

Título: El derecho a la vida en una sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Autores: Lafferrière, Jorge Nicolás - de Jesús, Ligia M. - Franck, María Inés

Publicado en: Sup. Const- 2014 (mayo), 29/05/2014, 21 - LA LEY2014-C, 286

Cita Online: AR/DOC/1302/2014

Sumario: 1. Introducción. — 2. La particular visión del Tribunal boliviano sobre el multiculturalismo. — 3. Los alcances jurídicos del fallo en relación al aborto y el derecho a la vida del niño por nacer. — 4. La sentencia 0206/2014 en el Marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. — 5. Balance conclusivo.

1. Introducción

El 5 de febrero de 2014, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia emitió sentencia en la causa de Acción de inconstitucionalidad abstracta promovida por Patricia Mancilla Martínez, Diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, en la que se cuestionaba los artículos 56, 58, 245, 250, 254, 258, 263, 264, 265, 266, 269, 315 y 317 del Código Penal (CP), por ser presuntamente contrarios a los arts. 8.I, 14.I, II y III, 15.I, II y III, 35.I, 58, 64.I y II, 66, 109.I y 157.1 de la Constitución Política del Estado (CPE) [\(1\)](#).

La acción se orientaba a declarar la inconstitucionalidad de artículos referidos a distintas situaciones en las que, a juicio de la diputada accionante, las mujeres resultaban perjudicadas o discriminadas en sus derechos.

La estructura jurídica de la sentencia parte de los antecedentes con relevancia jurídica (punto I) y las conclusiones con los artículos demandados de inconstitucionalidad (II.1) y los preceptos constitucionales cuya vulneración se alega (II.2). Luego, la sentencia delimita "los alcances del control de constitucionalidad" (III.1), para considerar las "bases del Estado Plurinacional desde la voluntad constituyente" (pto. III.2). En tal marco, el punto III.3 considera "la reconstrucción del Estado sobre la base del paradigma de igualdad: el género y la despatriarcalización" y en el punto III.4 se analizan las "concepciones plurales en el marco de una nueva justicia Constitucional Plurinacional". El apartado III.5 se adentra específicamente en las "concepciones sobre el aborto desde la historia y cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos" y el III.6 trata los "derechos de las mujeres desde una visión de complementariedad y descolonización". Luego, el III.7 presenta "los principios limitadores del poder punitivo del Estado". El apartado III.8 constituye el meollo de la sentencia, al formular el "análisis sobre la constitucionalidad de normas impugnadas".

Así, las situaciones que se examinaron en la causa son:

* El trabajo de las mujeres en el sistema de ejecución de penas: se cuestionó que el art. 56 del CP impida que las mujeres privadas de libertad desarrollen trabajos fuera del establecimiento carcelario. Este artículo se consideró inconstitucional (pto. III.8.1.)

* La detención domiciliaria de las mujeres: se cuestionó el art. 58 del CP en tanto exige que la detención domiciliaria de las mujeres, cuando la pena no excediera de dos años, debe cumplirse "en sus propias casas". Este artículo fue considerado constitucional, efectuándose una interpretación amplia del término "en su propia casa" en el sentido de "una vivienda en la que se ha residido o residirá de manera permanente, sea esta de su propiedad o no" (pto. III.8.2).

* Causales de atenuación honoris causa en el delito de alteración del estado civil: los arts. 244 y 245 del CP refieren a atenuaciones en los tipos penales relativos a la alteración o sustitución de estado civil. Aquí se consideró inconstitucional que la primera parte del art. 245 en tanto incluya una causal de atenuación que tenga por finalidad eludir un prejuicio social. Esta primera parte sostiene como "atenuación", que el que obre hubiere querido "salvar la propia honra o la de su mujer, madre, descendiente, hija adoptiva o hermana" (pto. III.8.3).

* Delitos contra los deberes de asistencia familiar por abandono de la mujer embarazada: el art. 250 del CP es cuestionado por penalizar únicamente la conducta de abandono de la mujer que no contrajo matrimonio, estableciendo una discriminación contra la mujer que estando casada y embarazada es abandonada por su marido. Al respecto, la sentencia declara "la constitucionalidad condicionada de dicha norma, siempre y cuando se entienda que la misma incluye al abandono de la mujer embarazada dentro del matrimonio" (Pto. III.8.4.). Sin embargo, también aclara que "corresponde condicionar la constitucionalidad del art. 250 al eventual estado de desamparo en el que se dejare a la mujer en estado de gestación y no al cambio de domicilio o a la libre elección del progenitor de no cohabitar con la mujer en estado de gestación" (pto. III.8.4.) [\(2\)](#).

