

## Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto

*Judith Salgado Álvarez\**

### RESUMEN

Este artículo analiza la sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia en el año 2006 que marca un punto de inflexión en el tratamiento del aborto en Colombia, que antes de esta decisión se encontraba entre aquel grupo de países que penalizaban el aborto en toda circunstancia. Son aportes fundamentales de esta sentencia el desarrollo jurisprudencial sobre la diferencia entre la vida como un bien constitucionalmente relevante y el derecho a la vida; la aclaración de que el ser en gestación no es titular del derecho a la vida, aunque ciertamente sí interesa constitucionalmente su protección; la reafirmación de que la dignidad humana de la mujer se expresa entre otros elementos en su autonomía reproductiva y que por lo mismo no puede considerársela como un mero instrumento útil para la procreación; la ponderación que realiza entre la protección de la vida en gestación y el derecho de la mujer embarazada a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida e integridad personal; y los límites que debe observar el legislador en cuanto a su potestad legislativa en materia penal en un Estado Social de Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** despenalización parcial del aborto, derecho a la vida, protección de la vida en gestación, dignidad humana, derechos de la mujer embarazada, ponderación de derechos, límites a la potestad legislativa en materia penal.

### ABSTRACT

This article analyzes the sentence issued by the Colombian Constitutional Court on 2006, considered as an inflection point on the treatment of abortion in Colombia. Before this decision was adopted, Colombia was among those countries that criminalized abortion in every circumstance. Some of the most important contributions of this sentence are: the jurisprudential differentiation between

\* Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos y Coordinadora Académica de la Maestría en derechos humanos y democracia en América Latina, UASB.

“life” as a constitutionally relevant institution and the “right to life”; clarifying that the one to be born does not hold the right to live, however, there is a constitutional interest in his/her protection; reaffirming that human dignity of women is expressed, among other ways, through reproductive autonomy, and therefore, women should not be considered as simple useful instruments for procreation; weighting the protection of life during gestation against the right of pregnant women to their human dignity, the free modeling of personality against the right to health in connection to life and personal integrity; and, establishing certain limits that legislators should observe when issuing criminal provisions within a Social State of Rule of Law.

KEY WORDS: partial decriminalization of abortion, right to life, protection of life during gestation, human dignity, rights of pregnant women, weighting rights, limits to legislative power in criminal matters.

FORO

La última década ha estado caracterizada por una disputa a nivel global con incidencia en lo nacional y local, respecto a la sexualidad y la reproducción. Las Conferencias de Viena, El Cairo y Beijing marcaron un hito en la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres, desde el básico reconocimiento de que sus derechos son parte de los derechos humanos.

Es a partir de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Viena 1993) cuando el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres (incluyendo la violencia sexual) viola los derechos humanos, abre la puerta para posicionar la legitimidad de abordar la sexualidad dentro del ámbito de los derechos humanos. La Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, CIDP (El Cairo 1994) incorpora la sexualidad y la salud sexual a los espacios de debates internacionales de derechos humanos. Por primera vez se afirma que la salud sexual está relacionada con el ejercicio de derechos que deben ser promovidos por los programas de población y desarrollo. Más fuerza cobra sin duda tanto en la CIPD como en la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer, CIM (Pekín 1995) los derechos reproductivos que llegan incluso a ser definidos por primera vez<sup>1</sup> en un documento internacional.<sup>2</sup>

---

1. Párrafo 7.3 de la Declaración y Plan de Acción de la CIDP: “Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y repro-

Ahora bien, hay quienes afirman que la comunidad internacional se las arregló para reconocer la existencia de derechos sexuales –a las mujeres– sin emplear este término explícitamente.<sup>3</sup> En efecto, la Plataforma de Acción de la IV CIM reconoció que:

Los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a ejercer el control y decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, libres de coerción, discriminación y violencia. Las relaciones igualitarias entre mujeres y hombres respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, que incluyan el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento mutuo y el asumir de forma compartida las responsabilidades del comportamiento sexual y sus consecuencias.

