

Género y Justicia Constitucional en América Latina

Rocío Villanueva Flores¹

A diferencia de la noción de sexo, que centra su atención en el cuerpo y en la naturaleza, la noción de género enfatiza la mentalidad y la cultura². La categoría “género” sirve para analizar las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Lo que la distinción entre sexo y género busca poner en evidencia es que una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra las implicancias que culturalmente se asigna a esas diferencias³. Por ello se afirma que “el mal llamado *problema de la mujer* es en realidad un problema social que involucra no sólo a los sujetos en tanto individuos aislados sino a las relaciones entre ellos y al sistema del que forman parte”⁴. El sistema sexo/género es sustancialmente un producto de la cultura y no de la biología humana o de la selección natural⁵.

Las construcciones sociales se expresan, entre otros, en roles, espacios y atributos. Los roles de género son las funciones que el grupo social asigna a los varones y a las mujeres, basadas en actitudes y expectativas sobre la forma de ser, sentir y actuar de unos y otras en las distintas esferas de la vida familiar, sexual, reproductiva, política o productiva. Para actuar los roles se identifican espacios masculinos y femeninos. Por lo general el ámbito público (la calle, la política) se asocia a lo masculino mientras que el privado (la casa) con lo femenino.⁶ Hay también atributos o características de personalidad que se suelen identificar con los roles. De esta forma, se consideran atributos femeninos la dulzura, la delicadeza, la debilidad, la emoción, el sacrificio, la renuncia, la inclinación por el cuidado de otros, la inclinación por las tareas domésticas y manuales o la menor capacidad para la abstracción. En cambio, lo masculino se asocia a la agresividad, a la fuerza, el egoísmo, a la competitividad, a la razón, a una mayor capacidad de abstracción, entre otros⁷.

El sistema jurídico también ha servido para reforzar estos roles, espacios y atributos socialmente asignados a las personas sobre la base del sexo. El ejemplo más sencillo está dado por los Códigos Civiles que, por ejemplo, asignaban la administración de los bienes de la sociedad conyugal al cónyuge varón, lo facultaban para fijar el domicilio conyugal, etc. Empero, una de las consecuencias de los procesos de reforma constitucional llevados a cabo en América Latina ha sido la consagración del principio de igualdad y no discriminación, y la consecuente derogación de normas como las señaladas⁸. Sin embargo, y a pesar de tales cambios, no es extraño que los principales problemas constitucionales sobre los derechos de las mujeres, hayan servido para cuestionar roles, espacios y atributos asignados a hombres y a mujeres sobre la base del sexo. Estos problemas son mucho más complejos pues no tienen

¹ Profesora de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú.

² Chalesworth Hilary y Chinkin Cristine, *The Boundaries of International Law. A feminist analysis*, Melland Schill Studies in International Law, Juris Publishing, Manchester University Press, Manchester 2000, pág. 4.

³ Jaramillo, Isabel Cristina, “La crítica feminista al Derecho”, en West Robin, *Género y Derecho*, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000, pág. 29.

⁴ Ruiz Bravo, Patricia, “Una aproximación al concepto de género”, en *Sobre género, derecho y discriminación*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Defensoría del Pueblo, Lima, 1998, págs. 133-134.

⁵ Steiner Henry y Alston Philip, *International Human Rights in Context, Law Politics Morals*, Oxford University Press, Segunda Edición, Oxford, 2000, pág. 408.

⁶ *Ibidem*, pág. 138.

⁷ *Ibidem*, pág. 139, Jaramillo, “La crítica feminista...”, op. cit., pág. 29.

⁸ Ngaire Naffine señala que la tarea de derogar las normas discriminatorias por razón de sexo constituyó la primera fase de la teoría feminista sobre el Derecho, véase Barnett Hilaire, *Sourcebook on Feminist Jurisprudence*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 1997, págs. 76-77.

que ver con la existencia de normas que expresamente discriminan a las mujeres. Es más bien la aplicación de normas jurídicas, formalmente neutras, la que tiene efectos discriminatorios⁹.

El presente artículo tiene por objeto citar algunas resoluciones de las Cortes Constitucionales, Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, es decir de los órganos encargados del control constitucional en América Latina, de las que se desprende un cuestionamiento a los roles, espacios y atributos mencionados. Excepto en un caso, tales resoluciones se han expedido como consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad.

Como se apreciará, el concepto de género no ha sido utilizado expresamente como categoría de análisis. Sin embargo, en la mayoría de los casos, a partir de las resoluciones es posible advertir cómo el sistema jurídico puede contribuir a eliminar las diferencias socialmente atribuidas a hombres y a mujeres. Si bien no hay que sobreestimar el poder del Derecho, pues no opera solo en el cambio social, no es menos cierto que “la ley posee un único poder transformador, al menos en la regulación superficial de las relaciones en una sociedad, cuando no el poder de alterar la conciencia al interior de la sociedad”¹⁰.

1. VIOLENCIA FAMILIAR

La casa ha sido tradicionalmente un espacio femenino. Por lo tanto, durante muchos años las violaciones a los derechos de las mujeres que se producían en dicho ámbito, no merecieron atención alguna por parte del Estado.

En la década de los noventa¹¹ en diversos países latinoamericanos fueron expedidas normas para combatir la violencia familiar¹². Ello evidencia, al menos formalmente, el compromiso de los estados para combatirla. Teniendo en cuenta que algunos estudios demuestran por qué la eficacia de estas disposiciones puede ser limitada¹³, es importante que la justicia constitucional contribuya a eliminar disposiciones que restringen la protección de las víctimas de violencia familiar.

Perú

El 19 de diciembre de 1996, el Defensor del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 337° del Código Civil¹⁴. Dicho código, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 295, entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

El citado artículo establecía lo siguiente:

“La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges”.

⁹ Sobre la diferencia entre discriminación directa e indirecta véase Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, págs. 63-82.

¹⁰ Barnett Hilaire, *Sourcebook on Feminist ...*, op. cit, pág. 81.

¹¹ La primera norma en América Latina para combatir la violencia familiar fue aprobada en Puerto Rico en 1989.

¹² Una relación completa sobre las normas latinoamericanas en materia de violencia familiar puede encontrarse en De Espinosa Cevallos Elena, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2001, págs. 169-170.

¹³ Véase *Discriminación sexual y aplicación de la ley*, volumen I, Derecho Civil, Defensoría del Pueblo, Lima, junio 2000, e, Informe Defensorial N° 61 “Violencia familiar en el Callao. Análisis de la actuación estatal”. Defensoría del Pueblo, Lima, febrero, 2002.

¹⁴ Artículo 203° de la Constitución.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:
3. El Defensor del Pueblo.

Este artículo está ubicado en el Capítulo Primero (Separación de Cuerpos) del Título IV (Decaimiento y Disolución del Vínculo) de la Sección Segunda (Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia) del Código Civil. De conformidad con el artículo 355° del Código Civil el artículo 337° también es aplicable a los procesos de divorcio.

Debe señalarse que el ponente del Libro de Familia del Código Civil, doctor Héctor Cornejo Chávez, no era favorable a la separación de cuerpos o al divorcio. Su opinión al respecto se aprecia en la exposición de motivos y comentarios al Código Civil de 1984, en la que expresamente señalaba:

“El ponente es contrario a la separación por mutuo disenso (...). El ponente desea dejar constancia expresa de su posición también contraria al divorcio (...). Consecuentemente con ella, no plantea innovación alguna que contribuya a robustecer la figura o ampliar sus alcances”¹⁵.

De esta forma, el Código Civil de 1984 no sólo no incorporó disposición alguna que permitiera ampliar los alcances del divorcio, sino que introdujo –en relación al Código Civil de 1936- nuevas restricciones a dicha institución¹⁶. Era claro que la finalidad de la ley era restringir la separación de cuerpos y el divorcio. En consecuencia, se trataba de determinar si dicha finalidad podía ser legítimamente alcanzada estableciendo que durante el proceso judicial el juez debía apreciar las causales de violencia física y psicológica (sevicia), injuria grave y conducta deshonrosa, teniendo en cuenta la educación, costumbres y conducta de los cónyuges. Por otro lado, había que analizar si de la aplicación de esta norma se derivaban consecuencias perjudiciales para las mujeres.

La Defensoría del Pueblo sostuvo que el mencionado artículo 337° vulneraba los derechos reconocidos en el artículo 2° incisos 1), 2), 7) y 22) de la Constitución Política del Perú¹⁷. Tales dispositivos reconocen los derechos a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, al honor y a la paz. Fueron también invocados los artículos 6° y 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 4°, 5° y 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6° de la Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Para).

La Defensoría del Pueblo adujo que si bien el artículo 337° del Código Civil era formalmente neutro, la restricción en él contenida afectaba mayoritariamente a las mujeres, estadística y abrumadoramente las mayores víctimas de violencia familiar. Por lo tanto, se trataba de un supuesto de discriminación indirecta. Ésta se presenta cuando “sobre la base de la elección caprichosa de otros criterios de distinción aparentemente neutros se llega, de hecho, a un resultado discriminatorio”¹⁸.

¹⁵ Cornejo Chávez, Héctor, Exposición de motivos, en Código Civil, Exposición de motivos y comentarios, Delia Revoredo, compiladora, Librería Studium, Lima, 1985, Tomo IV, pág. 426.

¹⁶ Ejemplo de ello era el propio artículo 337° así como los artículos 339° y 354° del vigente Código Civil en comparación con los artículos 247°, 252° y 276° del derogado Código Civil de 1936. Al respecto véase Ramos Núñez, Carlos, Acerca del divorcio, Lima, 1990, págs. 85-93.

¹⁷ Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminación por motivo de origen, de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
(...).
7. Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias (...)
22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
(...).

¹⁸ Rodríguez Piñeiro Miguel y Fernández López María Fernanda, Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 163-164.

Adicionalmente, y en cuanto a los criterios establecidos en el citado artículo 337° para un tratamiento diferenciado, la Defensoría del Pueblo argumentó que dicha norma determinaba que la protección de los derechos humanos dependiera del grado de instrucción o del estrato social al que pertenecía la víctima. Además, tratándose de la violencia familiar, reforzaba el mito según el cual a las mujeres de escasos recursos económicos les agrada que las maltraten.

En relación a la injuria grave, la Defensoría del Pueblo sostuvo que si ésta se definía como la ofensa a la dignidad y al honor, no se entendía por qué su valoración dependía de la condición social de los cónyuges. Ante idénticos insultos, una persona de escasa educación y pocos recursos económicos podía sentirse tan agraviada como un profesional adinerado. Una reflexión semejante cabía hacer respecto de la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común. En efecto, los derechos de las personas debían protegerse al margen de su grado de instrucción o del estrato social al que pertenecieran.