* Homicidio por emoción violenta: la acción cuestionaba la redacción anterior del art. 254 del CP en tanto consideraba atenuante la emoción violenta en caso de homicidio del cónyuge o conviviente. Sin embargo, una ley posterior modificó el artículo y estableció que este tipo penal "no procederá en caso de feminicidio". Así, la sentencia consideró improcedente pronunciarse sobre este punto de la demanda de inconstitucionalidad porque se modificó el artículo en el sentido pedido por la accionante (pto. III.8.5).

* Infanticidio: el art. 258 referido al infanticidio señala que tal conducta se configura cuando la madre quita la vida a su hijo "para encubrir su fragilidad o deshonra". En este punto, la sentencia consideró inconstitucional esta frase por ser contraria "a los nuevos valores constitucionales" de la igualdad, la equidad social y de género, en tanto esa frase revela una "pretendida subordinación de la mujer" (pto. III.8.6.).

* El aborto como conducta tipificada penalmente: la accionante planteó la inconstitucionalidad del art. 263 del CP en tanto penaliza a la mujer que decide realizarse un aborto y propone la despenalización del mismo. El tribunal 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 aspecto que provoca la declaratoria de constitucionalidad del art. 263 del CP, en los términos expuestos precedentemente" (pto. III.8.7).

* El aborto impune: en el caso se cuestionó el artículo 266 del Código Penal en tanto establece requisitos para los supuestos de abortos no punibles. Al respecto, el Tribunal consideró "que la frase 'siempre que la acción penal hubiere sido iniciada' del primer párrafo del art. 266 del CP, así como la frase 'autorización judicial en su caso' contenidas en el último párrafo de la citada norma, constituyen disposiciones incompatibles con los derechos a la integridad física, psicológica y sexual, a no ser torturada, ni sufrir tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes, a la salud física y a la dignidad en sus componentes al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de las mujeres, consagrados en los arts. 15, 18 y 22 de la CPE" Igualmente, dejó "claramente establecido además, que a efectos de la vigencia y eficacia de esta previsión normativa desde y conforme a la Norma Suprema, la misma deberá ser interpretada en sentido de que no será exigible la presentación de una querrela, ni la existencia de imputación y acusación formal y menos sentencia. Será suficiente que la mujer que acuda a un centro público o privado de salud a efecto de practicarse un aborto -por ser la gestación producto de la comisión de un delito-, comunique esa situación a la autoridad competente pública y de ese modo el médico profesional que realizará el aborto tendrá constancia expresa que justificará la realización del aborto" (pto. III.8.8).

* Sanción a la práctica habitual de aborto: finalmente, se cuestionó el art. 269 referido a la punición al que hace práctica habitual del aborto. El tribunal no hizo lugar a ese planteo, en tanto "debe interpretarse el art. 269 del CP, en sentido que la práctica habitual del aborto está referida a la causación de la muerte de un feto en el seno materno o la provocación de su expulsión, cuando dichas acciones son efectuadas fuera de los supuestos desarrollados legalmente, previstos en el art. 266 del CP, precedentemente analizado" (pto. III.8.9).

* Matrimonio posterior al rapto o secuestro como causal de no punibilidad: la acción inicial cuestionaba los artículos 315 y 317 referidos a casos de rapto en los que se eximía de pena a la persona que se casaba con la víctima. Estas normas fueron derogadas por la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, de modo que el Tribunal consideró abstracto este punto.

En este marco, el presente comentario se concentra en los puntos relacionados con el aborto y el derecho a la vida de la persona por nacer. Así, consideraremos el tema: a) desde la perspectiva multicultural propuesta por la sentencia en el marco de la afirmación de Bolivia como un Estado plurinacional; b) desde los alcances jurídicos de la sentencia; c) en la perspectiva del debate sobre la vida humana concebida en el sistema interamericano de Derechos Humanos.

2. La particular visión del Tribunal boliviano sobre el multiculturalismo

Partiendo de la afirmación de que Bolivia es un Estado multicultural "de composición plural" según el Preámbulo de la Constitución, la sentencia se refiere en forma extensa a la concepción de la vida, la muerte y el aborto de los pueblos originarios del territorio andino. Subyace explícitamente "el objetivo de constituir una sociedad plural y descolonizada, reconstitutiva de la armonía y el equilibrio perdido milenariamente. Para ello ha instituido principios y valores plurales, y ha establecido la conformación del Estado con base a la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En consecuencia, la constitución plurinacional del Estado, vinculado a la lucha y resistencia anticolonial de las naciones originarias, implica la necesaria 'reconstitución' de las naciones pre-coloniales"⁽³⁾.