Estos logros no obstante, han sido conseguidos en medio de una enorme resistencia del Vaticano y diversos países islámicos (con gobiernos fundamentalistas). Con el triunfo de George Bush a la Presidencia de los Estados Unidos se suma otro actor poderoso a la oposición férrea a los derechos sexuales y reproductivos que se mantiene a nivel internacional. La estrategia global que se manifiesta en América Latina ha sido la creación y fortalecimiento de ONG que impulsen la siguiente agenda que coincide con la agenda de la jerarquía de la Iglesia Católica y de ciertas iglesias protestantes:

- Fijar los límites admisibles de la vida sexual en el matrimonio heterosexual;
- Naturalizar la atadura sexualidad/reproducción;
- Prohibir el uso de métodos anticonceptivos no naturales;
- Promover la abstinencia sexual y la fidelidad conyugal como respuesta al VIH Sida y como norma para los/as jóvenes;
- Recluir la diversidad sexual en lo privado, invocando el derecho a la intimidad;
- Propugnar la penalización del aborto en todos los casos.

Aparecen nuevas tácticas de intervención desde fundamentalismos religiosos que se concretan en la secularización del discurso a través del uso de argumentos científicos, jurídicos y de defensa de derechos humanos para promover su agenda.<sup>4</sup>

---

ductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”.

2. Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Serie Magíster, vol. 80, 2008, p. 49.
3. Ylva Bergman, *Abriendo Espacios. Guía política de salud y derechos sexuales y reproductivos*, Estocolmo, RFSU, 2005, p. 16.
4. Para un mayor desarrollo de este punto ver Juan Marco Vaggione (Nauj Ocrum seudónimo), “Los derechos sexuales y reproductivos y el activismo religioso. Nuevas estrategias para su efectivización en América Latina”, en <[www.red-alas.org](http://www.red-alas.org)>

De otra parte, también las redes de organizaciones feministas y de mujeres mantienen y consolidan la estrategia de organización transnacional para incidir en el reconocimiento y vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Así por ejemplo, el proyecto Género y Justicia de Women's Link Worldwide, busca el desarrollo de una visión estratégica de incidencia en los sistemas judiciales, promoviendo el cambio social a través de las cortes. Para el efecto, se sirve del litigio estratégico que usa la ley como instrumento de cambio y promoción de los derechos humanos de las mujeres y la justicia social. Una modalidad de litigio estratégico es denominada de alto impacto cuando existen fuertes razones para creer que la decisión va a ser favorable o cuando el interés principal no es ganar sino posicionar un tema en la agenda pública. "Dentro de esta modalidad se busca influir en la opinión pública, vivificar la atención popular y política prestada al proceso, reforzar nuevos marcos de referencia y/o cambiar los términos del debate".<sup>5</sup> Surge en este contexto, el proyecto Litigio de Alto Impacto en Colombia: la Inconstitucionalidad del Aborto (LAICIA).<sup>6</sup>

Este caso, marca un giro del movimiento de mujeres y feministas de Colombia, hacia un uso más estratégico del Derecho. "El movimiento de mujeres, por considerar el derecho como patriarcal estuvo ajeno a este tipo de litigio estratégico, y más bien en los últimos años se ha decidido por parte de las feministas acercarse e incidir en él con estrategias de litigio".<sup>7</sup>

Varios ciudadanos<sup>8</sup> en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demandas contra varios artículos del Código Penal que tratan sobre el aborto. La Corte Constitucional de Colombia (CCC) resuelve acumular los expedientes y decidir en una sola sentencia.<sup>9</sup>

Los demandantes piden la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del art. 32, de los arts. 122, 124, y de la expresión "o en mujer menor de catorce años" contenida en el art. 123 del Código Penal.

A continuación transcribo los artículos demandados.

ART. 32.- Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

---

5. Mónica Roa, "El proyecto LAICIA", en Susana Checa, comp., *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el Derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2006, p. 225.

6. *Ibid.*, pp. 223-225.

7. Entrevista a Carmen Alicia Mestizo, SISMA MUJER, Bogotá, 26 de abril de 2007.

8. Mónica Roa; Pablo Jaramillo; Marcela Cubillos, Juana Dávila y Laura Porras.

9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06.

1. (...)

7. Se abre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

#### CAPÍTULO CUARTO

##### Del aborto

ART. 122.- Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

ART. 123.- Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

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

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

Llama la atención en esta sentencia el alto número de intervenciones tanto para apoyar como para rechazar los argumentos planteados por las demandantes. Constan ciudadanas/os, entidades estatales, organizaciones de la sociedad civil, iglesias, universidades, varias de estas intervenciones provienen de universidades u ONG internacionales. Los principales argumentos son resumidos y forman parte del fallo de la CCC.