Por ello, entre las razones esgrimidas para sostener la inconstitucionalidad de tal dispositivo se citó las siguientes:

- a) El mencionado artículo colocaba a las personas de escasa educación o de pocos recursos económicos en una situación de desventaja en relación con aquellas personas que sí poseían estudios y una buena posición económica;
- b) El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral así como el derecho al honor y a la buena reputación debían prevalecer sobre la preservación del vínculo matrimonial;
- c) No se explicaba por qué la conducta de ambos cónyuges debía apreciarse sólo en las tres causales aludidas en el artículo 337°, y no en las otras¹⁹, a no ser que se pretendiera mantener diferencias históricamente arraigadas y que habían situado a vastos sectores de la población en una posición desventajosa y abiertamente contraria al principio de igualdad.

De acuerdo con el artículo 32° inciso 1) de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se corrió traslado de la demanda al Congreso de la República. El entonces congresista Jorge Muñoz Ziches, fue el encargado de contestarla. Entre los argumentos esgrimidos en defensa del artículo 337°, señaló que el juez debía tener en cuenta en relación a la violencia familiar “las condiciones socio económicas y culturales del cónyuge que invoca la acción, evaluando si las causas del maltrato fueron graves o no, si se trata de un hecho aislado o de un verdadero hábito, si los hechos ocurrieron en público o en privado, o si el uso de la fuerza ocurrió en defensa de un derecho o arbitrariamente”. Asimismo, el mencionado ex congresista sostuvo que “en el control de la igualdad, en este caso, lo fundamental para el órgano de defensa constitucional, no es tanto la protección de la igualdad, sino plasmar una adecuada tutela judicial”.

Mediante Sentencia de fecha 29 de abril de 1997 (Expediente N° 018-96-TC), el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda presentada por la Defensoría del Pueblo:

“en la medida que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda derogada; e infundada la demanda en lo referente a la injuria

¹⁹ El artículo 333° del Código Civil establece además las siguientes causales de separación de cuerpos y de divorcio: adulterio, atentado contra la vida del cónyuge, abandono injustificado, uso habitual e injustificado de drogas, enfermedad venérea contraída después del matrimonio, homosexualidad sobreviviente al matrimonio, condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. Mediante Ley N° 27495, de 6 de julio de 2001, se incorporó al artículo 333° del Código Civil la causal de separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

grave, disposición que queda vigente. El artículo 337° del Código Civil, en consecuencia, se entenderá referido en adelante exclusivamente a la causal de injuria grave.”²⁰

La importancia de la citada sentencia radica en lo que el Tribunal Constitucional señaló sobre la protección de los derechos fundamentales frente a la violencia familiar:

- a) Los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, eran derechos humanos aplicables a todo ser humano, sin que interesara su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural;
- b) Los derechos humanos citados tenían mayor contenido valorativo y constituían finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio;
- c) Dentro del proceso judicial una vez comprobada fácticamente la violencia quedaba también probada la vulneración a los principios constitucionales precitados y no cabía, por ende, supeditar su carácter de causal a la educación o conducta de los cónyuges;
- d) En cuanto a la costumbre, si bien era cierto que en algunos lugares del territorio peruano o entre algunas parejas, socialmente se aceptaba la violencia del marido sobre la mujer, ello no justificaba que el estado recogiera esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasmara legislativamente, porque era deber del Estado y de este tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo. Costumbres que vulneraban derechos fundamentales como el de integridad física y psicológica, el de igualdad de los seres humanos, el de dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, debían ser erradicadas de la sociedad.

Uno de los siete magistrados del Tribunal Constitucional votó por la inconstitucionalidad total del artículo 337° del Código Civil, sosteniendo que:

“resulta inaceptable la invocación de la ponderación judicial tomando en cuenta circunstancias de educación, costumbre y conducta de los cónyuges, cuando se tratar de merituar la causal de ‘injuria grave’, pues ello equivaldría a decir que menos dignidad u honor le corresponden a una persona de inferior educación o posición socio económica que a una persona venturosamente nacida en el seno de un hogar con mejores condiciones, cuando el insulto agravado no deja de ser en cualquier circunstancia una ofensa indiscutible por donde se le mire”.

Colombia

Mediante Sentencia C-273, de 3 de junio de 1998, la Corte Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 15° de la Ley N° 294, de 16 de julio de 1996, por la cual se desarrolló el artículo 42° de la Constitución y se dictaron normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia familiar²¹. Dicho artículo establecía lo siguiente:

Artículo 15°.- Si el agresor no compareciera, sin justa causa, a la audiencia se entenderá que acepta los cargos formulados en su contra. (CS) Si la víctima no compareciere, se entenderá que desiste de la petición (TS), excepto si la víctima fuere un menor de edad o un discapacitado, casos en los cuales no podrá haber desistimiento.

²⁰ Un comentario sobre esta sentencia se encuentra en el libro *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y Mónica Roa (eds.), Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP) y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2001, págs.431-435.

²¹ Hay otra sentencia de la Corte Constitucional relativa a la tipificación penal de la violencia familiar: Sentencia C-285 de 1997.

Los ciudadanos Fabían López Guzmán y José Eurípudes Parra, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron una demanda contra un aparte del artículo 15° de la Ley 294²². A criterio de los demandantes la norma acusada transgredía los artículos 13°²³, 23°²⁴, 42°²⁵ y 228°²⁶ de la Constitución. Los demandantes sostuvieron que la ausencia de la víctima de la audiencia especial no debía entenderse como desistimiento, pues ello podía producirse como “fruto de la presión psicológica, física o incluso económica por parte del agresor”. Por lo tanto, si el Estado permitía el desistimiento, eludía el deber de promover las condiciones para que la igualdad fuera real y efectiva, pues la Constitución obligaba a “concretar la protección a las víctimas del maltrato psicológico y/o físico”.

Los demandantes también adujeron que la norma acusada vulneraba el derecho de petición, pues extinguía la acción a partir de la no comparecencia de la víctima a la audiencia, así como el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia. Por otro lado, sostuvieron que la norma descuidaba los intereses de la víctima de violencia doméstica y facilitaba que se ejerciera una presión moral y física sobre la parte más débil de la relación familiar.

El Ministerio de Justicia opinó por la constitucionalidad condicionada de la norma acusada, en el entendido que la inasistencia de cualquiera de las partes tendría los efectos que la norma contemplaba, si y sólo si, dicha inasistencia no tenía una causa justificada.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar opinó por la constitucionalidad de la norma acusada, pues adujo que la presunción legal de desistimiento podía desvirtuarse si la víctima demostraba que su inasistencia había tenido una causa justa. Según el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, la presencia de la víctima y del agresor en la audiencia era de suma importancia pues los “estudios realizados sobre la aplicación de la Ley 294 de 1996 nos informan cómo sólo un 8% de los 3000 procesos que tomaron curso jurídico terminaron en un fallo. El restante 92% concilió dentro de la misma audiencia”.

Por su parte, el Procurador General de la Nación opinó porque se declarara la constitucionalidad condicionada de la norma acusada, pues a partir del espíritu de la ley, el juez debía otorgar al agredido la posibilidad de que justificara su ausencia a la diligencia. Tampoco debía el juez aplicar la consecuencia prevista en la norma acusada cuando se probara que la voluntad de la víctima se encontraba viciada por error, fuerza o coacción.

²² Artículo 241° de la Constitución.- A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones:

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

²³ Artículo 13° de la Constitución.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

²⁴ Artículo 23° de la Constitución.- Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución (...).

²⁵ Artículo 42° de la Constitución.- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

(...)

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley (...).

²⁶ Artículo 228° de la Constitución.- La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán publicadas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial (...).

Fundamentos jurídicos

La Corte Constitucional advirtió que tanto los actores como algunos intervinientes sugerían que una interpretación exegética de la disposición cuestionada conducía a una violación de la igualdad procesal, pues la norma permitía al agresor justificar su ausencia a la audiencia de conciliación mientras que en el caso de la víctima, esta inasistencia obligaba al juez a entender que había habido desistimiento.

Para la Corte Constitucional el caso planteaba dos problemas constitucionales. Por un lado, si se justificaba constitucionalmente el trato jurídico, en apariencia diferente, que la norma consagraba para el agresor y para la víctima de violencia familiar en caso de inasistencia a la audiencia de conciliación. Por otro lado, había que estudiar si el desistimiento tácito o la presunción de desistimiento, que contenía la norma impugnada, desconocía la obligación que tenía el Estado colombiano de proteger los derechos de la familia y de promover las condiciones para favorecer la igualdad material, según los artículos 13° y 42° de la Constitución.

1. El principio de igualdad de las personas ante los tribunales y la diferencia de trato jurídico procesal entre la víctima y el agresor en casos de violencia doméstica

Como se ha señalado, la Corte Constitucional se planteó si el trato distinto previsto por la norma acusada para el agresor y la víctima, en relación con la inasistencia a la audiencia de conciliación, era compatible con el principio de igualdad. Para responder a esta interrogante la Corte citó el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud del cual “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”, afirmando que si bien el legislador podía establecer consecuencias jurídicas diferentes para los sujetos procesales, esas diferencias tenían que tener un sustento objetivo y razonable.

La Corte consideró que era razonable que la ley atribuyera efectos distintos al demandado (agresor) y al demandante (víctima), cuando incumplieran con la carga que se les imponía de asistir a la audiencia, por cuanto su condición procesal era diversa. Por ende, si la diferencia de consecuencias respondía al distinto lugar procesal de tales sujetos, entonces la disparidad de trato tenía un fundamento objetivo y razonable, y por lo tanto no violaba el principio de igualdad.

2. La no previsión de la posibilidad de justificar la inasistencia de la víctima de violencia familiar a la audiencia

La Corte Constitucional afirmó que en la medida en que la disposición consagraba presunciones adversas similares para ambas partes por no asistir a la audiencia, no existía ninguna razón para conceder al demandado la posibilidad de invocar una justa causa, mientras que no se preveía esa posibilidad para la víctima. Ese trato distinto desconocía el derecho de las personas a ser iguales ante la administración de justicia, regulado en el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 13° y 229²⁷ de la Constitución.

Si bien esa diferencia podía salvarse extendiendo a la víctima la posibilidad de justificar la ausencia a la audiencia, había que analizar si la presunción de desistimiento era inconstitucional al dejar de otorgar protección especial a las víctimas de violencia doméstica.

²⁷ Artículo 229° de la Constitución.- Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado.

La Corte reiteró su posición en el sentido de que una característica propia del Estado Social era que los derechos que allí se protegían generaban también deberes positivos a cargo de las autoridades. Esto significaba que el Estado debía poner en marcha medidas que realmente protegieran los derechos de las personas que temporalmente se encontraran en situación de debilidad o en circunstancias de imposibilidad de defender sus intereses.

