

LA DESCONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS SEXUALES Y LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

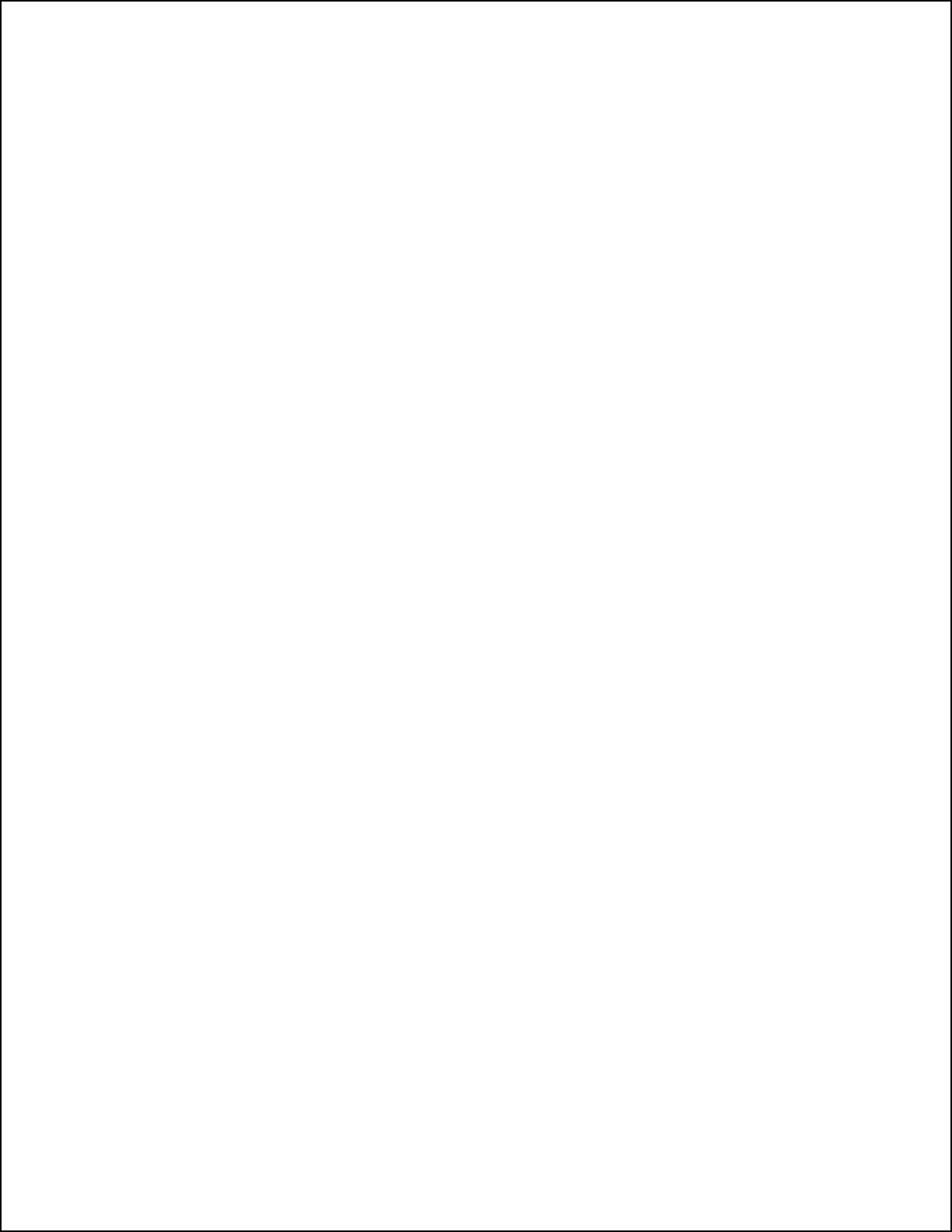
campana **28**

de septiembre



día por la
despenalización
del aborto en
américa latina y
el caribe

  #DespenalizaMiDecisión



LA DESCONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS SEXUALES Y LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Dr. Reynaldo Imaña

Bolivia, Agosto de 2015

A MANERA DE PRÓLOGO:

Por el derecho a decidir sin ser criminalizada por la justicia boliviana

Campaña 28 de Septiembre Bolivia

De acuerdo a información de la Sociedad Boliviana de Ginecología y Obstetricia, el aborto clandestino representa el 15% de las causas de muerte entre las mujeres bolivianas. De cada 10 mil intervenciones, al menos 60 terminan en deceso debido a las condiciones precarias e insalubres en que se realizan las interrupciones.

Datos de la misma organización indican que en Bolivia, cada año, al menos 73 mil mujeres -200 por día- se someten a esta práctica realizada en consultorios médicos improvisados, a los cuales no pueden ni siquiera denunciar debido a la penalidad que pesa sobre esa práctica médica.

Estos datos alarmantes han despertado la preocupación de diferentes instancias, tanto nacionales como internacionales, que han recomendado al Estado boliviano la revisión de su legislación, específicamente de instrumentos legales, como el artículo 269 del Código Penal, que plantea la sanción contra las mujeres que deciden interrumpir de manera voluntaria su embarazo.

En el país se encuentran organizaciones de mujeres como la Campaña 28 de Septiembre, que desde hace dos décadas, prácticamente, impulsa la despenalización del aborto y el derecho de las mujeres a decidir de manera libre e informada si desea o no ejercer su derecho a un embarazo.

A nivel internacional, organismos como la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) han recomendado al Estado boliviano revisar la penalización del aborto ante la elevada tasa de mortalidad materna. La misma posición asumió el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que recomendó a Bolivia la adopción de medidas, incluso legislativas, para frenar este alto nivel de mortalidad; mientras que la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo, en 1994, con la participación del país, acordó “mejorar la salud y el bienestar de la mujer” y “reducir considerablemente el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones”.

Estas preocupaciones y recomendaciones han sido escuchadas en cierta medida por el Estado boliviano, y en los últimos años, sobre todo en el marco de la Constitución Política de Estado, se

han alcanzado conquistas significativas en torno a los derechos de las mujeres.

Entre estos avances están normas que buscan erradicar la discriminación y violencia contra las mujeres, leyes que impulsan la equidad social y de género, la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio, el derecho a la salud materna, la protección laboral de las mujeres embarazadas, etcétera. Pero uno de los avances más significativos en este ámbito es la incorporación de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos a la nueva Carta Magna.

Sin embargo, estos avances no han sido suficientes para que las mujeres tengan la capacidad de decidir sobre su propio cuerpo, su sexualidad y su maternidad. Peor aún, algunos de los avances mencionados corren el riesgo de desconstitucionalizarse debido al accionar de ciertos órganos del nuevo Estado Plurinacional, como el Tribunal Constitucional y la Asamblea Legislativa Plurinacional. El primero a través de su Sentencia Constitucional Plurinacional del 5 de febrero de 2014 y el segundo con la elaboración del Código Niña, Niño y Adolescente, ya promulgado. Tras dos años de análisis el Tribunal Constitucional emitió la sentencia N° 0206 / 2014, calificada por muchos de confusa y ambigua, y que representó un retroceso a lo avanzado, pues concluye que “un aborto incondicional y en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado es una causa suficiente para que el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección, lo que alcanza de manera obligatoria al derecho penal en las fases más avanzadas del desarrollo del embrión”.

La sentencia del Tribunal expone un sinfín de argumentos en contra del derecho de las mujeres a decidir de manera libre e informada si desea o no ejercer su derecho a la maternidad. Y en cuanto al artículo 66 de la Constitución señala: “se debe aclarar que si bien la Constitución garantiza los derechos sexuales y reproductivos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 66, dicha norma de ninguna manera establece el derecho reproductivo como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que el ejercicio de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos no implican el derecho al aborto”.

En tanto, la Asamblea Legislativa, a través del Código de la Niñez y Adolescencia, dio otro portazo al derecho de las mujeres a decidir de manera libre e informada si desea o no ejercer su derecho a la maternidad, cuando introdujo que el derecho a la vida se da desde la concepción. En su artículo 5, el mencionado Código señala: “son sujetos de derechos del presente código, los seres humanos hasta los dieciocho (18) años cumplidos, de acuerdo a las siguientes etapas de desarrollo: a) niñez, desde la concepción hasta las 12 semanas cumplidas”.