La CCC sintetiza las pretensiones de las y el demandante en los siguientes términos:

Consideran los demandantes que las disposiciones acusadas vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1 de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.).... En primer lugar, los actores sostienen que sus demandas son procedentes pues no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada formal, ni material respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002. ...En general las razones formuladas por los

demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexecutable porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales. Y, de manera particular, el cargo relacionado con el numeral séptimo del artículo 32 del mismo Código Penal, gira en torno a que el estado de necesidad regulado por esta norma vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino “y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”.

En este artículo me centraré en el análisis de fondo que realiza la CCC, aunque vale la pena mencionar antes que la Corte considera que aun si en otras sentencias ha abordado el tema del aborto, no se ha producido el efecto de cosa juzgada en ninguna de sus modalidades y respecto de ninguna de las disposiciones acusadas y que por lo mismo las demandas son procedentes.

A continuación resumo los principales puntos desarrollados por la CCC en este caso.

La CCC señala la relevancia que la Constitución Política de Colombia (CPC) de 1991 da a la vida. Manifiesta que esta Constitución “constituye un punto de inflexión en el constitucionalismo colombiano al establecer la irrupción de la vida como uno de los valores fundamentales del nuevo orden normativo”.

Menciona diferentes artículos constitucionales que ponen de manifiesto esta afirmación.<sup>10</sup> Distingue sin embargo entre *el derecho a la vida y la vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano*. Mientras el primero supone para su ejercicio la titularidad que está restringida a la persona humana, la protección de la vida se predica incluso de quienes no han alcanzado tal condición. Por lo mismo sostiene que para la Corte “el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal cali-

---

10. Artículo 2.- ...Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; Artículo 11.- El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte; Artículo 44.- Son derechos fundamentales de los niños: la vida...; Artículo 95.- Son deberes de la persona y del ciudadano:... 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

dad titular del derecho a la vida”. De otra parte, afirma que si bien le corresponde al Congreso adoptar medidas para proteger la vida dentro de sus competencias, esto no significa que todas estén justificadas “porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con otros valores, principios y derechos constitucionales”.

Concluye que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes, pues la vida transcurre en diferentes etapas, se manifiesta de diferentes formas y tienen una protección jurídica distinta. “El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana”.

La CCC hace un recuento de algunas normas del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)*<sup>11</sup> que reconocen *el derecho a la vida*. Concluye en este punto que no se puede desprender de esta normativa –parte del bloque de constitucionalidad–.<sup>12</sup>

...un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado. Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

La CCC pasa enseguida a analizar los *derechos fundamentales de las mujeres en la CPC y el DIDH*. Incluye en este punto la importancia que la Carta de 1991 da a los derechos de las mujeres, remite a un gran número de sentencias en que la CCC ha protegido los derechos de las mujeres, hace un recuento de las distintas conferencias mundiales en las que los derechos de las mujeres han sido centrales, resalta los avances que en tal materia ha introducido la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención de Belem do

---

11. Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

12. Según la jurisprudencia más reciente la CCC “...ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad según la cual estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. [Estaría conformado por] no solo el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el art. 93 de la Carta, por las leyes orgánicas, y en algunas ocasiones por las leyes estatutarias...los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción...los convenios sobre derecho internacional humanitario”. C- 355/06.

Pará y el Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional. Enfatiza en que “los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”. Finalmente sostiene que de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto o de prohibición a los legisladores de tomar normas penales en este ámbito.

A continuación la CCC desarrolla los *límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal*.

Afirma que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, los procedimientos penales y las sanciones. El poder punitivo tiene como límite material los derechos constitucionales, su núcleo esencial, criterios de razonabilidad, y proporcionalidad y de estricta legalidad.

Siguiendo el hilo de esta argumentación la CCC se concentra en el derecho a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la salud de las mujeres.

La CCC sostiene que la *dignidad humana* se concreta en considerar al ser humano como un fin en sí mismo y no como un instrumento o un medio para la realización de la voluntad o intereses ajenos. Tanto el principio de dignidad humana como el derecho fundamental a la dignidad humana, a pesar de su distinta naturaleza funcional coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas, a saber: “i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), ii) ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien), iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.<sup>13</sup>

Precisa que en el caso de las mujeres la protección de su dignidad humana

...incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados.

