

Bolivia – Aborto – Tribunal Constitucional Plurinacional – Sentencia 0206/2014
SENTENCIA CONSTITUCIONAL Plurinacional 0206/2014

Sucre, 5 de febrero de 2014

SALA PLENA

Magistrado Relator: Efred Choque Capuma

Acción de inconstitucionalidad abstracta

Expediente: 00320-2012-01- AIA

Departamento: La Paz

En la acción de inconstitucionalidad abstracta, interpuesta por Patricia Mancilla Martínez, Diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 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” (sic) de la Constitución Política del Estado (CPE).

1.I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la acción

Por memorial presentado el 13 de marzo de 2012, cursantes de fs. 167 a 186 vta., la accionante expresa los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

I.1.1. Relación sintética de la acción

En virtud de la Constitución Política del Estado, vigente a partir del 7 de febrero de 2009, es necesario el implementar en nuestra legislación los avances logrados en materia de igualdad de la mujer boliviana, desterrando del orden constitucional todas aquellas normas que contienen elementos de machismo, patriarcales y colonizadores, permitiendo un avance real en materia de derecho e igualdad de género.

Bolivia ha ratificado varios convenios, convenciones, acuerdos y tratados internacionales, los cuales tienen rango de ley en el país; instrumentos normativos que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “ forman parte del Bloque de constitucionalidad”; es decir, tales instrumentos internacionales “forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad y del ordenamiento jurídico del sistema constitucional boliviano ” (sic). Al respecto, están la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración de Beijing de 26 de octubre de 1994.

Al mantenerse “ en vigencia el Código Penal de 1972, sin perjuicio de las modificaciones que se introdujeron, continúan vigentes algunos artículos que contienen elementos patriarcales del Estado y de desigualdad de la mujer ” (sic) Así:

El art. 56 del CP, referido al trabajo de las mujeres, menores de edad y los enfermos, no podrán ser destinados sino a trabajos dentro del establecimiento y de acuerdo a su capacidad; norma que impide que las mujeres privadas de libertad puedan desarrollar trabajos fuera del establecimiento carcelario o fuera del lugar donde se encuentren recluidas bajo cualquier forma de detención, a diferencia de los hombres que sí se encuentran habilitados para ser destinados a trabajos a realizarse fuera del recinto carcelario o del lugar donde guarden detención. Asimismo, este artículo establece la necesidad que a las mujeres les sea calificada su capacidad, a efectos de determinar los trabajos a los cuales puedan ser destinados, situación que no acontece con los hombres; al efecto, siendo que el art. 56 citado transgrede los arts. 8.II, 14.I y II, 109.I y “157.1” de la CPE, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala en su informe que a su vez recibió indagación relacionada, entre otros aspectos, que se « mantienen vigentes normas con un lenguaje discriminatorio que en la práctica es la causa de la perpetuación de la situación de discriminación de la mujer en el ámbito laboral y de la diferencia de oportunidades» y recomienda al Estado () Implementar la legislación nacional y políticas públicas existentes destinadas a proteger a las mujeres contra actos de violencia y discriminación, y sus consecuencias en materia política, económica y social, asegurando que se aporten suficientes recursos para asegurar la aplicación efectiva en todo el territorio nacional” (sic).

El art. 58 del CP, determina que cuando la pena no excediera de dos años, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias, exigiéndose a la mujer que para acceder a la detención domiciliaria, sea “su propia casa”, elemento que para la mujer puede ser imposible de cumplir, sea por su condición socioeconómica o porque producto de alguna circunstancia haya debido dejar de vivir en “su propia casa”, criterio que es “entregado a terceros” (sic), eliminándose el derecho de la mujer para que en esas circunstancias y cumpliendo las medidas de seguridad respectiva pueda elegir donde vivir; además, se impide a la mujer que pueda designar como lugar donde guardará detención a otro distinto, restringiéndole un derecho a ser ejercido de acuerdo a su realidad familiar o emocional, vulnerándose así, lo previsto por los arts. 8.II, 14.I y II y 109.I de la CPE.

El art. 244 inc. 2) del CP, prevé que se incurrirá en reclusión de uno a cinco años “El que en el registro de nacimientos hiciere insertar hechos falsos que alteran el estado civil o el orden de un recién nacido”; en el inc. 3) añade: “El que mediante ocultación, substitución o exposición, aunque ésta no comporte abandono, dejare a un recién nacido sin estado civil, tornare incierto o alterare el que le corresponde”.

Por su parte el art. 245 del citado Código señala que: “El que para salvar la propia honra o la de su mujer, madre, descendiente, hija adoptiva o hermana, hubiere incurrido en los casos de los incisos 2) y 3) del artículo anterior, será sancionado con la pena atenuada en una mitad”.

Esta última norma “ establece una causal de atenuación para el hombre que con el pretexto de salvar el honor de ‘su mujer’, (sin siquiera determinar la necesidad de que exista un vínculo entre el hombre y «su mujer»” () descendencia, puede alterar, ocultar o tornar incierto su estado civil u otros vínculos con el recién nacido, vulnerando los arts. 8.II, 14.I, II y III, 58, 64.I y II, y 109.I de la CPE.

El art. 250 del CP, sobre el “abandono de mujer embarazada”, determina que el que fuera de matrimonio hubiere embarazado a una mujer y la abandonare sin prestarle la asistencia necesaria, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años, y que la pena será de privación de libertad de uno a cinco años, si a consecuencia del abandono la mujer cometiere un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare.

Dicha norma es discriminatoria de la mujer que estando casada y embarazada es abandonada por su marido sin que le preste la asistencia necesaria, solo siendo penalizada la conducta de abandono de la mujer que no contrajo matrimonio con el hombre que la abandona, mientras que en la segunda parte del artículo, establece una presunción de culpabilidad contra la mujer en relación a una eventual

interrupción voluntaria del embarazo, la cual puede estar determinada por un grave estado de salud, psicológico o físico, o porque su embarazo pueda ser producto de una violación, estupro o rapto; por lo que la normativa señalada transgrede los arts. 8.II, 14.I y II, 15.I, II y III, 66 y 109.I de la CPE.

El art. 254 del CP, referido al homicidio por emoción violenta indica que el que matare a otro en estado de emoción violenta excusable o impulsado por móviles honorables, será sancionado con reclusión de uno a seis años; determinando a punto seguido que “La sanción será de dos a ocho años para el que matare a su ascendiente, descendiente, cónyuge o conviviente, en dicho estado”.

El homicidio por emoción violenta es una de las principales figuras penales utilizadas por los hombres para matar a sus cónyuges y convivientes, aludiendo causales de infidelidad o hasta la negativa a tener relaciones sexuales, lo que implica dar una ruta de impunidad para el asesino de su conviviente o pareja que ha sido observada en varios informes de organismos internacionales que revisan la existencia de esta figura penal, situación que se ve agravada con el término de “motivos honorables”, por lo que este artículo transgrede lo establecido por el art. 8.II, 14.I y II, 15.I, II y III y 109.I de la CPE.

El art. 258 del CP, respecto al infanticidio, determina que la madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años.

El hecho de que el artículo mencione como causal del infanticidio la “fragilidad o deshonra de la mujer”, incorpora un elemento de discriminación en razón de ser mujer, constituyendo un elemento de patriarcalización de nuestra legislación, extremo que vulnera los arts. 8.II, 14.I y II y 109.I de la CPE.

El art. 263 del CP, refiere que el que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado con privación de libertad, de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de dieciséis años, de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer y, con reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento. La tentativa de la mujer, no es punible.

Dicha norma establece una presunción dolosa en la realización del aborto, sancionando a la mujer que en pleno ejercicio de sus derechos reproductivos, consagrados por el art. 66 de la CPE, decide realizar la interrupción voluntaria de su embarazo en condiciones de seguridad y antes de las doce semanas de embarazo. La sanción se aplica por el sólo hecho de realizar la interrupción voluntaria del embarazo, obligando de esta manera a las mujeres bolivianas a tener que recurrir a abortos realizados en condiciones de insalubridad y clandestinidad.

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; bajo este criterio también quedan al margen de la Constitución los arts. 264 (aborto seguido de lesión o muerte) y 265 (aborto honoris causa), ambos del CP; toda vez, que los mismos parten del desconocimiento de la mujer en su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo ambas instituciones ser reguladas en el ámbito de la salud pública y no del derecho penal; por lo que los artículos citados vulneran los arts. 8.II, 14.I y II, 15.I, II y III, 35.I, 66 y 109.I de la CPE.

La penalización del aborto, en ese contexto, tiene una directa incidencia en el legítimo derecho a la salud de las mujeres, debiendo tenerse presente que la CEDAW ha recomendado revisar la legislación que penaliza el aborto, fundado en la preocupación de la elevada tasa de mortalidad materna por abortos ilegales; por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas 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).

Asimismo, la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, 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”.

El art. 266 del CP, refiere que cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada. Lo dicho contempla la necesidad que la acción penal haya sido iniciada por los delitos detallados, hecho inconstitucional, puesto que para que la persecución penal del Estado se active, basta la sola denuncia de los delitos mencionados, no siendo necesario el inicio de una acción formal a través de la presentación de una querrela; asimismo, en ningún caso los delitos deben estar comprobados, puesto que ello implicaría esperar la conclusión de los procedimientos penales, por lo que para la realización del aborto en ese marco deberá interpretarse que basta con la sola denuncia de la víctima de esos delitos o de cualquier persona a su nombre.

El citado artículo señala igualmente que será punible si el aborto hubiere sido 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. Al respecto, esta norma deberá interpretarse en el sentido que la determinación del peligro para la vida o salud física o psicológica de la madre debe ser de exclusiva responsabilidad de los prestadores de salud bajo cuyo cuidado se encuentre la mujer.

En cuanto al párrafo tercero del mencionado artículo, relativo a que en ambos (aborto a consecuencia de un delito o practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre), el aborto debe ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso; dicha norma debe interpretarse en el sentido que la autorización judicial sólo será necesaria en caso de incapacidad de la propia mujer y ante la ausencia de un representante legal o persona bajo cuya esfera o cuidado se encuentre y que pueda dar su consentimiento, máxime si nuestra legislación no contempla que la autoridad jurisdiccional está llamada a otorgar autorización y, menos, haya un procedimiento sumarísimo para tal objeto. En mérito a lo anteriormente desarrollado, el art. 266 del CP, es contrario a los arts. 8.II, 14.I y II, 15.I, II y III, 35.I, 66 y 109.I de la CPE.

El art. 269 del CP, prevé que el que se dedicare habitualmente a la práctica de aborto, incurrirá en privación de libertad de uno a seis años, previsión que sanciona a profesionales de la salud que prestan servicios requeridos por mujeres que ejercen plenamente sus derechos reproductivos, obligándolas a practicarse abortos en condiciones de clandestinidad e insalubridad; por lo tanto, la práctica habitual del aborto, entendido como la interrupción voluntaria del embarazo no es un delito, por lo que debe ser regulado por las autoridades pertinentes en el ámbito de la salud pública. Por lo previamente referido, este artículo vulnera lo establecido por los arts. 8.II, 14.I y II, 15. I. II y III, 35.I, 66, 109.I de la CPE.

Por su parte el art. 315 del CP, determina que el que con violencia, amenazas o engaños substrajere o retuviere a una persona con el fin de contraer matrimonio, será sancionado con reclusión de tres a diez y ocho meses; es una norma “ con inspiración machista da al raptó una sanción menor al ser con mira matrimonial, () el acto de violencia contra la mujer es el mismo” (sic). Por lo tanto, este artículo lesiona los arts. 8.II, 14.I y II y el 109.I de la CPE.

En cuanto al art. 317 del referido Código, que refiere que no habrá lugar a sanción cuando los imputados, en los casos respectivos, no teniendo impedimento alguno contrajeran matrimonio con las víctimas siempre que existiera consentimiento, antes de la sentencia que cause ejecutoria, plantea la

impunidad para una conducta delictiva, por lo que dicha disposición mantiene un precepto discriminatorio, puesto que en casos de violación y otros abusos puede darse una suerte de impunidad del hecho cometido si el responsable contrae matrimonio con su víctima, criterio que va contra todos los estándares internacionales sobre esta materia; por lo que vulnera lo establecido por los arts. 8.II, 14.I y II y 109.I de la CPE.

En virtud de los antecedentes expuestos, las normas constitucionales citadas así como las razones y fundamentos de inconstitucionalidad que en cada caso se fueron indicando, con el fin de precautelar por la implementación del nuevo orden constitucional boliviano, impetra se declare la inconstitucionalidad, en el sentido establecido en el presente memorial de los arts.: 56, 58, 245, 250, 254, 258, 263, 264, 265, 266, 269, 315 y 317 del CP.

I.2. Admisión y citación

La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante Auto Constitucional (AC) 0283/2012-CA de 9 de abril, cursante de fs. 194 a 195, admitió la acción de inconstitucionalidad abstracta y dispuso que la misma sea de conocimiento del Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, como representante del Órgano que generó la norma impugnada, citación que se efectuó el 22 de junio de 2012 (fs. 232).

I.3. Alegaciones del personero del órgano que generó la norma impugnada

Álvaro Marcelo García Linera, Vicepresidente del Estado y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante memorial presentado el 19 de julio de 2012, cursante de fs. 262 a 282, alegó lo siguiente:

Con relación al art. 56 del CP, corresponde hacer notar que cuando se aplican penas privativas de libertad, la autoridad jurisdiccional competente tiene la obligación de observar los derechos y garantías de la condenada o el condenado, y al establecer la prohibición de destinar trabajos, a la mujer, sino dentro del establecimiento y de acuerdo a sus capacidades, no se advierte la imposición de un trato desigual a las mujeres, menores de veintiún años y enfermos, sino, al contrario, es una previsión legislativa positiva para beneficiar a la mujer.

En efecto, se trata de una norma de protección especial, como parte de la política de reinserción social, de otorgar trabajo al interior del recinto penitenciario, de acuerdo a sus capacidades; por lo que la acción, en cuanto a la citada norma, carece de sustento.

Por lo aseverado, el citado artículo no vulnera el art. 8.II de la CPE, puesto que la norma pretende garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; así, el núcleo de regulación de la mencionada norma es constitucional.

Respecto a la vulneración del art. 14.I y II de la CPE (principio de igualdad y de no discriminación), es también coincidente con la aplicación del art. 56 del CP, ya que este artículo al no determinar una condición diferente en cuanto a la oportunidad de trabajo al interior del recinto penitenciario, lo único que hace es garantizar el ejercicio pleno y efectivo del derecho al trabajo por parte de los privados de libertad; finalmente, en cuanto a la vulneración del art. 109.I de la CPE, en todo caso la norma impugnada garantiza el principio de igualdad en cuanto al ejercicio de los derechos porque permite favorablemente como dispositivo de privilegio y especificidad a favor de las mujeres, menores y enfermos, el ejercicio del derecho constitucional al trabajo.