Con respecto al tema del aborto, una de las premisas fundamentales de la sentencia desde la óptica del multiculturalismo tal cual es asumido por ella expresa que determinados valores de las naciones originarias habrían sufrido el choque con ciertas prácticas coloniales, y ese choque habría originado una situación de confusión y alteración del orden ancestral, requiriendo cierta vuelta a un equilibrio propio de esas ancestrales culturas. Así, afirma el fallo del Tribunal Constitucional Plurinacional, la 'plurinacionalidad' sería "el resultado de lucha anticolonial por la 'reconstitución' de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y la

expresión sucinta de la diversidad de la realidad boliviana"⁽⁴⁾.

Uno de los ámbitos a "reconstituir" sería "la convivencia armónica y equilibrada entre el ser humano, la naturaleza y el cosmos"⁽⁵⁾. Este punto nos introduce en la temática del aborto desde una perspectiva multicultural y multinacional en la particular visión de los miembros del Tribunal Constitucional boliviano. La sentencia comentada desarrolla al respecto algunos conceptos claves en esta temática, desde el punto de vista de la cultura de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Expondremos las más relevantes, como ser la "vida", "hijos e hijas" (wawa) y "aborto".

El concepto de "vida" en las culturas originarias: se trata de una visión muy diferente de la del mundo occidental, para el cual la vida es un proceso que comienza en un momento determinado y finaliza también con cierta certeza. Para las culturas milenarias que poblaron el territorio boliviano, afirma el fallo, la vida "se genera mediante la combinación y explosión de dos energías opuestas, tangibles y no tangibles; la primera, el de las profundidades (manqha pacha) y la otra el del espacio o el de la superficie que engendra el cosmos 'pacha". Así, para estos pueblos la vida se originaba en el encuentro complementario entre dos principios ('energías opuestas'), que hoy llamaríamos 'masculino' y 'femenino'. Se genera, entonces, "el principio de la dualidad y vitalidad (energía y movimiento): que genera ciclicidad de la vida en el cosmos; porque emana la energía a partir de ella misma"⁽⁶⁾.

De esta manera, "es necesario comprender que la vida tiene su origen en el mismo cosmos y nace desde la 'complementariedad' de dos fuerzas, este principio continua en el tiempo geológico o de la naturaleza, hasta llegar al tiempo de la comunidad humana (...), por lo que la vida de la comunidad humana está impregnado directamente de la vida cósmica"⁽⁷⁾. Afirman los jueces posteriormente que "desde su constitución, todos los seres vivos (...) 'se juntan para crear la vida', esto significa que intervienen todos los elementos cósmicos y naturales, en la generación de la vida o en el 'hacer vida'"⁽⁸⁾. Como consecuencia de esto, para estas culturas "la vida se concibe de manera holística; en el que todos los "seres vivos" son parte del cosmos".

Complementaria de esta visión sobre la vida, encontramos las concepciones sobre la hija/hijo o 'wawa'. "Ser wawa abarca las etapas más generales de la fertilidad (...). La wawa para las naciones y pueblos indígenas de tierras altas, está relacionada con la alegría que impregna a la comunidad", y "se las considera como vínculos de felicidad que emana de la madre tierra, por tener el poder de fertilidad que tienen en su entorno, y por relacionarse con los dioses, esto según concepción y saberes transmitidos, oralmente"⁽⁹⁾. Para las comunidades originarias "la participación de las wawas en rituales es importante; su pureza permite la conexión con las deidades".

Por otra parte, "la wawa y la mujer como parte de la comunidad no se ven de forma aislada, comprendiendo la visión holística, ambos son parte de la comunidad y se comunica del estado del embarazo a todos, y la mujer recibe cuidados especiales por parte de la familia, y la misma comunidad; es decir, la responsabilidad es de toda la comunidad"⁽¹⁰⁾.

Un embarazo no deseado, en cambio, "conlleva, miedo vergüenza, deshonra, etc", porque "no es resultado de este proceso armónico y complementario". A pesar de ello, el niño concebido "sigue recibiendo la connotación de wawa". Es importante destacar el hecho de que la wawa, "en las culturas ancestrales merece protección y cuidado como a uno mismo".

