ciudadanos Elsy Merari Argueta, Juan Carlos Lovo Barahona, Patricia Ivette Guardado Flores, Sandra Carolina Mena Ugarte, Saúl Arquímedes Cáceres Celis, Verónica Irene Soto de Hernández y Xiomara Hildebrandia Argueta Bermúdez, mediante el cual solicitan a este Tribunal que ordene a la Asamblea Legislativa que despenalice ciertas indicaciones del aborto; (ii) el 10 de abril de 2018, por Roxana Ivonne Martí de Galo, demandante de este proceso, mediante el cual pide que esta Sala emita resolución de seguimiento de la sentencia pronunciada el 20 de noviembre de 2007; y (iii) el 8 de mayo de 2018, por la Ministra de Salud de aquel entonces, en el que pide que se le conceda intervención en este proceso como un tercero y que se ordene a la Asamblea Legislativa que reforme el Código Penal para que se despenalicen ciertas indicaciones del aborto.

El presente proceso constitucional fue iniciado por los ciudadanos Roxana Ivonne Martí Montalvo (ahora Roxana Ivonne Martí de Galo) y José Fernando Marroquín Galo, a fin de que esta Sala declarara la inconstitucionalidad por omisión del Código Penal¹, por no contener las indicaciones tradicionales del delito de aborto, mandato que supuestamente derivaba de los arts. 1, 2, 3 y 246 Cn.

I. Orden temático de la presente resolución.

En virtud de las peticiones antes mencionadas, se estima necesario explicar: (II) el contenido relevante de la sentencia pronunciada en este proceso; (III) resolver la procedencia de los escritos presentados; (IV) la facultad de seguimiento por parte de la Sala de lo Constitucional; y por último, (V) realizar el examen del cumplimiento de la sentencia.

II. Contenido relevante de la sentencia pronunciada en este proceso.

1. Como se dijo, en este proceso se pidió que se declarara la inconstitucionalidad por omisión del Código Penal, por no contener las indicaciones tradicionales del delito de aborto, mandato que supuestamente derivaba de los arts. 1, 2, 3 y 246 Cn. La sentencia dictada el 20 de noviembre de 2007 resolvió la cuestión y, en su parte resolutive, dispuso lo siguiente: “Declárase que [...] 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 [del Código Penal] 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”.

¹ Contenido en el Decreto Legislativo n° 1030, de 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial n° 105, tomo 335, de 10 de junio de 1997.

2. Sin embargo, la sentencia aludida no solo dispuso lo transcrito en el párrafo precedente. En el considerando VI, este Tribunal afirmó que “si bien se ha desestimado la pretensión [...] 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 [del Código Penal], tal disposición solo 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”.

Esto es consecuente con lo que se sostuvo al resolver el problema jurídico, pues en dicho considerando (el número V, previo a las consideraciones agregadas en el VI) se afirmó que las alternativas de punición del aborto en los casos de colisión de los derechos del *nasciturus* con los de la mujer embarazada son el sistema común de penalización, el de solución de plazos y el de indicaciones, y que “después de una revisión de la normativa que podría estar relacionada con el tema de las indicaciones, [se consideraba] 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*”.

III. Resolución de procedencia de los escritos presentados.

1. En el escrito de 9 de abril de 2018, los ciudadanos Elsy Merari Argueta, Juan Carlos Lovo Barahona, Patricia Ivette Guardado Flores, Sandra Carolina Mena Ugarte, Saúl Arquímides Cáceres Celis, Verónica Irene Soto de Hernández y Xiomara Hildebrandia Argueta Bermúdez piden que esta Sala ordene a la Asamblea Legislativa que despenalice ciertas indicaciones del aborto. Sin embargo, a criterio de este Tribunal, dicha petición debe ser declarada sin lugar con base en las razones que se desarrollarán a continuación.