En cuanto al art. 58 del CP, impugnado por la accionante argumenta que muchas mujeres pueden carecer de casa propia o haber dejado de vivir en su casa, impidiéndose que pueda designar otro lugar distinto al de su propia casa. Al respecto, bajo una interpretación extensiva de la norma, maximizando

derechos y tomando en cuenta que el domicilio está en el lugar donde una determinada persona tiene su residencia principal, o ejercita su principal actividad, por lo que el derecho propietario es un elemento de análisis no fundamental; además, en el campo adjetivo se creó un instituto que se denomina “suspensión condicional de la pena”, en el art. 366 Código de Procedimiento Penal (CPP), lo que implica que existen mecanismos procesales alternos que desnaturalizan el alegato de trato desigual expresado por la accionante.

Con relación al art. 245 del CP, éste debe ser analizado a partir de una interpretación integradora con el art. 244 del mismo cuerpo legal, que regula a su vez la alteración o sustitución del estado civil, entre ellos, el que hiciera insertar hechos falsos que alteran el estado civil o el orden de un recién nacido o que el que mediante ocultación, sustitución o exposición, aunque ésta no comporte abandono, dejare a un recién nacido sin estado civil, tomare incierto o alterare el que le corresponde; el citado artículo, en su marco de regulación establece dos grados de atenuación respecto a los supuestos indicados, lo que no deriva en un trato preferente o exclusivo alguno, menos aún por razón de género (femenino o masculino), sino que, en base a presupuestos de hecho inciertos, otorga favor a determinadas personas la posibilidad de realizar un acto que beneficie en condiciones de igualdad, este último bajo una interpretación correctora de la norma. En todo caso la norma de referencia sería inconstitucional siempre y cuando otorgara beneficio normativo a un determinado sujeto, excluyendo a otros por razones de sexo, género o generacionales.

Respecto al art. 250 del CP, es necesario analizar dos aspectos generadores de efectos jurídicos, por un lado, al ser el embarazo una situación biológica que permite la gestación de una nueva vida, el derecho pretende proteger de modo especial al nuevo ser, sancionando todo lo que pueda atentar contra su seguridad; esta situación ha llevado al legislador a garantizar la subsistencia y el resguardo de la mujer bajo el título de “abandono de mujer embarazada” con la condicionante de que este sea fuera del matrimonio, puesto que si la mujer fuese abandonada encontrándose casada, la conducta se subsumiría al tipo de “abandono de hogar”, aspecto que no fue tomado en cuenta en la acción presentada, al señalar que existiría una vulneración a los derechos de la mujer casada, cuando este supuesto de hecho se encuentra regulado por norma particular en el art. 248 del CP.

De otro lado, la segunda parte del tipo penal analizado tiene la finalidad de agravar la pena de quien abandona a la mujer embarazada, por generarse a cada causa de dicho ilícito otras consecuencias, como la posible comisión de abortos, infanticidios, exposición o suicidios. Con relación a esto puede interpretarse que el art. 250 del CP, pretende castigar la conducta de la mujer que voluntariamente interrumpe el embarazo a causa de una violación o enfermedad, aspecto que ya se encuentra normado y tutelado en el art. 266 del citado Código, cuando la finalidad del tipo penal analizado es agravar la pena de quien abandona a la mujer embarazada, por generarse a cada causa de dicho ilícito otras consecuencias, como la posible comisión de abortos, infanticidios, exposición o suicidios.

Respecto al art. 254 del CP, sobre el homicidio por emoción violenta, la accionante manifiesta que ésta es una de las principales figuras utilizadas por los hombres para matar a sus cónyuges y convivientes, aduciendo causales de infidelidad o incluso la negativa a tener relaciones sexuales, lo que implicaría dar una ruta de impunidad para el asesino de su conviviente o pareja, al establecer una sanción menor cuando se mata por un motivo “honorable”. Ningún tipo penal establecido en la normativa vigente tiene como finalidad que un ilícito se cometa, tal y como pretende afirmar la accionante, razón por la que es incorrecto sostener que se estaría generando una suerte de impunidad.

La atenuante, en la primera parte del articulado está referido al homicidio por emoción violenta, cumpliéndose el tipo, bajo la condicionante de que la persona que haya sido impulsada a su comisión por la fuerza de las circunstancias que han conmocionado su ánimo, dificultando el pleno dominio de sus acciones; al efecto, en el caso particular, el tipo atenuado se construye sobre la circunstancia idónea y externa a la persona que ha producido en ésta un estado de emoción violenta, dentro de la

cual, toma la determinación de cometer el ilícito, ejecutándolo sin que su estado de emoción haya pasado. De ahí es imprescindible considerar precisamente el estado emocional de la persona, así como la violencia de la emoción, que en la doctrina se conoce como debilitación o disminución de los frenos inhibitorios, aspectos que justifican plenamente la atenuación de la pena, conforme a lo descrito.

La accionante argumenta que la posibilidad de tener una sanción menor cuando se mata por un motivo honorable daría carta blanca para que se cometan asesinatos realizados por hombres a sus parejas, siendo tal argumento errado, teniendo en cuenta que el segundo párrafo del art. 254 del CP, establece una agravante al tipo penal descrito -agravando la pena de un mínimo de 1 año de privación de libertad a 2 años, y el máximo, de 6 años de privación de libertad a 8 años- cuando la víctima fuera un ascendiente, descendiente o conyugue o conviviente, elemento que desvirtúa el argumento de la acción.

Por otra parte, fundamenta que el art. 258 del CP, al contener como causal del tipo penal a la fragilidad o deshonra de la mujer, incorpora un elemento de discriminación en razón de ser mujer, estableciendo condiciones de fragilidad o deshonra que constituyen un elemento de patriarcalización de nuestra legislación; sin embargo, el tipo penal inserto en este artículo atenúa la pena a favor de la madre que incurriera en dicho ilícito, por las características de las causas que puedan obligar a la persona a cometerlo. De ahí que dicha norma sólo puede tener como sujeto activo a la mujer, no por un elemento de discriminación, sino porque las características y los móviles de la conducta son especiales, estableciéndose en consecuencia una pena privativa de libertad atenuada por tales razones, por lo que el mismo no vulnera la Constitución Política del Estado.

Con relación a los artículos 263, 264 y 265 del CP, es necesario aclarar que en ninguna de las normas impugnadas se establece una presunción dolosa en la realización del aborto, ya que los tipos penales únicamente describen una conducta supuesta, atribuyéndole una sanción privativa de libertad. 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.

Se debe tener en cuenta que la tipificación de la figura del aborto, responde a principios constitucionales, basados en el respeto por la vida (como derecho fundamental), siendo sustentado además por la legislación especial, como es el caso del Código Niño, Niña y Adolescente, en el que se hace referencia a los derechos del concebido. En consecuencia, 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. Al efecto, 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.

Es necesario hacer notar que la accionante solamente incluye nominalmente la impugnación de los arts. 264 y 265 del CP, por lo que no hubo la debida fundamentación respecto a estos dos artículos del mencionado Código.

Sobre el aborto impune previsto en el art. 266 del CP, es necesario aclarar que dentro de los delitos contra la libertad sexual, como ser la violación, rapto, estupro o incesto, según el art. 19 del CPP, se constituye en delitos de acción pública a instancia de parte, siendo esta concordante con el art. 17 del

mismo cuerpo legal, que establece: “Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, la Fiscalía la ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten el interés de la víctima. Se entenderá que la instancia se ha producido cuando se formule la denuncia del hecho”.

De la norma anteriormente citada, queda desvirtuado lo alegado por la accionante, sobre la necesidad de que la víctima requiera presentar querrela para iniciar la acción penal, bastando sólo su denuncia para que la Fiscalía prosiga con la acción, incluso en ausencia de la misma, siendo concordante esta interpretación con lo establecido por el art. 11 del indicado cuerpo legal, que claramente establece que el titular de la acción penal es el Fiscal, quien debe continuar con el proceso hasta su conclusión.

En cuanto a la falta de necesidad de intervención judicial o autorización para el aborto, el legislador efectúa esta previsión, en mérito a que el Juez y el Ministerio Público en representación del Estado y de la víctima, mencionan que se hace imprescindible la autorización judicial; toda vez que, la concepción en estos casos se produce a causa de un delito, en consecuencia, es precisamente la autoridad judicial la que debe valorar y analizar la autorización de la interrupción del embarazo.

En consecuencia es el Estado (por medio de la autoridad judicial) y no los particulares quienes deben determinar la interrupción del embarazo producto de la agresión a la víctima, por lo que no existe vulneración a los derechos de ésta, otorgándole en todo caso una tutela judicial efectiva de acuerdo al art. 115 de la CPE.

Respecto al art. 266 del CP, en el mismo no se establece un tipo penal, sino una excusa legal absoluta; es decir, una causal de exclusión de la responsabilidad penal; que para que sea válida y eficaz dentro de un proceso penal, se necesita la autorización de la autoridad judicial, caso contrario podría imponerse al autor una pena privativa de libertad.

En lo que concierne al art. 269 del CP, como se ha advertido previamente en el art. 66 de la CPE, si bien se establecen los derechos sexuales y reproductivos, no implica desde ningún punto de vista un derecho al aborto, ya que se debe aclarar que el Estado Plurinacional de Bolivia tiene como uno de sus pilares fundamentales el respeto a la vida.

El derecho a la vida no solamente se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado, sino también en los tratados y convenios sobre derechos humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad, tal es así que la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento que también componen al referido bloque, en su art. 3 determina que todo individuo tiene el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; mientras que en su art. 30 prohíbe a los Estados adoptar medidas que atenten contra el derecho a la vida; en el mismo sentido de protección a este derecho se manifiesta dentro del su preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el que se establece que todo ser humano tiene derecho a la vida.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocido como el Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la Ley 1430 de 11 de marzo de 1993, en su art. 4 establece que toda persona tiene derecho a la vida y que este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción, por lo que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; criterio que es compartido por nuestra legislación, concretamente dentro del Código Civil, en su art. 1 que establece que 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; en el mismo sentido se encuentra el Código Niño, Niña y Adolescente en su art. 2 en el que se declara como sujeto de protección al niño o niña, o todo ser humano considerado como tal a partir de su concepción.

A propósito del art. 315 del CP, la accionante arguye que el mismo tiene una inspiración machista a ser el rapto con mira matrimonial un acto de violencia contra la mujer y al otorgársele al delincuente una pena menor; al respecto es necesario aclarar que dicho artículo no puede ser considerado como un tipo penal aislado, sino que debe ser analizado conjuntamente con los arts. 313 y 314 de la misma normativa penal, que tipifican los delitos de rapto propio e impropio, tratándose de una excusa legal o atenuante de la responsabilidad penal.

El tipo penal de rapto, tutela la libertad de la persona raptada, sea del hombre o de la mujer, sanciona y penaliza una acción de fuerza, siendo los requisitos para la existencia del rapto con mira matrimonial, en primer lugar, la retención con violencia, amenazas o engaño de una persona por parte de otra; es decir, la figura se califica por dos hechos alternativos; la sustracción o retención de una persona contra su voluntad de un lugar donde se encuentre libre y segura a otro donde pasa a estar sometida al poder de otra persona, o la retención contra su voluntad allí mismo donde se encuentra. En segundo lugar, la retención, ha de ser realizada precisamente con la intención de contraer matrimonio con la persona raptada. Puede ocurrir que el rapto haya tenido otras motivaciones, surgiendo posteriormente en el raptor la intención matrimonial.

Este artículo exige ante todo que la acción delictiva tenga como móvil el contraer matrimonio, con una persona cierta y determinada, lo cual no deja de lado la conducta delictuosa, sino que la castiga en menor grado debido a que el móvil es matrimonial y no material o económico.

Tal atenuante que reduce la imposición de una pena privativa de libertad no responde a razones arbitrarias; toda vez, que el motivo que genera el hecho delictivo no persigue una finalidad económica, y tampoco vulnera el bien jurídico de la libertad, toda vez que el objeto de la conducta es la consumación del matrimonio, resultando válida la atenuante, por lo que no transgrede ningún precepto constitucional.

Finalmente, respecto al art. 317 del CP, dispone que no habrá lugar a sanción cuando los imputados del delito de rapto, sin tener impedimento alguno, contrajeran matrimonio con las víctimas, siempre que existiere libre consentimiento, antes de que la sentencia cause ejecutoria; al respecto es necesario el establecer que el derecho penal moderno es de última ratio; es decir, que su aplicación es la última opción para poder solucionar conflictos, es así que a diferencia del derecho civil o el derecho administrativo, los cuales solucionan o previenen conflictos, el derecho penal sólo sirve para pacificar la sociedad, reencaminar el conflicto para evitar la venganza privada por el delito; bajo esta lógica, como consecuencia del delito no siempre se deberá imponer una pena privativa de libertad, tal es el criterio de establecer excusas absolutorias o atenuantes a la pena como la establecida en el art. 317 del CP, o salidas alternativas, suspensión condicional de la pena o perdón judicial establecidos en los arts. 21, 366 y 368 del CPP.

En cuanto a las excusas legales, la doctrina penal establece que pueden ser de dos clases; las que hacen extinguir totalmente la pena, que serían las excusas absolutorias, y las atenuantes, que solamente atenúan la pena. También pueden distinguirse las excusas legales por su fundamento en razones utilitarias, de reparación y las que consideran los lazos familiares y sentimientos de afecto. En el caso del artículo impugnado de inconstitucional, estamos ante una excusa legal absolutoria porque extingue la pena, además de ser útil para la sociedad porque logra el fin del derecho penal, que es evitar la venganza privada, reparar el mal causado por el delito al existir el perdón de la víctima y establece lazos familiares al consolidarse un matrimonio. La naturaleza de las excusas legales absolutorias radica en consideraciones de política criminal, generalmente utilitarias o de conveniencia, cuando un hecho que reúne todos los requisitos para tipificarse como delito, se considera conveniente no castigarlo o en su caso atenuarlo; por otro lado, la no existencia de este artículo ocasionaría que se aplique una pena privativa de libertad contra el cónyuge de la víctima causándole más daño y

desnaturalizando la existencia del derecho penal y los fines de la pena, por lo que el mismo no se contrapone a ningún precepto constitucional.