Asimismo, la Corte señaló que si se constataba la existencia de una desigualdad fáctica, el legislador podía, y en ocasiones debía, reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas dirigidas a obtener la igualdad, pues el legislador actuaba como uno de los principales correctores y compensadores de las desigualdades sociales. Para ello, el Estado podía conceder ventajas o beneficios correctores de las diferencias.

La Corte dejó expresa constancia que las mujeres eran las víctimas más usuales de la violencia familiar y que, como ya había señalado en la Sentencia C-408 de 1996²⁸, no se podía “invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia podía ser incluso más grave que la que se ejercía abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convertía en un fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado”.

Es importante recalcar que mediante la Sentencia C-273 de 1998, la Corte insistió en los criterios establecidos jurisprudencialmente para la intervención del Estado en el ámbito privado:

- a) Esta intervención no podía dirigirse a imponer un modelo determinado de comportamiento, pero sí a impedir la violación de derechos fundamentales, o b) a garantizar los derechos de los miembros más débiles, c) para erradicar la violencia familiar como prioridad estatal, d) para restaurar el equilibrio quebrantado que se originaba en la posición dominante de unos de los miembros de la relación nuclear, e) que existiera gravedad en la alteración o en la amenaza de los derechos de quienes conformaban el hogar y, finalmente, f) que la intromisión del Estado fuera necesaria, proporcional y razonable.

Dicho esto, la Corte Constitucional analizó la legitimidad constitucional de la carga impuesta a la víctima, y en especial si la presunción de desistimiento prevista por la norma acusada era razonable, para lo cual analizó la proporcionalidad de la misma.

Según la Corte, el desistimiento tácito buscaba favorecer la celeridad y la eficacia de la administración de justicia, lo cual era una finalidad legítima. Sin embargo, ¿era razonable en relación con su finalidad? La Corte sostuvo que como la sanción impuesta ante la inasistencia era la negativa de plano de las pretensiones de la víctima, ello constituía una carga indiscutiblemente gravosa, si se tenía en cuenta que la efectividad del derecho a la protección familiar caducaba en un término relativamente breve²⁹. La Corte también afirmó que el mecanismo previsto por la norma podía incluso favorecer intimidaciones por parte del agresor a la víctima para que ésta no asistiera a la audiencia, lo que podría estimular la continuación de las formas de agresión doméstica.

En atención a lo expuesto la Corte declaró que la presunción de desistimiento derivada de la no asistencia de la víctima a la audiencia aparecía como desproporcionada, pues era un instrumento que sacrificaba valores y derechos que gozaban de una especial protección en la Constitución. El

²⁸ A través de esta sentencia la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley N° 248, de 29 de diciembre de 1995, por medio de la cual se aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem do Para, Brasil el 9 de junio de 1994.

²⁹ De conformidad con el artículo 9° de la Ley 296 de 1996, la solicitud de medida de protección debe presentarse a más tardar dentro de los 8 días hábiles siguientes a su acaecimiento.

desistimiento tácito disminuía la protección real a las víctimas de violencia doméstica, erosionando “la capacidad de la justicia de amparar los derechos fundamentales de las personas”.

La Corte consideró que debía retirarse del ordenamiento jurídico las expresiones acusadas del precepto demandado. No obstante, esta decisión implicaba hacer unidad normativa de sentido con los enunciados “excepto” y “casos en los cuales”, que operaban como conectores con la otra parte de la disposición, por cuanto la declaratoria de inexecutable de lo acusado hacía perder todo significado a esas palabras. En consecuencia, de acuerdo a lo señalado por la Corte al retirar del ordenamiento estas expresiones, el artículo 15° de la Ley 294 de 1996, quedó redactado de la siguiente manera:

“Si el agresor no compareciera, sin justa causa, a la audiencia se entenderá que acepta los cargos formulados en su contra. Si la víctima fuere menor de edad o un discapacitado, no podrá haber desistimiento”.

La Corte declaró inexecutable las expresiones “Si la víctima no compareciere, se entenderá que desiste de la petición”, “excepto” y “casos en los cuales”, contenidas en el artículo 15° de la Ley 294 de 1998.

Asimismo, declaró executable las expresiones “si la víctima fuere un menor de edad o un discapacitado” y “no podrá haber desistimiento” contenidas en el artículo 15° de la Ley 294 de 1996, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, las víctimas que fueran capaces podían desistir de manera expresa³⁰.

2. PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES Y CONFORMACIÓN DE LAS LISTAS ELECTORALES

La política ha sido históricamente un espacio masculino, del que las mujeres han estado excluidas. Con el objeto de contribuir a revertir esta situación se han dictado en distintos países de América Latina leyes de cuotas para promover la participación política de las mujeres. Sin embargo, el camino de este tipo de acciones afirmativas ha sido difícil. Prueba de ello son los distintos ejemplos del incumplimiento en la región de las normas que promueven la participación política de las mujeres³¹. Dos peticiones al respecto han sido presentadas en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³². En el primer caso, María Merciadri de Morini alegó la violación de la Ley N° 24.012 y su reglamento, pues en una lista electoral de seis candidatas del partido Unión Cívica Radical para diputados nacionales de la Provincia de Córdoba (Argentina), se colocó a una mujer en el cuarto y a otra en el sexto pues, debiendo haberse colocado a dos mujeres dentro de los primeros cinco puestos. Las elecciones se llevaron a cabo el 3 de octubre de 1993. El caso fue admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del Informe N° 102/99 de 27 de setiembre de 1999.

En el segundo caso, la Defensoría del Pueblo y el Movimiento Manuela Ramos presentaron una petición ante la referida comisión, pues en las elecciones generales llevadas a cabo en el Perú el 8 de abril de 2001, el Jurado Nacional de Elecciones incumplió con la cuota electoral mínima de 30% de mujeres. En efecto estableció en los distritos electorales de Ica, Callao y La Libertad una cuota menor a

³⁰ En materia penal, el desistimiento de la víctima como forma de concluir el proceso, fue cuestionado en el Informe Defensorial N° 21, Violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana. Las voces de las víctimas, Defensoría del Pueblo, Lima, febrero 2000, págs. 23 y 24.

³¹ Véase Villanueva Flores, Rocío, “Participación política de las mujeres: ¿favor, mérito o ejercicio de un derecho? El camino de las cuotas electorales en América Latina”, en Debate Defensorial N° 2. 1999/2000, Defensoría del Pueblo, Lima, págs. 37-60.

³² Véase el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado “Considerandos sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en [www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Capítulo 6a.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Capítulo%206a.htm).

ese porcentaje establecido en la Ley Orgánica de Elecciones. El caso fue admitido mediante el Informe N° 51/02 de 25 de octubre de 2002.

A continuación se describirán problemas vinculados a la interpretación de las normas que promueven la participación política y que han sido resueltos por los tribunales nacionales.

Argentina

La Ley 24.012, anterior a la reforma constitucional llevada a cabo en 1994, fue promulgada el 6 de noviembre de 1991. Señala en su artículo 1° lo siguiente:

“Artículo 1°.- Sustitúyase el artículo 60° del Decreto N° 2135/83 del 18 de agosto de 1983, con las modificatorias introducidas por las leyes N° 23.447 y 23.476, por el siguiente:

Artículo 60.- Registro de candidatos y pedido de oficialización de listas. Desde la publicación de la convocatoria y hasta 50 días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el juez electoral la lista de los candidatos públicamente proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales.

Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos (...).”

Para las elecciones de 3 de octubre de 1993, el Partido Justicialista del distrito de Entre Ríos conformó la lista de candidatos a diputados nacionales, atendiendo al resultado de los comicios internos que llevó a cabo en noviembre de 1992. De acuerdo con tal resultado, en la lista figuraban varones en los cuatro primeros lugares, y una mujer, Darci Beatriz Sampietro, en el quinto y último.

Darci Beatriz Sampietro impugnó la lista a diputados nacionales invocando el artículo 60° del Decreto 2135/83, modificado por la Ley 24.012, en cuanto establece que las listas “deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos”.

El juez federal de primera instancia desestimó la petición y oficializó la lista presentada, a través de sendas resoluciones de 19 y 20 de julio de 1993, respectivamente. Ello dio lugar a que la candidata Sampietro presentara apelaciones, que fueron favorablemente acogidas por la Cámara Nacional Electoral que, a través de dos sentencias, resolvió revocar el pronunciamiento y “ordenar al Partido Justicialista de la provincia de Entre Ríos, que por medio del organismo que corresponde proceda a rehacer la lista de candidatos a diputados nacionales, ubicando a la señora Darci Beatriz Sampietro dentro de alguno de los tres primeros lugares de la misma”.

Tal pronunciamiento de la Cámara Nacional Electoral motivó que los cuatro candidatos varones presentaran recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Argentina, que fueron denegados. Sólo uno de ellos, Mario Francisco Mathieu, que resultó desplazado del tercer lugar originario, presentó un recurso de queja.

Mario Francisco Mathieu argumentó que la Ley 24.012 había sido reglamentada por el decreto 379, de 8 de marzo de 1993, en cuanto a la forma en que debía ser entendida la primera. Sin embargo, sostuvo que posteriormente, el decreto 939, de 6 de mayo de 1993, dispuso que debían exceptuarse del decreto anterior los casos que, como éste, a la fecha de entrada en vigencia de este último, ya habían celebrado los actos comiciales internos para la nominación de candidaturas a los cargos parlamentarios nacionales. Por ello, el fundamento para ubicar a Darci Beatriz Sampietro en la lista, hubiera sido sólido y apto para

una sentencia justa si no se hubiera dictado el Decreto 939/93, que excluía al Partido Justicialista entrerriano de aplicar el Decreto reglamentario 379. En consecuencia, el recurrente solicitaba la revocatoria de las sentencias de la Cámara Electoral.

La Corte Suprema de Argentina, mediante fallo de 23 de setiembre de 1993, resolvió desestimar la queja. El mencionado tribunal sostuvo que el Decreto 939/93 solamente había exceptuado, en los supuestos que precisaba, el cumplimiento del Decreto 379, mas no el de la Ley 24.012. Ello surgía del texto del propio Decreto 939/93, que señalaba “exceptuáse de las disposiciones del dec. 379/93 ... sin perjuicio de la directa aplicación de la ley 24.012”. Finalmente, la Corte Suprema afirmó que, como no había sido puesta en juego la interpretación de la ley 24.012 llevada a cabo por la Cámara Nacional Electoral, correspondía rechazar las quejas por inexistencia de gravamen.

Cabe señalar que la Constitución de la Nación Argentina, fue reformada después de haberse presentado los problemas relativos a la aplicación de las normas que promueven la participación política de las mujeres. Dicha reforma se aprobó el 22 de agosto de 1994, consagrándose en su artículo 37° de la mencionada Carta, lo siguiente:

“(…) La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

Por su parte, el artículo 43° lo siguiente:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio jurídico más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (...)”.