En primer lugar, los peticionarios no son parte en este proceso de inconstitucionalidad, por lo que no poseen una calidad actual que les permita efectuar peticiones como la que han realizado. En segundo lugar, en los precedentes constitucionales se ha sostenido que la intervención en dichos procesos solo puede autorizarse a: (i) los *amicus curiae*; (ii) ciertos funcionarios —órgano-persona— que por sus atribuciones son aplicadores de la normativa impugnada en virtud de la institución que representan; y (iii) personas que pudieran ser afectadas de forma individual y directa por la sentencia². Pues bien, dichos ciudadanos no encajan en ninguna de esas categorías y, de hecho, no han pedido que sean catalogados como alguno de estos intervinientes, sino que se han limitado

² Sentencia de 29 de julio de 2015, inconstitucionalidad 65-2012 AC.

a requerir la ejecución de la sentencia con base en su “interés legítimo [...] como médicos a quienes [les] corresponde atender a mujeres que requieren practicar la interrupción del embarazo no punible [...] a la luz de la sentencia”. En tal sentido, no han solicitado constituirse en *amicus*, no son funcionarios aplicadores y tampoco son terceros que resulten afectados por la sentencia de modo individual y directo, pues esta abarca a todo el cuerpo médico, no solo a uno o unos profesionales de salud individualizados.

Por último, en la jurisprudencia constitucional se ha señalado que el seguimiento de las decisiones que pronuncie esta Sala solamente puede ser iniciado de oficio o a petición de parte³. Pero, debido a que los peticionarios no son parte en este proceso, así como tampoco tienen la calidad de intervinientes en alguna de sus distintas modalidades —y no poseen las cualidades necesarias para serlo—, no tienen legitimación para realizar este requerimiento. En consecuencia, *esta petición se deberá declararse sin lugar*.

2. En lo que respecta al escrito de 8 de mayo de 2018, presentado por la Ministra de Salud de aquel entonces, en el que pide que se le conceda intervención en este proceso como un tercero y que se ordene a la Asamblea Legislativa que reforme el Código Penal para que se despenalicen ciertas indicaciones del aborto, este Tribunal considera que dicha funcionaria carece de una de las condiciones indispensables para que se permita que intervenga como tercero: ser un funcionario que por sus atribuciones se constituya en aplicador directo de la normativa sobre el aborto. Dado que en la sentencia dictada en este proceso se sostuvo que el legislador optó por el sistema común de penalización y que por tal razón no existía la omisión inconstitucional alegada, eso significa que la disposición que sirve para cumplir el mandato es el art. 27 del Código Penal.

Vistas así las cosas, resulta que tal disposición penal no es directamente aplicable por el Ministro de Salud ni por el personal médico de dicho ministerio, sino por los jueces o magistrados que conozcan de procesos penales en los que se alegue cualquiera de las excluyentes de responsabilidad penal reguladas en ella (por ej., abortos por conflicto entre la vida de la madre y el *nasciturus* en donde concurren la no exigibilidad de otra conducta o los estados de necesidad⁴). Esto, debido al principio de exclusividad de la jurisdicción (art. 172 Cn.), que supone que la facultad de resolución de conflictos sea atribuida a un único cuerpo de jueces y magistrados independientes e imparciales⁵. Una exigencia que conlleva dicho principio es que la potestad jurisdiccional, en la fase de declaración —juzgar— y ejecución —hacer ejecutar lo juzgado—, sea atribuida como monopolio a los miembros que

³ Auto de 6 de febrero de 2015, inconstitucionalidad 43-2013.

⁴ En la sentencia dictada en este proceso se aludió expresamente a ambas excluyentes de responsabilidad penal. Respecto de la primera se sostuvo que “[e]l 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”. Sobre la segunda, se dijo que “se afirma que tiene aplicación cuando, ante una situación de conflicto entre males de igual o distinta entidad, alguien [solo] puede evitar uno de ellos lesionando un bien jurídico o infringiendo un deber”.