I.4. Trámite Procesal en el Tribunal Constitucional Plurinacional

La presente causa fue sorteada el 10 de agosto de 2012 (fs. 1654 vta.), un segundo sorteo fue el 3 de octubre de 2012 (1795 vta.) y, finalmente, el tercer sorteo se dio lugar el 24 de julio de 2013 (fs. 2773), por lo que mediante Decreto Constitucional de 9 de agosto de 2013, se dispuso requerir al Defensor del Pueblo, la remisión de documentación complementaria, estableciéndose además la suspensión del plazo para la emisión de la presente resolución (fs. 2901), habiéndose remitido la documentación solicitada, se dispuso la reanudación éste, a partir de la notificación con el Decreto Constitucional de 13 de enero de 2014 (fs. 3960), por lo que la presente Sentencia Constitucional Plurinacional se emite dentro el plazo legalmente establecido.

II. CONCLUSIONES

De la revisión y compulsas de los antecedentes que cursan en obrados, se establece lo siguiente:

II.1. Los artículos demandados de inconstitucionalidad del Código Penal tienen el siguiente contenido:

“ARTÍCULO 56.- (Trabajo de mujeres, menores de edad y enfermos). Las mujeres, los menores de veintiún años y los enfermos, no podrán ser destinados sino a trabajos dentro del establecimiento y de acuerdo a su capacidad.

()

ARTÍCULO 58.- (Detención domiciliaria). Cuando la pena no excediera de dos años, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”.

()

ARTÍCULO 245.- (Atenuación por causa de honor). El que para salvar la propia honra o la de su mujer, madre, descendiente, hija adoptiva o hermana, hubiere incurrido en los casos de los incisos 2) y 3) del artículo anterior, será sancionado con la pena atenuada en una mitad.

Si el hecho fuere cometido con el de amparar o ayudar a la alimentación, cuidado o educación del menor o incapaz, la pena se atenuará en una mitad, o no habrá lugar a sanción alguna, según las circunstancias.

()

ARTÍCULO 250.- (Abandono de mujer embarazada). El que fuera de matrimonio hubiere embarazado a una mujer y la abandonare sin prestarle la asistencia necesaria, será sancionado con reclusión de seis (6) meses a tres (3) años.

La pena será de privación de libertad de uno (1) a cinco (5) años, si a consecuencia del abandono la mujer cometiere un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare.

()

ARTÍCULO 254.- (Homicidio por emoción violenta). El que matare a otro en estado de emoción violenta excusable o impulsado por móviles honorables, será sancionado con reclusión de uno (1) a seis (6) años.

La sanción será de dos (2) a ocho (8) años para el que matare a su ascendiente, descendiente, cónyuge o conviviente, en dicho estado.

()

ARTÍCULO 258.- (Infanticidio). La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno (1) a tres (3) años.

()

ARTÍCULO 263.- (Aborto). El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado:

1) Con privación de libertad de dos (2) a seis (6) años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diez y seis años (16).

2) Con privación de libertad de uno (1) a tres (3) años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer.

3) Con reclusión de uno (1) a tres (3) años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.

La tentativa de la mujer, no es punible.

ARTÍCULO 264.- (Aborto seguido de lesión o muerte). Cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años; y si sobreviniere la muerte, la sanción será agravada en una mitad.

Cuando del aborto no consentido resultare una lesión, se impondrá al autor la pena de privación de libertad de uno (1) a siete (7) años; si ocurriere la muerte, se aplicará la de privación de libertad de dos (2) a nueve (9) años.

ARTÍCULO 265.- (Aborto honoris causa). Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de seis (6) meses a dos (2) años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.

ARTÍCULO 266.- (Aborto impune). Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.

Tampoco será punible si el aborto hubiere sido 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.

En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

()

ARTÍCULO 269.- (Práctica habitual de aborto). El que se dedicare habitualmente a la práctica de aborto, incurrirá en privación de libertad de uno (1) a seis (6) años.

()

ARTÍCULO 315.- (Con mira matrimonial). El que con violencias, amenazas o engaños substraiera o retuviere a una persona con el fin de contraer matrimonio, será sancionado con reclusión de tres (3) a diez y ocho (18) meses.

ARTÍCULO 317 (Disposición común). No habrá lugar a sanción cuando los imputados, en los casos respectivos, no teniendo impedimento alguno contrajeran matrimonio con las víctimas siempre que existiera consentimiento, antes de la sentencia que cause ejecutoria”.

II.2. Los preceptos constitucionales cuya vulneración se alega son los contenidos en los artículos:

“Artículo 8.

1.I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

1.II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

()

Artículo 14.

I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna.

II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

Artículo 15.

1.I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte.

II. Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

III. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado.

()

Artículo 35.

I. El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud.

()

Artículo 58. Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

()

Artículo 64.

I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad.

II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones.

()

Artículo 66. Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.

()

Artículo 109.

I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.

()

Artículo 115.

I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

()

Artículo 196.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

()

Artículo 203. Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

()

Artículo 256.

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

II.3. A efectos de la presente acción de inconstitucionalidad abstracta, la accionante como sustento de su demanda adjuntó documentales consistentes en: 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). El Comité realiza cincuenta y tres recomendaciones al Estado Parte, entre ellos sobresale lo relacionado con el aborto desde los numerales 41 al 43 (fs. 4 a 13).

II.4. Texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem Do Para” (fs. 14 a 22), así como el documento del Foro Constitucional Iberoamericano, que en el punto 3 de la pág. 189, resalta en la Sentencia C-355 de 2006, la resistencia a la emancipación, señalando que las mujeres en Colombia se han resistido tenazmente durante años, a obedecer la prohibición penal de interrumpir sus embarazos no deseados (las más de las veces por las razones que hoy la Corte considera importante, situaciones extremas que legitiman la conducta), arriesgando su integridad y su vida (fs. 50 a 75).

II.5. Asimismo, se tiene el informe de seguimiento de “Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El Camino Hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia”, informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que en el Capítulo VII, analiza sobre el Derecho de las Mujeres, estableciendo que el Estado boliviano ha venido incorporando normas específicas, tal es el caso de la Ley 1674 de 1995, sobre Violencia Intrafamiliar o Domestica, cuyo objetivo es la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en los espacios públicos y privados y otras con relación al caso en cuestión (fs. 78 a 166).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La accionante en su calidad de Diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional demanda la inconstitucionalidad de los arts. 56, 58, 245, 250, 254, 258, 263, 264, 265, 266, 269, 315, y 317 del 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" (sic) de la Constitución Política del Estado.

Corresponde determinar si los extremos alegados como fundamentos de la pretendida inconstitucionalidad son evidentes a los efectos de ejercer el control de constitucionalidad que le encomienda al Tribunal Constitucional Plurinacional el art. 202.1 de la CPE.

III.1. Alcances del control de constitucionalidad

Siendo el Tribunal Constitucional Plurinacional, quien tiene a su cargo velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado y ejercer el control de constitucionalidad, precautelando el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales, funciones que se materializan en el ejercicio de sus atribuciones específicas entre las cuales se encuentra la de conocer y resolver en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (art. 202.1 de la CPE).

En desarrollo de dicha norma constitucional, el art. 103 de la Ley 027, establece; "La Acción de Inconstitucionalidad Abstracta procederá contra toda ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto o cualquier género de ordenanzas y resoluciones no judiciales de carácter normativo que puedan resultar contrarias a la Constitución Política del Estado".

Respecto a la naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad abstracta, la SC 0048/2010 de 6 de diciembre, estableció que: " 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 ".

En ese mismo orden este Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0680/2012 de 2 de agosto, estableció: "En cuanto al control de constitucionalidad, la Constitución Política del Estado, prevé un medio o recurso idóneo para el control objetivo de las normas jurídicas con relación a preceptos, principios y valores contenidos en la Norma Suprema, cuya finalidad es sanear o depurar el ordenamiento jurídico a través de un fallo con efectos derogatorios o abrogatorios de la norma que resulte incompatible; es así que en el art. 202.1 de la CPE, entre las atribuciones fijadas para el Tribunal Constitucional Plurinacional, establece el conocer y resolver en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales, determinando además que en la acción de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, incorporando además entre los legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad abstracta al defensor o defensora del pueblo conforme a lo previsto por el art. 222.1 de la CPE".

III.2. Bases del Estado Plurinacional desde la voluntad constituyente

El párrafo segundo del preámbulo constitucional señala que:"el pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena

anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado”.

Lo “plurinacional”, es instituido por el constituyente con 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 mediante el ejercicio igualitario de sus sistemas económicos, políticos, jurídicos, culturales y lingüísticos propios; elementos que a su vez, sustentan la “descolonización” sobre la que se cimenta en Estado “Plurinacional”.

De la revisión de los documentos y actas de la Asamblea Constituyente; respecto a los alcances y significaciones del carácter “plurinacional”, destacamos las siguientes enunciaciones:

“Entendemos que el Estado Plurinacional es un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo nuestra autonomía territorial, para alcanzar la vida plena, para vivir bien, con una visión solidaria, de esta manera ser los motores de la unidad y el bienestar social de todos los bolivianos, garantizando el ejercicio pleno de todos los derechos. Para la construcción y consolidación del Estado Plurinacional son fundamentales los principios de pluralismo jurídico, unidad, complementariedad, reciprocidad, equidad, solidaridad y el principio moral y ético de terminar con todo tipo de corrupción[1]. (Negrillas nuestras).

Acta de sesión de la Comisión Visión País del 25 de abril de 2007. Constituyente Félix Cárdenas.- ¿Quién va reconocer al otro en este País? ¿Son las minorías, las que van a reconocer e incluir a las mayorías? y ¿Quién es el Estado? Todas las instituciones son coloniales, la constitución tiene características coloniales, por lo tanto, el tema de fondo, es la descolonización hay que destruir el Estado colonial. Continuar con todas las instituciones tal como están, es no cambiar nada[2].

Acta de sesión de la Comisión Visión País del 04 de mayo de 2007. Constituyente Félix Cárdenas.- Ninguna fórmula que ha venido de otro lado ha solucionado los problemas. Primero se trataba de liquidar al indio en la Colonia, luego civilizarlo, incluirlo, interculturalizar al indio. ¿Cómo buscamos algo viable? En el mundo se ha aceptado la existencia de culturas-naciones, lo moderno es reconocer la pluriculturalidad, la plurinacionalidad. Bolivia no es una nación: no tiene idioma propio, religión propia, cultura propia La cultura boliviana es el cruce del caballo y el burro. Así como no hay una nación boliviana, no hay nación cambia. ¿Por qué los aimaras, no piden autonomías? ¿A quiénes vamos a pedir? ¿Quién nos va dar? Al revés, nosotros reconocemos al Estado y le estamos dando una oportunidad más de vivir. Creo superado el tema de Bolivia una sola nación. Ni el diccionario nos interpreta a nosotros. Cuando hablamos de lo Plurinacional, no es repartirnos el territorio[3].

Acta de sesión de la Comisión Visión País del 08 de mayo de 2007. Constituyente Manfredo Bravo.- Hay un principio básico de unidad que es la interculturalidad. Para poder trabajar tenemos que llegar a acuerdos tenemos que dejar de lado todos los prejuicios ”.

Acta de sesión de la Comisión Visión País del 09 de mayo de 2007. Constituyente Esperanza Huanca.- “La Ley (Constitución) no ha servido a los pueblos originarios. Por ello los pueblos originarios han estado condenados a la pobreza. No podemos engañar, no podemos tapar el sol con un dedo. La actual Constitución Política del Estado no sirve. No nos vamos a cansar de decir que no hemos

participado en su redacción, nuestros padres. En cada uno de nosotros esta la historia. Queremos redactar una nueva Constitución acorde a nosotros, la copia no sirve y eso nos ha llevado al caos. No vamos a permitir que los partidos políticos nos manejen. Nosotros somos los protagonistas, somos los dueños legítimos de estas tierras () ¿Qué es Estado Plurinacional? Aunque no es lo mismo nacionalidad al suyu, lo asumimos. Hablamos de Suyu, lo que ustedes llaman nacionalidad; tenemos propios mecanismos, desde siempre, la política, la económica, salud, espiritualidad () Decimos los originarios de Bolivia es un Estado sin nación, manteniendo naciones originarias sin Estado, sin poder económico. Bolivia es heredado de Estructuras Coloniales, expresión de la invasión, el saqueo, el despojo, la exclusión. Por eso pedimos el cambio profundo, no de cambios a medias, queremos cambiar nuestra vida, queremos iguales oportunidades () Hay que descolonizarnos, es un proceso, algunos lo mantenemos, algunos no han podido aguantar la discriminación [4]”

Acta de sesión de la Comisión Visión País del 06 de junio de 2007. Constituyente Raúl Prada.- “ Nuestra comprensión de lo que es el Estado Plurinacional tiene que ver con la reivindicación de las víctimas de la historia, personas que han racializado las estructuras de clases. Sobre esta base de reterritorialización se puede hacer una república democrática. Implica reconocer la complejidad de la formación social Marchamos hacia un nuevo mapa institucional donde las organizaciones indígenas formen parte de un nuevo estado [5]”

Acta de sesión de la Comisión Visión País del 12 de junio de 2007. Constituyente Raúl Prada.- “ La posición del Estado Plurinacional se basa en la preexistencia a quienes hay que restituir como víctimas de la historia. De los mecanismos heredados desde la colonia como base y como matriz nacional. Por otra parte el estado Plurinacional incorpora de manera plena a todos los pueblos que forman parte de la población boliviana. Por otra parte, el carácter plurinacional implica la descentralización administrativa política autonomías () en otras palabras si nosotros no reconocemos nuestra formación multisocietal, nuestra capacidad de incorporar los proyectos de las naciones indígenas originarias, no vamos a corregir uno de los males más fuertes, en la medida de que nos reconozcamos y es indispensable que nuestras organizaciones indígenas sean parte del estado y eso tiene que ver con la descolonización no hay posibilidades de construir de hablar de justicia si no se reconoce a las víctimas de la historia, significa incorporar desde la perspectiva de la descolonización las que han luchado por la asamblea constituyente, y nos va a permitir liberarnos [6]”

En la visión de los constituyentes de la Comisión Visión de País de la Asamblea Constituyente, el “Estado Plurinacional” es el elemento nuevo y configurador del Estado, que se materializa a partir de la “reconstitución” de las naciones originarias y la consecuente descolonización del Estado Nación.

Consecuentemente, es antagónico y opuesto al Estado Nación Colonial. Voluntad expresada en el párrafo cuarto del preámbulo constitucional cuando expresa “Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal”.

Cabe también resaltar el “Acuerdo sobre Visión País y caracterización del Estado” -de 18 de octubre de 2007- firmado por todas las fuerzas políticas donde acordaron diez puntos de consenso; en cuyo primer punto encontramos: “1.- Bolivia, se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, autonómico y descentralizado, democrático, libre, independiente, soberano e intercultural. Se funda en la pluralidad y en el pluralismo político, económico, jurídico, cultural, y lingüístico dentro del proceso integrador del país” (resaltado en negrillas es nuestra).

Consecuentemente, la “plurinacionalidad” es 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; cimentado 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”.

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.