Concluye entonces que el legislador al dictar normativa penal

...no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

---

13. Sentencia T-881 de 2002. Corte Constitucional de Colombia.

Así también señala como límite a la potestad legislativa penal el *derecho al libre desarrollo de la personalidad* que contiene entre otros “el derecho a ser madre o en otros términos, la consideración de la maternidad como una ‘opción de vida’ que corresponde al fuero interno de cada mujer”.

También realza la CCC que la protección constitucional del bien jurídico de la salud y el *derecho a la salud* en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal limita la potestad legislativa en el ámbito penal, excluyendo la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas, aunque sea con el fin de preservar el interés general, de terceros o bienes de relevancia constitucional, pero también reservando al individuo decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de particulares.

La CCC desestima el argumento de la demandante Mónica Roa de que las recomendaciones y observaciones de órganos de vigilancia de tratados internacionales son parte del *bloque de constitucionalidad* y que por lo mismo son un parámetro para el análisis de constitucionalidad de leyes. En la demanda se mencionan algunas de ellas que cuestionan la penalización del aborto en todos los casos.<sup>14</sup> Mantiene la Corte que una cosa es que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y otra muy diferente es asignarle a dicha jurisprudencia el carácter de bloque de constitucionalidad. Más aún, aclara que en opinión de la CCC únicamente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen jurisprudencia proveniente de instancias internacionales.

La CCC hace notar que el cambio político de un Estado liberal de Derecho –fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad– a un Estado Social de Derecho –que entre sus fines esenciales tiene la garantía de efectividad de principios, derechos y deberes constitucionales– presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia penal. Plantea la necesidad de recurrir a un *juicio de proporcionalidad* para decidir en qué circunstancias el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus* termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer su potestad legislativa.

En efecto, al momento de entrar al análisis específico de las normas demandadas la CCC partirá de la idea central de que discutir el aborto desde un enfoque consti-

---

14. Comité de Derechos Humanos, caso Llantoy vs. Perú. Comunicación No. 1153/2003; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida, Doc. N.U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982. Comité de la CEDAW, Recomendación General No. 19, La violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero de 1992, párrafo 7.

tucional implica asumir la tensión entre diversos principios, derechos y valores. Por un lado aquellos en cabeza de la mujer embarazada y por otro la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional. Sostiene que las repuestas que los ordenamientos jurídicos han dado a esta tensión han sido muy variadas. Afirmar que “dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales”. No obstante, también deja abierta la posibilidad de discutir si las medidas de protección de la vida en gestación deben ser necesariamente de carácter penal o si pueden resultar más efectivas diversas herramientas de política social.

Ahora bien, la CCC es enfática en sostener la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en toda circunstancia.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional... Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Reforzando este punto la CCC retoma argumentos desarrollados en la aclaración de una sentencia anterior sobre el aborto, para ratificar que hay circunstancias en las cuales no se le puede exigir a la mujer asumir mantener un embarazo que implica la vulneración de su dignidad humana y autonomía.

Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el parágrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados, ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda

ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear, ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación.<sup>15</sup>

Siguiendo esta línea de argumentación la CCC decide<sup>16</sup> declarar la *exequibilidad* condicionada del art. 122, entendiendo que no se incurre en el delito de aborto cuando contando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en las siguientes hipótesis:

- a) Cuando el embarazo sea producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o incesto. En estos casos se requerirá la presentación de la respectiva denuncia ante las autoridades competentes.
- b) Cuando la vida o la salud física o mental de la madre gestante corran peligro.
- c) Cuando existan malformaciones del feto que por su gravedad hagan inviable su vida.

En los dos últimas hipótesis se requerirá el certificado de un/a profesional de la medicina.

También se declara inexecutable la expresión “o en mujer menor de catorce años” por considerar que la medida contemplada en el art. 123<sup>17</sup> es desproporcionada y afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada.

Todas las hipótesis contempladas en el art. 124 del CPC son consideradas ahora como situaciones no constitutivas de delito de aborto y no únicamente como generadoras de atenuación punitiva. Por lo mismo su permanencia pierde su razón de ser por lo que se retira esta norma y su respectivo párrafo del ordenamiento jurídico.

Finalmente se declara executable el num. 7 del art. 32 del CPC, que excluye la responsabilidad penal cuando se obre por estado de necesidad.

Esta sentencia de la CCC marca un punto de inflexión en el tratamiento del aborto en Colombia que antes de esta decisión se encontraba entre aquel grupo de países que penalizaban el aborto en toda circunstancia. Pero esto surge en un contexto de

---

15. Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 suscrita por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández.