Afirma el Tribunal que la práctica del aborto provocado se habría introducido recién en la Colonia, debido a los abusos de los europeos para con las mujeres indias. En realidad esta práctica es interpretada en la sentencia como una "ruptura de los principios ancestrales y cósmicos (...), provocada por la invasión española desde 1492". Sostiene el fallo también que "una forma de exterminio y sometimiento de los españoles, fue a través de la violencia sexual, o más propiamente dicho, por medio de las violaciones a las mujeres indias, sin importar la edad. Por tanto, la violación sexual a las indias, en la colonia ha sido establecida como parte de las políticas de la invasión"⁽¹¹⁾. Llama poderosamente la atención por anacrónica la interpretación tan "moderna" que hace el Tribunal de la colonización europea y su encuentro con las culturas originarias, basándose en teorías de la dominación que han visto la luz hace muy pocos años, y que probablemente desaparecerán en otros pocos años para dar lugar a otras nuevas, éstas y aquéllas muy lejanas de las motivaciones e intenciones de las naciones que arribaron a América a partir de 1492.

De todas maneras, continúa el Tribunal, las mujeres indias habrían asumido "el aborto provocado, como defensa ante la fatalidad y desgracia impuesta por el "invasor" (hombre) generando desequilibrio y quiebres profundos en su concepción acerca de la relación sexual impuesta sobre la base de la simple dominación (del hombre blanco a la mujer india)"⁽¹²⁾. El aborto habría sido una forma de "'restituirse' en su propio 'equilibrio' y 'armonía'".

En síntesis, ya sea durante la Colonia o posteriormente en la República, el aborto habría evidenciado "un

quiebre entre los principios y valores ancestrales con la comunidad". El aborto, para estas comunidades, se manifiesta como un "hecho conflictivo" que exige el restablecimiento del "equilibrio con el cosmos (...), y la 'transparentación'" como "principio elemental de la Justicia Indígena Originaria".

Vemos, como conclusión, que el aborto provocado constituye para las culturas originarias un desequilibrio en todos los casos, ya que entra en conflicto con el respeto a la "vida" en un sentido amplio. Ese desequilibrio puede y debe ser reparado, a través de rituales que implican hacer transparente el hecho. Esto remite, al modo de estos pueblos, a la intervención de un principio de justicia que permite la restitución de un cierto equilibrio.

La conjugación de esta visión con la de los tratados actuales de derechos humanos permite considerar al Tribunal que "la vida y todo lo que potencialmente pueda generarla se encuentra protegida por nuestra Ley Fundamental". Particularmente respecto al ser humano, en cuyo caso se parte de una protección básica desde la unión del óvulo con el espermatozoide. Esta protección presupondría la garantía mínima del derecho a la vida, y "se va incrementado (...) hasta el nacimiento; es decir, que mientras más se aproxime a una célula su protección jurídica disminuye pero de ninguna manera desaparece y en la medida en la que se desarrolle y se vaya asemejando a un ser humano la protección jurídica paulatinamente se va incrementando; vale decir, que un feto goza de la protección que emana de la Constitución Política del Estado y las leyes"⁽¹³⁾.

3. Los alcances jurídicos del fallo en relación al aborto y el derecho a la vida del niño por nacer

Como hemos reseñado inicialmente, la acción presentada tendía a que se declare la inconstitucionalidad de los artículos del Código Penal que castigan el aborto. También a solicitar la inconstitucionalidad del requisito que se impone a la mujer en el caso de "aborto no punible por embarazo proveniente de violación" en el sentido que tiene que contar con autorización judicial.

Nuestro análisis de la sentencia se focaliza en las principales conclusiones del fallo, a saber:

- a) Protección constitucional de la vida de la persona por nacer
- b) Constitucionalidad de la tipificación penal del aborto
- c) No punibilidad del aborto en caso de violación

a) Protección constitucional de la vida de la persona por nacer: la sentencia reconoce que "el bien jurídico protegido en el delito de aborto es el derecho a la vida del feto" y entiende que sobre este punto "no cabe mayor debate"⁽¹⁴⁾. Así, el Tribunal considera lo relativo a qué tipo de protección constitucional tiene ese feto. Aquí, la sentencia recorre un camino que podríamos denominar de reconocimiento de la vida del embrión, pero a través de una "protección relativa y gradual".