Estos dos ejemplos de legislación boliviana en los órganos Legislativo y Judicial han marcado un franco retroceso a lo avanzado hasta hoy en cuanto a los derechos de las mujeres, lo cual

debe llamar la atención de la autoridades y la sociedad civil en su conjunto para, de una vez, poner un freno a la alta mortalidad materna que provoca la práctica del aborto clandestino, al cual se exponen miles de mujeres bolivianas que deciden no ejercer su derecho a la maternidad por diferentes razones y principalmente al ejercicio de derechos de las mujeres sin ser criminalizadas

Por tanto, la propuesta técnico-jurídica, promovida y elaborada por la Campaña 28 de Septiembre de Bolivia, mediante el jurista Reynaldo Imaña, quien elaboró un minucioso análisis comparativo entre la Sentencia 0206 / 2014 del Tribunal Constitucional, los contenidos del Código de la Niñez y Adolescencia y la nueva Constitución Política del Estado, plantea la defensa del derecho de las mujeres a la maternidad libremente decidida, en el marco del artículo 66 de la Carta Magna, que abre las puertas a los “propósitos de autodeterminación de los cuerpos” y, además, pone en vigencia los derechos sexuales y, especialmente, los derechos reproductivos, que se enmarcan en lo que representan la libertad y la dignidad del ser humano.

La propuesta de La Campaña 28 de Septiembre plantea que el fundamento y límite infranqueables del poder penal del Estado lo constituyen la libertad y la dignidad del ser humano, cuyo derecho implica el derecho a decisiones intransferibles y propias que - en el caso de la mujer - sólo atañen a ella, porque constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal. Estas decisiones intransferibles son su sexualidad y reproducción, cuya expresión máxima es el derecho a determinar, en forma libre, responsable y sin una coacción de ninguna naturaleza, al número de hijos que desee tener y el espaciamiento entre éstos. Estas decisiones intransferibles también comprenden la interrupción voluntaria del embarazo que, como manda el derecho internacional de los derechos humanos, debe realizarse en condiciones seguras, sin poner en riesgo su salud o su vida.

En ese marco, Imaña señala que si bien la Constitución Política del Estado protege la vida, la misma transluce que esa protección constitucional debe ser leída en garantía de la inviolabilidad de los derechos, la dignidad humana de las mujeres y de su integralidad, no sólo como la protección de la supervivencia biológica. Porque es un hecho que la Carta Magna, más allá de la protección de la supervivencia biológica, protege la vida dentro de unas condiciones mínimas de dignidad, que comprenden los aspectos materiales, físicos, biológicos y también los de orden espiritual y emocional. La Constitución protege la vida, pero es falso que consagre la obligatoria protección penal del embrión implantado; por lo tanto, no existe en el texto constitucional ninguna disposición que permita llegar a tan categórica conclusión y que penalice la decisión de la mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo y menos afianzarse a un sistema colonial y patriarcal amparadas todavía por algunas estructuras estatales.

LA DESCONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS SEXUALES Y LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Reynaldo Imaña Arteaga

INTRODUCCION

La centenaria e incansable lucha por la emancipación de las mujeres del sistema de opresiones que implica el patriarcado, ciertamente reporta avances importantes que no pueden desmerecerse en grado alguno. Sin embargo, más que regodearse en ellos, es un imperativo, mantener siempre, una posición crítica sobre sus distintas formas de materialización y concreción, toda vez que la historia da cuenta de la gran habilidad del patriarcado para reciclarse y recomponerse. Por ello, resulta inherente a la lucha de las mujeres, situarse en un estado permanente de alerta temprana y denuncia oportuna frente a todo retroceso o posibilidad de retroceso en este largo camino y frente a todo intento descarado o encubierto de restaurar las grietas del patriarcado.

En efecto, la lucha emancipatoria de las mujeres ha logrado concretar en el ámbito internacional importantes instrumentos de derechos humanos que trascienden lo exclusivamente “femenino” porque tienden hacia la construcción de un orden social cada vez más justo que propicie una vida digna para las mujeres y también para los hombres. Cabe mencionar entre estos instrumentos: A la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará); La Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de las Naciones Unidas; la Declaración y Plataforma de Acción de la Conferencia de la Mujer de Beijing.

En el ámbito nacional, la lucha de las mujeres también registra conquistas significativas: La ratificación de los instrumentos internacionales antes señalados; la visualización de las demandas de las mujeres en la agenda pública y la concreción de normas específicas, que más allá de sus luces y sombras, y de sus posibilidades reales de transformación, abrieron el camino para su reconocimiento como sujetos sociales, políticos, culturales y económicos. No son menos importantes las normas aprobadas con el objeto de erradicar la discriminación y violencia contra las mujeres. Indudablemente un hito por demás importante en el camino hacia la emancipación de las mujeres, constituye el movimiento desplegado por mujeres de diferentes sectores en la etapa pre constituyente que atravesó nuestro país entre 2000 y 2005, movimiento que si bien no tuvo

el mismo peso y significación en la etapa constituyente, se tradujo en la constitucionalización de importantes demandas de las mujeres, tales como: La equidad social y de género; la equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres; la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio; el derecho a la salud materna; la protección laboral de las mujeres embarazadas, etc. mereciendo destacarse ***“el derecho de las mujeres a no sufrir violencia física, sexual o psicológica; y, la constitucionalización de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos”***.

Sin embargo, la consagración constitucional de los derechos no significa per se la vigencia sociológica de los mismos, y aunque la doctrina de los derechos humanos señale que estos no necesitan de reglamentación, la experiencia nos enseña que, en muchos casos, es imprescindible dotar de contenido específico a estos derechos ya sea a través del desarrollo normativo de rango inferior, del desarrollo institucional correspondiente, o ya sea, adecuando la normativa vigente a los nuevos mandatos constitucionales. No hacerlo constituye un serio impedimento para lograr la vigencia real de los derechos fundamentales.

Pero el peligro mayor, lo constituye la desconstitucionalización de los principios, valores, derechos y normas de la Constitución, que opera a través de los siguientes mecanismos: a) la aceptación y tolerancia de prácticas o costumbres “contra constitución”; b) la realización de interpretaciones manipulativas de la Constitución; c) la sanción de normas de rango inferior contrarias a la Constitución; d) el mantenimiento de normas incompatibles con la Ley Fundamental; y, e) la convalidación, por parte del Interprete Supremo de la Constitución, de normas ordinarias que violan el mandato de la Carta Magna, siendo esta última la más grave de todas, porque, paradójicamente, la realizan los órganos custodios de la supremacía constitucional.

A más de cinco años de promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado, los derechos sexuales y los derechos reproductivos en ella establecidos, parecen destinados a agotarse en su mera proclamación normativa, puesto que lejos de promulgarse una ley que les dote de contenidos específicos. Es decir, una ley que por una parte, señale de modo específico cuáles son estos derechos, su alcance y cuáles sus específicas manifestaciones en términos de las prerrogativas que confieren a su titular y, por otra parte, establezca los principios que rigen la promoción, protección y defensa de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, estamos asistiendo a su desconstitucionalización directa y solapada por parte de los órganos del Nuevo Estado Plurinacional. Una muestra clara de ello es la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0206/2014 de 5 de febrero de 2014 y la promulgación del Código Niña, niño y adolescente Ley N°548 de 17 de Julio de 2014, instrumentos sobre los cuales centraremos nuestro análisis en los siguientes apartados.

SENTENCIA CONSTITUCIONA PLURINACIONAL N° 1206/2014

La referida sentencia es el resultado de la acción de inconstitucionalidad abstracta interpuesta el 13 de marzo de 2012 por la Diputada Patricia Mancilla demandando la inconstitucionalidad de los artículos 56, 58, 245, 250, 254, 258, 263, 264, 265, 266, 269, 315 y 317 del Código Penal, arguyendo que dichos artículos contienen elementos discriminadores, machistas, patriarcales y colonizadores que atentan en contra de la igualdad de la mujer boliviana, contraviniendo el nuevo orden constitucional vigente desde el 7 de febrero de 2009 y el ordenamiento internacional de los derechos humanos de las mujeres que además forma parte integrante del bloque de constitucionalidad según lo previsto en el artículo 440 de la Constitución Política del Estado.