Ecuador

El artículo 276° de la Constitución Política del Ecuador señala:

Artículo 276°.- Competerá al Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

El artículo 277° inciso 5) constitucional estatuye que:

“Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por:

5) Mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia (...)”³³

³³ El artículo 18° literal e) de la Ley de Control Constitucional establece que:

El artículo 7 de la Ley número 2000-1, Reformatoria a la Ley de Elecciones, a la Ley de Régimen Provincial, a la Ley de Régimen Municipal y a la Ley de Descentralización del Estado, publicada en Registro Oficial N° 20, de 18 de febrero de 2000, dispone que:

“Después del artículo 47°, añádase los siguientes:

Art.... Las listas de candidatas en elecciones pluripersonales deberán presentarse con al menos treinta por ciento (30%) de mujeres entre los principales y el treinta por ciento (30%) entre los suplentes; en forma alternada y secuencial, porcentaje que se incrementará en cada proceso electoral general, en un cinco por ciento (5%) adicional hasta llegar a la igualdad en la representación. Se tomará en cuenta la participación étnica cultural”.

La demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Instructivo dictado por el Tribunal Supremo Electoral el 11 de marzo de 2000

La Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas presentó una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra algunas disposiciones del Instructivo dictado por el Tribunal Supremo Electoral el 11 de marzo de 2000, tanto por razones de forma como de fondo. Dicho instructivo tenía que ser aplicado en las inscripciones de las candidaturas para las elecciones de prefectos provinciales, alcaldes municipales, consejeros provinciales, concejales municipales y miembros de las juntas parroquiales rurales. Apareció en el Oficio Circular N° 0000053 del 14 de marzo del 2000.

La referida coordinadora alegó que si bien el referido instructivo reproducía el artículo 47° de la Ley de Elecciones, algunas de las opciones que ejemplificaban cómo se traduciría la participación política de las mujeres se apartaban de la forma alternada, tanto respecto de los principales (titulares) como de los suplentes. El instructivo tenía opciones en las que se evitaba la alternancia.

La recurrente invocó los artículos 3°³⁴, 16°³⁵, 23° numerales 3), 22) y 26)³⁶, 102°³⁷ y 172° de la Constitución para fundamentar la demanda de inconstitucionalidad. Asimismo invocó la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Para). En el caso de los instrumentos internacionales la recurrente no especificó los artículos vulnerados.

El Defensor del Pueblo se pronunció afirmativamente sobre la procedencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el mencionado instructivo.

“La inconstitucionalidad total o parcial de una ley, decreto ley, decreto, reglamento u ordenanza, ya sea por razones de fondo o forma podrá ser demandada por (...): e) Por cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre la procedencia.

³⁴ Artículo 3° de la Constitución.- Son deberes primordiales del Estado:

2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.

³⁵ Artículo 16° de la Constitución.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.

³⁶ Artículo 23° de la Constitución.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión; filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole;

22. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad;

26. La seguridad jurídica.

³⁷ Artículo 102° de la Constitución.- El Estado promoverá y garantizará la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos.

Al contestar la demanda el Tribunal Supremo Electoral afirmó que, con fecha 7 de abril de 2000, había dejado sin validez el instructivo impugnado. En atención a ello la Coordinadora Política de Mujeres solicitó al Tribunal Constitucional que, al dictar su resolución, se dignara exhortar al Tribunal Supremo Electoral y sugerirle que en el futuro pusiera especial cuidado a fin de que en sus reglamentos, resoluciones y otros actos, no se violara ninguna norma constitucional ni se desconocieran mandatos que constaran en instrumentos internacionales a favor, entre otros, de las mujeres.

Mediante Resolución N° 133-2000-TP, de 19 de julio de 2000, el Tribunal Constitucional ordenó el archivo del expediente, al considerar que un pronunciamiento del Tribunal sería inoficioso en la medida en que el instructivo impugnado había sido derogado. Sin embargo, en la parte considerativa de la resolución hizo referencia a un Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito por el Tribunal Supremo Electoral para coordinar la correcta aplicación del porcentaje de participación política de las mujeres en las elecciones. Por otro lado, el Tribunal Constitucional dejó constancia de que el instructivo impugnado no respetaba la participación alternada y secuencial de las mujeres.

La demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 40° del Reglamento de la Ley General de Elecciones

La Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas y la diputada Anunziata Valdez Larrea, con el informe favorable del Defensor del Pueblo, presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40° del Reglamento de la Ley General de Elecciones. Dicho reglamento fue aprobado por el Tribunal Supremo Electoral en sesiones de los días 2, 3 y 7 de marzo, y publicado en el Suplemento del R.O 39 de 20 marzo de 2000.

El artículo 40° del Reglamento de la Ley General de Elecciones, señalaba que:

Artículo 40°.- Las candidaturas pluripersonales deberán presentarse con, al menos el 30% de mujeres entre los principales y el 30% entre los suplentes.

La alternabilidad y la secuencia en la presentación de listas deberá seguir el orden par o impar.

Alternabilidad es la distribución en la lista en forma sucesiva entre hombres y mujeres.

Secuencia es la serie de combinaciones que pueden realizarse en la lista saltando los lugares de inscripción en la lista, al tratarse de representaciones de 3 a 5 dignidades, saltando uno o dos puestos; de seis dignidades en adelante pasando entre dos y tres puestos y así sucesivamente.

Las recurrentes alegaron que el citado artículo vulnera el derecho fundamental de las mujeres a la participación política, especialmente el artículo 102° constitucional así como los artículos 2° inciso 1) y 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 2°, 25° y 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 7° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), los artículos 4° y 5° de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer así como los artículos 1° y 23° inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las demandantes citaron la Resolución N° 133-2000 TP, que resolvió el caso descrito en el punto anterior.

Asimismo, las recurrentes sostuvieron que la cuota electoral debía incrementarse a no menos de 35%, de acuerdo con lo señalado en el artículo 37° de la Ley General de Elecciones. Por otro lado, afirmaron que el Tribunal Supremo Electoral no tenía facultad para interpretar las leyes, sólo para expedir los reglamentos necesarios para la correcta ejecución y aplicación de las normas de la Ley General de Elecciones, según lo dispone el artículo 186° de dicha ley. En todo, según las demandantes, el Tribunal Supremo Electoral debió indicar que las listas se integrarían intercalando una mujer, un hombre, una mujer, etc., o un hombre, una mujer, un hombre, etc.

Para sustentar su afirmación de que el Tribunal Supremo Electoral no podía interpretar la ley, las recurrentes citaron los artículos 130° inciso 5) y 141° inciso 7 de la Carta Política, en virtud de los cuales:

Artículo 130°.- El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

5) Expedir, reformar o derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio

Artículo 141°.- Se requerirá la expedición de una ley para las materias siguientes:

7) Reformar o derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

El argumento de que el Tribunal Supremo Electoral no tenía facultad para interpretar la ley es, en mi opinión, equivocado. En efecto, aunque la Constitución señale que el Congreso interpreta las leyes con carácter generalmente obligatorio, y que se requiere una ley para interpretar otra con carácter generalmente obligatorio, ello no es óbice para que otros operadores del Derecho, como el Tribunal Supremo Electoral o el Tribunal Constitucional, puedan hacer lo propio. Si la interpretación consiste en adscribir un significado a una norma para aplicarla, está claro que no sólo el Congreso interpreta³⁸.

Con fecha 12 de noviembre el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la acción de inconstitucionalidad planteada³⁹.

3. PROBLEMAS VINCULADOS A LA VIDA SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES

3.1. La competencia de la Policía para el registro y control del trabajo sexual

Bolivia

La Defensora del Pueblo de Bolivia presentó un recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad contra la Resolución Ministerial N° 3357, de 10 de octubre de 2000, y contra el Manual de Funciones de la División de Matrículas aprobado mediante Resolución N° 2/98 de 4 de setiembre de 1998, de la Dirección de la Policía Técnica Judicial⁴⁰. Se señaló que según el artículo 16° de la Constitución, para ser procesado o condenado se precisaba la tipificación del delito y que la acción inculpada fuera anterior a la misma⁴¹. Se cuestionaba además, que la prostitución hubiera sido incorporada en el Registro de la Sección Matrículas en una Resolución Administrativa emanada de la Dirección Nacional de la Policía Técnica Judicial, pues ello violentaba los mandatos legales contenidos en la Ley del Ministerio Público y en el Código de Procedimiento Penal. La primera, no establecía competencia expresa para el control de la actividad de la prostitución y menos aún para llevar los registros de las personas que la ejercían. En la Ley del Ministerio Público tampoco se hacía ninguna mención al registro policial de trabajadoras sexuales ni al otorgamiento de matrícula.

³⁸ Véase Villanueva Rocío, “Notas sobre interpretación jurídica (A propósito de la Ley 26260 y la violencia familiar)”, en *Violencia familiar contra la mujer. Reflexiones desde el Derecho*, Manuela Ramos, Serie Mujer y Derechos Humanos, Lima, 1996, págs. 93-114.

³⁹ Ello ocurrió antes de que el Seminario Género y Justicia Constitucional culminara, pero cuando esta ponencia este artículo ya había sido concluido.

⁴⁰ Artículo 120° de la Constitución.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional conocer y resolver:

1) En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto y remedial, sólo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo.

(...)

⁴¹ Artículo 16° de la Constitución.- Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad (...).

La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo alegó que la Resolución Biministerial N° 0417, de 17 de agosto de 2000, de los Ministerios de Gobierno y de Salud, instituía el carnet sanitario como documento para el ejercicio de la prostitución en todo el país, que era entregado por los servicios departamentales de salud, suprimiendo la matrícula de autorización otorgada por la Policía Técnica Judicial. En consecuencia, la Resolución Ministerial N° 3357 emanada del Ministerio de Gobierno, mediante la cual se reponía a la Policía en el registro y control de la actividad de prostitución o trabajo sexual vulneraba la Resolución Biministerial N° 0417, de mayor jerarquía en tanto había sido aprobada por dos ministros. Del mismo modo, la Resolución N° 2/98 violaba la citada resolución biministerial. La Defensoría del Pueblo argumentó que las resoluciones cuestionadas habían alterado el texto y espíritu de la Ley del Ministerio Público, violentando la primacía de la ley sobre las resoluciones, según el artículo 228° de la Constitución⁴².