16. Es importante resaltar que la sentencia es suscrita con 5 votos a favor entre los cuales constan dos aclaraciones de voto, 3 votos salvados y un impedimento aceptado.

17. Art. 123.- Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años. (El resaltado es nuestro).

debate público, de canalización de las demandas sociales, de una relación más cercana entre movimientos sociales e institucionalidad.

El proceso en sí ha permitido que varias organizaciones de mujeres se apropien del fallo y proyecten usarlo de la manera más *emancipatoria* posible. Se continúa trabajando con medios de comunicación, el Congreso, la Administración de Justicia, el Ministerio de Salud. Se busca que el fallo sea una realidad, que el efecto no sea meramente simbólico sino que se concrete en reducir el número de abortos ilegales como tema estratégico.<sup>18</sup>

Fecha de recepción: 4 de abril de 2008.

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

---

18. Entrevista a Isabel Cristina Jaramillo. Bogotá 24 de abril de 2007.

## Pluralismo jurídico y la Corte Suprema de Justicia peruana

### Comentario a la resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú (caso rondas campesinas de Pueblo Libre y Santa Rosa)\*

*Raúl Llasag Fernández\*\**

#### RESUMEN

Este artículo analiza el pluralismo jurídico que de hecho se ha practicado en todo momento, pero que se constitucionaliza en 1993 en el Perú y en 1998 en el Ecuador, sin embargo la justicia ordinaria se ha resistido a reconocer su vigencia y se ha dedicado a reprimir a las autoridades de las rondas campesinas, autoridades de las comunidades campesinas y nativas o indígenas. En Perú solo en el año 2004 se reconoce el principio como jurisprudencialmente vigente. El análisis de la jurisprudencia será sumamente breve, en primer lugar describiré el caso en una forma sucinta, en segundo lugar relataremos el origen de las rondas campesinas, en tercer lugar se hará referencia al reconocimiento del pluralismo jurídico, luego realizaremos observaciones a la resolución, para aterrizar en dos conclusiones concretas, y finalmente transcribiré la sentencia.

**PALABRAS CLAVE:** reconocimiento del pluralismo jurídico, justicia ordinaria, justicia comunitaria, justicia de paz, derecho consuetudinario.

#### ABSTRACT

In Peru, as it occurs in Ecuador and in general, in Latin-American countries, there is a divorce between the formal constitutional recognition and the practices of the Judicial Branch. An illustrative case is that of legal pluralism, that has been practiced always, but was only recognized at constitutional level in Peru in 1993 and in Ecuador in 1998. Ordinary justice has been reluctant to recognize its validity and has always punished the authorities of rural patrols, and the authorities of peasant, native and indigenous communities. In Peru, legal pluralism has been jurisprudentially recognized only since 2004. The analysis of the resolution will

\* RN. No. 975-04. 9 de junio de 2004.

\*\* Analista de reformas normativas de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

be brief. It describes concisely the case; refers to the origins of rural patrol; mentions the recognition of legal pluralism; comments the resolution; arrives to two concrete conclusions; and, finally, transcribes the sentence.

KEY WORDS: recognition of legal pluralism, ordinary justice, communitarian justice, peace justice, consuetudinary law.

FORO

## ANTECEDENTES DEL CASO

Los integrantes de las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa de la jurisdicción de la provincia de Moyabamba en el departamento de San Martín, en aplicación de sus normas internas procesan a Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara, quienes en el proceso admiten ser autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato cometido en sus territorios y luego del procedimiento son condenados a la pena de *cadena ronderil*, esto es, pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades.

Posteriormente los integrantes de la rondas campesinas son procesados por la justicia ordinaria por un supuesto delito de secuestro y son condenados (Maximiliano Torres Torres, Leonidas Fernández Banda, Efraín Bustamante Dávila, Pedro Ramírez Medina, Jesús Acuña Olano, Wilfredo Cueva Izquierdo, José Hilario Bustamante Izquierdo, José Francisco Bustamante Sayaverde, María Consuelo Llatas Vásquez, Elita Ramírez Altamirano, Oscar Huamán Banda) como autores del delito de secuestro, usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de libertad efectiva, y al pago de un mil nueve soles por concepto de reparación civil.

Finalmente la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia peruana, declara la nulidad de todos los cargos, argumentando que el actuar se encuentra normado y regulado por el art. 149 de la Constitución Política del Perú que dice "...las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario...".