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.

La autodeterminación, expresada en la lucha histórica de los pueblos indígenas por la liberación de toda forma de dominación, implica el respeto a las diversas formas de autogobierno de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

El horizonte del vivir bien, es el modelo comunitario del Estado Plurinacional, alternativo a las lógicas del “desarrollo” del Estado Nación Colonial, que implica la convivencia armónica y equilibrada entre el ser humano, la naturaleza y el cosmos.

III.3. La reconstrucción del Estado sobre la base de paradigmas de igualdad: El género y la despatriarcalización

La Constitución de Bolivia ha transversalizado varios elementos indispensables para la construcción de una sociedad más justa y armoniosa, entre estos elementos la igualdad de género resulta de suma importancia hacia una nueva construcción del Estado.

La desigualdad de género ha sido un problema que ha caracterizado a la sociedad boliviana, principalmente por la adopción de modelos comportamentales machistas heredados del pasado, de discursos y prácticas sistemáticas de reducción de los derechos femeninos que contribuyeron en la construcción de una precaria y colonial lógica de distinción en razón de la dicotomía masculino/femenino. De manera muy lenta y paulatina la mujer en el contexto internacional ha ido avanzando hacia la consolidación de sus derechos; sin embargo, no queda duda que hay mucho por recorrer hacia una verdadera y real vigencia material del principio de igualdad y no discriminación en la materia.

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[7] 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[8], en el que se comprenda que la mujer no tiene debilidades, roles, temperamentos[9], obligaciones o cargas sociales por su sola condición femenina.

De acuerdo a lo señalado, el Constituyente boliviano evidencia una intención de revertir la situación de discriminación sistemática contra la mujer en todo el texto constitucional, así el Preámbulo de la Constitución Política del Estado, señala que Bolivia es un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien, el art. 8 constitucional establece entre otros valores los de igualdad y equidad de género, el cual conduce a que uno de los fines del Estado (art. 9 de la CPE) es constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. El art. 14 de la CPE determina que todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna, en razón a lo cual el Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, embarazo, u otras que

tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona, aparte de ello en todo el texto constitucional se evidencia un nuevo enfoque de género, pues, la redacción de la Constitución privilegia frases como “Todas las ciudadanas y los ciudadanos”, “Las bolivianas y los bolivianos”, “Las extranjeras y los extranjeros”, el enfoque de género que plantea la Constitución se da dentro de una lógica igualitaria e implica una ruptura con una concepción centrada en la Constitución como patrimonio del género masculino.

III.4. Incorporación de concepciones plurales en el marco de una Nueva Justicia Constitucional Plurinacional

La convergencia de naciones con sistemas jurídicos, económicos, políticos, culturales y lingüísticos propios, conlleva a la convivencia y coexistencia de diversidad de concepciones respecto de los principios, valores, fines y derechos establecidos en el texto constitucional. Tomando en cuenta que esta diversidad de concepciones goza de la misma dignidad constitucional, es preciso que los mismos sean considerados en su verdadera dimensión; es decir, conforme las fuentes de donde emergen las mismas.

Por tanto, a continuación desarrollamos las distintas concepciones, de “vida”, “muerte”, “complementariedad”, “hijos e hijas” (wawa) y “aborto” desde las naciones y pueblos indígena originario campesinos como una forma de “restituir” sus saberes y conocimientos en el marco de una interpretación constitucional plural y descolonizada.

III.4.1. Diversidad de concepciones sobre “vida” y “muerte”

Dentro de la diversidad existente en nuestro Estado, es importante describir las distintas concepciones sobre la “vida” y la “muerte” que converge en contextos de pluralidad. Las mismas que pasamos a desarrollar de la siguiente manera:

a) Visiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

Existen diversidad de concepciones sobre la “vida” y “muerte”, así como del “origen de la vida” de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre la cuales se destacan las siguientes apreciaciones:

Sobre el origen de la vida: “Una de las formas milenarias de ver la vida, sobre el cosmos, concibe que éste 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”[10], expresada y materializada en el fenómeno natural del rayo (q’ixu[11]) que emite dos sonidos onomatopéyicos “qhun-tiki”[12], o simplemente qhun.

Desde esta concepción se genera 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. () Desde esta lógica, la vida no es “aislado” del cosmos (pacha); es creación misma de la pacha. ()

Por ejemplo, en el Tawantisuyu la comunidad humana no es el centro, sino es uno más del cosmos, la constitución de la “vida”, devienen del denominado “Qhun-Tiki” o “Wiraqhocha”, se advierten dos elementos fundamentales; el primero, en el proceso de la creación de la vida (comunidad humana); y el segundo, “la presencia de la pachamama y el cosmos” (traducido en el lago como mama); es decir, desde la concepción indígena existe una conexión entre el cosmos y la humanidad; ya que se refiere a una parte del cosmos, como lo es el rayo (q’ejo q’ejo o qhun-tiki), la “vitalidad” de una “constitución dual- hacedores de la vida”; en este caso, la del “Qhun-Tiki”, para crear al “chachawarmi” y constituir el “jaqi” (la complementariedad de la mujer y el hombre); “tiempo milenario” que se refiere a los “160 mil

años en el wiñay marka”. Dicho de otro modo, se puede interpretar desde la visión integral, como aquella nación o pueblo que siempre ha estado por miles de años[13].

De lo precedentemente señalado, 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. Consiguientemente los derechos reproductivos no sólo incluyen a la mujer, es de manera indisoluble el Qhon-Khen, wayra-khochá; chacha-warmi y bajo este pensamiento no es concebible el patriarcado, el machismo y la desigualdad entre el hombre y la mujer, por lo que la vida de la comunidad humana está impregnado directamente de la vida cósmica y es indeterminado como es la pacha, no teniendo un inicio y un fin.

Sobre la concepción de la vida y la muerte: () desde su constitución, todos los seres vivos y deidades, “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” () [14].

En cuanto se refiere a los ciclos de la vida, hay que considerar qué significa la transición de un ciclo a otro, y esta transición desde la visión de los indígenas es determinado como “viaje”, de ahí que las naciones ancestrales conciben la cíclica, ya que la vida es ante todo, “un estar” en diferentes espacios, porque no hay “muerte”. Pues se define a la vida en su esencia, en su punto central, porque aquí la vida no se reduce al simple funcionamiento de los órganos vitales; si así lo fuera, en el momento que deje de funcionar uno de los órganos vitales, este llegaría a su finitud y la vida pierde su “sentido” de ser. Al contrario, la tierra es enteramente energía o vida que fluye constantemente, entonces la vida va más allá de la tierra, entendida desde una sola dimensión (aka pacha, en su sentido micro), en su totalidad del cosmos (aka pacha, manqha pacha, alax pacha y hanan pacha), de modo que la comunidad humana, como facsímile del planeta, es pues tierra, esto es la razón fundamental para que no exista la “muerte” en la concepción filosófica de la civilización ancestral.

Por tanto, la “vida” desde la concepción de las naciones y pueblos indígenas es un “estar” en diferentes espacios del cosmos o pacha, cumpliendo la ley cósmica de la ciclicidad, es la eterna “transición” en diferentes momentos y espacios cósmicos, y como el ser humano, transita a diferentes espacios (cuatro espacios), la vida se concibe de manera holística; en el que todos los “seres vivos” son parte del cosmos, y como tales llegan a constituirse en la comunidad cósmica (sentido propio), en cualquiera de los espacios: aka pacha, manqha pacha, alax pacha y hanan pacha.

III.4.2. Concepciones sobre la hija/hijo o “wawa” desde la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

De acuerdo a los elementos técnicos, la denominación de wawa desde la cosmovisión de las naciones originarias 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”, de todo el proceso llamado “jaqi”, se refiere a diferentes etapas, como ser:

*Uñt’asiña, conocerse.

*Munasiña, el quererse.

*Aruskiptasiña, hablar con los padres de una mujer

*Irpaqa, actualmente esta fase se relaciona con el pedido de la mano.

*Jaqichawi, ritual para la constitución de la pareja presentada ante la comunidad.

Ser wawa abarca las etapas más generales de la fertilidad, ya que los niños(as) aymaras, por medio de las lluvias, son una expresión de la fertilidad del ciclo anual; por ejemplo, en las chacras (yapu), con la presencia de los niños(as) aymaras, existe mayor fertilidad y crecimiento. La wawa para las naciones y pueblos indígenas de tierras altas, está relacionada con la alegría que impregna a la comunidad y llegan hasta las deidades y a la pachamama, favoreciendo de esta manera el crecimiento de las plantas y animales.

También a las wawas 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. Por ejemplo cuando las wawas presentan “malformaciones” físicas, hacen que se considere a los niños como Jaqi illa[15], a diferencia de una concepción occidental, que son considerados como personas con discapacidades o ahora modernamente denominados personas con capacidades especiales que no conviven en la comunidad y son relegados a centros “especializados” desvinculados de la familia y la comunidad; en cambio en la comunidad, la participación de las wawas en rituales es importante; su pureza permite la conexión con las deidades, por ejemplo, el ritual de la lluvia Waqaylli[16].

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, por lo que los embarazos no son “escondidos”, por ejemplo, la mujer cambia la vestimenta si se casa o está embarazada, lo cual genera respeto y cuidados por parte de la comunidad, este ejemplo se refiere a un embarazo deseado, porque es planificado con la pareja; mientras tanto en el embarazo no deseado, como por ejemplo, por acto de violación, la mujer embarazada no asume la misma conducta descrita. Porque un embarazo de esta naturaleza conlleva, miedo vergüenza, deshonra, etc. Por tanto, la connotación de wawa en estos casos, no es la misma; ya que en el primer caso, adquiere un significado trascendente, cuando deviene del jaqi; mientras en el segundo caso la wawa no es resultado de este proceso armónico y complementario, aunque sigue recibiendo la connotación de wawa, se mantiene en la clandestinidad y genera desequilibrios.

En resumen mediante la “wawa”, hacemos la transición a otros espacios porque la wawa es la continuidad constituida de tierra y energía, y esta a su vez recorre el eterno espiral del tiempo y se transmite en otro, por lo que esta transición natural que significa la wawa, en las culturas ancestrales merece protección y cuidado como a uno mismo.

III.5. Concepciones sobre el aborto desde la historia y cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

A continuación se describe las concepciones de las naciones originarias sobre el aborto en los distintos periodos históricos:

Concepción del aborto en los ayllus aymaras.- En los ayllus aymaras, es común escuchar en las conversaciones “janiwa jalkiti, sulljakiwa” (no está lloviendo, sólo está rociando); son elementos constitutivos lingüísticos.

En este marco, la traducción correcta, de la palabra “sullu” es “aborto”, mientras tanto sulluña es “abortar”, se refiere al hecho mismo del momento y va en primera persona; porque se refiere a la acción concreta. En cuanto a sulluqaña, se refiere al incidente fortuito por el cual se da el “nacimiento” de la wawa, pero que éste no había culminado con el desarrollo, y por último, el usuchasiña significa lastimarse o accidentarse.

El aborto se constituye a partir de un hecho natural de la pachamama o el cosmos; la madre naturaleza tiene efectos abortivos, por ejemplo, cuando una nube se va formando con previsiones de tormenta bajo los efectos del viento, éste se va disipando y sólo caen rocíos de agua, a la que los indígenas, en los ayllus y markas, le han denominado sullu (en sentido femenino); porque el agua en la cosmovisión indígena es concebida como “mama”; de ahí que se conoce, al lago como a la “mama quta”. Por otro lado, el sullu también está relacionado con el rocío del alba, en cada amanecer los sembradíos están siempre regados con el rocío del agua, a este fenómeno, se ha denominado como “uma sullu”, que da vida a las plantas o a los sembradíos; por eso se afirma que, “sólo con el ‘uma sullu’ terminará de producir y desarrollarse los sembradíos agrícolas”. Finalmente, en cuanto se refiere a la comunidad de la pachamama, y dentro de ella, a la comunidad de los animales, el aborto o sullu también se produce, por ciertos fenómenos naturales. Por ejemplo los animales, pueden abortar por el efecto del rayo, el frío, la nevada y otros.

Ahora bien en cuanto se refiere a la humanidad, en el Estado Inkario el aborto no fue ajeno a su realidad, se menciona que se producía como resultado de una enfermedad, de las mujeres embarazadas, por haberse dormido en los “wayra sullus”, y encima de la chinkana o lugares donde existen concentración de wayra mama (madre viento). Entonces a este efecto se le denomina como el “wayra sullu”, pero se le da la connotación de que es un feto con vida, no es considerado como algo inerte sin vitalidad. De esta manera, para que no cause malestar a la mujer, con ciertos procedimientos curativos y ritualidades se le expulsa y se ubica a otro espacio del cosmos al wayra sullu, con la finalidad de reconstituir el equilibrio en la mujer y la comunidad. Entonces, en un ámbito muy particular hasta los tiempos actuales, el wayra sullu es solucionado por medios de los rituales y algunas hierbas medicinales; en ambos casos se advierte la relación de la naturaleza, y la mediación de las energías que sostienen los equilibrios de la vida. En este sentido, en la cosmovisión de las naciones y pueblos indígenas “todo tiene vida”, porque cada espacio y lugar tiene su propia energía; de ahí que no podemos pasar sin pedir licencia y guardar el respeto a su esencia de vitalidad (cultura de la vida). De modo que, la respuesta a cualquier desequilibrio social y natural se restablece, a través de la ritualidad y otras formas, que permiten recomponer el equilibrio y la armonía perdida. Ello significa, 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 takhi, nada se concibe fuera de ella, bajo la lógica del profundo sentido cíclico de vida (jaqaña); por ello, se concibe al aborto como parte de “tránsitos” y “traslaciones” en los ciclos, donde todo tiene vitalidad.

Cabe establecer, dentro del marco del intento de razonamiento, que en la concepción cósmica y sentido propio; el sullu, (independientemente de las causas) es el feto que parecería haber sufrido una traslación de un espacio a otro, transitando entre las dimensiones y ciclos del cosmos. Porque si se interpreta desde la cosmovisión indígena como finitud, podría contradecir a criterios de concepción de la vida, vale decir, estaría contradiciendo a la “cultura de la vida”, donde no existe “muerte”, sino la “transitividad” o la “traslación” de un espacio a otro[17].

Periodo del inkario.- Cabe precisar de manera clara, que en el inkario todo estaba regulado bajo normas y principios del Tawaintisuyu, (así como establece el Inka Garcilaso de la Vega), que en común estaban de acuerdo al orden cósmico y a la filosofía de vida de los indios del Awya Yala.

De esta manera en el Tawaintisuyu, la vida estaba organizada, desde las mismas leyes cósmicas. Por tanto, en el plano de la sexualidad, éste era un rito sagrado, como aquello que no es pasible al ultraje ni violación sin que medien graves desequilibrios.