Si bien la demanda plantea la inconstitucionalidad de varios tipos penales y la accionante desarrolla su argumentación para cada una de las normas impugnadas, centraremos nuestro análisis en la respuesta de la Asamblea Legislativa Plurinacional y en los argumentos de los que se vale el Tribunal Constitucional para rechazar la inconstitucionalidad planteada en contra del artículo 263 (Aborto) del Código Penal.

Fundamentos de la Demanda

Con relación al referido artículo 263, la demanda señala que dicha norma al sancionar penalmente a la mujer que, decide realizar la interrupción voluntaria de su embarazo en condiciones de seguridad y antes de las doce semana de embarazo, viola el artículo 66 de la Constitución Política del Estado que garantiza el ejercicio pleno de los derechos reproductivos y que la norma impugnada obliga a las mujeres bolivianas a tener que recurrir a abortos realizados en condiciones de insalubridad y clandestinidad. La demandante, continua argumentando que al estar vigente el citado art. 66 de la Norma Suprema, la mujer adquiere el pleno derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que las condiciones sanitarias y de establecimientos de salud en que el mismo debe ocurrir deberán ser regulados por los organismos pertinentes en el ámbito de la salud pública y no del derecho penal, haciendo extensivos estos argumentos a la impugnación de los artículos 264 (aborto seguido de lesión o muerte) y 265 (aborto honoris causa) del Código Penal. La accionante también sostiene que las normas impugnadas además del Art. 66 vulneran también los artículos 8.II, 14.I y II, 15.I, II y III, 35.I, 66 y 109.I de la Constitución Política del Estado.

La demanda también se fundamenta en el compromiso asumido por el Estado Boliviano con la comunidad internacional, en materia de respeto a los derechos humanos de las mujeres. Así, alude a recomendaciones directamente vinculadas a la penalización del aborto, tales como: la CEDAW que recomienda revisar la legislación que penaliza el aborto, fundado en la preocupación de la elevada tasa de mortalidad materna por abortos ilegales; al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que recomendó a Bolivia la adopción de medidas

necesarias, incluyendo medidas legislativas para afrontar el problema de la mortalidad de mujeres a causa de abortos clandestinos (E/C 12BOL/CO/2,2008); la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, en la que se acordó “mejorar la salud y el bienestar de la mujer” y “reducir considerablemente el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones”.

Respuesta del Órgano Emisor de las normas impugnadas

Una vez que la acción de inconstitucionalidad se pone en conocimiento del órgano emisor, es decir, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a objeto de contra argumentar la demanda, a través de su representante legal, literalmente señala:

“...Sobre el hecho que se sancionaría a la mujer que, supuestamente en el ejercicio de sus derechos reproductivos decide abortar, en condiciones de seguridad y antes de las doce semanas de embarazo, son extremos que no se hallan regulados en norma alguna; por lo que se debe aclarar que si bien la Constitución garantiza los derechos sexuales y reproductivos, de acuerdo a lo establecido por el art. 66, dicha norma de ninguna manera establece el derecho reproductivo como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no implican el derecho al aborto”

Como puede advertirse, el órgano emisor en la defensa de la norma impugnada, sin ningún tipo de razonamiento o fundamentación jurídica mínimamente exigible, señala que no existe norma alguna que regule el aborto en condiciones seguras, concluyendo así, de un plumazo y puerilmente que “los derechos sexuales y reproductivos no implican el derecho aborto”. Queda en evidencia que para el órgano emisor, los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres y las expresas recomendaciones al Estado Boliviano que emergen de dichos instrumentos no significan nada y lo que es peor que los derechos o algunos de los derechos previstos en la Constitución Política del Estado son sólo letra muerta, sin contenido o cuyo contenido puede ser vaciado sin pudor ni responsabilidad alguna.

El dizque “alegato” del órgano emisor señala más adelante que: *“la tipificación de la figura del aborto, responde a principios constitucionales, basados en el respeto por la vida (como derecho fundamental...)”,* pero no especifica cuales son estos principios constitucionales y menos aún el basamento de estos en el respeto por la vida, y continúa afirmando que este extremo estaría sustentado además por el “Código Niño, Niña y Adolescente, en el que se hace referencia a los derechos del concebido”, desconociendo consciente o deliberadamente que el tratamiento legislativo del señalado Código, ha sido hábilmente manipulado por los sectores más radicales del patriarcado que no desperdician ninguna oportunidad para seguir perpetuando la indigna situación de opresión, sumisión y humillación de las mujeres.

La ausencia de argumentos jurídicos, suplida por una postura patriarcal, autoritaria y antidemocrática, se manifiesta de cuerpo entero cuando el órgano emisor concluye en tono profundamente machista: *"...que las mujeres tengan que recurrir a condiciones insalubres y de clandestinidad, transgrediendo la norma penal, vulnerando el derecho de otro ser y además, poniendo en peligro su propia integridad física; constituye simplemente la comisión de un hecho delictivo, que desde ningún punto de vista puede ser justificación para la despenalización del aborto"...* **¡QUE LAS MUJERES DESOBEDIENTES MUERAN COMO UN PERRO!**, exclamaría otro, sin rodeos, sin edulcorantes ni legalismos tramposos.

Todo parece indicar que para el órgano emisor, las mujeres son cosas descartables que están por debajo de los mandatos del derecho penal cuyos preceptos reputa como intocables e inmutables, encuadrándose de esta manera, en los postulados de una política criminal de corte autoritario que subordina el principio de libertad y dignidad del ser humano, al principio de autoridad.

Y para terminar, como si se tratase de un pleito cualquiera, en el que la picardía criolla puede hacer fácilmente de las suyas, el órgano emisor recurre a la chicana tribunalicia heredada del procesalismo colonial y ritualista, al señalar: *"la acción interpuesta en el presente caso, contrario a demandar la inconstitucionalidad de una norma del sistema jurídico vigente, pretende exigir un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, no siendo esta la vía pertinente para hacer valer tal pretensión."* Sí el Tribunal Constitucional, tenido como el custodio máximo de la Constitución, como el Intérprete Supremo de la Constitución, no es la vía pertinente para reclamar la vigencia de la Carta Magna y de los derechos fundamentales en ella garantizados, se debe concluir que el Tribunal Constitucional es una ridícula farsa, y bueno habría sido que el órgano emisor, ante esta triste realidad, nos aclare cuál es la vía pertinente.

La respuesta del órgano emisor no contempla mayores argumentos que los señalados en los párrafos precedentes.

Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional

Veamos ahora lo que dice el Tribunal Constitucional a tiempo de resolver la acción de inconstitucionalidad en su sentencia N° 0206/2014 de 5 de febrero de 2014, cuya extensa redacción resulta en muchos casos confusa, ambigua y sobre todo contradictoria, extremo que, dicho sea de paso, dificulta un análisis sistemático de la misma.

El Tribunal Constitucional, comienza dejando establecido que la naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad abstracta, *"...es una de las vías o medios jurisdiccionales de rango constitucional de control normativo correctivo o a posteriori; es decir, de normas vigentes, acción a través de la cual el Tribunal Constitucional analiza la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales*

impugnadas, de diferentes jerarquías y ámbitos jurídicos, con los principios, valores y normas de la Constitución Política del Estado, de tal manera que desaparezca la duda de constitucionalidad sobre dicha norma...". Más adelante, demostraremos que el Tribunal la única "compatibilidad" o "incompatibilidad" que "analiza" es con los "dichos" del Órgano Emisor.

Seguidamente en aproximadamente 20 párrafos desarrollados a lo largo de 5 páginas refiere las bases del Estado Plurinacional desde la voluntad del Constituyente (apartado III.2), para finalmente concluir:

- *"Que, el nuevo Estado Plurinacional se cimenta en cuatro bases fundamentales: 1) La "pluralidad" y el "pluralismo"; 2) La "descolonización"; 3) La "autodeterminación de los pueblos" y 4) El horizonte del "vivir bien".*
- *Que, la pluralidad y el pluralismo, expresa la convivencia y coexistencia de diversos modos de ser o ñanderko, con formas propias de autogobierno; asimismo, implica el ejercicio igualitario de sistemas económicos, políticos, jurídicos, culturales y lingüísticos.*
- *Que, la descolonización, implica la transición al nuevo Estado Plurinacional dejando en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal, trascendiendo toda forma de colonialidad, dominación y racismo".*

Más adelante en el apartado III.3, el Tribunal reconoce que el nuevo Texto Constitucional ha transversalizado varios elementos indispensables para la construcción de una sociedad más justa y armoniosa, entre estos la igualdad de género, elemento que al decir de la sentencia resulta de suma importancia hacia una nueva construcción del Estado.