Por un lado, para el Tribunal, "la vida y todo lo que potencialmente pueda generarla se encuentra protegido por nuestra Ley Fundamental"⁽¹⁵⁾. Así, la protección aparece vinculada a la "vida" del feto, aunque también a su carácter de persona, pues se cita el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos. Igualmente, sostiene que "un embrión no puede considerarse como propiedad de la mujer y por tanto no es de libre disposición -no se vende, no tiene precio- debido a que: -tiene la potencialidad de generar una persona y por tanto cuenta con protección constitucional autónoma a la protección de los derechos de la mujer lo que posibilita y obliga a su ponderación; -un embarazo per se y siempre y cuando sea fruto de una decisión libre no implica una amenaza al derecho a la salud de la mujer y tampoco puede equipararse a una enfermedad ni a una amenaza a la integridad personal o trato cruel, inhumano o degradante".

Sin embargo, esta protección de la vida del feto es una protección "gradual y se va incrementando desde la conjugación primaria del óvulo y espermatozoide denominado huevo o cigoto hasta el nacimiento". La sentencia en distintos momentos refiere a su postura de distinguir la vida nacida y la que está por nacer. Por un lado, cuando cita el antecedente "Baby Boy vs. Estados Unidos de América" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para afirmar sobre los instrumentos interamericanos "que no era posible interpretar que tales instrumentos conferían un derecho absoluto a la vida desde la concepción". Igualmente, cuando señala que de acuerdo con el artículo 141.I de la Constitución "los concebidos no nacidos en el Estado Plurinacional de Bolivia todavía no son considerados como nacionales, lo que se denota en la realización del censo en el cual no son contabilizados"⁽¹⁶⁾.

También deja constancia de su postura relativizante del derecho a la vida cuando recuerda que "el aborto tiene una pena inferior al homicidio"; también que en el aborto por riesgo de la vida de la madre "se da prevalencia a la vida de la madre que ya generó relaciones intersubjetivas y de afectividad sobre la vida del nasciturus".

Pero esta relativización no llega al punto de crear un "derecho al aborto. En efecto, justamente al hablar de

la "colisión" de la protección del embrión con el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, se afirma con claridad: "este Tribunal entiende que nuestra Constitución Política del Estado no cobija un supuesto derecho al aborto ni este puede instaurarse como un método de salud reproductiva". Esta frase es decisiva, pues justamente la demanda de inconstitucionalidad partía del artículo 66 de la Constitución que dispone: "se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos".

b) Constitucionalidad de la tipificación penal del aborto: los desarrollos precedentes referidos a la protección constitucional de la vida de la persona por nacer llevan al Tribunal a afirmar con claridad que

"este Tribunal Constitucional Plurinacional 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 aspecto que provoca la declaratoria de constitucionalidad del art. 263 del CP, en los términos expuestos precedentemente"[\(17\)](#).

Así, mientras que el planteo inicial fue la despenalización del aborto por considerarse que es inconstitucional la punibilidad, la sentencia concluye sosteniendo la constitucionalidad de la punibilidad del aborto.

Aquí son de relevancia los desarrollos que el mismo Tribunal había hecho en el punto III.7. sobre "los principios limitadores del poder punitivo del Estado". Allí enfatiza que "el legislador, entonces, 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". Y señala los principios de "intervención mínima", "idoneidad", "proporcionalidad" y "subsidiariedad". Este es el marco en que resuelve el problema del aborto y su conclusión es que no sólo no hay un derecho al aborto, sino que su consideración como delito penal responde a tales principios limitadores del poder punitivo del Estado.

c) No punibilidad del aborto en caso de violación: la sentencia realiza un quiebre en su línea argumental referida a la protección de la vida de la persona por nacer cuando se trata del supuesto de aborto no punible en caso de embarazo proveniente de violación. En efecto, con ocasión de pronunciarse sobre el requerimiento puesto por el artículo 266 del Código Penal en torno a la necesidad de autorización judicial para la realización del aborto en tal caso, el Tribunal se expresa en afirmaciones referidas a la obligación del Estado de "garantizar que las mujeres víctimas de una violación que decidan interrumpir voluntariamente su embarazo tengan acceso a servicios de aborto seguros" y de "eliminar cualquier impedimento innecesario a los mismos" (III.8.8).

Con citas a recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos, se concluye que ese requisito de contar con autorización judicial es inconstitucional.