Si el tener relación sexual, ha sido considerado como un acto solemne, ritualista y sagrado, desde el sentido cósmico; desde la esencia fundadora de la civilización de los pueblos indígenas, en cuanto se refiere al chachawarmi-jaqi, éste es estatuido como el encuentro que da continuidad al “transito” de la

vida en cada uno de sus ciclos. De este modo, a todo aquel que cometiese actos sexuales indeseados (violaciones), se les sancionaba con mucha dureza y rigurosidad () [18].

El aborto en la colonia.- Según cronistas e historiadores descritos en la Colonia, las mujeres indias, violadas y embarazadas; abortaban con yerbas y otras formas naturales, como mecanismo de resistencia y defensa ante agresiones sufridas; también abortaban las mujeres indias convivientes con indios de su misma raza, ello para evitar el sufrimiento a sus hijos indios que venían a morir en la mita de Potosí, a pagar los tributos y a ser esclavizados; situación que duro más de cinco siglos de colonización española y republicana, de esos antecedentes se establece que: “La ruptura de los principios ancestrales y cósmicos, ha sido provocada por la invasión española desde 1492 () Ahora bien, en este periodo, 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, de ahí que, los que dirigían las violaciones, son autoridades coloniales (políticas o religiosas) () admitidas abiertamente, por lo que en toda la invasión colonial, según las crónicas las mujeres víctimas eran violadas (por igual) doncellas o casadas por el grado de la violencia ejercida sobre ellas, es por ello que las indias temían al solo verlos a los españoles () [19].

De esos hechos insoportables las mujeres indias y negras asumieron 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). () Asumiendo de esta manera algunas determinaciones claves, como es el aborto masivo, para ‘restituirse’ en su propio ‘equilibrio’ y ‘armonía’; y finalmente, la restitución no sólo es para ellas, sino tiene otros alcances a otros espacios, prevenir de toda violencia colonial a sus posibles generaciones resolviéndose una catástrofe colonial impuesta por los “invasores”.

El aborto en la república.- En los tiempos de la república, (como herencia de la colonia), han continuado reproduciéndose los abortos en la clandestinidad) “() en primer lugar, el aborto como tal, existe, por causas accidentales, pero también se hace notar que se dan abortos inducidos de mujeres en los centros urbanos y rurales es producto de factores educativos (concepciones de sexualidad), económicos (migración) y sociales, que evidencian un quiebre entre los principios y valores ancestrales con la comunidad” (). Conforme se tiene del informe Técnico TCP/UD 036/2013 de 1 de agosto, de la Unidad de Descolonización de éste Tribunal.

Sin embargo, El sullu y sulluqaña [20] (“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, mediadas por la “transparentación”. Ya que la transparentación o qhananchawi [21] (“aclarar”) es un principio elemental de la Justicia Indígena Originaria Indígena Campesina.

Desde esta concepción el sullu y sulluqaña [15] (“aborto” y “abortar”), se manifiesta como un conflicto “Mach’a” [22] “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, mediadas por la “transparentación” que significa el retorno al “thaki o ñan”. Ya que la transparentación o qhananchawi [23] (“aclarar”) es la restitución al “thaki”, es un principio elemental de la Justicia Indígena Originaria Indígena Campesina. Por tanto, para las naciones y pueblos indígena originario campesinos, si no se “transparenta” el hecho y no se restablece el desequilibrio mediante el retorno al buen camino “cheka thaki”, suceden fenómenos climáticos como granizos, sequias y otros, que afecta a toda la comunidad.

III.6. Derechos de las mujeres desde una visión de complementariedad y descolonización

Uno de los nuevos valores constitucionales, inspirado en la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, es la “complementariedad” vinculada al principio del “vivir bien” o “suma qamaña.

La complementariedad, para Tristán Platt, tiene dos enfoques; el primero, balanceado, se funda en la noción de dos equipotencias emparejadas; el segundo polar, surge de la mutua atracción y repulsión de dos contrarios irreductibles. El primero se basa en la semejanza, el segundo en la diferencia. Ambos ofrecen modelos contrastados para expresar las relaciones entre dos contrincantes sociales, con miras a su futura “unidad”[24]. La primera, podríamos decir que se funda en la igualdad de quienes se complementan; y la segunda, expresa la “desigualdad” o “asimetría” de los opuestos complementarios. La complementariedad puede expresar “convivencia”, encuentro (tinku) “reciprocidad”, “contradicción” y “unidad”.

En la concepción andina, la complementariedad expresa el retorno al equilibrio y la armonía con el “todo”. Esta complementariedad es un constante “encuentro” (tinku) de los opuestos, que por una parte se puede expresar en el ayni (intercambio recíproco)[25] entre contendientes en “condiciones de paridad”. Y por otra parte puede expresarse en el kuti que significa “retornar”. Es un vuelco total; mas que una alternancia es una revolución[26], donde las dos mitades u opuestos no son iguales, por ello puede anunciar una “igualación” necesaria. Por ello el tiempo del Pachakuti[27] se lo relaciona “como el tiempo en que las dos mitades se hacen iguales”[28], y se traduce básicamente el retorno al equilibrio y a la armonía.

Conforme lo anotado, la complementariedad desde las cosmovisiones aymara quechua, se despliega a partir del “encuentro”, “reciprocidad” entre “iguales”, así mismo refleja procesos de “igualación” y “retorno” a la “paridad” en términos de generación de condiciones que superen el desequilibrio que ha generado las relaciones de “desigualdad” y “dominación”. Asimismo, refleja la aplicación de la “complementariedad” en el sentido de “dualidad” expresado en el warmi/chacha (mujer-hombre), existente tanto en la comunidad humana, la naturaleza y las deidades, en el marco de las visiones plurales.

La complementariedad, desde un enfoque “restitutivo” y “descolonizador”, busca la “igualación” entre mujeres y hombres, 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”.

En este sentido, la dualidad es la base de la estructura social, territorial y espiritual de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (Aran/Urín Arriba-abajo; chacha-warmi hombre-mujer y Inti-Quilla Sol-luna), condicionada por procesos y tránsitos de “igualdad” e “igualación” desarrollados precedentemente.

Por tanto, la complementariedad debe permitir la “igualación” de opuestos asimétricos y desiguales, en la búsqueda de la restitución del equilibrio y la armonía, donde no se puede prevalecer un derecho sobre otro, ni ponderarse individualmente o simétricamente los derechos, sino en un sentido “amplio” de igualdad, garantizando una vida digna para las mujeres. Es ésta la visión que nos enseñan las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Desde este enfoque, es preciso evitar una interpretación y aplicación “aislada” y “parcial” de los derechos de las mujeres, sino más al contrario debemos intentar incorporar todas las visiones y cosmovisiones que hacen a la “igualdad” e “igualación” de las mujeres en contextos de plurinacionalidad. Debiendo considerar la situación social, cultural, económica y política en la que viven y se desarrollan las mujeres partiendo de una visión constitucional plurinacional.

La complementariedad es de manera indisoluble el Qhon-Khen, wayra-khochá; chacha-warmi y bajo este pensamiento no es concebible el patriarcado, el machismo y la desigualdad entre el hombre y la mujer

En este marco, la Constitución Política del Estado, en su art. 9, establece los fines y funciones del Estado, entre los cuales, la constitución de una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social; garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas; y, garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

El art. 14.II de la CPE, prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada, entre otras, en razones de sexo, orientación sexual, identidad de género, embarazo u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

El art. 15.II de la CPE, señala que todas las personas, en particular mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad. El párrafo III de mismo artículo, manda al Estado, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar la muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado.

El art. 45.V de la CPE, reconoce a las mujeres el derecho a una maternidad segura. El art. 48.VI establece que: las mujeres no pueden ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos, garantizando igualmente, la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo.

El art. 62 de la CPE, prevé la igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades de todos los integrantes de la familia; el art. 65 establece la presunción de filiación.

El art. 66, garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos; derechos que abren las puertas a los propósitos de autodeterminación sobre el propio cuerpo y que son fundamentales para el análisis de la problemáticas planteadas en la presente acción.

El art. 79 de la CPE, señala que la educación fomentará el civismo, el diálogo intercultural y los valores ético-morales. Los valores incorporarán la equidad de género, la no diferencia de roles, la no violencia y la vigencia plena de los derechos humanos.

El art. 104 de la CPE, garantiza el acceso al deporte sin distinción de género.

El art. 172 de la CPE, dentro de las atribuciones de la Presidenta o Presidente del Estado, prevé la de designar ministras y ministros de Estado, respetando el carácter plurinacional y la equidad de género en la composición del gabinete ministerial.

El art. 270 de la CPE, dentro los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas, establece el principio de equidad de género.

El art. 278.II de la CPE, señala que dentro los criterios generales para la elección de asambleístas departamentales, se debe tomar en cuenta entre otros, la paridad y alternancia de género.

Como se advierte, la Norma Suprema, tiene un profundo contenido “descolonizador” y “despatriarcalizador” en temas de género, permitiendo la “restitución” de las mujeres considerando la

diversidad que contienen en sí mismas, cuidando más bien que éstas no se constituyan en motivos de desigualdad o discriminación.

Por el contrario, como se advierte del texto constitucional, se tienen garantizados 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, fundamentalmente a partir de la introducción del principio del “vivir bien” como uno de las bases en los que se sustenta el nuevo Estado Plurinacional Comunitario.

III.7. Los principios limitadores del poder punitivo del Estado

En virtud a nuestro modelo de Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y 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.

Efectivamente, debe considerarse que nuestro modelo de Estado tiene, además de características propias como la plurinacionalidad, la interculturalidad y la descolonización, elementos que lo inscriben dentro del marco de los Estados Constitucionales actuales, en los que se apuesta por constituciones plurales, garantizadas y normativas, con un amplio catálogo de principios, valores, derechos y garantías fundamentales, que se encuentran dotadas de garantías específicas de interpretación, que hacen que la parte axiológica y dogmática de la Constitución Política del Estado tenga un peso decisivo no solo en cuanto a su aplicación directa, sino también porque se constituyen en fundamento y límites de las diferentes funciones del poder público.

Así, la Asamblea Legislativa Plurinacional, en virtud al principio de constitucionalidad o supremacía constitucional previsto en el art. 410 de la CPE, debe ejercer su función legislativa en el marco de las normas constitucionales, donde tiene un rol fundamental la parte dogmática de la Constitución Política del Estado, pero también las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, fundamentalmente las contenidas en pactos internacionales sobre Derechos Humanos, considerando, en todo momento, los criterios de interpretación previstos en los art. 13.IV y 256 de la Ley Fundamental; es decir, la interpretación favorable o pro homine de los derechos y la interpretación de los mismos conforme a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos.

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.

Uno de estos principios es el de intervención mínima, del que derivan otros como el de idoneidad, proporcionalidad, subsidiariedad; principios todos ellos que precautelan los derechos fundamentales de las personas y de las colectividades, limitando al mínimo el poder punitivo del Estado, bajo el entendido que 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 asilados, 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”[29].

Conforme a ello, si el derecho penal no resuelve en sí los conflictos y hasta podría ser concebido como una manifestación del ejercicio del poder, que primero selecciona las conductas que serán consideradas delictivas, en virtud a determinados intereses que privilegian ciertos bienes jurídicos para su protección y luego sanciona, también selectivamente a los miembros de los grupos más vulnerables al sistema penal; es evidente que, desde una concepción constitucional, en resguardo de los derechos y garantías fundamentales se debe limitar a través del control de constitucionalidad en sus diferentes ámbitos la potestad punitiva del Estado.

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 ”[30]

Conforme a ello, 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.

Ahora bien, de acuerdo al principio de intervención mínima, el derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes[31]. En otras palabras, en virtud a este principio, las sanciones penales deben ser las indispensables, en beneficio de otras sanciones o incluso la tolerancia de los ilícitos más leves. Tiene como principales manifestaciones, bien la descriminalización de conductas tipificadas cuya significación social haya cambiado con el paso del tiempo, bien la sustitución de las penas tradicionales por otras menos perjudiciales para el condenado o más acordes con las finalidades que la Constitución atribuye a aquélla[32].

El principio de intervención mínima está íntimamente vinculado al principio de idoneidad que de acuerdo a Alessandro Baratta, 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”[33].

También debe hacerse mención al principio de proporcionalidad concreta o de adecuación del costo social, en virtud del cual 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 constituyen su objeto, sus familias y ambiente social y sobre la sociedad 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”[34].

En el ámbito del costo social de la intervención penal debe considerarse además, los efectos desiguales de la sanción penal y sobre su ámbito familiar y social, que dependen, del status social de las o los condenados, pues conforme a la selectividad del sistema penal, la sanción penal se aplica mayormente a los estratos sociales más bajos[35].

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[36].

De acuerdo a lo anotado, la función legislativa está limitada por los principios antes descritos, en el marco del respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales reconocidas en nuestra Constitución Política del Estado, las cuales se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado, de ahí que la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 0085/2012 de 16 de abril, haya establecido que el control de constitucionalidad en sus diferentes ámbitos debe efectuarse a la luz del principio de razonabilidad destinado a materializar los valores igualdad y justicia que se encuentran en el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Norma Suprema.

III.8. Análisis sobre la constitucionalidad de normas impugnadas

A juicio de la accionante exige que se ejerza el control de constitucionalidad, con el advertido que en cada caso existen fundamentos, unas veces claros y precisos respecto de la norma constitucional con la que se pide contrastar y otras veces sin ninguna argumentación; por lo mismo, tomando en cuenta esta aseveración se examina lo siguiente:

III.8.1. El trabajo en el sistema de ejecución de penas

El art. 56 del CP, señala: “(Trabajo de mujeres, menores de edad y enfermos).- Las mujeres, los menores de veintiún años y los enfermos, no podrán ser destinados sino a trabajos dentro del establecimiento y de acuerdo a su capacidad”.

La accionante sostiene que dicha norma impide que las mujeres privadas de libertad desarrollen trabajos fuera del establecimiento carcelario o fuera del lugar donde se encuentren recluidas, a diferencia de los hombres que sí pueden hacerlo. La norma, además, señala la accionante, establece la necesidad que las mujeres, menores de veintiún años y enfermos sean necesariamente calificados en su capacidad, situación que no acontece con los hombres; motivo por los cuales la norma vulneraría lo establecido en los arts. 8.II, 14.I y II, 109.I y “157.1” (sic) de la CPE.