El Tribunal, continua reafirmando que: *"la categorización de la condición de la mujer en términos reduccionistas y androcéntricos ha implicado el establecimiento de un estado de cosas, en general, desfavorable; pues las prácticas de dominación naturalizadas se han anclado en el imaginario colectivo durante muchos años. Sin embargo, ahora vivimos un momento histórico desmitificante que debe alimentar a la construcción de una mejor situación de las mujeres a partir de redefiniciones conceptuales, así una atribución de sentido que parte de una nueva noción de género como un producto cultural, en el que se comprenda que la mujer no tiene debilidades, roles, temperamentos, obligaciones o cargas sociales por su sola condición femenina".* No obstante, decide mantener vigente la conminatoria penal de la maternidad obligatoria; reafirma la asignación del rol de madre, la obliga a soportar un embarazo no deseado y le asigna la carga social de reproductora de la especie humana.

Seguidamente, el Tribunal reconoce que la voluntad del Constituyente boliviano evidencia una intención de revertir la situación de discriminación sistemática contra la mujer en todo el texto constitucional, haciendo expresa mención al artículo 8 que entre otros valores reconoce la igualdad y equidad de género y al artículo 14 que prohíbe y sanciona todas las formas de discriminación que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona. Finalmente, concluye que el enfoque de género que plantea la Constitución *“implica una ruptura con una concepción centrada en la Constitución como patrimonio del género masculino”*. Una ruptura con la que el Tribunal no comulga ni está dispuesto a tolerar.

En el apartado III.4 de la sentencia, el Tribunal realiza un extenso desarrollo de las distintas concepciones, de *“vida”*, *“muerte”*, *“complementariedad”*, *“hijos e hijas”* (*wawa*) y *“aborto”* desde la visión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y luego concluye:

- *“Que, existe diversidad de concepciones sobre la “vida” y “muerte”, así como del “origen de la vida”;*
- *Que, la “vida” es un “estar” en diferentes espacios del cosmos o pacha, porque no hay “muerte”*
- *Que, la vida no se reduce al simple funcionamiento de los órganos vitales, porque de ser así la vida pierde su “sentido” de ser;*
- *Que, la vida se concibe de manera holística*
- *Que, la denominación de wawa lo determina la madre, el padre, la familia y la comunidad; en su representación social, cuando un embarazo es producto de la “complementariedad”, “dualidad”, “equilibrio” y “armonía”*
- *Que, un embarazo no deseado conlleva miedo, vergüenza, deshonra, etc. por lo que la connotación de wawa no es la misma que cuando el embarazo es deseado.*
- *Que, únicamente cuando el embarazo es deseado la connotación wawa adquiere un significado trascendente.*
- *Que, cuando la wawa no es resultado de un embarazo deseado es decir de un proceso armónico y equilibrado se mantiene en la clandestinidad y genera desequilibrios”.*

Con relación a las concepciones sobre el aborto, desde la historia y desde la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (III.5) el Tribunal entiende:

- *“Que, en la concepción de las naciones y pueblos indígenas, ninguna situación o hecho se concibe como algo definitivo (finito), irremediable; al contrario, al igual que el cosmos y la pacha, todo retorna a su lugar, al kaki, nada se concibe fuera de ella, bajo la lógica del profundo sentido cíclico de vida (jacana); por ello, se concibe al aborto como parte de “tránsitos” y “traslaciones” en los ciclos, donde todo tiene vitalidad.*
- *Que las mujeres indias abortaban como mecanismo de resistencia y defensa ante agresiones sufridas, y que abortaban también para evitar el sufrimiento, explotación y esclavitud a sus hijos.*
- *Que, las mujeres indias y negras asumieron el aborto provocado, como defensa ante la fatalidad y desgracia impuesta por el “invasor” (hombre) generado desequilibrio y quiebres profundos en su concepción acerca de la relación sexual impuesta sobre la base de la simple dominación.*
- *Que el aborto y abortar, desde la cosmovisión de las naciones originarias, se manifiesta como un hecho conflicto “remediable”; es decir, que es posible restablecer nuevamente el equilibrio con el cosmos, la pachamama y los achachilas a partir de rituales y otras formas, medidas por la “transparentación”. Ya que la transparentación es un principio elemental de la Justicia Indígena Originaria Indígena Campesina”.*

Resulta oportuno recordar, que los sectores más conservadores y reacios a la emancipación de las mujeres, guarecidos en paraguas etnocentristas y esencialistas, han pretendido posicionar en el imaginario colectivo la idea de que el aborto es absolutamente repudiado por las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, y por consiguiente inadmisibles en el nuevo Estado Plurinacional. Esta idea, finalmente resulta siendo desbaratada por el Tribunal Constitucional. Por lo que se puede concluir, **que en la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, no se repudia el aborto ni el hecho de abortar, lo que más bien se repudia es que el aborto se realice en la clandestinidad.** Sin embargo, el tribunal hace absoluta abstracción de esta inevitable conclusión, lo que permite evidenciar, el fallido intento del Tribunal Constitucional de encontrar en la cosmovisión indígena, el fundamento para mantener la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

Con relación a los derechos de las mujeres desde una visión de complementariedad y descolonización, el Tribunal Constitucional partiendo de consideraciones conceptuales largamente expuestas en el apartado (III.3) concluye:

- *“Que, la complementariedad desde las cosmovisiones aymara quechua refleja procesos de “igualación” y “retorno a la “paridad” en término de generación de condiciones que superen*

el desequilibrio que ha generado las relaciones de “desigualdad” y “dominación” y que esta complementariedad se expresa en el warmi/chacha.

- *Que, la complementariedad, desde un enfoque “restitutivo” y “descolonizador”, busca la igualación entre hombres y mujeres, en el sentido de la “dualidad”, es decir, cuando el texto constitucional establece derechos a favor de las mujeres, interpretados, desde una visión de complementariedad, conlleva a “restituirles” a las mujeres las condiciones de “igualdad perdidos”, consecuentemente, el retorno al “equilibrio” y la “armonía” es la vía sobre la que se sustenta el “vivir bien”*
- *Que, bajo el chacha warmi no es concebible el patriarcado, el machismo y la desigualdad entre el hombre y la mujer”.*

No obstante, el Tribunal, contrariando dichos postulados vehementemente expuestos, se aferra a la disposición penal (Art.263 del C. Penal) que afianza la dominación del cuerpo de las mujeres como sustento del patriarcado y consiguiente subordinación de las mujeres.

Seguidamente, enuncia todos los artículos del nuevo Texto Constitucional que tienen relación directa con los derechos de las mujeres (Arts. 9, 14.II, 15.II, 45.V, 62, 66, 79, 104, 172, 270 y, 278.II) para concluir proclamando que: *“la Norma Suprema tiene un profundo contenido “descolonizador” y “despatriarcalizador”; que el texto constitucional garantiza mayores espacios de ejercicio de los derechos en términos de equidad e igualdad de género, habiéndose así, reconocido y garantizado a las mujeres mayores espacios de participación y decisión en lo político, económico y social”.* Esta vez, el Tribunal omite deliberadamente que el nuevo Texto Constitucional, le otorga a la mujer también el derecho a decidir en cuanto al ejercicio de su sexualidad y su función reproductiva.

En el apartado (III.7) el Tribunal establece que al haberse adoptado *“el modelo de Estado Unitario social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado con autonomías, se deben observar, imprescindiblemente los principios limitadores del poder punitivo del Estado, los cuales encuentran sustento en los principios, valores, derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado”.* Sin embargo, lo que menos observa es decir, lo que menos respeta el Tribunal, son esos principios limitadores del poder punitivo.