⁵ Sentencia de 14 de diciembre de 2020, inconstitucionalidad 159-2015 AC.

integran el Órgano Judicial, vedando a los demás órganos del Gobierno la asunción de las funciones jurisdiccionales⁶.

En tal sentido, se incurrió en un error al haberse pedido la intervención procesal con base en el carácter de funcionario que por sus atribuciones es aplicador directo de la normativa sobre el aborto. Si bien es cierto que el Ministerio de Salud y su personal tienen una labor imprescindible en materia de salud pública, en el tema en particular que nos ocupa se trata de una excluyente de responsabilidad penal que no puede ser definida con antelación a un proceso penal. Y, en dichos procesos, es un juez o magistrado quien en última instancia determina si se presenta alguna de esas causas de exclusión. Por tal razón, *esta petición se deberá declarar sin lugar*.

3. Por último, en relación con el escrito de 10 de abril de 2018, suscrito por la ciudadana Roxana Ivonne Martí de Galo, demandante de este proceso, mediante el cual pide que esta Sala emita resolución de seguimiento de la sentencia pronunciada el 20 de noviembre de 2007, se estima que es procedente analizar dicha petición, por lo que deberá admitirse. Por tanto, en los considerandos que siguen se analizará el fondo de lo pedido con el fin de dar una respuesta justificada a dicha ciudadana.

IV. Facultad de seguimiento por parte de la Sala de lo Constitucional.

1. El art. 172 inc. 1º Cn. prevé que corresponde al Órgano Judicial la potestad de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucionales [...]”. En muchos países, las cláusulas constitucionales que tienen una redacción como esta sirven como base para reconocer la atribución para ejecutar todas las resoluciones que pronuncian los tribunales. De igual forma, es un punto común que los tribunales constitucionales poseen la competencia para dar seguimiento y ejecutar las decisiones que toman, como manifestación de su función jurisdiccional y de la obligación de los órganos de Estado de cumplir con ellas. En El Salvador, la postura de este Tribunal ha sido que la competencia de esta Sala para establecer si sus decisiones han sido cumplidas o no por sus destinatarios es una función inherente a la potestad jurisdiccional que la Constitución le atribuye⁷.

De igual forma, se ha dicho que dentro de las facultades de ejecución que posee esta Sala está incluso la de invalidar normas o actos posteriores a una sentencia que contradigan su contenido⁸. En tal sentido, la facultad de ejecución supone la atribución para verificar que mediante nuevas normas o actos no se intente crear el mismo estado de cosas y/o normativo que la sentencia suspendió o invalidó. Esto, con el fin de preservar la Constitución y el uso adecuado de las competencias constitucionales o legales que corresponden a todos los órganos creados por ella⁹.

⁶ Sentencias de 19 de abril de 2005 y 8 de diciembre de 2006, inconstitucionalidades 46-2003 y 19-2006, por su orden.

⁷ Auto de 6 de febrero de 2015, inconstitucionalidad 43-2013.

⁸ Auto de 26 de julio de 2017, inconstitucionalidad 42-2012 AC.

⁹ Sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013.

2. Lo dicho significa que es el propio Tribunal quien decide cómo se ejecutará la sentencia; quién es el ente o funcionario obligado a cumplir; en qué plazo deberá hacerlo; los actos que deberá ejecutar para cumplir tal cometido; y hasta qué momento se tendrán por satisfechos los mandatos derivados de ella. De manera que ningún funcionario o particular puede arrogarse la atribución de dictaminar cuándo se ha cumplido una sentencia pronunciada por esta Sala, ampliar o restringir el sentido y alcance de la ejecución, o señalar los cursos de acción que deben seguirse para el cumplimiento de la sentencia. Asimismo, este Tribunal está habilitado para enjuiciar la constitucionalidad de cualquier disposición, resolución, acto, vía de hecho o inactividad que posea una conexión directa con lo que ha sido juzgado y suponga el incumplimiento de lo resuelto, sin necesidad de iniciar un proceso constitucional posterior, ya bien a petición de parte o de oficio¹⁰.