En principio corresponde aclarar que este artículo se encuentra comprendido dentro del Título III del Libro Primero del Código Penal, relativo a las “Penas”, la cuales son enumeradas en su art. 26, señalando que son penas principales: “1) Presidio; 2) Reclusión; 3) Prestación de trabajo; 4) Días-multa” (las negrillas son nuestras). Asimismo, el Capítulo III del indicado Título, donde se ubica el artículo en cuestión, se refiere precisamente al “Cumplimiento y Ejecución de las Penas”, siendo así que varias disposiciones de ese Capítulo fueron derogadas o modificadas por la Ley de Modificaciones al Código Penal, Ley de Ejecución Penal y Supervisión; última norma que en su Título IX regula precisamente la ejecución de penas no privativas de libertad; y a partir de su art. 200, la ejecución de la pena de prestación de trabajo, definida como aquella consistente en la obligación del condenado de

prestar su trabajo en actividades de utilidad pública, en beneficio de la comunidad, que no atenten contra su dignidad y estén de acuerdo a su capacidad.

De lo anterior se infiere entonces, que el art. 56 del CP, regula el trabajo de las mujeres, menores de edad y enfermos en los casos que a éstos se les aplique la pena de "Prestación de Trabajo".

De hecho, a pesar que la accionante, menciona varios artículos de la Constitución Política del Estado, se limita a poner de relieve un diferente tratamiento respecto de los hombres sobre un distinto lugar de prestación de trabajo y más aún, una calificación, por lo que puede inferirse que aquella alude indirectamente al art. 14.I y II de la CPE (principio de igualdad y de no discriminación). Al respecto, el Órgano emisor de la norma (ahora Asamblea Legislativa Plurinacional), a través de su titular, hace notar en todo caso que debe observarse los derechos y garantías de la condenada o el condenado, y al establecer la prohibición de destinar trabajos, a la mujer, fuera del establecimiento (de trabajo) -no está en discusión si los hay, cuántos, dónde, etc.-, y de acuerdo a sus capacidades, no se advierte la imposición de un trato desigual, sino, al contrario, es una previsión legislativa positiva para beneficiar a la mujer, como una norma especial, como parte de la política de reinserción social, de acuerdo a sus capacidades.

Al respecto el tratamiento "diferente", en razón de género, edad y salud con el objetivo de privilegiar bajo "criterios de diferenciación positiva", en muchos casos, no es aplicado de forma equilibrada, pues se limita a un trato "paternal" y "proteccionista", que restringe la "igualdad de oportunidades" en relación a otros derechos. En este sentido, el análisis de este artículo, bien podría dar lugar a concluir que la pena impuesta, al tratarse de una mujer, más bien se agrava, al obligarles cumplir su trabajo dentro de dichos establecimientos.

Por lo tanto, desde una visión plural este artículo impide la materialización fáctica de la igualdad y la "restitución" de los derechos de las personas en razón de género, edad y salud, de manera que, aplicando el valor de la "complementariedad", todo proceso de "igualación", debe buscar el equilibrio entre la "protección" y la "restitución" efectiva de los derechos.

Por lo expuesto, es evidente que la norma impugnada, contenida en el art. 56 del CP, en los hechos y frente a una realidad en la que la mujer goza y debe gozar del derecho a la igualdad, sin que pueda darse lugar a un trato discriminatorio por razón de sexo, al igual que por la edad o el estado de salud, para prestar un trabajo que esté acorde a su capacidad en ejecución de la pena de prestación de trabajo, cuando sea posible, el art. 56 del CP, es inconstitucional.

III.8.2. Sobre el art. 58 del CP, referido a la detención domiciliaria

El art. 58 del CP determina: "(detención domiciliaria) Cuando la pena no excediera de dos años, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias".

La accionante sostiene que dicha norma exige a la mujer que para acceder a la detención domiciliaria, sea "en su propia casa", exigencia que plantea eventualmente la imposibilidad de cumplir y que dicho criterio, el de la casa propia es "entregado a terceros" (sic), eliminándose el derecho de la mujer a elegir donde vivir, acusando la vulneración de los arts. 8.II, 14.I y II y 109.I de la CPE, sin mayor desarrollo o explicación.

Al respecto, el titular del Órgano emisor de la norma señala que bajo una interpretación extensiva de la norma, maximizando derechos y tomando en cuenta que el domicilio está en el lugar donde una determinada persona tiene su residencia principal, o ejercita su principal actividad, por lo que el derecho propietario es un elemento de análisis no fundamental.

La norma en cuestión inserta en el Capítulo III del cumplimiento y ejecución de las penas, del Título III relativo a las penas, otrora estaba destinada a otorgarse detención domiciliaria para los casos de poca gravedad y cuya pena no excediera los seis meses; sin embargo, tal previsión, en aplicación del precepto normativo establecido en la Disposición Final Quinta de la Ley de Ejecución de Penal y Supervisión, modificó tal entendimiento para aquellos casos en los que la pena es de dos años.

De hecho, el precedente normativo tenía su justificación con relación a la posibilidad de una “readaptación” del condenado mayor de sesenta años o valetudinario y, en general, para las mujeres, al tratarse de una pena de tan corta duración, misma que -se entiende- derivaría de un delito no grave. La ampliación del tiempo señalado, en cambio, no precisamente obedece al criterio de la “readaptación” que de algún modo ha sido superado, sino, tiene que ver más con una política de endurecimiento de las penas y la superpoblación de los internos, cuyos fundamentos no son del caso analizar ahora.

En todo caso, el hecho que las condenadas o condenados se beneficien de esta previsión, no puede entenderse, de ninguna manera, ni siquiera a partir de una interpretación literal, que la frase “sus propias casas” se entienda por “inmuebles de su propiedad”, entendimiento que no tiene relación con la finalidad propuesta por la norma y, menos, con una forzada e irracional comparación sexista, puesto que la norma no puede entenderse sino como la exigencia de acreditar una morada o residencia; es decir, una vivienda en la que se ha residido o residirá de manera permanente, sea esta de su propiedad o no; por lo cual, no es evidente que la norma impugnada sea incompatible con la previsión del art. 14.II de la CPE, que prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada, entre otras, en razones de sexo, edad, condición económica o social.

Consiguientemente, el art. 58 del CP, según las modificaciones introducidas por la Disposición Final Quinta de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión, es constitucional en el marco de una interpretación amplia, de manera que se maximice los derechos de las mujeres desde una visión restitutiva de la complementariedad.

III.8.3. Causales de atenuación honoris causa en el delito de alteración del estado civil

Los arts. 244 y 245 del CP, cuya constitucionalidad también ha sido impugnada en la presente acción constitucional, se encuentran en estrecha vinculación entre sí y se refieren a la alteración o sustitución del estado civil y sus condiciones atenuantes.

El art. 244 del CP, al momento de establecer los tipos penales relativos a la alteración o sustitución de estado civil, señala: “Incurrirá en reclusión de uno (1) a cinco (5) años: 1) El que hiciere inscribir en el Registro Civil una persona inexistente; 2) El que en el registro de nacimientos hiciere insertar hechos falsos que alteran el estado civil o el orden de un recién nacido; 3) El que mediante ocultación, sustitución o exposición, aunque ésta no comporte abandono, dejare a un recién nacido sin estado civil, tornare incierto o alterare el que le corresponde; 4) La que fingiere preñez o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden. Si el Oficial del Registro Civil autorizare a sabiendas las inscripciones a que se refieren los incisos 1) y 2), la pena para él será agravada en un tercio”.

El art. 245 del CP, regula lo que denomina la atenuación por causa de honor, bajo el siguiente texto: “El que para salvar la propia honra o la de su mujer, madre, descendiente, hija adoptiva o hermana, hubiere incurrido en los casos de los incisos 2) y 3) del artículo anterior, será sancionado con la pena atenuada en una mitad. Si el hecho fuere cometido con el de amparar o ayudar a la alimentación, cuidado o educación del menor o incapaz, la pena se atenuará en una mitad, o no habrá lugar a sanción alguna, según las circunstancias”.

El art. 244 del CP, determina tipos penales destinados a proteger al bien jurídico de la familia, específicamente en su dimensión estado de filiación, que se compone en un correcto, veraz y público registro civil de las personas, al respecto, se evidencia que la norma glosada pretende proteger a la familia en su dimensión de núcleo elemental de la sociedad y del Estado, para ello resaltan los siguientes aspectos: a) El Legislador penal pretende precautelar la fe pública del Estado en el registro de las personas, para ello existe una corresponsabilidad entre los particulares que brindan la información a ser registrada y también el Oficial que la registra en nombre del Estado Plurinacional; b) El principio de verdad material en el registro identitario de las personas para satisfacerse requiere de la buena fe de particulares y los oficiales de registro civil, de ahí que los arts. 59.IV y 65 de la CPE prevén un principio de presunción iuris tantum en favor de los particulares que acuden al registro, en ese marco el Legislador penal ha determinado la punibilidad de la falsedad dolosa; y, c) El derecho a la identidad de un recién nacido, sólo puede garantizarse con la predisposición de sus progenitores quienes tienen el deber fundamental asistencial de registrar a sus hijos en los sistemas de registro civil, para garantizar la vigencia del derecho fundamental de toda niña y niño a la identidad y a la filiación (art. 59.IV de la CPE).

La fijación de la responsabilidad penal compete al Juez o Tribunal de Sentencia, el que debe considerar la existencia de ciertas circunstancias, al respecto los arts. 38 a 40 del CP, instituyen las atenuantes las cuales deben estar en estrecha relación con el concepto y fin de la pena, de ahí que las circunstancias modificantes de la responsabilidad penal deben ser analizadas y valoradas en relación al tipo penal en el cual inciden más aún si la circunstancia modificante es específica.

En el caso de la atenuación por causa de honor prevista por el art. 245 del CP, se tiene que la misma se da en dos escenarios distintos: 1) Para salvar la propia honra o la de su mujer, madre, descendiente, hija adoptiva o hermana; y, 2) Con el fin de amparar o ayudar a la alimentación, cuidado o educación del menor o incapaz.

Sobre el primer supuesto atenuante, es menester señalar que la palabra honra tiene las siguientes acepciones según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: i) Estima y respeto de la dignidad propia; ii) Buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito; y, iii) Pudor, honestidad y recato de las mujeres. Al respecto se evidencia que ésta atenuante se encuentra configurada sobre la base de un modelo social en el cual la mujer debía mantener una imagen de “puridad” ante todos; es decir, debía mantener una conducta sexual intachable pues en el caso contrario, se podía afectar su honra o la de su esposo, hijo, padre o hermano. En ese escenario de razonamiento paternalista y machista se instituyó la posibilidad de atenuar la pena emergente del delito de alteración de la verdad sobre filiación de un recién nacido o la ocultación que deje al recién nacido sin identidad con el objeto de salvar la honra de la mujer o del hombre por su relación parental con ella; de donde se evidencia un discurso modificante de la responsabilidad penal basado en el modelo social de una sociedad basada en prejuicios contra la mujer. Así se evidencia que: a) La causal atenuante sólo se aplica a la persona de sexo masculino como se evidencia de la redacción del art. 245 del CP; y, b) El parámetro modificador de la responsabilidad penal es el cuestionamiento de un libre ejercicio de las libertades de la mujer y no así del hombre, pues se evidencia un discurso de censura contra las mujeres por ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

Por otra parte, respecto a la “wawa” desde la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, lo determina la madre, el padre, la familia y la comunidad; en su representación social, es la continuidad de los ciclos de la vida mediada por la “complementariedad”, “equilibrio” y “armonía”. Donde el “honor y honra” es común al conjunto de la familia, y esta mediada por la transparentación que tiene como finalidad garantizar el buen vivir en el sentido comunitario.

De lo dicho, se concluye que no es concebible que el honor, con las connotaciones descritas, prevalezca sobre el interés superior de la niña, niño y adolescente y desconozca los derechos

reconocidos en la Constitución Política del Estado. En el mismo sentido, debe señalarse que de acuerdo al art. 64 de la CPE, los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en “complementariedad”, igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad; norma constitucional que se encuentra estrechamente vinculada a los derechos de las niñas, niños y adolescentes y que también estaría siendo desconocida por el art. 245 del CP.

Por lo señalado se evidencia un acto legislativo de discriminación en razón de género desde la perspectiva de la Constitución boliviana esgrimida en el Fundamento Jurídico III.2 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional. Así mismo cabe aclarar que la culpabilidad en la negación o alteración de la identidad de un recién nacido desde ningún punto de vista puede ser atenuada sobre la base de buscar eludir un prejuicio social; pues el legislador debe enfocar su tarea en la maximización de las esferas de libertad e igualdad y para ello las normas que emite deben estar encaminadas a evitar estigmas sociales o perjuicios contra el ser humano, no importando su origen, raza, sexo, religión y etcétera, en ese marco queda claro que la primera parte del art. 245 del CP, que señala: “El que para salvar la propia honra o la de su mujer, madre, descendiente, hija adoptiva o hermana, hubiere incurrido en los casos de los incisos 2) y 3) del artículo anterior, será sancionado con la pena atenuada en una mitad” (negritas añadidas) es inconstitucional, por contravenir el art. 14.IV de la CPE.

Sobre el segundo elemento atenuante del art. 245; es decir, el referido a amparar o ayudar a la alimentación, cuidado o educación del menor o incapaz, se tiene que el mismo se constituye en un atenuante constitucionalmente necesario y admisible pues si bien el medio utilizado va contra la seguridad de los registros públicos la finalidad y propósito se aviene al espíritu asistencial de la Constitución vigente desde 2009, máxime si el hecho se comete con fines altruistas, toda vez que tiene como objeto el amparar o ayudar a la alimentación, cuidado o educación del menor o incapaz, correspondiendo por ende declarar su constitucionalidad.

III.8.4. Delitos contra los deberes de asistencia familiar: abandono de mujer embarazada

El artículo 250 del CP, sobre el “abandono de la mujer embarazada” establece que: “El que fuera de matrimonio hubiere embarazado a una mujer y la abandonare sin prestarle la asistencia necesaria, será sancionado con reclusión de seis (6) meses a tres (3) años” y en un segundo párrafo, que “La pena será de privación de libertad de uno (1) a cinco (5) años, si a consecuencia del abandono la mujer cometiere un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare”.

La accionante alega que dicha norma es contraria a la Constitución Política del Estado, por cuanto el tipo penaliza 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.

De la lectura del ambos tipos, en primer lugar cabe señalar que, de acuerdo al art. 250 del CP, el abandono de mujer embarazada se sanciona con la pena de reclusión de seis meses a tres años; en tanto que la sanción para el Abandono de Familia es de seis meses a dos años o multa de cien a cuatrocientos días; consiguientemente, es evidente que existiría un reproche penal menor a quien estando casado abandona a la mujer, aunque, la diferencia con relación al texto de la norma no es menor; en el caso en el que de manera explícita se impone una mayor sanción es para el caso en el que la mujer fuera de matrimonio se encuentra embarazada.