Más adelante señala: *“la Asamblea Legislativa Plurinacional, en virtud del principio de constitucionalidad o supremacía constitucional previsto en artículo 410 de la Constitución, debe ejercer su función legislativa en el marco de las normas constitucionales y fundamentalmente en las contenidas en los pactos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, considerando en todo momento, los criterios de interpretación favorable o pro homine de los derechos*

y la interpretación de los mismos conforme a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos”. Ciertamente, esto es así indiscutiblemente, pero lo que el Tribunal calla es que estos mandatos obligan también y con mayor fuerza y carácter inexcusable al propio Tribunal Constitucional, salvo que este órgano entienda la “interpretación favorable pro homine” en su literalidad estricta, es decir a favor exclusiva de los “hombres” con exclusión de las mujeres.

Seguidamente, el Tribunal reconoce que “el legislador no posee una discrecionalidad absoluta al momento de legislar y de definir qué conductas serán consideradas delictivas, sino que debe respetar el sustento axiológico y dogmático de la Constitución Política del Estado, en especial los derechos y garantías de las personas que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado, y que se reflejan en los principios que limitan ese poder, respecto a la criminalización de las conductas que efectúa el órgano legislativo, a través de la correspondiente tipificación”

Sobre este particular, conviene realizar una necesaria e imprescindible aclaración que no obedece a razones de mera exquisitez o precisión académica: y es que “los derechos y garantías” de las personas (referidos en forma tan amplia y general) no constituyen el **fundamento y límite** del poder punitivo del Estado. **El fundamento y límite infranqueable del poder penal del Estado lo constituye la libertad y la dignidad del ser humano.** Ciertamente, también los derechos y garantías de las personas limitan el poder punitivo, pero al reputárselos, tan vagamente, como fundamento y límite del poder penal, se corre el grave peligro de vaciar o relativizar el contenido de estos derechos, para encubrir la ampliación ilegítima de la potestad punitiva del Estado. Y precisamente esto, es lo que ha hecho el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, en el plano constitucional y de los derechos humanos la noción de dignidad humana, entendida como un derecho fundamental de todo ser humano, protege: 1) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida y determinarse según sus características; 2) ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y, 3) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales: integridad física, psicológica y sexual. De esta forma la protección constitucional de la dignidad humana asegura a las personas una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por todos los órganos del Estado y por los particulares.

Del derecho a la dignidad humana emerge el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuyo contenido está vinculado al ámbito de decisiones intransferibles y propias del individuo que sólo atañen a éste, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal. De ahí es que los órganos del Estado están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero están obligados a establecer las condiciones para que tales decisiones se adopten de forma libre y responsable

Consustanciales a la dignidad humana son: el derecho a la diferencia y el derecho a la vida privada, es decir, el derecho de las personas a ser distintas del resto, lo que implica el derecho a no aceptar los valores de la sociedad en que se vive y el derecho a la vida privada, por lo que la política criminal no puede de ningún modo invadir la esfera de la intimidad de las personas ni puede pretender modelar sus conciencias.

Estos son, en realidad, **los verdaderos límites sustanciales o fundantes del poder penal del Estado** que nos permiten entender por qué el Estado no posee “libre disposición” ni está legitimado para sancionar penalmente una conducta por muy reprochable, o indeseable que esta resulte o parezca.

Entonces, el hecho de que el Tribunal Constitucional, repute a los derechos y garantías de modo tan general y sin especificidad alguna, como fundamento y límite de la potestad punitiva, no parece ser simplemente un razonamiento carente de rigor académico ni mucho menos una apreciación ingenua; es más bien todo lo contrario, resulta un argumento clave para sustentar su veredicto con relación al artículo 263. En efecto, lo que el Tribunal Constitucional hace, siguiendo a pie juntillas lo manifestado por el órgano emisor de la norma impugnada, es vaciar de contenido a los derechos reproductivos, decretando que este derecho no contempla la interrupción voluntaria del embarazo y claro, como no existe tal derecho, su penalización no violentaría los límites al poder punitivo del Estado.

Pero sigamos viendo cómo trata el Tribunal Constitucional a los principios que limitan el poder penal del Estado:

En Primer lugar, otorga centralidad al principio de mínima intervención y señala que de este principio derivan otros como el de idoneidad, proporcionalidad y subsidiariedad, y más allá de que se comparta o no esta forma de conceptualización o agrupación de tales principios, lo que llama la atención es que en esta oportunidad, nuevamente el Tribunal omite señalar que todos los principios (los que enuncia y los que calla), en realidad, derivan del carácter inviolable de la dignidad del ser humano. Resulta igualmente llamativo, el hecho de que el Tribunal desconozca o simplemente calle sobre otros principios, cuyo análisis es insoslayable a la hora de determinar la constitucionalidad de las conductas tipificadas como delitos en el código Penal.

En segundo lugar, para el desarrollo de los principios enunciados, el Tribunal se vale de posiciones doctrinales de eminentes juristas cuyo dominio sobre la materia y cuya vocación democrática y militante de los derechos humanos, gozan de reconocido prestigio internacional.

Así, el Tribunal señala: *“...el derecho penal es una de las ramas del derecho más violentas que como anota acertadamente Zaffaroni, “se sustenta en la ilusión de la solución de gravísimos problemas*

sociales, que en realidad no los resuelve sino que, por el contrario, generalmente potencia, pues no hace más que criminalizar algunos casos aislados, producidos por las personas más vulnerables al poder punitivo. Este no es un efecto inofensivo del discurso, puesto que la ilusión de solución paraliza o neutraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces (...). Puede asegurarse que la historia del poder punitivo es la de las emergencias invocadas en su curso, que siempre son serios problemas sociales. En ese sentido se ha hablado correctamente de una emergencia perenne o continua, lo que es fácilmente verificable: el poder punitivo pretendió resolver el problema de la brujería, de la herejía, de la prostitución, del alcoholismo, de la sífilis, del aborto, de la insurrección, del anarquismo, del comunismo, de la tóxicodependencia, de la destrucción ecológica, de la economía subterránea, de la corrupción... Cada uno de esos conflictivos problemas se disolvió (dejó de ser problema), se resolvió por otros medios o no lo resolvió nadie, pero absolutamente ninguno de ellos fue resuelto por el poder punitivo”.

A continuación el Tribunal manifiesta: “Como anota Emiliano Borja, el “Estado democrático debe guardar un cuidadoso equilibrio entre protección de las libertades fundamentales del ciudadano, por supuesto también a través de la legislación penal y la propia limitación de su poder punitivo hasta el límite de lo estrictamente necesario para preservar la pacífica convivencia...Esto significa que el Estado no puede catalogar como delito todo aquello que le moleste y que le incomode. No puede sancionar bajo pena meros criterios morales, o la disidencia política, o la diferente forma de entender el mundo, la diversidad cultural o el concreto modo de ser del individuo. Pues si la pena es el instrumento represivo del Estado, que más intensamente ataca a los derechos y bienes del individuo, el recurso a la sanción debe estar legitimado”.

El Tribunal dice concordar con tales y criterios y por ello concluye que “el derecho penal no debe convertirse en un instrumento para sancionar criterios morales, como tampoco debe ser un medio de control ni de criminalización a un determinado grupo social o a un género que por sus necesidades en el ámbito de sus derechos a la salud, sexuales y reproductivos, acuden a determinadas prácticas para la defensa de esos derechos”.

Con relación al principio de idoneidad el Tribunal señala que este principio: “de acuerdo a Alessandro Barata, obliga al legislador a realizar un atento estudio de los efectos socialmente útiles que cabe esperar de la pena: “sólo subsisten las condiciones para su introducción si, a la luz de un riguroso control empírico basado en el análisis de los efectos de normas similares en otros ordenamientos, de normas análogas del mismo ordenamiento y en métodos atendibles de prognosis sociológica, aparece probado o altamente probable algún efecto útil, en relación a las situaciones en que se presupone una grave amenaza a los derechos humanos”

En lo que toca al principio de proporcionalidad, el Tribunal afirma que en virtud del mismo “los costos sociales de la pena deben ser valorados desde el punto de vista de la incidencia negativa que la

pena puede tener sobre aquellas personas que constituye su objeto, sus familia y ambiente social y sobre la sociedad y misma Así, entonces, como anota Alessandro Baratta, se debe considerar que la violencia penal puede agravar y reproducir los conflictos en las áreas específicas en que aquélla interviene, añadiendo el autor que “existen casos muy evidentes en los cuales la introducción de medidas penales produce problemas nuevos y más graves que aquellos que la pena pretende resolver (piénsese en la criminalización de la interrupción de la gravidez) y en los que ésta puede ser considerada como una variable esencial en la estructura de un problema social complejo”. Sin embargo, lo que menos hace el Tribunal, es pensar las consecuencias desastrosas que acarrea la penalización del aborto y en la absoluta inidoneidad de esta criminalización para evitar el aborto.