## ORIGEN DE LAS RONDAS CAMPESINAS

Las *rondas campesinas* peruanas, según Raquel Irigoyen, surgen en la segunda mitad de los setenta del siglo pasado, en el contexto social y cultural andino, a consecuencia del abandono estatal posterior a la reforma agraria y la agudización de la pobreza y el consiguiente agravamiento de los problemas de seguridad, como el robo por bandas organizadas. Ante esa realidad se organizaron las denominadas *rondas campesinas* o simplemente *rondas*, como grupos de vigilancia nocturna y luego se fueron convirtiendo en una autoridad propia de la comunidad. A partir del éxito alcanzado en el control del abigeato, las *rondas campesinas* se convierten en autoridades que procesarán y resolverán todo tipo de conflictos e inclusive ampliaron sus funciones a tareas de desarrollo comunal, gobierno local e interlocución con el Estado.

Sin embargo de su efectividad y realidad, los *ronderos* fueron perseguidos por la justicia ordinaria y muchas veces sancionados por delitos de secuestro y otros.<sup>1</sup>

## RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

El Perú consagra el pluralismo jurídico en la Constitución de 1993<sup>2</sup> inspirado en el debate internacional al ratificar el Convenio 169 de la OIT<sup>3</sup> y básicamente en la Constitución colombiana de 1991.

Por tanto a raíz de 1993, en el Perú constitucionalmente coexisten al menos:

- a) La justicia ordinaria;
- b) La justicia comunitaria.

---

1. Raquel Irigoyen, "Hacia el reconocimiento pleno de las rondas campesinas y pluralismo jurídico", <<http://www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>>

2. Art. 149 de la Constitución Política peruana: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el *derecho consuetudinario* siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha *jurisdicción especial* con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial". (las cursivas son nuestras)

3. Convenio 169 de la OIT: art. 8, 2: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar *sus* costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse *procedimientos* para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio". (las cursivas son nuestras)

Art. 9,1: "En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, *deberán respetarse los métodos* a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros". (las cursivas son nuestras)

- c) La justicia de paz
- d) Las rondas campesinas.

La resolución de fecha 9 de junio de 2004 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, marca un hito en la justicia ordinaria, al reconocer la vigencia del pluralismo jurídico en el Perú.

La indicada resolución rompe con la práctica del monismo jurídico de la justicia ordinaria y los argumentos de algunos autores que sostienen que el art. 149 de la Constitución Política peruana “no reconoce facultad de administrar justicia a las rondas campesinas, en su lugar solo les reconoce una facultad de ‘apoyo’ a las autoridades de las comunidades campesina y nativas”.<sup>4</sup>

## OBSERVACIONES

Si tomamos en cuenta que el Estado peruano al igual que el Estado ecuatoriano reconocen constitucionalmente el carácter pluricultural con el correspondiente derecho a la diversidad cultural y, además, el pluralismo jurídico con el correspondiente derecho a las propias jurisdicciones especiales, la definición e interpretación de los derechos humanos no se puede hacer solamente desde una orientación cultural y jurídica como la estatal (occidental), porque ello sería imponer una sola visión, actitud contraria al principio de la pluriculturalidad. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados a base del diálogo *interlegal*, a través de métodos de ponderación e interpretación intercultural de los hechos y del derecho mismo, sin perder de vista las normas de interpretación pro pueblos indígenas garantizados en el art. 35 del Convenio 169 de la OIT. Cuestiones éstas que no son tomadas en consideración en la resolución objeto de este comentario.

## CONCLUSIÓN

Pese al vacío en la argumentación e interpretación de la Resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia peruana, merece las siguientes conclusiones concretas:

1. En el Perú tanto desde el punto de vista teórico y práctico, así como por reconocimiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, está vigente el pluralismo jurídico y al menos coexisten o conviven: la justicia ordinaria, justicia comunitaria y nativa, y las rondas campesinas. Pero lo destacable es que

---

4. Juan Carlos Ruiz Molleda, en <<http://www.justiciaviva.org.pe/justmail/proyecto%20>>

dentro de las comunidades campesinas y nativas, lo que para nosotros son comunidades campesinas, coexisten la justicia de paz, justicia comunitaria y rondas campesinas.