En el marco del principio de “igualdad”, que comprende no solo como un valor aplicable en la relación entre mujeres y hombres, sino también se puede ampliar a la “igualación” y “restitución” de derechos entre las propias mujeres, debido a la desigualdad económica y social que las diferencia. En este

marco la norma penal debe garantizar la misma protección del abandono de mujer embarazada sea dentro o fuera del matrimonio. En este sentido corresponde declarar la constitucionalidad condicionada de dicha norma, siempre y cuando se entienda que la misma incluye al abandono de la mujer embarazada dentro del matrimonio.

En segundo lugar, es preciso señalar que el artículo objeto de análisis configura el delito sobre la base de la noción de “ abandono sin brindar asistencia ”, al respecto, este artículo debe ser comprendido en función del bien jurídico que protege; es decir, el deber de asistencia familiar, en el caso de una mujer en estado de gestación, este deber no precisa ser comprendido como la obligación que tiene el progenitor de permanecer físicamente en el mismo domicilio que la madre gestante, sino como la acción u omisión tendiente al desamparo de ésta, pues el estado gestacional importa una serie de requerimientos materiales, en los cuales no resultaría aceptable que el progenitor huya a su obligación de brindar apoyo en todas sus dimensiones, situación que no involucra una obligación de que el progenitor se quede en el mismo espacio físico, pues ello limitaría los derechos de éste de residir en el domicilio o en el lugar que este elija en atención del ejercicio de su derecho a la libertad de circulación vinculado con el libre desarrollo de su personalidad garantizados por el arts. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 21.7 de la CPE, lo contrario significaría una intromisión en la vida privada de las personas inaceptable constitucionalmente. Asimismo, se debe establecer que limitando el derecho de circulación o libre tránsito del progenitor no se garantiza la necesaria asistencia ni el cumplimiento de los deberes de asistencia que requiere una mujer en estado de gravidez, en ese ámbito 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.

III.8.5. Sobre el art. 254 del CP

Antes de efectuar el análisis del caso concreto, se debe precisar que el art. 254 del CP, con relación al “HOMICIDIO POR EMOCIÓN VIOLENTA”, establece: “Quien matare a otra u otro en estado de emoción violenta excusable, será sancionada(o) con reclusión de dos (2) a ocho (8) años. Este tipo penal no procederá en caso de feminicidio”.

Como se puede advertir, el art. 254 del CP, fue modificado en su segundo párrafo en el que antes se señalaba que “La sanción será de dos (2) a ocho (8) años para el que matare a su ascendiente, descendiente, cónyuge o conviviente, en dicho estado”.

El tipo penal modificado de manera expresa establece que el homicidio por emoción violenta no procede en los casos de feminicidio, tipo penal que fue incorporado al Código Penal (art. 252 Bis), de acuerdo a lo dispuesto por el art. 84 de la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia.

Consecuentemente, es evidente que la norma impugnada por la accionante, ha sido modificada por una Ley posterior, sancionada y promulgada cuando la presente acción abstracta de inconstitucionalidad se encontraba siendo analizada por este Tribunal. Por tanto, conforme a la jurisprudencia constitucional glosada en el Fundamento Jurídico III.1 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, no corresponde efectuar el juicio de constitucionalidad, pues la condición para el análisis de fondo de las normas consideradas inconstitucionales es que las mismas se encuentren vigentes o que su contenido no hubiere sido modificado por otra norma; último supuesto que aconteció en el caso analizado; toda vez que, la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, no sólo modificó el art. 254 del CP, sino que además, lo hizo en los términos planteados por la accionante en la demanda, pues de manera expresa prohibió la procedencia del homicidio por emoción violenta en los casos de feminicidio.

Consiguientemente, no corresponde, en este punto, ingresar al análisis de fondo de la acción abstracta de inconstitucionalidad planteada, al resultar improcedente por los motivos antes explicados.

III.8.6. Infanticidio

El art. 258 del CP, sobre el infanticidio, prevé lo siguiente: “La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno (1) a tres (3) años”. La accionante, respecto al infanticidio, señala que el hecho que la norma impugnada mencione como causal del infanticidio la “fragilidad o deshonra de la mujer”, incorpora un elemento de discriminación en razón de ser mujer, constituyendo un concepto anacrónico de nuestra legislación, extremo que vulnera los arts. 8.II, 14.I y II, y 109.I de la CPE.

De acuerdo a la doctrina del derecho penal, la vigencia de este tipo penal se justifica en cuanto a que de no existir el mismo, la conducta descrita por el art. 258 del CP, tendría que ser sancionada a través de las figuras penales previstas para el homicidio o inclusive asesinato, cuyas penas privativas de libertad prevén entre cinco a veinte y treinta años de presidio, respectivamente; lo cual resultaría excesivo y devendría en una abierta desproporcionalidad, tomando en cuenta las particularidades del tipo penal, en cuanto a considerar la situación especial por la que puede atravesar una mujer en el periodo puerperal, especialmente en el campo psicológico, debido a las circunstancias en que se haya podido producir el embarazo.

Bajo los principios y valores establecidos en la Constitución que llevan al Vivir Bien (Suma Qamaña), el Estado asume y promueve los valores igualdad, dignidad, reciprocidad, respeto, complementariedad, muchos de ellos inspirados en los saberes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En este nuevo marco constitucional, no es permisible en uso del lenguaje colonial de “inferiorización” de las mujeres, catalogadas en términos anacrónicos como “fragilidad” y “deshonra” vinculadas al género femenino, lo cual rompe con el valor constitucional de la complementariedad desarrollado en la primera parte del presente fallo, razonamientos en base a los cuales se concluye que los conceptos de “fragilidad o deshonra” a que hace alusión el tipo penal del art. 258 del CP, contienen en su concepción una fuerte carga patriarcal; en el sentido de que las mujeres, por ser tales, deben observar ciertos patrones “apropiados” de conducta, sustentando ello en una supuesta inferioridad de la mujer con relación al varón, donde a diferencia de lo que ocurre con los hombres, la transgresión de esos patrones de conducta pueden merecer un mayor “reproche social”, lo cual muchas veces ha quedado trasuntado en el ordenamiento jurídico, como ocurre con el precepto legal que ahora analizamos, que deviene de falsos estereotipos, en cuanto a que la mujer por “naturaleza” está destinada fundamentalmente a la maternidad y al cuidado de la familia, de donde nace la “exigencia” de que ésta socialmente se conduzca con ciertos criterios de moralidad que no la expongan al ultraje o descrédito del conglomerado social. En ese contexto, el sentido de esa norma contraviene que lo que ahora se propugna y se construye es “Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos .” (Preámbulo de la CPE), sustentado, entre otros, en los valores de igualdad, equidad social y de género, buscando precisamente romper en lo institucional, aquellas concepciones sobre una pretendida subordinación de la mujer, de donde los conceptos de “fragilidad” y “deshonra” vinculados a la conducta de la mujer o más propiamente a la de la madre, previstas en el art. 258 del CP, resultan incompatibles con la Constitución Política del Estado, que proclama el principio de igualdad y equidad de género.

Consecuentemente, la frase “ para encubrir su fragilidad o deshonra ” (las negrillas son nuestras) contenida en el art. 258 de CP, es inconstitucional por ser contrarios a los nuevos valores constitucionales fundamentados precedentemente.

III.8.7. El aborto como conducta tipificada penalmente

El art. 263 del CP, sobre el “aborto” establece que el que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado: 1) Con privación de libertad de dos (2) a seis (6) años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diez y seis años (16), 2) Con privación de libertad de uno (1) a tres (3) años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer, 3) Con reclusión de uno (1) a tres (3) años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento. Añade que la tentativa de la mujer, no es punible.

La accionante aduce que el artículo en cuestión establece una “presunción dolosa” en la realización del aborto y sanciona a la mujer “ que en pleno ejercicio de sus derechos reproductivos, consagrados por el artículo 66 constitucional, decide realizar la interrupción voluntaria de su embarazo en condiciones de seguridad y antes de las doce semanas de embarazo () obligando de esta forma a las mujeres bolivianas a tener que recurrir a abortos realizados en condiciones de insalubridad y clandestinidad”.

La accionante plantea la despenalización del aborto, sustentando su pretensión en el art. 66 de la CPE; en virtud del cual “ la mujer adquiere el pleno derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo” planteando al mismo tiempo que los organismos de la salud pública “ regulen las condiciones sanitarias y los establecimientos de salud” en los que el aborto debe ocurrir, fundando además su posición, en la incidencia que tendría la penalización del aborto sobre el derecho a la salud de las mujeres, ante el elevado índice de mortalidad materna derivada de las complicaciones obstétricas de los abortos en condiciones inseguras, apoyando su posición en informes estadísticos de diferentes organismos internacionales.

Por su parte el titular del Órgano emisor de la norma impugnada establece una presunción dolosa en la realización del aborto, ya que los tipos penales únicamente describen una conducta supuesta, como el caso de todos los tipos penales, atribuyéndole una sanción privativa de libertad y, sobre el ejercicio de sus derechos reproductivos, éste permitiría a la mujer, abortar en condiciones de seguridad y antes de las doce semanas de embarazo, extremos que no se hallan regulados en norma alguna; por lo que, si bien es cierto que la Norma Suprema garantiza los derechos sexuales y reproductivos de todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, el art. 66 de la CPE, no establece el derecho reproductivo como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo; por lo cual, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no implican el derecho al aborto.

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.

Al respecto, cuando se efectuó la descripción de la diversidad de visiones sobre la “vida”, “muerte” y el “aborto”, haciendo énfasis en la construcción de pautas de interpretación plural, que tome en cuenta las concepciones y vivencias de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; en este sentido, se pudo analizar que el aborto es una situación que deviene desde la colonia y que esta vinculado con el sometimiento y exclusión histórica al que ha sido sometida las naciones y pueblos indígenas, en especial las mujeres indígenas, que realizaban “abortos masivos” frente a las violaciones y ultrajes que sufrían, esta realidad se extiende a la República y consiguientemente a la actualidad convirtiéndose en una problemática social que al mismo tiempo afecta los derechos de las mujeres. En este sentido corresponde 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” (suma qamaña).

En este sentido, desde la cosmovisión indígena originaria campesina, la vida se genera desde el principio de la dualidad, vitalidad, energía y movimiento en el cosmos; desde esta lógica, la vida no es aislada del cosmos, es creación misma de la pacha; por tanto, el principio de “vitalidad” implica la

perpetuidad constante de la vida “sin inicio ni fin”. De ahí que se rescata el carácter integral y la visión de “totalidad” respecto a la “vida” en un sentido amplio. A partir del cual no se concibe a la vida integralmente, ligada al conjunto de la comunidad humana y la naturaleza, en este sentido cuando se protege la vida de un ser en proceso de gestación, no puede ser tratado en forma desligada de la “vida” de la madre o mujer que a su vez es parte de la comunidad.

En este mismo sentido, es preciso desarrollar el “derecho a la vida” desde el derecho internacional de los derechos humanos. 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 esta protegido por ley.

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 ”.

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 conferían un derecho absoluto a la vida desde la concepción (Resolución 23/81)[37]. Al respecto, cabe recordar 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[38].

En ese marco de análisis, conviene también recordar que uno de los elementos fundantes del Estado boliviano conforme al art. 1 de la CPE, es el de la “pluralidad” en lo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, y que en virtud al principio de dignidad alcanza a los pensamientos, opiniones, creencias religiosas y/o espirituales, cosmovisiones de forma que cada uno de ellos esté protegido por la Constitución Política del Estado; 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.

Efectuadas dichas precisiones debe hacerse notar que el art. 263 del CP, entiende que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es el derecho a la vida del feto, por ello sostiene que: “El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión ”, punto sobre el que no cabe mayor debate.

En efecto, nuestra Ley Fundamental en su art. 15 establece que: “Toda persona tiene derecho a la vida ”, es en este marco que debe ser interpretado el art. 1.II del Código Civil (CC), cuando al desarrollar dicha temática sostiene que: “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”; es decir, un feto tiene reconocido un derecho a la vida o al menos en la potencialidad de ser perfeccionada con el nacimiento, pese a ello tiene una valoración menor que el reconocido a una persona nacida viva, es así que, por ejemplo, el art. 141.I de la CPE, establece que: “La nacionalidad boliviana se adquiere por nacimiento o por naturalización” de forma que 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 la cual no son contabilizados.

En este marco, este Tribunal considera que la vida y todo lo que potencialmente pueda generarla se encuentra protegida por nuestra Ley Fundamental; así, el Preámbulo de la Constitución Política del Estado establece que: "Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas" (el resaltado es nuestro), mientras que el art. 33 de la CPE, establece que: "Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente" (negritas añadidas), de donde se extrae que la protección de la vida se extiende incluso a aquella que no sea considerada humana como por ejemplo la vida animal y vegetal.

Respecto al ser humano, la protección a la vida es gradual y se va incrementando desde la conjugación primaria del óvulo y espermatozoide denominado huevo o cigoto 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 aunque en menor proporción que la que se otorga a la persona nacida.

Así y respecto a la valoración social del embrión implantado que da lugar a la protección jurídica puede observarse lo siguiente:

- El aborto tiene una pena inferior al homicidio; lo que conlleva a que, el art. 266 del CP, admite el aborto cuando "hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre"; es decir, se da prevalencia a la vida de la madre que ya generó relaciones intersubjetivas y de afectividad sobre la vida del nasciturus lo que ya devela una existencia en nuestro ordenamiento jurídico de una despenalización parcial.

En general, la protección del embrión implantado se la efectúa a través de la madre gestante mediante la inamovilidad laboral desde el embarazo y en atención a la protección incremental de forma posterior mediante subsidios; sin embargo, en ciertas circunstancias su protección jurídica puede colisionar con el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo conforme sostiene la accionante; empero, 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.

En efecto un embrión implantado 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. Ahora bien, este Tribunal es consciente que la educación sexual sigue siendo un tabú en nuestro país, por ello corresponde exhortar a las autoridades respectivas se asuman políticas públicas que coadyuven a la educación sexual como parte de una posible solución al problema integral.

De lo expuesto 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.

Respecto al aborto seguido de lesión o muerte, el art. 264 del CP, dispone que cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno a cuatro años; y si sobreviniere la muerte será agravada en una mitad y que, cuando del aborto no consentido resultare una lesión, se impondrá al autor la pena de privación de libertad de uno a siete años; si ocurriere la muerte, se aplicará la privación de libertad de dos a nueve años.

Por su parte el art. 265 del citado Código, señala que si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquélla, se impondrá reclusión de seis meses a dos años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.

Al respecto, la accionante se limita a señalar que ambas normas relativas al aborto seguido de lesión o muerte y aborto honoris causa, parten del desconocimiento de la mujer en su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo ambas instituciones ser reguladas en el ámbito de la salud pública y no del derecho penal. El titular del Órgano emisor de la norma, hace notar que la accionante solamente incluye nominalmente la impugnación de los artículos mencionados; por lo que, no hubo la debida fundamentación, lo que es evidente; en consecuencia, al no existir cargos de constitucionalidad a los arts. 264 y 265 del CP, corresponde declarar la improcedencia de la acción interpuesta a dichas normas por falta de carga argumentativa.