Nuevamente apoyado en Alessandro Baratta, el Tribunal sostiene: *“Otro de los principios que deben mencionarse es el de subsidiariedad, en virtud al cual solo se justifica la criminalización cuando no existen otros medios o alternativas para enfrentar el conflicto. En otras palabras solo se justifica la intervención del poder punitivo del Estado cuando no existen modos no penales de intervención para responder a situaciones en las cuales se hallan amenazados los derechos humanos”.*

Aunque el tribunal calla sobre los otros principios que limitan el poder penal del Estado, conviene remarcar que lo dicho en los párrafos precedentes constituyen el razonamiento central del Tribunal Constitucional, por ello nos hemos permitido transcribirlo casi en su integridad. La simple lectura de este de este razonamiento, llevaría a visualizar sin equívocos el derrotero del mismo, doctos y profanos pensarían sin lugar a dudas que el Tribunal Constitucional concluirá que criminalizar y sancionar penalmente la interrupción voluntaria del embarazo violenta los límites a la potestad punitiva del Estado y que en consecuencia el tipo penal de aborto establecido en el artículo 263 del Código Penal es a todas luces inconstitucional. Pero NO, paradójica e inexplicablemente, el inefable fallo, de los trece artículos impugnados, al único que declara constitucional es al más inconstitucional de todos, el artículo 263.

El rigor jurídico, con el que se espera actúe el máximo intérprete de la Constitución está notablemente devaluado en la sentencia en cuestión, no sólo por la incoherencia y falta de correspondencia entre los fundamentos y la parte dispositiva, sino también por las graves omisiones o silencios en los que incurre, pues tratándose del cuestionamiento de la legitimidad y constitucionalidad de los delitos, es un imperativo ineludible realizar un análisis minucioso que permita establecer si los tipos penales impugnados se ajustan o no a los principios constitucionales que limitan el poder penal del Estado.

Es decir, que el Tribunal Constitucional estaba obligado a testear, a contrastar, a verificar y establecer si el artículo 263 del Código Penal se ajusta a los principios de mínima intervención, de idoneidad, de proporcionalidad, de subsidiariedad, de lesividad, y de necesidad. En ningún momento de la sentencia se cumple con esta exigencia, es más ni siquiera menciona a los principios de necesidad

y de lesividad.

Bajo el apartado III.8. El Tribunal constitucional realiza el análisis sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas y concretamente en el apartado III.8.7 se ocupa del aborto como conducta tipificada penalmente, sobre este particular el Tribunal C. comienza señalando: *“Para analizar este tema, y en el marco del pluralismo jurídico, es necesario partir tanto de la cosmovisión de los pueblos indígena originario campesinos respecto a la vida y su grado de protección, así como la protección constitucional de la que goza dicho derecho y su consideración por el derecho internacional”*.

Una vez más, el Tribunal se remite a la cosmovisión originaria indígena campesina sobre la vida, la muerte y el aborto, dizque para ponderar si la penalización del aborto constituye una medida idónea y necesaria para precautelar la vida y restituir el equilibrio y armonía que sustenta el nuevo paradigma del “vivir bien” y supuestamente fruto de esta ponderación el Tribunal concluye que *“desde la cosmovisión indígena la protección de la vida de un ser en proceso de gestación, no puede ser tratada en forma desligada de la “vida” de la madre o mujer”*. Y otra vez, se devela el intento fallido del Tribunal de encontrar en la cosmovisión indígena el repudio por el aborto, para poder justificar así desde una óptica supuestamente pluralista la penalización del aborto.

Luego considera preciso desarrollar “el derecho a la vida” desde el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata de un desarrollo igualmente contradictorio, sesgado, confuso y omiso.

Comienza señalando: *“De la revisión del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos ratificado por Ley 2119 de 11 de septiembre de 2000, en su art. 6 señala que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por Ley”*. Evidentemente, eso es lo que dice el referido pacto, pero lo que el Tribunal calla, es que el Pacto en ninguna parte de su articulado manda, ni expresa ni tácitamente, que la protección de la vida debe hacerse mediante la “ley penal”, es decir mediante el Código Penal.

Inmediatamente, el Tribunal sostiene: *“Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por nuestro Estado mediante la Ley 1430 de 11 de febrero de 1993, establece en su art. 4.I que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción...”*. Nuevamente, el Tribunal calla que la Convención o Pacto de San José de Costa Rica, tampoco obliga en ninguna parte de su articulado a que la protección del derecho a la vida se haga mediante la “Ley Penal”.

Pero además, el Tribunal nada dice de la controversia que significó la génesis del artículo 4.I de la Convención, olvida deliberadamente que al momento de su aprobación no todos los Estados concordaban con cuál debería ser el alcance legal de la protección al derecho a la vida: unos

pugnaban porque su alcance se extienda al momento de la concepción; otros sostenían que este alcance no podía tener carácter absoluto; otros consideraban inconveniente referirse a la concepción porque sus legislaciones internas ya posibilitaban el aborto; otros señalaban que era mejor no decir nada sobre el alcance para que sean los propios Estados quienes regulen el aborto del modo que crean más conveniente; olvida también, las fuertes presiones que en esa oportunidad ejercían los sectores más radicales de la iglesia como el Opus Dei. Por estas razones, es que el referido artículo dice que la vida se protege por ley, **“y en general”**, a partir del momento de la concepción. Por otra parte, la expresión “y en general” puede ser objeto de múltiples interpretaciones tal como lo evidencia la jurisprudencia la Corte Interamericana, razón por la que no es posible deducir del artículo 4.I. una obligatoria y categórica penalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

No obstante, el tribunal constitucional continúa su “fundamentación jurídica” transitando de lo contradictorio a lo confuso, de lo confuso a lo mendaz y de lo mendaz a la falsificación normativa. En este tránsito, refiere una importante jurisprudencia y dice: *“Respecto a la citada disposición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido sobre los alcances de los derechos a la vida, en el caso 2141 Baby Boy Vs. Estados Unidos de América, oportunidad en la que afirmó sobre la base de los antecedentes legislativos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no era posible interpretar que tales instrumentos conferirían un derecho absoluto a la vida desde la concepción (Resolución 23/81)”*. Seguidamente recuerda que: *“la Comisión de Derechos, Deberes y Garantías de la Asamblea Constituyente debatió dos propuestas referidas al tema, la que reconocía la vida desde la concepción y la que no especificaba el momento desde el cual se consideraría dicho derecho, propuesta que resulto incorporándose en la ley fundamental vigente”*.

En su constante ir y venir, el Tribunal vuelve a asirse de la “pluralidad” como elemento fundante del Estado remarcando que los distintos pensamientos, opiniones, creencias religiosas, espirituales y cosmovisiones merecen protección constitucional e inmediatamente señala que: *“sin embargo, no es posible que este Tribunal a través de acciones constitucionales imponga un determinado tipo de moralidad o una concepción de lo bueno o lo malo, constituyéndose ello en un asunto a ser resuelto en el fuero interno de cada persona pero que no puede imponerse por el Estado y sus Órganos”*. Completamente cierto, tan cierto como que las decisiones sobre el ejercicio de la sexualidad y sobre la reproducción son el paradigma de las decisiones que única y exclusivamente corresponden al fuero interno de cada persona.

En este permanente decir y desdecirse (que el Tribunal llama “precisiones”), finalmente se ciega, se ensordece, y negándose a realizar la verificación minuciosa del cumplimiento de los principios constitucionales que limitan el poder penal del Estado en la tipificación del artículo 263 del Código

Penal, y sin siquiera hacer una mera mención al principio de lesividad, concluye que *“en el delito de aborto el “bien jurídico” es el derecho a la vida del feto y que sobre este punto no “cabe mayor debate”*.