El Ministerio de Gobierno contestó la demanda sosteniendo que según el artículo 7° de la Constitución, toda persona tenía el derecho fundamental a la vida, la salud y la seguridad⁴³ y que era obligación del Estado proteger la salud de la población, según lo dispuesto en el artículo 158° de la Carta Política⁴⁴. También afirmó que de acuerdo a la Ley Orgánica de la Policía Nacional, aquélla tenía la finalidad de prevenir los delitos y garantizar que los ciudadanos desarrollaran sus actividades a plenitud. El Ministerio de Gobierno citó también los artículos 277, 318, 320, 321 bis del Código Penal, relativos a los delitos contra la moral social, corrupción de mayores, proxenetismo y tráfico de personas, para sustentar que en mérito a todas las disposiciones citadas las resoluciones impugnadas no eran inconstitucionales.

Por su parte, el Director Nacional de la Policía Técnica Judicial, contestó la demanda afirmando que si bien la prostitución no constituía un delito estaba inminentemente ligada a los ilícitos y, al tener la Policía un papel preventivo en relación a ellos, tenía la obligación de controlar y proteger a las meretrices, por lo que correspondía al Tribunal Constitucional declarar la constitucionalidad de las resoluciones cuestionadas.

El Tribunal Constitucional, sostuvo que las resoluciones impugnadas contradecían el artículo 228° de la Constitución, al modificar la Ley del Ministerio Público, lo que sólo podía hacerse mediante otra disposición legal de la misma jerarquía. Asimismo señaló que el Ministerio de Gobierno al emitir la Resolución N° 3357, de 10 de octubre de 2000, que derogaba la resolución Biministerial N° 0417/2000 y reponía a la Policía Nacional el registro y el control de la calidad de las trabajadoras sexuales en todo el territorio nacional, encomendando esta tarea a la Policía Técnica Judicial, vulneraba el ordenamiento jurídico al ser la resolución ministerial una norma de jerarquía inferior que no podía derogar una resolución emitida por dos ministerios. El Tribunal Constitucional también sostuvo que la Resolución N° 2/98 violaba la supremacía establecida en el citado artículo 228°, al infringir los artículos 91° de la Ley del Ministerio Público así como los artículos 112°, 114° y 115° del Código de Procedimiento Penal y los artículos 712° y 146° del Código de Salud.

⁴² Artículo 228° de la Constitución.- La Constitución Política del Estado es la Ley suprema del ordenamiento jurídico nacional, Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones.

⁴³ Artículo 7° de la Constitución.- Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

- a) A la vida, la salud y la seguridad;
(...)
- d) A trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita; en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo,
(...).

⁴⁴ Artículo 158° de la Constitución.- El Estado tiene la obligación de defender el capital humano protegiendo la salud de la población (...).

Finalmente el Tribunal Constitucional afirmó que las resoluciones impugnadas también contradecían los incisos a) y d) del artículo 7º constitucional, que se referían a la seguridad jurídica y al trabajo así como los artículos 6º⁴⁵ y 16º-I de la Ley Fundamental, al instituir como potestad de la Dirección Nacional de la Policía Técnica Judicial el control y el registro de actividad de la trabajadoras sexuales (prostitución) como si se tratara de un hecho delictivo.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Resolución Ministerial N° 3357, de 10 de octubre de 2000, emanada del Ministerio de Gobierno y el Manual de Funciones de la División de Matrículas, aprobado mediante Resolución N° 2/98 de 4 de setiembre de 1998.

3.2. La exclusión de pena en algunos supuestos de aborto

La regulación legal del aborto es uno de los temas que más polémica desata en América Latina. En efecto, a pesar que las investigaciones indican que cientos de miles de mujeres abortan en la región, el aborto voluntario está penalizado en diversos países, incluso en caso de violación⁴⁶. Según las Naciones Unidas, en el mundo se llevan a cabo 50 millones de abortos cada año, aproximadamente, de los cuales un 40% se producen al margen de la ley⁴⁷.

Por ello, es interesante conocer cómo se ha pronunciado la justicia constitucional, en aquellos países en los que ha tenido oportunidad de hacerlo, a propósito de acciones de inconstitucionalidad presentadas contra disposiciones de los Códigos Penales que prevén casos de aborto en los que no se aplica la sanción penal. En los dos casos que pasaré a analizar la institución penal de la excusa absolutoria ha jugado un rol central.

México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió a inicios de este año una acción de inconstitucionalidad presentada contra la fracción III del artículo 334º del Código Penal y contra el artículo 131º bis del Código de Procedimientos Penales, ambos del Distrito Federal. Era la primera vez que la Suprema Corte de Justicia daba cause y resolvía un recurso de inconstitucionalidad sobre el tema del aborto.

Ambas disposiciones fueron modificadas el 18 de agosto de 1999, siendo dicha reforma promovida por Rosario Robles Berlanga y por ello conocida como la Ley Robles. La reforma fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 24 de agosto de 1999.

El mencionado artículo 334º señala a la letra que no se aplicará sanción:

“III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones congénitas o genéticas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo siempre que se tenga consentimiento de la mujer embarazada.”

⁴⁵ Artículo 6º de la Constitución.- Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

⁴⁶ Véase www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm Véase también Silencios públicos muertes privadas. La regulación jurídica del aborto en América Latina y El Caribe, CLADEM, Lima, abril, 1998.

⁴⁷ www.un.org/esa/population/publications/abortion/doc/Intro

Añade el citado artículo que:

“En los casos contemplados en las fracciones I, II y III los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.”

Cabe señalar que en 1999 había otros once Estados de la República que contemplaban entre sus causas de despenalización el aborto eugenésico⁴⁸. También es preciso resaltar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación encargó a la juez (ministra) Olga Sánchez, única mujer de la Corte, el estudio y elaboración del proyecto de resolución.

Por su parte, el artículo 131° bis del Código de Procedimientos Penales otorga al Ministerio Público la facultad de expedir el certificado para que una mujer embarazada, producto de una violación, pueda ejercer su derecho a interrumpir su embarazo en los hospitales del sector salud del Gobierno del Distrito Federal.

La acción de inconstitucionalidad fue planteada por un grupo de diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pertenecientes al Partido Acción Nacional (PAN) y al Partido Verde Ecologista de México (PVEM), el 25 de setiembre de 1999. De acuerdo con lo dispuesto por los artículo 105° fracción II, inciso e) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 62° de la ley reglamentaria de la materia, las acciones de inconstitucionalidad pueden ejercitarse por el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en contra de las leyes expedidas por la propia asamblea⁴⁹

Los demandantes adujeron que la Ley Robles vulneraba los artículos 1°⁵⁰, 14°⁵¹, 16°⁵² 20°⁵³, 21°⁵⁴ y 49°⁵⁵ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entre los distintos argumentos

⁴⁸ Esta información la proporcionó la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal en el informe que presentó en relación a la demanda de inconstitucionalidad, y al que hace referencia la primera parte de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se comenta.

⁴⁹ Artículo 105° de la Constitución Federal.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma por (...):

E).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea (...).

⁵⁰ Artículo 1° de la Constitución Federal.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

⁵¹ Artículo 14° de la Constitución Federal.- (...) Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones (...).

⁵² Artículo 16° de la Constitución Federal.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la cauda legal del procedimiento (...)

⁵³ Artículo 20° de la Constitución Federal.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado (...)

B. De la víctima o del ofendido (...).

esgrimidos sostuvieron que México había suscrito declaraciones, pactos y convenios en los que se destacaban diversos derechos relativos a la vida, cuyo respeto era obligatorio de conformidad con el artículo 133° de la Constitución.

1. El cuestionamiento al artículo 334° fracción III del Código Penal del Distrito Federal

Básicamente los demandantes plantearon los siguientes argumentos para defender la inconstitucionalidad del artículo 334° fracción III del Código Penal del Distrito Federal:

- a) Falta de motivación de la disposición;
- b) Vulneración al principio de certeza en materia penal; y,
- c) Violación a los derechos a la igualdad y a la vida, consignados en diversos preceptos constitucionales y en tratados signados por México.

La Corte Suprema no sólo analizó cada uno de dichos argumentos, sino que introdujo, como parte fundamental del sustento de su resolución, la distinción entre la excusa absolutoria y la excluyente de responsabilidad.

1.1. Distinción entre la excusa absolutoria y la excluyente de responsabilidad

La Suprema Corte de México sostuvo que la fracción III del artículo 334° del Código Penal del Distrito Federal preveía una excusa absolutoria, es decir, una causa que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impedía la aplicación de la pena. Es decir, “no obstante configurarse el tipo penal, impiden la sanción del sujeto activo en casos específicos, como en la especie sucede cuando la madre decide interrumpir el proceso de gestación ante el diagnóstico de dos médicos especialistas en el sentido de que el producto de la concepción presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia de dicho producto, pues no obstante configurarse el tipo penal y carácter delictivo de la conducta, ésta no se sanciona”.

La Corte diferenció las excusas absolutorias de las excluyentes de responsabilidad, pues en las segundas la conducta tipificada en la ley no es incriminable desde el inicio. En cambio en las primeras la conducta es incriminable pero no sancionable, evidentemente siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley.

1.2. Falta de motivación de la disposición

El Procurador General de la República aludió a la diferencia entre fundamentación y motivación, diferencia establecida en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México. Según dicha jurisprudencia, la fundamentación se satisface cuando el legislador actúa dentro de los límites que la Constitución le confiere. Por su parte, se cumple con la motivación cuando las normas generales que el colegiado emite se refieren a las relaciones que reclaman ser jurídicamente reguladas, sin que esto

⁵⁴ Artículo 21° de la Constitución Federal.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato (...).

⁵⁵ Artículo 49° de la Constitución Federal.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

implique que todas y cada una de las disposiciones que integran estos ordenamientos deban ser necesariamente materia de una motivación específica.

El Procurador General de la República sostuvo que la norma cuestionada incumplía el requisito de la motivación, pues no estaba dirigida a relaciones sociales que deberían ser jurídicamente reguladas. Según el citado funcionario, durante la iniciativa, dictamen y debates, las consideraciones que se hicieron valer se enfocaron a tratar de justificar que con la reforma se garantizaría la salud de la mujer y su derecho a decidir sobre su cuerpo. En cambio, las relaciones sociales que reclamaban de una regulación, correspondían al problema de salud pública que representaba para el país las muertes de mujeres embarazadas con motivo de abortos ilegales practicados en lugares insalubres por personas sin la experiencia y capacidad profesional, por lo cual la norma que se impugnaba no se refería a la relación social indicada, al establecer la despenalización del aborto eugenésico en determinadas circunstancias en el Distrito Federal. A ello no había aludido concretamente el legislador, al no advertirse en el proceso correspondiente argumentaciones específicas.

Por otro lado, el Procurador General de la República alegó que del texto de la norma impugnada se desprendería que ésta no brindaba certeza jurídica sobre los casos que comprendía, pues la realidad que regulaba abarcaba situaciones no comprobadas y especulativas, es decir, simples posibilidades. En su opinión, tampoco se podía establecer, de manera específica, a partir del proceso legislativo por qué esas posibilidades justificaban una muerte, que no sería hipotética sino real, sin justificarse debidamente la excepción que se establecía respecto al derecho a la vida.