4. La sentencia 0206/2014 en el Marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se rehusó a despenalizar el aborto y reiteró el derecho a la vida del niño no nacido en base a varios tratados internacionales, principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos [\(18\)](#) conocida también como Pacto de San José, que en su artículo 4, establece que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie será privado arbitrariamente de su vida"[\(19\)](#). La interpretación de dicha disposición de la Convención Americana como incompatible con la legalización del aborto [\(20\)](#) resulta sumamente importante en la actualidad, ya que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos sugirió lo contrario en *Artavia Murillo vs. Costa Rica* [\(21\)](#).

Otro aspecto importante del fallo fue el reconocimiento de que los derechos reproductivos no incluyen un derecho a abortar, ya sea en el derecho interno o en el derecho internacional [\(22\)](#). La demandante había solicitado la despenalización del aborto durante, al menos, el primer trimestre de embarazo y la creación de un derecho al aborto invocando la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Pará", el Informe de Observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (40° periodo de sesiones 14 de enero a 1ro de febrero 2008), en el que el Comité exhortó a Bolivia a despenalizar el aborto y el Foro Constitucional Iberoamericano, que habría hecho similar recomendación [\(23\)](#).

El Tribunal no encontró un derecho al aborto en ninguno de estos instrumentos, pero sí estableció la

existencia de un derecho a la vida del no nacido en la Constitución boliviana y los tratados internacionales ratificados por Bolivia (24). Tampoco hizo mención alguna de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (25) ni de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) citadas por la demandante, que promovían el aborto seguro para adolescentes embarazadas (26) tal vez por su falta de valor vinculante sobre Bolivia o por considerarlas irrelevantes al caso concreto.

Entre los tratados internacionales ratificados por Bolivia que protegen el derecho a la vida del no nacido, el Tribunal citó, además de la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6, que protege el derecho a la vida inherente a la persona humana (27) y determinó que dicha protección es compatible con la penalización del aborto voluntario o involuntario (28). Ambos tratados internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad en Bolivia, como señaló el Presidente de la Asamblea Legislativa Nacional (29).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional sí pareció dar cierto valor jurídico o político a varios instrumentos internacionales no vinculantes para Bolivia al abolir el requisito de autorización judicial para la práctica del aborto post-violación, i.e. los informes del Comité de la CEDAW y del Comité contra la Tortura recomendando al Estado de Bolivia despenalizar el aborto, y el Comentario 28 del Comité de Derechos Humanos promoviendo la legalización del aborto, particularmente en casos de violación e incesto (30). Las recomendaciones del Comité contra la Tortura, emitidas poco antes de la sentencia, en el 2013, ejercieron peculiar presión sobre la decisión del Tribunal Constitucional: el Comité había recomendado que Bolivia eliminara el requisito de autorización judicial en favor de la simple denuncia del hecho delictivo, alegando que la posibilidad de que un juez ejerciera objeción de conciencia y rehusara a autorizar un aborto obligaría a la mujer violada a obtener un aborto clandestino (31).

La recomendación de legalizar el aborto o facilitararlo es constantemente promovida por varios Comités de monitoreo de tratados internacionales a Estados cuyas leyes protegen la vida del no nacido. El Comité de la CEDAW ha apremiado a más de 90 países a legalizar el aborto o liberalizar sus leyes de aborto (32), y el Comité de Derechos Humanos, el órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha urgido a la legalización o ampliación del aborto en más de una docena de países. Asimismo, el Comité contra la Tortura, e incluso el Comité de los Derechos del Niño, han exhortado a los países a legalizar o liberalizar el aborto (33). No obstante, como ha indicado el antiguo juez de la Corte Interamericana Rafael Nieto Navia, los informes y recomendaciones de dichos Comités son de cumplimiento facultativo, no obligatorio, y no crean, por sí mismos, derecho internacional (34). Del mismo modo, el actual Comisionado Rodrigo Escobar Gil y el antiguo Comisionado Marco Gerardo Monroy Cabra, han señalado que la interpretación de los tratados por organismos internacionales no judiciales no crea una obligación internacional de despenalizar el aborto, conclusión que desarrollaron en sus opiniones disidentes en la sentencia n° C-355/06, siendo entonces jueces de la Corte Constitucional de Colombia (35).

Al reemplazar el requisito de autorización judicial por el de la simple denuncia, el Tribunal Constitucional citó también jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre aborto post-violación sexual (36) referencia que podría resultar irrelevante o inapropiada, no sólo porque Bolivia no es ni podría ser parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino porque existen diferencias fundamentales entre el Convenio Europeo y la Convención Americana en materia de protección del no nacido (37). En *Vo vs. Francia*, el Tribunal Europeo reconoció que la Convención Americana puede ser incompatible con la legalización del aborto, en contraste con la Convención Europea, que no tiene ninguna disposición explícita al respecto (38).