2. Esta visión de coexistencia y vigencia del pluralismo jurídico peruano, es muy ilustrativo para los jueces y ministros de la justicia ordinaria ecuatoriana, que aún siguen procesando y juzgando a las autoridades de los pueblos indígenas por ejercer la facultad constitucional del inciso cuarto del art. 191 de la Constitución Política, por supuestos delitos de plagio, detención ilegal, robo, etc.

**“CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**RN. No. 975-04**

**SAN MARTÍN**

Lima, nueve de junio del dos mil cuatro.-

**VISTOS;** interviniendo como ponente el Vocal Supremo Alfonso Valdez Roca, con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo; y considerando: **Primero.-** “Que el delito de secuestro se configura cuando el agente priva a una persona, *sin derecho*, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro, con independencia de que se le deje cierto espacio físico para su desplazamiento y cuyos límites la víctima no puede traspasar, desde este punto de vista lo importante no es la capacidad física de moverse por parte del sujeto pasivo sino la de decidir el lugar donde quiere o no quiere estar y lo más importante de esta disquisición, es que en el aludido tipo penal se usa la expresión ‘sin derecho priva a la víctima de su libertad’, pero esta privación de la libertad tiene una consecuencia, perseguida por el agente, a un fin mediato; siendo la privación de la libertad solo un modo facilitador. **Segundo.-** Que en el presente caso los procesados en su condición de integrantes de las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa jurisdicción de la Provincia de Moyobamba en el departamento de San Martín, teniendo conocimiento que los presuntos agraviados Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara, admitieron a fojas cuatrocientos treinta y uno, cuatrocientos treinta y dos, cuatrocientos treinta y tres y cuatrocientos treinta y cuatro, ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato que se habrían cometido en sus territorios, decidieron sancionarlos de acuerdo a sus costumbres condenándolos, a ‘cadena ronderil’, esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades. **Tercero.-** Que en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Perú que a la letra dice ‘...las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario...’ no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres.

**Cuarto.-** Que el inciso ocho, del artículo veinte del Código Penal, señala que está exento de responsabilidad penal, ‘el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo’, por lo que, si los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarenta y nueve de nuestra Carta Magna. **Quinto.-** Que al haber concurrido la causa de justificación ‘el actuar por disposición de la ley’ en el presente proceso; en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. **Sexto.-** Que en cuanto a los acusados Julio Chamaya Delgado y Joel Yépez Tarrillo, que no han concurrido al juicio oral, igualmente procede que sean absueltos teniendo en cuenta los considerandos precedentes; por estas consideraciones: Declararon haber nulidad en la sentencia recurrida de fojas setecientos noventa y dos, su fecha once de febrero de dos mil cuatro, que *condena* a Maximiliano Torres Torres, Leonidas Fernández Banda, Efraín Bustamante Dávila, Pedro Ramírez Medina, Jesús Acuña Olano, Wilfredo Cueva Izquierdo, José Hilario Bustamante Izquierdo, José Francisco Bustamante Sayaverde, María Consuelo Llatas Vásquez, Elita Ramírez Altamirano, Oscar Huamán Banda, como autores del delito de secuestro, en agravio de Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara, usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado; a tres años de pena privativa de libertad efectiva, y al pago de un mil nuevos soles por concepto de reparación civil, y reformándola *absolvieron* a Maximiliano Torres Torres, Leonidas Fernández Banda, Efraín Bustamante Dávila, Pedro Ramírez Medina, Jesús Acuña Olano, Wilfredo Cueva Izquierdo, José Hilario Bustamante Izquierdo, José Francisco Bustamante Sayaverde, María Consuelo Llatas Vásquez, Elita Ramírez Altamirano, Oscar Huamán Banda, así como a los procesados ausentes Julio Chamaya Delgado y Joel Yépez Tarrillo, de la acusación fiscal por el delito de secuestro, en agravio de Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara y de los delitos de usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado en consecuencia, *dispusieron* la anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hayan generado como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de todo lo actuado en su debida oportunidad; y encontrándose recludos, *ordenaron* la inmediata excarcelación de los procesados absueltos siempre que no medie mandato de detención emanado de autoridad competente; y que se levanten las órdenes de ubicación y captura que puedan existir en su contra, así como de los procesados Julio Chamaya Delgado y Joel Yépez Tarrillo; y los devolvieron...”

Ss. Gonzáles Campos R.O., Villa Stein, Valdez Roca, Cabanillas Zaldivar, Vega Vega.