La Suprema Corte de Justicia reiteró que el requisito de la motivación, tratándose de leyes, se satisfacía cuando las leyes que emitía el órgano legislativo se referían a relaciones sociales que reclamaban ser jurídicamente reguladas. Sin embargo, sostuvo que, en primer lugar, debía señalarse que dicha motivación se podía desprender de la totalidad del procedimiento legislativo y no únicamente de la exposición de motivos, iniciativa o dictámenes, puesto que todos los actos que integraban el procedimiento legislativo estaban plenamente vinculados entre sí y formaban una unidad en su conjunto. En segundo lugar, se debía atender a una relación social que el legislador considerara prudente regular. No obstante, respecto a este segundo aspecto, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que a ella sólo le correspondía verificar la existencia formal de la motivación de la norma y no la deficiencia o adecuación de la misma.

Dicho esto la Suprema Corte de Justicia reiteró que en el proceso legislativo que había culminado con la reforma del artículo 334, fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, se precisó que la relación social que reclamaba de una regulación, correspondía al problema de salud pública que representaba para el país la muerte de mujeres embarazadas por abortos ilegales. Por ello si en el dispositivo se despenalizaba el aborto eugenésico era inconcuso que tal norma tendía a impedir la práctica del aborto aunque sólo fuera con motivo de aquellos supuestos contemplados en el precepto y fracción correspondientes. Por lo tanto, el requisito de la motivación había sido cumplido.

Según la Suprema Corte tampoco constituía obstáculo alguno para considerar satisfecho el requisito de la motivación, alegar que la norma no brindaba certeza jurídica sobre los casos que comprendía o indicar que existía una contradicción al señalarse que el eje central de la reforma era el derecho a la vida de la mujer embarazada y el derecho de un ser por nacer a nacer sano y bien dotado biológicamente para su posterior desarrollo. La Suprema Corte sostuvo que la certeza no incidía sobre la motivación de la norma porque era una cuestión diversa.

Por otro lado, la Suprema Corte afirmó que no existía la contradicción aludida pues aun cuando el eje central de la reforma hubiera sido el derecho a la vida y salud de la mujer embarazada, ello no impedía que la reforma permitiera proteger, entre otras cuestiones, el derecho de un ser por nacer a nacer en la forma antes precisada.

La Suprema Corte declaró infundado el argumento de que el artículo 334 fracción III del Código Penal del Distrito Federal, no cumplía con el requisito de motivación a que se refería el artículo 16° de la Constitución Federal de la República.

1.3. Vulneración del principio de certeza en materia penal, establecido en el artículo 14° de la Norma Fundamental

La Suprema Corte de Justicia de México sostuvo en relación a este cuestionamiento, que el artículo 334°, fracción III, del Código Penal lo único que determinaba era que, reuniéndose los requisitos ahí especificados, no se impondría la pena señalada en las disposiciones sobre el delito de aborto. Por consiguiente, era claro que a través de la citada fracción no se autorizaba a imponer una pena por analogía o mayoría de razón, no decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se tratara.

1.4. Vulneración de la garantía de igualdad contenida en el artículo 1°, la del respeto a la vida, consignada en los numerales 14° y 22°⁵⁶, en relación con el 17°⁵⁷ de la Constitución Federal, así como de aquellos tratados internacionales signados por México en los cuales se establece la protección a la vida

A partir del análisis de los preceptos citados la Suprema Corte de Justicia concluyó que la Constitución Federal protegía el derecho a la vida de las personas, pues contemplaba a la vida como un derecho fundamental inherente a todo ser humano, ya que era un derecho supremo del ser humano, sin el cual no cabía la existencia y el disfrute de los demás derechos⁵⁸.

En relación al artículo 17° del texto constitucional, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que no se apreciaba que aquél se refiriera a la protección del derecho a la vida.

Una vez determinado que la Constitución Federal protegía el derecho a la vida, la Suprema Corte de Justicia consideró necesario analizar si la Carta Política protegía la vida humana desde el momento de la concepción. Para ello citó el artículo 4° del texto constitucional⁵⁹.

⁵⁶ Artículo 22° de la Constitución Federal.- (...) Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

⁵⁷ Artículo 17° de la Constitución Federal.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho (...).

⁵⁸ Mediante Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985, el Tribunal Constitucional español resolvió un recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de **reforma del artículo 417 bis del Código Penal**, en virtud del cual se despenalizaban el aborto terapéutico, el aborto eugenésico y el aborto en casos de violación. En los fundamentos jurídicos de la referida sentencia, se señaló que la vida era un derecho fundamental "esencial y trocal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible". Si bien el Tribunal Constitucional español declaró que el proyecto de Ley Orgánica que introducía el artículo 417 bis era disconforme con la Constitución, indicó que no lo era en razón de los supuestos en que declaraba no punible el aborto. De hecho el Código Penal de 1995 mantiene la despenalización del aborto terapéutico, eugenésico y en casos de violación.

⁵⁹ Artículo 4° de la Constitución Federal.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

(...)

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

La Suprema Corte de Justicia afirmó que el contenido del referido precepto constitucional era un marco de seguridad para la familia y protección de la sociedad, ya que comprendía el bienestar físico y mental del ser humano y la asistencia para su adecuado desarrollo y el mejoramiento de su calidad de vida consagrando derechos de igualdad, salud, vivienda, alimentación, etcétera.

Por otro lado analizó el artículo 123°, apartado A, en sus fracciones V y XV, y apartado B, en su fracción XI inciso c), de la Constitución Federal. Especialmente relevantes son las fracciones V y XI inciso c):

Artículo 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.

V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo (...).

XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo (...).

La Suprema Corte de Justicia afirmó que en el mencionado artículo se corroboraba la igualdad entre el varón y la mujer, al que hacía referencia el artículo 4° de la Constitución Federal. La única distinción válida que había entre los derechos de la mujer y del hombre, era que a la mujer se le otorgaba protección a la maternidad, protegiendo así la salud de la mujer como la del producto de la concepción. La Suprema Corte de Justicia afirmó que si bien el mencionado artículo 123° protegía la salud de la madre, dada la vinculación que tenía con el producto de la concepción, también atendía a la protección de la vida de dicho producto. Esta protección se confirmaba con lo anteriormente señalado en el estudio relativo al artículo 4° constitucional.

De modo directo y explícito, la protección del producto de la concepción se consignaba literalmente en la fracción XV del apartado A del artículo 123° de la Constitución Federal.

La Suprema Corte de Justicia concluyó, del análisis integral de todos los artículos antes señalados, que “la Constitución Federal sí protegía la vida humana y de igual forma protegía al producto de la concepción, en tanto que éste era una manifestación de la vida humana independientemente del proceso biológico en que se encuentre”.

En relación a la protección del derecho a la vida según los tratados signados por México, la Suprema Corte de Justicia citó el artículo 133° de la Constitución Federal:

Artículo 133°.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión.

La Suprema Corte de Justicia afirmó que de dicho precepto se desprendía que los tratados internacionales se encontraban en un segundo plano de la Constitución Federal, y por tanto su observancia era obligatoria. Especialmente relevante era el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de 1990:

Artículo 1º.- Para los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La Suprema Corte de Justicia también citó el artículo 2º incisos 1) y 2), el artículo 6º incisos 1) y 2) y el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A partir de estos artículos la mencionada Corte concluyó que la Convención sobre los Derechos del Niño protegía la vida del niño tanto antes como después del nacimiento, por lo que era válido concluir que protegía al producto de la concepción y, al tratarse de un instrumento internacional de los señalados en el artículo 133º de la Constitución Federal, sus disposiciones eran de observancia obligatoria.

Igualmente fue citado el artículo 6º inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁰, aprobado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981.

Según la Suprema Corte de Justicia, todo lo expuesto confirmaba la tipificación del delito de aborto así como lo establecido en el artículo 22º del Código Civil, en virtud del cual:

Artículo 22º.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”.

Por ello, en opinión de la Suprema Corte de Justicia, lo consignado en el artículo 334º, fracción III, del Código Penal del Distrito Federal, no era una excepción al artículo 329º de dicha norma, que regulaba el delito de aborto, pues en ella no se disponía que dándose los supuestos señalados debería entenderse que no se había cometido delito, sino que se limitaba a establecer que en ese caso no se aplicaría sanción.

La Suprema Corte de Justicia afirmó que la situación descrita en el artículo 329º, fracción III, era “peculiar, excepcional y dramática”. Según la Corte, la situación descrita por el precepto colocaba “a la mujer embarazada ante una situación de muy difícil decisión: la heroica de aceptar continuar con el embarazo y la de aceptar la interrupción del mismo, con la consecuencia de que es un delito y las consecuencias de que ello puedan seguirse”.

Asimismo, dejó claro que entender que al producto de la concepción se le podía provocar la muerte, era inaceptable, habida cuenta que la citada norma no establecía que se debía privar de la vida al producto de la concepción sino sólo que de haberse producido la muerte en esas condiciones y, habiéndose cumplido los requisitos, no procedía imponer sanción⁶¹.

⁶⁰ Artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

⁶¹ En los fundamentos jurídicos de la Sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional español, al referirse al conflicto entre la vida del nasciturus y los derechos de la mujer, se señala que “en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insostenible, sin perjuicio de que en su caso, siga subsistiendo el deber de protección respecto del bien jurídico en otros ámbitos”.

Por todo lo expuesto la Suprema Corte de Justicia consideró que no se transgredía la garantía de igualdad contenida en el artículo 4° de la Constitución Federal, pues la citada fracción III no autorizaba la privación de la vida del producto de la concepción, sino sólo contemplaba la posibilidad de que, de producirse el acto delictivo y reuniéndose los requisitos previstos, se concluyera que no debía aplicarse sanción. No se establecía en consecuencia, que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pudiera privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio, sino que de producirse el aborto, y de haberse cumplido los requisitos consignados en la fracción III del artículo 334°, la sanción no podría aplicarse.

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció la validez del artículo 334°, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal.

2. El cuestionamiento al artículo 131° bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal

La resolución de la Suprema Corte se limitó a señalar que se desestimaba la acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 131° bis del Código de Procedimientos Penales. Esta decisión está directamente vinculada al número de votos de los integrantes de la Corte Suprema sobre la inconstitucionalidad del referido artículo⁶².

En efecto, el proyecto de resolución, también preparado por la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, proponía la inconstitucionalidad del artículo 131° del Código de Procedimientos Penales y su declaración de invalidez. Sin embargo, el resultado de la votación fue de seis votos de los Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Aguinaco Alemán, Ortiz Mayagoitia y de la Ministra ponente, a favor del proyecto, y de cinco votos de los Ministros Castro y Castro, Gudiño Pelayo, Román Palacios, Silva Meza y el presidente Góngora Pimentel, en contra.