A pesar de la derogación de este requisito, el Tribunal Constitucional no encontró ninguna evidencia de la existencia de una obligación internacional de despenalizar el aborto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Si bien el fallo admitió que un informe de la CIDH, en el caso *BabyBoy vs. Estados Unidos*, negaba un derecho absoluto a la vida desde la concepción (39) el Tribunal indicó que la legislación interna boliviana ya contempla excepciones a dicho derecho (40) y que este no es por tanto absoluto. No es punible, de acuerdo al Código Penal boliviano, el aborto del no nacido concebido en violación sexual o raptó, o el aborto practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios (41). Es pertinente señalar, además, que los informes de la Comisión no tienen carácter vinculante sobre el Estado parte en una petición ni sobre terceros Estados: los artículos 41, 50 y 51 de la Convención, otorgan a la CIDH la facultad de hacer "recomendaciones" sobre las peticiones individuales relacionadas con posibles violaciones de derechos humanos, pero solamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene la facultad de emitir interpretaciones vinculantes de la Convención en casos concretos (42).

El Tribunal consideró que la existencia del "derecho a la vida del feto" es incontrovertible, y que el aborto es una legítima figura penal en el ordenamiento jurídico nacional (43). El Presidente de la Asamblea Legislativa

Nacional, Alvaro Marcelo García Linera, indicó que la protección otorgada al no nacido en la Convención Americana se encuentra reflejado en la legislación nacional, específicamente en el Código Civil, artículo 1, que establece que al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorece y el Código del Niño, Niña y Adolescente, artículo 2, que define el término niño como todo ser humano desde el momento de la concepción (44).

5. Balance conclusivo

Del análisis realizado podemos extraer algunas conclusiones relevantes de la sentencia en lo que concierne al derecho a la vida y el aborto:

- * Se reconoce la existencia del derecho a la vida del feto y que tal derecho tiene protección constitucional.
- * Se considera constitucional y conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos la adopción de normas penales para punir el aborto como delito que afecta el bien jurídico "vida" del feto.
- * No existe una obligación internacional o constitucional de despenalizar el aborto.
- * El reconocimiento constitucional e internacional de derechos sexuales y reproductivos no crea un "derecho al aborto".
- * Se afirma que la protección de la vida humana es gradual y progresiva desde la concepción al nacimiento. En realidad, consideramos que el derecho a la vida no admite mayor o menor graduación en su protección y afirmar su gradualidad resulta peligroso pues puede conducir a formas de privación de la vida a seres humanos.
- * En lo que constituye un cierto quiebre interno en la lógica de protección de la vida humana, la sentencia considera inconstitucional toda restricción que obstaculice el aborto en los casos de embarazo proveniente de violación.
- * La sentencia realiza una distinción entre embarazo deseado y no deseado que introduce un criterio arbitrario para permitir privar de la vida al feto en los casos de embarazos no deseados.
- * El fundamento multicultural de la sentencia reconoce el valor vida y su protección, como así también la aplicación de los derechos humanos a la persona por nacer. Se observa, no obstante, que tal fundamento multicultural requiere una noción de persona que no quede sujeta a interpretaciones, pues de otra manera se corre el riesgo de que los derechos humanos queden como meras declamaciones operativas si fuera posible determinar en sede judicial quién es persona y quién no. Justamente, los Tratados también reconocen un derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica para todo ser humano, entre los que cabe incluir al feto.

(1) Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 (2014, exp. 00320-2012-01-AIA).

(2) La sentencia en este punto revela las paradojas de las tendencias individualistas que animan al derecho en materia de familia y persona en estos tiempos: la preocupación por penalizar al que abandona a la mujer embarazada choca con el principio de la libertad de elección en materia de vida privada y familiar y por tanto la sentencia se apura a dejar en claro que no quiere cercenar tal libertad. Pero al hacer esa aclaración, parece desdibujar la pretendida fuerza que se quiere dar a la protección de la mujer embarazada. En definitiva, la mujer queda presa del individualismo reinante...

(3) Sentencia III.2.

(4) Sentencia III.2.

(5) Sentencia III.2.

(6) Sentencia III.4.1.a).

(7) Sentencia III.4.1.a).

(8) Sentencia III.4.1.a).

(9) Sentencia III.4.2.

(10) Sentencia III.4.2.

(11) Sentencia III.5.