El Tribunal opta por eludir el debate para no sacar a la luz que la noción de “bien jurídico” es siempre un concepto valorativo y por consiguiente relativo, y que a su vez, el principio de lesividad, llevado a sus últimas consecuencias, entiende como bienes jurídicos en sentido estricto, tan sólo aquellos cuya lesión se concreta en ataques lesivos a una persona de carne y hueso. Precisamente, esta cualidad de persona que deviene con el nacimiento de todo ser humano, que podría pretenderse atribuir al producto de la concepción, es el problema que ni la medicina, ni el derecho todavía no han logrado resolver con carácter unánime ni definitivo.

El Tribunal, niega el debate para no reconocer que el recurrir al bien jurídico “derecho a la vida del feto” como el máximo e indiscutible fundamento para la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo, es en realidad, el argumento más débil a pesar de su estridencia y de su recurrente invocación. Porque en la interrupción voluntaria del embarazo, el bien jurídico lesionado se ve notoriamente debilitado en atención al conflicto entre los bienes jurídicos que están en juego en esta conducta, a saber: **los concretos derechos fundamentales de la mujer embarazada**: a su dignidad humana, al pleno desarrollo de su personalidad, a su vida y, a su integridad, física, psicológica y sexual, frente al **abstracto derecho a la vida del feto**. Y es que no resulta proporcionado ni razonable que el Estado imponga a una persona la obligación de sacrificar su plan de vida, su vida misma, ni su propia integridad física, psicológica y sexual, en aras de proteger intereses de terceros (léase derecho a la vida del feto) aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes; por lo que también resulta inadmisibles, que el Estado en tales circunstancias, pretenda lograr coactivamente, comportamientos heroicos y extraordinarios. Por si fuera poco, el derecho, en todas las materias, es uniforme al preceptuar que frente a la colisión o conflicto de derechos debe darse protección preferente a los de mayor entidad por su nivel de afectación y concreción.

A cambio del obligatorio análisis que el Tribunal debía realizar sobre el principio de lesividad, prefiere sobrevolar el artículo 15 de la Constitución Política y otras normas de rango inferior para aterrizar en una verdad de Perogrullo: “Que la vida se encuentra protegida por la Ley Fundamental”. Amparado en esta verdad de Perogrullo el Tribunal Constitucional consume sin pudor, la falsificación normativa del Texto Constitucional al señalar que: *“La protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado alcanza de manera obligatoria al derecho penal”*, razón por la que declara constitucional el art. 263 del Código Penal.

Es cierto que la Constitución Política del Estado protege la vida, pero es igualmente cierto que esa protección constitucional debe ser leída a la luz de la inviolabilidad de la dignidad humana y de la integralidad del ser humano y no como la protección de un mero dato biológico. Vale decir,

que la Constitución no protege únicamente la supervivencia biológica, lo que protege es la vida dentro de unas condiciones mínimas de dignidad que comprende los aspectos materiales, físicos, biológicos y también los de orden espiritual y emocional. Adicionalmente, la Constitución Política del Estado, al proclamar el derecho fundamental a la integridad personal, comprensiva de la integridad física, psicológica y sexual, está significando que cualquier atentado contra cualquiera de estos tres factores o aspectos de la integridad personal pone en peligro el derecho a la vida en las condiciones mínimas de dignidad anotadas. Y todos estos derechos fundamentales quedan violentados cuando a las mujeres se las obliga penalmente a la maternidad no deseada. En el mismo sentido se orienta la cosmovisión indígena tantas veces aludida por el Tribunal.

Es cierto que la constitución Política del Estado protege la vida, pero es absolutamente falso que la Constitución consagre la obligatoria protección penal del embrión implantado. No existe en el texto constitucional ninguna disposición que permita llegar a tan categórica conclusión, porque de existir, el Tribunal Constitucional tenía la obligación de referirla y explicar con claridad meridiana la lógica racional que permite arribar a semejante conclusión. El Tribunal en ningún momento explica de qué método interpretativo de la constitución se valió para concluir que “protección constitucional” es sinónimo de “protección penal”.

Además de la falsificación normativa a la que hicimos referencia el Tribunal, sin mayores explicaciones, una vez más vacía de contenido a los derechos sexuales y a los derechos reproductivos, al afirmar con tono sensacionalista: *“Nuestra Constitución Política del Estado no cobija un supuesto derecho al aborto ni este puede instaurarse como un método de salud reproductiva”*. Obviamente se está refiriendo al artículo 66 de la Constitución pero elude su necesario análisis y su interpretación a la luz del bloque de constitucionalidad, no obstante haber señalado en otro momento de la sentencia que los derechos garantizados en el Art. 66 *“abren las puertas a los propósitos de de autodeterminación sobre el propio cuerpo y que son fundamentales para el análisis de la problemáticas planteadas en la presente acción”*.

Pero como el tribunal, a lo largo de su extenso manifiesto patriarcal disfrazado de “sentencia con enfoque de género”, borra con el codo lo que escribe con la mano, rehúsa realizar este análisis fundamental, rehúsa hacerlo porque ciertamente los derechos garantizados por el Art. 66 abren las puertas a los “propósitos de autodeterminación de los cuerpos” pero además porque la vigencia de los derechos sexuales y especialmente la vigencia de los derechos reproductivos, es el punto de partida para el resquebrajamiento del contrato sexual que sustenta al patriarcado, es el puntapié inicial para desmontar el principal espacio de reforzamiento de la opresión de las mujeres: La maternidad.

El Tribunal, fiel a su alineamiento al Estado patriarcal y colonial, piensa que el contenido de los derechos sexuales y derechos reproductivos depende de su omnisciente voluntad, olvidando que

el contenido de los mismos emerge directamente de la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que están comprometidos con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica y sexual, y por ello mismo están blindados por el bloque de constitucionalidad.

El Tribunal se niega a reconocer que los derechos sexuales y los derechos reproductivos son definidos como derechos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas, sin discriminación de ninguna naturaleza, y que permiten adoptar libremente, ***sin ningún tipo de coacción o violencia***, una amplia gama de decisiones sobre aspectos consustanciales a la vida humana como son: “la sexualidad”, cuya expresión máxima es la libertad de mujeres y hombres a decidir cómo quieren vivir y expresar su sexualidad; y “la reproducción”, cuya expresión máxima es el derecho a determinar en forma libre, responsable y sin coacción de ninguna naturaleza el número de hijos que se desee tener y el espaciamiento entre estos, manifestación que en el caso particular de las mujeres, le guste o no al Tribunal Constitucional, se traduce en el **derecho a la maternidad libremente decidida**, y por supuesto que este derecho comprende la interrupción voluntaria del embarazo y no sólo eso, sino que conforme manda el derecho internacional de los derechos humanos: el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo implica que la interrupción se realice en condiciones seguras sin poner en riesgo su salud o su vida.

Por ello, debemos remarcar que los derechos reproductivos no se reducen a una hueca proclamación normativa sino que, además de sus específicas manifestaciones, conllevan una serie de obligaciones para los Estados, obligaciones que nacen del ordenamiento internacional de los derechos humanos y que el Estado boliviano se ha comprometido cumplir y hacer respetar. Cabe mencionar, la CEDAW que a partir de la consagración de la autonomía reproductiva establece la obligación de los Estados, a:

- Garantizar a mujeres y hombres los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos;
- Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia;
- Adoptar medidas que eviten que las mujeres tengan que acudir a procedimientos riesgosos como el aborto clandestino;
- Establecer medidas para impedir la coacción con respeto a la fecundidad y la reproducción a fin de evitar que las mujeres recurran a abortos ilegales;

- Dar prioridad a la prevención de embarazos no deseados mediante la planificación familiar y la educación sexual; y,
- A enmendar la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exige que el Estado proporcione a las mujeres el acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad que incluya los servicios de salud sexual y reproductiva; reduzca los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular de las tasas de mortalidad materna; priorizar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, sobre las prácticas y normas culturales tradicionales, que nieguen estos derechos,

Conviene recordar también que los derechos sexuales y los derechos reproductivos se elevan a la categoría de de derechos humanos y pasan a conformar el ordenamiento internacional de los derechos humanos con la Adopción del Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo y también conviene remarcar que todos los instrumentos internacionales de derecho humanos, establecen que ***los derechos humanos son universales e indivisibles y por lo mismo no permiten su limitación a causa de manifestaciones religiosas o culturales.***

Por otra parte, el Tribunal invoca al artículo 1.11 del Código Civil que dice “Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida”. Esta formulación que se repite como muletilla, como mágico fetiche de “defensa intransigente de la vida”, es repetida también por el Tribunal Constitucional, sin considerar que esta fórmula que se origina en el Derecho Romano, nada tiene que ver con el derecho a la vida del nasciturus, pues se circunscribía al ámbito hereditario concretamente a la posibilidad de que el hijo póstumo pueda ser tenido como heredero, bajo la condición de que llegue a nacer; pero además, esta “favorabilidad” ni siquiera era aplicable a todos los concebidos, sino únicamente a los concebidos en el seno de un matrimonio legítimo, es decir a los “concebidos legítimamente”.