Como se aprecia, en el caso del artículo 131° bis del Código de Procedimientos Penales, la mayoría de los magistrados votó por su inconstitucionalidad, pero no alcanzó la mayoría exigida para invalidar la norma. La Corte decidió que existiendo mayoría en el sentido de que la norma era inconstitucional, aunque no ocho votos, sólo se daría la declaración plenaria de insubsistencia de la acción sin ningún respaldo de tesis jurídica ni en cuanto a la constitucionalidad a la que implícitamente se llegaba, al respetarse la validez de la norma impugnada por aplicación de una regla técnica que salvaguarda la presunción de que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución.

Por lo tanto, la Corte se limitó a desestimar la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 131° bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, ordenando el archivo del asunto. En cambio, con relación al artículo 334°, fracción III, del Código Penal del Distrito Federal, expresamente se reconoció su validez.

Siete fueron los Ministros que votaron a favor de la constitucionalidad del artículo 334°, fracción III del mencionado Código Penal: Azuela Güitrón, Castro y Castro, Gudiño Pelayo, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y el presidente Góngora Pimentel. Los Ministros Aguirre Anguiano, Díaz Romero, Aguinaco Alemán y Ortiz Mayagoitia votaron en contra y manifestaron voto de minoría. El Ministro Aguirre Anguiano expresó que, además, formularía voto particular en relación con la certeza jurídica, y los Ministros Gudiño Pelayo y Azuela Güitrón anunciaron que formularían voto concurrente.

⁶² Artículo 72° de la ley reglamentaria del artículo 105° de la Constitución.- Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.

Colombia

En 1994, la Corte Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia C-133 de 1994, declaró constitucional el artículo del Código Penal colombiano que penalizaba el aborto⁶³. Mediante Sentencia 013 de 1997, la citada corte declaró constitucionales los artículos del Código Penal que atenuaban el infanticidio así como ciertos supuestos de aborto⁶⁴. A continuación haré referencia a la Sentencia C-641/01, de 20 de junio de 2001, en la que la Corte Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad de un párrafo del artículo 124° del Código Penal.

La Ley N° 599, promulgada el 24 de julio de 2000, modificó el artículo 124° del Código Penal Colombiano, relativo a los supuestos de atenuación del aborto.

Específicamente, el artículo 124° quedó redactado como sigue:

Artículo 124°. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Como se ha señalado, de acuerdo con el artículo 241° inciso 4) de la Constitución colombiana, cualquier ciudadano/a puede presentar una acción de inconstitucionalidad. En ejercicio de esa acción pública el ciudadano Carlos Humberto Gómez Arámbula demandó la inconstitucionalidad del citado párrafo del artículo 124° del Código Penal.

El demandante consideraba que el referido párrafo desconocía el más importante de los derechos fundamentales como es el derecho a la vida. Asimismo, sostenía que la norma demandada al despenalizar el delito de aborto en condiciones anormales y extraordinarias de motivación, fomentaría la comisión del mismo porque eliminaba una barrera existente en la mente humana⁶⁵, “pues aunque sea

⁶³ El artículo 343 del Código Penal colombiano, aprobado por Decreto 100 de 1980, establecía que: “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior”.

⁶⁴ Los artículos del Código Penal colombiano (Decreto 100 de 1980) cuya constitucionalidad analizó la Corte Constitucional fueron los siguientes:

Artículo 328°.- Muerte del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.

(...)

Artículo 345°.- Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias.

(...)

Artículo 347°.- Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses a tres años.

Artículo 348°.- Abandono seguido de lesión o muerte. Si del hecho descrito en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte.

Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad.

⁶⁵ El argumento de que la despenalización del aborto incrementaría el número de interrupciones voluntarias del embarazo, también fue invocado por los diputados del Partido Popular de España, cuando demandaron la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

prohibido por la Ley Divina, el delito es permitido por la ley del hombre, porque no otorga ninguna consecuencia jurídica al hecho punible del aborto”.

Por otro lado, el demandante afirmó que el legislador en el párrafo acusado había transgredido los postulados constitucionales consagrados en el Preámbulo y en los artículos 1^o⁶⁶ y 11^o⁶⁷ de la Constitución, porque dejaba impunes “crímenes” cometidos contra un ser humano que se encontraba en incapacidad de ejercer la defensa de su vida. Consideraba que las mujeres siempre buscarían excusas para calificar como condiciones anormales de motivación, las razones que las indujeron a abortar. En su opinión, si el niño no era querido, no existía justificación para matarlo, pues el Estado, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, había creado instituciones en donde podían ser entregados en adopción, y existían instituciones privadas con ese fin⁶⁸.

Finalmente, adujo que los seres humanos que se encontraban en gestación, tenían derecho a nacer y a crecer dentro de una familia, a ser iguales ante la ley y a recibir protección del Estado sin ninguna discriminación, al reconocimiento de su personalidad jurídica, al libre desarrollo de su personalidad, según lo establecido en los artículos 13^o⁶⁹, 14^o⁷⁰ y 16^o⁷¹ de la Constitución así como a los demás derechos constitucionales, especialmente la protección de los niños.

Como fundamento de su posición, el ciudadano demandante citó la Carta Encíclica “El Evangelio de la Vida”, en la que el Papa Juan Pablo II sostiene: “Ninguna circunstancia, ninguna finalidad, ninguna ley del mundo podrá jamás hacer lícito un acto que es intrínsecamente ilícito, por ser contrario a la Ley de Dios, escrita en el corazón de cada hombre, reconocible por la misma razón y proclamada por la Iglesia”.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación y el Procurador General de la Nación se pronunciaron por la constitucionalidad del párrafo del artículo 124^o del Código Penal, aunque el último de manera condicionada. El primero de ellos señaló que en este caso lo que el legislador tenía en cuenta no era la antijuridicidad sino el grado de culpabilidad del agente. En su opinión ello atendía a la naturaleza del derecho penal y de la pena, pues la imposición de una pena que se sabe que es una retribución, vulneraba la Constitución.

El Procurador General de la Nación señaló que cuando el juez penal encontraba probadas las “extraordinarias condiciones anormales de motivación” debía declarar la exclusión de culpabilidad y no prescindir de la pena, como establecía el párrafo demandado, pues ello implicaba un reproche a la conducta que la condición de “extraordinario” excluía. Afirmó que la necesidad de la pena era uno de

⁶⁶ Artículo 1^o de la Constitución.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁶⁷ Artículo 11^o de la Constitución.- El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

⁶⁸ En relación a los casos de aborto eugenésico, el Tribunal Constitucional español (STC 53/85) señaló que “la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyen de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva”.

⁶⁹ Artículo 13^o de la Constitución.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

⁷⁰ Artículo 14^o de la Constitución.- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

⁷¹ Artículo 16^o de la Constitución.- Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

los principios, junto con el de la proporcionalidad y razonabilidad, al que debía responder la imposición de la misma. La culpabilidad era el reproche que se fundaba en la exigibilidad de otra conducta, luego de constatada la capacidad de culpabilidad y el proceder a pesar del conocimiento de un actuar contra derecho. En cambio, la inexigibilidad de otra conducta conducía a la inculpabilidad y, en consecuencia, a la ausencia de responsabilidad⁷².

Para el Procurador General de la Nación, había que resolver la tensión entre la autonomía procreativa de la mujer, que además llevaba implícitos unos valores jurídicos como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la honra; y el derecho a la vida del feto, tensión que consideraba debía ser resuelta a la luz del principio fundamental de la dignidad humana, en virtud del cual se consideraba a la persona “como un fin en sí mismo y no como un medio *para que otros realicen mediante él objetivos que le son ajenos*. Por lo tanto, si la vida del ser humano no se encuentra regida por ese principio, el hombre y la mujer quedan expuestos a la instrumentalización de su existencia y, en consecuencia, a ser reducidos a la condición de cosa. De ahí que, cuando la función preventiva de la pena, en cuyo marco debe ser atendido el principio de necesidad de la misma, sea cumplida por el Estado para proteger el bien jurídico de la vida, no se puede postergar el principio fundamental de la dignidad humana”.

Según el Procurador, el legislador desconocería el principio de la dignidad humana, si penalizara a la mujer que embarazada en contra de su voluntad, abortara llevada a eso por unas motivaciones cuya magnitud le harían imposible el disfrute de bienes jurídicos que confirmaban valores constitutivos de la dignidad humana.

Añadió que el acto coactivo de la violación seguida de embarazo así como el engaño en caso de la inseminación no consentida, vulneraban el derecho a la libertad de la mujer. “Es el autor de la violación quien decide por ella sobre un asunto que pertenece a lo más íntimo de su personalidad: la libre disposición de su cuerpo y su derecho a la autonomía procreativa”.

Ambos se refirieron al Estado colombiano como uno pluralista y cuestionaron la introducción de concepciones religiosas en un debate jurídico. El análisis de constitucionalidad debía realizarse a la luz de los lineamientos establecidos en el Estatuto Fundamental y no “de los documentos emitidos por quien es la cabeza visible de una determinada religión”.

Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

1. Funciones y requisitos de la pena

La Corte Constitucional sostuvo que el derecho penal en un Estado democrático sólo tenía justificación como la última ratio que pone en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual era cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado. Como corolario de lo señalado, la pena debía ser justa y el Estado no podía imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución⁷³.

⁷² La inexigibilidad de otra conducta es un argumento constante en los fundamentos jurídicos de la Sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional español.

⁷³ Artículo 2º de la Constitución.- Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y administrativa y cultural de la Nación (...). Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Para la Corte Constitucional la utilidad de la pena suponía la necesidad social de la misma, pues en caso contrario la pena era inútil y aplicarla era de notoria injusticia, el regreso a la ley del talión, esto es, la concepción de la pena como castigo para devolver un mal con otro.

2. Excusa absolutoria y exclusión de la punibilidad

La Corte Constitucional afirmó que verificada la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, no devenía en forma automática la imposición de la pena o de la medida de seguridad, pues era indispensable la declaración de responsabilidad con respecto a una persona determinada. Sin embargo, en casos extraordinarios previstos por la ley, podía el Estado prescindir de la aplicación de la pena, en virtud de la existencia de circunstancias especiales que constituían un factor negativo de punibilidad. La Corte distinguió entre las excusas absolutorias y la extinción de la pena.

Para la Corte Constitucional, en las excusas absolutorias, dadas las circunstancias personales del agente, el Estado se abstenía de la imposición de la pena, asumiendo una posición de indulgencia penal (conocida en el Código Penal de 1936 como perdón judicial). Las causas personales de exclusión de la pena habían sido autorizadas por el legislador en el Código Penal de 1980 para algunos delitos, lo que significaba que esa institución no era ni había sido extraña al Derecho colombiano.