(12) Sentencia III.5.

(13) Sentencia III.8.7.

(14) Sentencia III.8.7.

(15) Sentencia III.8.7.

- (16) Sentencia III.8.7.
- (17) Sentencia III.8.7.
- (18) Convención Americana de Derechos Humanos, art 4(1), 21 de noviembre de 1969, OEA Serie No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (18 de julio, 1978) (en adelante Convención Americana). Ratificada por Bolivia en 1993.
- (19) Id. Artículo 4-1).
- (20) Sentencia p. 11, 51.
- (21) Artavia Murillo et al. (fertilización in vitro) v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos. Juicio ¶ 257-264, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 257 (28 de noviembre 2012). Ver crítica del análisis sobre legalidad del aborto en la Convención Americana en Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 20.
- (22) Sentencia p. 51, 52, 60.
- (23) Sentencia p. 18-19
- (24) Sentencia, p. 60.
- (25) Artavia Murillo et al. (fertilización in vitro) v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos. Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 257 (28 de noviembre 2012).
- (26) CIDH, Justicia e Inclusión Social: los Desafíos de la Democracia en Guatemala. OEA/Ser.L/V/II.118. Doc. 5 Rev.1 29 de diciembre de 2003 en Recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad de los artículos del Código Penal que señala. Patricia Mancilla Martínez, 13 de marzo del 2012.
- (27) Sentencia p. 52, 60.
- (28) Sentencia p. 60.
- (29) Sentencia p. 11. Ver también artículo 13(IV) de la Constitución Política del Estado de Bolivia, de acuerdo al cual los tratados internacionales prevalecen en el orden interno.
- (30) Sentencia p. 57.
- (31) Sentencia p. 57-58.
- (32) Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Doc. de las Naciones Unidas A/54/38/Rev.1, cap. I, párr. 31.c., 2 mayo 1999. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf>
- (33) Ver Los Artículos de San José, notas al art. 6, disponible en <http://www.sanjosearticles.com/wp-content/uploads/2012/02/SJA.pdf>. Los Artículos de San José es una declaración firmada el 25 de marzo de 2011 por un grupo de expertos en Derecho internacional, salud pública, medicina y gobierno, incluyendo al Profesor John FINNIS de Oxford; Javier BORREGO, Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos; el Profesor Carter SNEAD del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, Lord Nicholas WINDSOR de la Familia Real Británica; el Honorable Luca VOLONTE, Miembro de la Asamblea del Consejo de Europa, Presidente del Partido Popular Europeo (PACE) y Robert GEORGE, Profesor de Jurisprudencia en la Universidad de Princeton, ex miembro del Consejo Presidencial de Bioética.
- (34) NIETO, Rafael (2005): "Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto", Revista Persona y Bioética (vol. 9 n° 1): pp. 21 — 42.
- (35) Corte Constitucional (Colombia), Salvamento de Voto de los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil (2006): 10 mayo 2006, sentenciaC-355/06. Disponible en <http://www.idpc.es/archivo/1208336749FCI12SC3.pdf>.
- (36) Sentencia p. 57.
- (37) TEDH, Vo vs. France (2004, requerimiento n° 53924/00) 75.
- (38) Id.
- (39) CIDH, BabyBoy vs. Estados Unidos (1981): 6 marzo 1981, caso n° 2141, informe n° 23/81. Disponible en Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980 — 1981, OEA/Ser.L/V/II.54, <http://www.cidh.org/annualrep/80.81eng/USA2141.htm> en Sentencia p. 53.
- (40) Sentencia p. 53.
- (41) Sentencia p. 56.
- (42) Ver Convención Americana, artículo 62. Ver también Informe Anual de la CIDH, OEA/Ser.L/V/11.50

doc.13 rev. 1 a 10 (1980), reimpresso en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.LV/II.82 doc.6 rev.1 en p. 93 (1992).

(43) Sentencia p. 53.

(44) Sentencia p. 11.

Información Relacionada

Voces:

DERECHO A LA VIDA ~ DERECHO COMPARADO ~ REPUBLICA DE BOLIVIA ~ JUEZ EXTRANJERO
~ SENTENCIA EXTRANJERA ~ ABORTO ~ DERECHOS HUMANOS ~ DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO ~ CODIGO PENAL ~ MUJER ~ EMBARAZO ~ ORGANISMO INTERNACIONAL ~
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ~ CONVENCION AMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS

Fallo comentado: [Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena ~ 2014-02-05 ~ Acción de inconstitucionalidad abstracta](#)