V. Examen del cumplimiento de la sentencia.

1. En el considerando II de la presente resolución se describió el contenido relevante de la sentencia pronunciada en este proceso. Ahora corresponde determinar si la Asamblea Legislativa ha cumplido con los supuestos mandatos derivados de ella. En su escrito, la ciudadana Roxana Ivonne Martí de Galo sostuvo que esta Sala determinó en dicha sentencia que existe una inconstitucionalidad por omisión parcial por parte del legislador, debido a que no reguló, con carácter previo y no como resultado de un proceso penal, el modo de resolver la controversia entre los derechos de la madre y el *nasciturus*. Pero, con base en argumentos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la peticionaria también ha pedido que esta Sala ordene a la Asamblea Legislativa, como resultado del seguimiento, que despenalice como mínimo las siguientes indicaciones: (i) cuando la vida o la salud de la mujer estén en riesgo; (ii) cuando la mujer haya sido víctima de violación o incesto; y (iii) cuando exista un diagnóstico de inviabilidad fetal.

2. En primer lugar, este Tribunal advierte que el caso resuelto en la sentencia versaba únicamente sobre el aborto cuando la vida de la mujer esté en riesgo. Es decir, solamente se decidió el supuesto de conflicto entre la vida de la madre y el *nasciturus*. En ese sentido, las peticiones de que se ordene a la Asamblea Legislativa la despenalización de las indicaciones cuando la mujer haya sido víctima de violación o incesto y cuando exista un diagnóstico de inviabilidad fetal superan el alcance de la sentencia pronunciada. Esto es relevante en la medida en que en la jurisprudencia constitucional se ha señalado que “este tribunal no podrá modificar el contenido de lo decidido ni abrir un nuevo debate sobre lo ya resuelto, ni extender la ejecución más allá de lo resuelto”¹¹.

En igual sentido, como una mera referencia, el art. 560 inc. 1° del Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria al proceso de inconstitucionalidad¹², prevé que

¹⁰ Auto de 7 de agosto de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC.

¹¹ Auto de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citado. En un sentido similar, auto de 26 de septiembre de 2016, inconstitucionalidad 43-2013.

¹² Véase el auto de 13 de mayo de 2020, inconstitucionalidad 40-2020.

“[e]l título de ejecución determina los límites de la actividad para darle cumplimiento, y por consiguiente son nulas las actuaciones de ejecución forzosa que se extiendan a cuestiones sustanciales que no hubieran sido decididas en el proceso correspondiente o que contradigan el contenido del título”. Como se advierte, ni jurisprudencial ni legalmente se admite que una ejecución amplíe los términos de lo decidido, pues ello supondría generar consecuencias jurídicas y realizar consideraciones o valoraciones que no estuvieron sujetas a debate procesal, en detrimento de los derechos de audiencia y defensa de algunos sujetos procesales. Por tanto, respecto de las dos indicaciones del aborto mencionadas, *la petición de seguimiento se deberá declarar sin lugar*.

3. A. En línea con lo antedicho, resta examinar si se ha incumplido con la sentencia por no haberse previsto la despenalización de la indicación del aborto cuando la vida o la salud de la mujer estén en riesgo. Al respecto, el argumento central de la demandante es que esta Sala determinó en la sentencia de este proceso que existe una inconstitucionalidad por omisión parcial por parte del legislador, debido a que no reguló, con carácter previo y no como resultado de un proceso penal, el modo de resolver la controversia entre los derechos de la madre y el *nasciturus*. Sin embargo, esta es una aserción descontextualizada, porque lo dicho en el considerando VI de la sentencia, donde se sostuvo que el legislador parcialmente ha omitido la regulación del tema, no es más que una serie de consideraciones posteriores a la decisión real del caso —que no existía la inconstitucionalidad alegada—, contenida en el considerando V. Por lo anterior, la sentencia no contuvo ninguna especie de mandato que deba ser cumplido por el Órgano Legislativo.

B. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso indicar que en la sentencia se afirmó —también en el considerando VI— que “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”. Sin embargo, el término “debería” es el condicional simple del modo indicativo del verbo “deber”, por lo que su significado implica una acción o situación hipotética. Por el contrario, el término “deberá” es el que posee contenido prescriptivo, en tanto futuro simple del modo indicativo del verbo “deber”. Aunque estas diferencias lingüísticas parezcan irrelevantes, no lo son, ya que la distancia entre “debería” y “deberá” es la misma que media entre una sugerencia y un mandato.

Partiendo de lo anterior, es posible afirmar que la parte de la sentencia que ha sido citada por la actora la convierte en una sentencia de inconstitucionalidad exhortativa por constitucionalidad precaria. En esta clase de decisiones, el tribunal constitucional considera que el objeto de control es constitucional, pero que puede dejar de serlo o no resulta del todo satisfactorio de acuerdo con la Constitución, por lo que insta al legislador para que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, usualmente orientando su contenido. Esto implica que: (i) se trata de una sentencia formalmente desestimatoria; y (ii) el contenido exhortativo es una sugerencia o recomendación, no una orden, pues la

inconstitucionalidad en puridad no existe, aunque la norma es constitucionalmente perfectible.

En consecuencia, si la sentencia emitida en este proceso no contiene ningún mandato dirigido al legislador, no cabe la posibilidad de argumentar alguna clase de incumplimiento, puesto que ello sería conceptualmente contradictorio. Por tanto, *se deberá declarar sin lugar la petición de seguimiento* en los términos alegados por la ciudadana Roxana Ivonne Martí de Galo.

Por tanto, con base en las razones expuestas y el artículo 172 inciso 1° frase 2ª de la Constitución, esta Sala **RESUELVE**:

1. *Sin lugar* la petición de los ciudadanos Elsy Merari Argueta, Juan Carlos Lovo Barahona, Patricia Ivette Guardado Flores, Sandra Carolina Mena Ugarte, Saúl Arquímides Cáceres Celis, Verónica Irene Soto de Hernández y Xiomara Hildebrandia Argueta Bermúdez, en el sentido de conferirles intervención procesal y de ordenar a la Asamblea Legislativa que despenalice ciertas indicaciones del aborto.

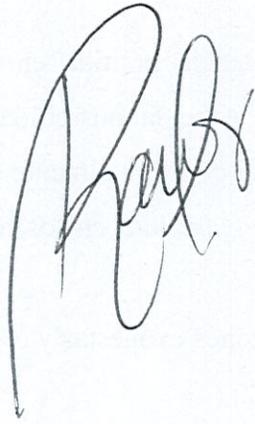
2. *Sin lugar* la petición de la Ministra de Salud, en el sentido de que se le conceda intervención en este proceso como un tercero y que se ordene a la Asamblea Legislativa que reforme el Código Penal para que se despenalicen ciertas indicaciones del aborto.

3. *Sin lugar la petición de seguimiento* en los términos en que fue argumentado el supuesto incumplimiento por parte de la ciudadana Roxana Ivonne Martí de Galo —antes Roxana Ivonne Martí Montalvo—. La razón es que la decisión pronunciada es una sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria, de manera que no contiene ningún mandato dirigido al legislador, sino solo una sugerencia de perfectibilidad normativa.

4. *Tome nota* la secretaría de este Tribunal del lugar para oír notificaciones señalado por la Ministra de salud, la demandante y los ciudadanos Elsy Merari Argueta, Juan Carlos Lovo Barahona, Patricia Ivette Guardado Flores, Sandra Carolina Mena Ugarte, Saúl Arquímides Cáceres Celis, Verónica Irene Soto de Hernández y Xiomara Hildebrandia Argueta Bermúdez.

5. *Notifíquese* a todos los intervinientes y a los demás ciudadanos a cuyas peticiones se ha dado respuesta mediante la presente resolución.

...NUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. P. R.', written in a cursive style.