En cambio, en el caso de la extinción de la pena, el Estado, en virtud de la ley, carecía a partir de un momento dado en adelante, de la facultad para ejercer su potestad punitiva, de tal manera que, producidos ciertos fenómenos no podía el juez imponer la pena, porque la ley se lo prohibía. Así ocurría, por ejemplo en el caso de muerte del procesado o condenado, o cuando se concedía el indulto.

En las dos hipótesis se inaplicaba la pena.

3. Exclusión de la pena en el delito de aborto

La Corte Constitucional afirmó que el párrafo acusado no violaba la Constitución. Dicho párrafo establecía una causal personal de exclusión de la pena, cuando concurrían los requisitos allí señalados. Dicha regulación era parte de la potestad del Congreso de la República de hacer las leyes, en atención a los artículos 114⁷⁴ y 150⁷⁵ de la Constitución.

Dicha regulación constituía una excusa absolutoria para que el juez, analizadas las circunstancias del caso concreto, pudiera concluir en la prescindencia de la imposición de la pena, si se reunían los requisitos determinados.

La Corte Constitucional sostuvo que no se trataba de una potestad discrecional para el juzgador sino de una potestad reglada. De esta forma, primero el juez debía establecer si el embarazo era producto de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o que se hubiera producido una inseminación artificial no consentida por la mujer o que hubiera ocurrido una transferencia de óvulo fecundado sin su consentimiento. Posteriormente, debía emprender el análisis de las pruebas que obraran en el expediente en relación con las condiciones de motivación de la determinación de abortar, asumida por la mujer, para establecer si ellas eran ordinarias o extraordinarias, es decir, si salían de lo común, si se encontraban fuera del actuar de otras mujeres puestas en las mismas condiciones de tiempo, de modo y de lugar según el medio económico-social, teniendo en cuenta siempre que lo extraordinario era la excepción y no la regla. Por último, el juez había de emprender el análisis particular para el caso sometido a su juzgamiento sobre la necesidad o no de la pena, habida cuenta de las finalidades de la

⁷⁴ Artículo 114° de la Constitución.- Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

El Congreso de la República estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

⁷⁵ Artículo 150° de la Constitución.- Corresponde al Congreso hacer las leyes (...).

misma, lo que implicaba que tomara en consideración las funciones que estaba llamada a cumplir, respecto de la sociedad y de la sindicada, para determinar si era de alguna utilidad o de ninguna, dadas las circunstancias particulares y concretas.

Finalmente, la Corte Constitucional declaró que el párrafo acusado no vulneraba el derecho a la vida, como lo afirmaba el demandante, pues el delito de aborto estaba tipificado en los artículos 122° y 123° del Código Penal, como lo había considerado conveniente el legislador en el marco de un Estado social, pluralista y democrático de Derecho. Conforme a la potestad de configuración de la ley, el Congreso de la República había juzgado necesario y conveniente, de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas y culturales, establecer una causal personal de exclusión de la pena, la que legítimamente podía adoptarse como decisión legislativa, que fue lo que había sucedido al adoptar como disposición legal el párrafo 124° de la Ley 599 de 2000, que en manera alguna violaba la Carta Política.

En consecuencia, mediante Sentencia C-647/01, la Corte Constitucional declaró exequible, esto es constitucional, el párrafo 124° de la Ley 599 de 2000.

Los siguientes siete magistrados votaron a favor de la sentencia: Alfredo Beltrán Sierra (Presidente y magistrado ponente), Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Luis Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Salvaron el voto los magistrados, es decir votaron en contra, Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil. Aclararon el voto los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Manuel José Cepeda Espinosa.

Como se puede apreciar, las consideraciones o fundamentos de la Sentencia C- 641/01 tienen que ver principalmente con los casos en los que, de acuerdo a los principios del Derecho penal, corresponde excluir de la pena al sujeto activo; y, con las funciones que cumple la sanción penal en un estado democrático.

Es en la aclaración del voto donde hay un mayor desarrollo de los derechos de la mujer y un análisis del aborto como un conflicto de derechos que es preciso ponderar. Hay un cuestionamiento a que la mujer sea considerada sólo como un instrumento de reproducción de la especie humana. Hay también una referencia al derecho a la intimidad, regulado en el artículo 15° de la Carta Política⁷⁶, que se considera vulnerado cuando una mujer era violada, artificialmente inseminada o intervenida para implantarle un óvulo fecundado⁷⁷.

En la aclaración del voto se señaló, asimismo, que el legislador debía respetar el derecho a la autonomía de la mujer, consagrado en el artículo 16° de la Constitución. Si bien la mujer embarazada, violentada y forzada a reproducirse y a modificar totalmente su concepción acerca de su propia vida, no podía desconocer al feto, cuya vida digna era también constitucionalmente protegida, ello no significaba que el legislador pudiera obligarla a procrear.

Por otro lado, los magistrados que aclararon el voto también se refirieron a la libertad de conciencia, involucrada en la decisión de engendrar vida humana. Una mujer embarazada a causa de una violación,

⁷⁶ Artículo 15° de la Constitución.- Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...).

⁷⁷ En 1973 la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos resolvió el caso *Roe vs Wade*, en el que se cuestionó la constitucionalidad de la ley penal sobre aborto de Texas, que prohibía el aborto salvo en los casos en que el médico lo aconsejara para salvar la vida de la madre. La citada Corte resolvió que dicha ley era inconstitucional por violar la cláusula del debido proceso contenida en la decimocuarta enmienda de la Constitución, que protege el derecho a la privacidad contra la acción estatal, véase la traducción al castellano de esa sentencia en *Los derechos de la mujer en la jurisprudencia constitucional comparada*, volumen II, Defensoría del Pueblo, Lima, agosto 2000, págs. 151-198.

no podía ser obligada a abortar, ni aún por sus padres en el caso de que fuera menor de edad, o por su esposo si fuera casada, si su conciencia le indicaba que su deber era dar a luz. La autonomía personal también protegía su decisión de procrear. Asimismo, en la aclaración del voto se señaló que la vida física, la integridad personal y la salud de la mujer corrían un mayor peligro cuando el aborto era practicado en condiciones clandestinas, sin el cumplimiento de los protocolos médicos y las reglas de higiene.

Es importante resaltar lo señalado en la aclaración del voto, en relación a los criterios para efectuar la ponderación entre la protección de la vida del feto y los derechos constitucionales de la mujer. Ello por cuanto el legislador colombiano emplea el criterio motivacional en lugar del criterio temporal, para no aplicar la pena en determinados casos de aborto.

En ese sentido, los magistrados que aclararon el voto introdujeron, con algo de confusión, el criterio temporal para la interpretación del párrafo del artículo 124° del Código Penal. De esta forma, indicaron que la viabilidad, es decir la capacidad del feto de sobrevivir fuera del vientre materno ocurría entre la semana veintidós y veinticuatro⁷⁸. En ese momento, en consecuencia, la protección de la vida digna prevalecía sobre los derechos de la mujer, pues resultaba difícil definir cuáles serían las circunstancias de motivación, por extraordinarias o anormales que éstas fueran, sobrevinientes en ese momento, que justificaran constitucionalmente la exención de punición.

Por otro lado, señalaron que a partir del momento en que el feto podía experimentar sensaciones, esto es, desde la decimotercera semana de gestación, se debía valorar constitucionalmente la vida del feto, que aún dependía total e insustituiblemente de la mujer para existir y desarrollarse. También su integridad física, ya que sufría y su dignidad, ya que era un ser humano íntegro, así no fuera consciente y autónomo. Por ello, del lado de la mujer después de la decimotercera semana de embarazo disminuía el peso de sus derechos fundamentales, como la autonomía personal porque ésta no comprendía la realización de actos que causarían sufrimiento a otro ser humano. Si una mujer decidía terminar su embarazo, en las circunstancias señaladas en la norma acusada, debía hacerlo en principio poco después de la duodécima semana de embarazo para que su derecho a la autonomía, unido al derecho a la intimidad violado en estos casos, justificaran que el juez pudiera prescindir de la imposición de la pena.

No obstante, meses después de la duodécima semana de embarazo, otros derechos de la mujer podían justificar que el aborto sucediera en las circunstancias y condiciones previstas en el párrafo acusado. Ése podría ser el supuesto en el que la motivación extraordinaria y anormal de la mujer obedeciera a información médica verídica y confiable acerca de los graves peligros que se cernieran sobre su vida, su integridad física y su salud básica si continuaba el embarazo. Otro supuesto podría ser el descubrimiento tardío por parte de la mujer, de que era objeto de un experimento genético o que el feto tuviera un tipo de malformación extraordinaria.

En cuanto a la motivación anormal y extraordinaria exigida por el párrafo en cuestión, la aclaración del voto fue más allá de lo señalado en los fundamentos jurídicos de la resolución. En efecto, se señaló que en el caso de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, todas estas circunstancias eran anormales y extraordinarias. Por ello, en estas circunstancias se generaba una alteración profunda en el estado de ánimo de la mujer, ya gravemente perturbada por la violación, por la inseminación artificial no consentida o por las otras causas extrañas y abusivas del embarazo, lo cual configuraba por sí solo una motivación que revestía las características exigidas por la norma para que el juez pudiera prescindir de imponer la pena. “En estos casos lo que es *prima facie* anormal y extraordinario en la vida real, también

⁷⁸ En la sentencia *Roe vs Wade* se lee: “en la etapa posterior a la viabilidad, el Estado, con el fin de promover su interés en la potencialidad de la vida humana (...), puede, si así lo decide, regular e incluso proscribir el aborto, salvo en aquellos casos que fuera necesario según la opinión médica apropiada para proteger la vida o la salud de la madre”, *ibidem*, pág. 189.

lo es para el derecho constitucional (...) La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, no indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación”.

En la aclaración de voto los magistrados sostuvieron que el partícipe, es decir el médico que practicaba el aborto, podía, según el caso, dejar de ser sancionado por el juez cuando su conducta fuera protegida por la Constitución, en razón del principio de igualdad.

Finalmente, es importante citar textualmente lo que señalaron los magistrados que aclararon el voto sobre el conflicto que puede presentarse entre la opinión personal de un magistrado/a y la protección de los derechos fundamentales:

“La opinión personal de cada uno en nuestra vida cotidiana como ciudadanos, no como magistrados, probablemente diferirá en algunos aspectos por razones de conciencia. Sin embargo, nuestra investidura no nos autoriza para imponerle al legislador ni mucho menos a los ciudadanos nuestras preferencias personales. Sólo no autoriza y obliga a fallar en derecho y a hacer respetar todos los bienes jurídicos tutelados por la Constitución con el nombre de derechos fundamentales, cuyo goce efectivo todas las autoridades debemos asegurar por ser éste uno de los primeros fines esenciales del Estado (artículo 2 de la C.P.)”