Con ese espíritu ha sido receptada dicha fórmula por el derecho civil vigente, superando claro está, la diferenciación entre concebidos dentro o fuera del matrimonio y haciendo extensivo sus efectos a situaciones estrictamente patrimoniales beneficiosas para el concebido, situaciones que no están previstas de antemano en la ley, sino que deben valorarse en cada caso concreto. Finalmente, conviene remarcar que “tener al concebido como si fuera nacido para todo lo que sea favorable”, es nada más que una ficción legal, porque en realidad, el nacimiento es el principio de la personalidad y es a partir de este momento que se es titular de todos los derechos.

Como puede verse, el Tribunal constitucional a pesar de solaparse forzosamente en ropajes

indígena-originarios y de equidad de género, termina revelando su esencia colonial, patriarcal y machista; nos muestra su desprecio por el ordenamiento nacional e internacional de los derechos humanos de las mujeres; despoja a las mujeres del ejercicio pleno de su sexualidad y las degrada a servidumbre reproductiva. De esta forma, sin más ni más, **el Tribunal Constitucional desconstitucionaliza los derechos sexuales y los derechos reproductivos y a la vez, nos muestra su apego al mejor dispositivo legal para perpetuar y legitimar la opresión de las mujeres: El Código Penal.**

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El Planteamiento de la demanda de inconstitucionalidad analizada en los apartados anteriores, amplió las posibilidades de un debate público sobre la problemática del aborto, pero también reavivó a los sectores más reaccionarios y conservadores empeñados en la criminalización de la mujer que “desoye el mandato divino de la maternidad”.

Estos sectores que no lograron impedir la consagración constitucional de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos y que tampoco pudieron incorporar en la Nueva Constitución “el derecho a la vida desde la concepción”; estos sectores, constituidos en el principal “cuerpo de choque” a favor del patriarcado, encontraron en la Asamblea Legislativa Plurinacional, en ocasión del tratamiento legislativo del Código de la Niñez y Adolescencia, el espacio y el momento ideales para remontar vuelo, y consumir su fechoría: Introducir a empujones en el Nuevo Código Niño, Niña y Adolescente, su re manido fetiche: “el derecho a la vida desde la concepción”, con el único fin de propiciar el desplazamiento de los derechos sexuales y los derechos reproductivos del Texto Constitucional, es decir, su desconstitucionalización.

Así, el artículo 5 del Nuevo Código Niño, Niña, Adolescente, reza (en toda la literalidad del verbo) *“Son sujetos de derechos del presente código, los seres humanos hasta los dieciocho (18) años cumplidos, de acuerdo a las siguientes etapas de desarrollo: a) Niñez, desde la concepción hasta los doce (12) años cumplidos...”*

La extraña formulación prevista en el literal a) del artículo señalado, más allá de su estridencia y su falacia, no encuentra correlato alguno en ninguna otra parte del citado Código, ya que los únicos derechos que bien podrían hacerse efectivos desde la concepción: la nacionalidad y el derecho al nombre, están sujetos (como el resto de los derechos) a la condición del nacimiento. Así, el artículo 110.II establece: *“La madre y el padre tiene la obligación de registrar la filiación de su hija o hijo al momento de su nacimiento...”* Es decir que el derecho al nombre se materializa recién al momento del nacimiento.

Entonces, cabe preguntarse: ¿Si el concebido ya es niño o niña es decir, ya es persona, por qué el

Nuevo Código sigue condicionando la titularidad de sus derechos al nacimiento? La respuesta es simple: atribuirle personalidad al concebido es insostenible para el derecho y es también incompatible con todo el andamiaje jurídico previsto para el ejercicio, protección y extinción de los derechos. Será por eso, que el Derecho desde siempre ha sostenido que **para ser persona hay que nacer con vida**; será por eso que el primer párrafo del primer artículo del Código Civil vigente dice: **“El nacimiento señala el comienzo de la personalidad”**

Al parecer, el espíritu y la estructuración del Nuevo Código Niño, Niña, Adolescente, nunca se pensó desde esa perspectiva, una rápida constatación de lo afirmado, la encontramos en sus disposiciones derogatorias y abrogatorias, las mismas que no contemplan la derogatoria expresa del Art. 1. en sus párrafos I y II del Código Civil y la técnica legislativa con el objeto de favorecer la claridad y coherencia normativa del ordenamiento jurídico, exige que las nuevas normas que introducen cambios de magnitud considerable, contemplen la derogatoria o abrogatoria expresa de las normas que se le oponen.

De lo que no cabe duda, es que tal regulación, responde a las presiones ejercidas por fundamentalistas religiosos, que a toda costa pretenden instalar en el ordenamiento jurídico y con rango de ley las ideas de: “la procreación como un hecho divino”, “la maternidad como destino” y “el tener hijos como una bendición, como un regalo de Dios”. Ideas que hábilmente “apropiadas” por los “grupos de choque” que defienden al patriarcado, les posibilitó a estos últimos, sumarse de modo beligerante y oportunista a tales presiones.

Podría pensarse que la Asamblea Legislativa Plurinacional cayó en la trampa que le indujo a aprobar el artículo en cuestión, también podría pensarse que la intensión del Órgano Legislativo no fue atentar contra el artículo 66 de la Constitución Política del Estado. Lamentablemente, no es posible arribar a estas conclusiones, pues no se trataba de una cuestión que pudo pasar desapercibida, no se trataba de un “problemilla” de técnica legislativa. Se trataba de una problemática que estaba en el debate público y además, la artera presión ejercida fue también de público conocimiento.

Lamentablemente, la aprobación del Nuevo Código Niño, Niña, Adolescente y en particular su artículo 5, nos lleva a concluir: Que en el ámbito democrático y plural por excelencia que, se supone, es la Asamblea Legislativa Plurinacional, la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural, lingüístico y religioso que recepta la Constitución Política, no es nada más que un saludo a la bandera; que la ética pública y laica, a la que obligatoriamente deben sujetarse los gobernantes en el ejercicio de sus funciones, sucumbe fácilmente y sin responsabilidad alguna ante los dictados de las jerarquías eclesiales; y, que a pesar de que el Estado Plurinacional de Bolivia, se declare separado de la iglesia y de cualquier credo religioso, sus gobernantes osan gobernar con sus biblias y catecismos de cabecera, en vez de hacerlo con la Constitución Política del Estado.

CONCLUSION

Ciertamente, la sola constitucionalización de los derechos sexuales y los derechos reproductivos es insuficiente para recuperar la capacidad de las mujeres sobre su propio cuerpo y su sexualidad. No tomar plena conciencia de ello y actuar en consecuencia, es caer una vez más, en las múltiples trampas normativas con las que el patriarcado va minando la lucha emancipatoria de las mujeres. Por ello, es imperioso impedir que los derechos sexuales y los derechos reproductivos se agoten en su proclamación constitucional. Es imperioso instalar en la agenda pública y en el marco de un auténtico pluralismo político, jurídico y cultural, un sostenido debate sobre los contenidos específicos de los derechos sexuales y reproductivos, y desarrollar luego los instrumentos legales e institucionales que posibiliten su vigencia real y efectiva.


Finalmente, y atendiendo a las actuales circunstancias, la tarea que se debe encarar de forma inmediata, es la verificación exhaustiva del grado y forma de cumplimiento de las “exhortaciones”, que a modo de lavarse las manos o tal vez de redimirse, realizó el Tribunal Constitucional Plurinacional, tanto a la Asamblea Legislativa como al Órgano Ejecutivo, en la sentencia N° 0202/2014.



SAAF
Fondo de Acción
para el Aborto Seguro

campana **28**

de septiembre

 día por la
despenalización
del aborto en
américa latina y
el caribe