III.8.8. Aborto impune

El art. 266 del CP, también cuestionado, determina que cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada. Punto seguido prevé que tampoco será punible si el aborto hubiere sido 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, para finalmente señalar que en ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

Para analizar este tema, es preciso remitirnos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Comité de Derechos Humanos; estableciendo, a los Estados que tienen la obligación positiva de garantizar a las mujeres víctimas de violación, incesto o prácticas análogas y en particular a las niñas y adolescentes, que enfrenten embarazos no deseados, el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva en virtud a los derechos a la vida, la salud, la integridad personal, social y sexual, la autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, así como el principio de dignidad humana.

El Estado parte debe garantizar que las mujeres víctimas de una violación que decidan interrumpir voluntariamente su embarazo tengan acceso a servicios de aborto seguros y eliminar cualquier impedimento innecesario a los mismos. El Comité se remite al contenido de las recomendaciones dirigidas al Estado parte por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/BOL/CO/4, párrs. 42 y 43). El Comité contra la Tortura insta al Estado parte a evaluar los efectos de la legislación vigente, muy restrictiva en materia de aborto, sobre la salud de las mujeres.

En ese sentido, el Comentario 28 del Comité de Derechos Humanos a tiempo de manifestar que los Estados partes deberán presentar informes sobre el derecho a la vida, señaló que: “ deberán proporcionar información sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a prevenir

embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida”[39].

Asimismo, el mismo Comité ha manifestado su preocupación respecto a las leyes restrictivas que penalizan el aborto instando a los Estados ha permitirlo en casos en los que, sean resultado de una violación o incesto y señalando que los límites al acceso a los abortos legales resultan violación a los tratados internacionales de derechos humanos[40].

En cuanto a jurisprudencia comparada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Aydin c/ Turquía* dispuso que en tanto se ha establecido que la violación constituye una forma de tortura en sí misma, la cual ocasiona dolor y sufrimiento severos, no existe duda acerca de la necesidad de proveer servicios de aborto como parte de las obligaciones de protección a las víctimas de violencia sexual y de similar forma en el caso *MC c/ Bulgaria* que las demoras injustificadas o las barreras procesales para acceder a la justicia o a los servicios médicos constituyen una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Al respecto, en las últimas recomendaciones del Comité contra la Tortura (CAT/C/BOL/CO/2), de 14 de junio de 2013, se observó con preocupación que el Código Penal en su art. 266 (aborto impune) impone la obligación de obtener una autorización judicial a las mujeres víctimas de una violación que deciden interrumpir su embarazo. Dicho requisito, según las informaciones recibidas por este Comité sobre objeción de conciencia en la judicatura, supone en muchos casos un obstáculo insalvable para las mujeres en esta situación que se ven forzadas a recurrir a abortos clandestinos, con los consiguientes riesgos para su salud (arts. 2 y 16).

Por otro lado, desde la concepción indígena originaria campesina, bajo el principio del “Qhapaj ñan”, camino de vida noble esta íntimamente relacionada con el “thaki” que significa camino, es el rumbo y el destino por donde deben recorrer cada uno de los elementos del cosmos, es también el camino de la naturaleza humana, camino que es perfectible, como todo elemento de la naturaleza esta sometido a que unas veces puedes salirse del camino cíclico que es posible restituirse nuevamente al thaki y continúan la vida. La gran virtud de todo ello se remedia con la vuelta al camino noble u órbita por donde nuevamente se vuelve la vida el equilibrio y la armonía y así la pacha es infinita, la naturaleza humana es réplica de la naturaleza cósmica; por lo que, el aborto de forma natural es concebida desde tiempos inmemoriales como una parte de la naturaleza y en las condiciones actuales de la sociedad moderna el aborto es semejante a las condiciones adecuadas de una tierra fértil, cuando una mujer no ha logrado generar condiciones internas y externas para reproducir la vida, en ello será posible concebir el aborto como una forma de aborto permisible, para ello es importante que la comunidad la sociedad conozca y está a su vez se restituya en estas condiciones el aborto seguro, conforme se desarrolló en el Fundamento Jurídico III.5. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.

En virtud a lo expuesto, se considera 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.

Al respecto, se deja 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.

De esta forma se evitará que frente a una eventual dilación en los procedimientos judiciales, se puedan poner en riesgo la protección de los derechos de la mujer embarazada a su libertad o dignidad y resulte tardía o innecesaria.

Sobre la frase: “ rapto no seguido de matrimonio ”, es una figura íntimamente vinculada al art. 317 del CP, que señalaba que: “No habrá lugar a sanción, cuando los imputados, en los casos respectivos, no teniendo impedimento alguno, contrajeran matrimonio con las víctimas, siempre que existiera libre consentimiento, antes de la sentencia que cause ejecutoria” norma que fue derogada por la Ley 348, Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia en la Disposición abrogatoria y derogatoria Primera que sostiene: “Se derogan los Artículos 308 Ter (Violación en Estado de Inconsciencia), 314 (Rapto Impropio), 315 (Con Mira Matrimonial), 316 (Atenuación), y 317 (Disposición Común), del Código Penal”; por consiguiente, la condición de que el rapto no hubiera sido seguido de matrimonio no debe ser mantenida en el Código Penal al haber sido expulsado el art. 317 del Código Penal, norma penal que era el sustento de la condición contenida en el art. 266 del CP.

En consecuencia, es preciso aclarar que el rapto no seguido de matrimonio, no se constituye ya en un presupuesto para determinar el aborto impune, por cuanto -se reitera- el art. 317 del CP, que era el sustento de dicha frase, ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por la Ley 348.

En ese orden, la norma impugnada es constitucional en tanto se supriman las frases “ siempre que la acción penal hubiere sido iniciada” y “ y autorización judicial en su caso”, en los marcos de interpretación establecidos en el presente acápite. En ese sentido la interrupción del embarazo, debe estar sujeta únicamente al consentimiento de la mujer y que necesariamente debe ser asumido por un médico que efectuara el aborto, para garantizar la vida de la mujer en los casos que corresponda.

III.8.9. Sanción a la práctica habitual de aborto

El art. 269 del CP, refiere, el que se dedicare habitualmente a la práctica de aborto, incurrirá en privación de libertad de uno (1) a seis (6) años.

La accionante sostiene que la norma aludida resulta contraria a la Constitución Política del Estado porque sanciona a profesionales de la salud que prestan servicios requeridos por mujeres que ejercen plenamente sus derechos reproductivos, obligándolas a practicarse abortos en condiciones de clandestinidad e insalubridad.

El titular del Órgano emisor de la norma una vez más refiere que el art. 66 de la CPE, no implica desde ningún punto de vista un derecho al aborto, ya que se debe aclarar que el Estado Plurinacional de Bolivia tiene como uno de sus pilares fundamentales el respeto a la vida.

El derecho a la vida se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado así como en los instrumentos internacionales; por lo que, como se ha examinado anteriormente, al haber el legislador previsto que el aborto no ha incurrido en el establecimiento de una figura penal contraria a la Constitución, de ahí que, en ese mismo contexto, es que el legislador sanciona al que practica el aborto con o sin consentimiento de la mujer.

En ese orden no es evidente que la norma esté dirigida a sancionar en exclusiva a los profesionales médicos, sino a cualquiera que incurra en el delito mencionado, cuanto más si se la hace de manera recurrente y peor si, de no haber causas de inimputabilidad, se comprobare que una dedicación continua e ilícita dedicada a la práctica del aborto, lo que indica que la norma es constitucional; sin embargo, en el marco de los fundamentos expuestos en este fallo, 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.

III.8.10. Juicio de constitucionalidad de los arts. 315 y 317 del CP

“ARTÍCULO 315.- (Con mira matrimonial). El que con violencia, amenazas o engaños substrajere o retuviere a una persona con el fin de contraer matrimonio, será sancionado con reclusión de tres (3) a diez y ocho (18) meses”.

“ARTÍCULO 317.- (Disposición común). No habrá lugar a sanción cuando los imputados, en los casos respectivos, no teniendo impedimento alguno contrajeran matrimonio con las víctimas siempre que existiera consentimiento, antes de la sentencia que cause ejecutoria”.

Es necesario señalar que los arts. 315 y 317 del CP han sido expulsados del ordenamiento jurídico, en virtud a lo previsto en la PRIMERA de las Disposiciones abrogatorias y derogatorias de la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, que establece:

“PRIMERA. Se derogan los Artículos 308 Ter (Violación en Estado de Inconsciencia), 314 (Rapto Impropio), 315 (Con Mira Matrimonial), 316 (Atenuación), y 317 (Disposición Común), del Código Penal”

En consecuencia, al haber sido derogadas ambas normas a través de una Ley posterior, sancionada y promulgada cuando la presente acción abstracta de inconstitucionalidad se encontraba siendo analizada por este Tribunal, no es posible efectuar el juicio de constitucionalidad; pues, de conformidad a la jurisprudencia constitucional vigente, la condición para el análisis de fondo de las normas consideradas inconstitucionales es que las mismas se encuentren vigentes, lo que no acontece en el caso analizado; toda vez que, se reitera, la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, derogó los arts. 315 y 317 del CP; consiguiente, corresponde declarar la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad con relación a dichas disposiciones legales por los motivos antes explicados.

POR TANTO

La Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional; en virtud a la autoridad que le confieren la Constitución Política del Estado Plurinacional y el art. 12.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, resuelve:

1º Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 56 del CP; el primer párrafo del art. 245 del CP y de la frase “por causa de honor” del epígrafe de dicho artículo; de la frase “ para encubrir su fragilidad o deshonra ” del art. 258 del CP y de las frases “ siempre que la acción penal hubiere sido iniciada” del primer párrafo y “ y autorización judicial en su caso”, del párrafo tercero del art. 266 del CP y manteniendo incólume en lo demás el citado artículo, conforme el procedimiento de denuncia establecido en el Fundamento Jurídico III.8.8 del presente fallo.

2º Declarar la CONSTITUCIONALIDAD de los arts. 58, 250 y 269, del CP, sujetos a una interpretación plural en los marcos previstos en el presente fallo.

3º Declarar la CONSTITUCIONALIDAD de los art. 263 del CP, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico III.8.7 de esta Resolución.

4º Declarar la IMPROCEDENCIA de la presente acción respecto a los arts. 254, 264, 265, 315 y 317 del CP.

5° Exhortar a la Asamblea Legislativa Plurinacional, para que atendiendo a la interpretación efectuada en el fundamento Jurídico III.8.7 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, en el ámbito de sus competencias y las recomendaciones de los organismos internacionales en el marco de la progresividad de los derechos de la mujer, desarrollen normas que garanticen el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos conforme a lo establecido en el art. 66 de la CPE, y que las mismas coadyuven a resolver los abortos clandestinos.

6° Al Órgano Ejecutivo, exhortar priorice y ejecute políticas públicas educativas y de salud destinadas a la difusión, protección, atención, de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, que puedan contrarrestar y/o disminuir las tasas de mortalidad de las mujeres por causa de los abortos clandestinos, para la protección de la vida entendida desde la visión intercultural en el Estado Plurinacional, desarrollando para ello las siguientes acciones:

- Programas de apoyo social a favor de madres solteras.
- Desarrollo de una política estatal de educación en reproducción sexual.
- Programas de apoyo económico y social a padres de hijos de enfermedades congénitas.
- Mejorar de manera urgente las políticas y trato a los huérfanos y generar políticas de adopción y programas, incluso cuando alcanzan la mayoría de edad.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

No intervienen las Magistradas, Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños, Dra. Mirtha Camacho Quiroga, Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez, por ser de voto disidente; tampoco interviene la Magistrada Soraida Rosario Cháñez Chire, por encontrarse con goce de vacación, habilitándose al Magistrado, Dr. Zenón Hugo Bacarreza Morales, en suplencia legal.

Fdo. Dr. Ruddy José Flores Monterrey

PRESIDENTE

Fdo. Efrén Choque Capuma

MAGISTRADO

Fdo. Tata Gualberto Cusi Mamani

MAGISTRADO

Fdo. Dr. Zenón Hugo Bacarreza Morales

MAGISTRADO

[1] Vicepresidencia del Estado al Tribunal Constitucional Plurinacional. 2012. Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano. Tomo III volumen I. La Paz, Bolivia. Pág. 66.

[2] Enciclopedia, Ídem. Pág. 138 (tomo III volumen I)

[3] Enciclopedia, Ídem. Pág. 146 (tomo III volumen I)

- [4] Enciclopedia, Ídem. Pág. 168-172 (tomo III volumen I).
- [5] Enciclopedia, Ídem. Pág. 174 (tomo III volumen I).
- [6] Enciclopèdia, Ídem. Pág. 187 (tomo III volumen I).
- [7] Bourdieu, P., *La Domination masculine*, Paris, Le Seuil, 1998.
- [8] Cfr. Stoller, R., *Sex and Gender: The Development of Masculinity and Femininity*, Karnak, Londres, 1968, p.9.
- [9] Cfr. Mead, M., *Sexo y temperamento en tres ciudades primitivas*, Paidós, Barcelona, 2006
- [10] Pacha: concepto paritario que considera la complementariedad de tiempo y espacio. Par, mínimo que reúne lo temporal y espacial dentro de una visión espiritual y administrativa de la historia que define lo social y lo cultural como un todo interrelacionado. Pacha se deriva de la lengua aymara Pa, que significa dos o par y Cha, que significa fuerza, energía en movimiento. Pacha, cuando precede a otra palabra como en Jallupacha, connota tiempo.
- [11] Q'iju; expresión aymara que significa la explosión denominado rayo en español. Término asociado con la tormenta eléctrica que genera un espectro radiactivo y en alturas sobre los 5000 metros, la tormenta se manifiesta como una energía con sonido intenso y atrae aquellos elementos que atraen energía como son los cabellos que en la tormenta se erizan y pasa formar parte del espectro energético, que en un contacto con la fuerza complementaria u opuesta explota hasta causar la muerte física. En la concepción andino occidental el khejo, ha sido asociado con Santiago que es el santo del rayo "illapa".
- [12] Qhun-tiki; sonido del fenómeno del rayo (Q'iju), que es producto de las fuerzas naturales positivas y negativas. En la cosmovisión andina existen rayos de la profundidad que generan lluvia Qhun y sonidos superficiales o pasajeros que son de lluvias esporádicas que se manifiesta en el sonido Qhin.
- [13] LEVANDRO Layme y MORALES; Wilsón y Yessmy Lluvitza. 2010. *Tejiendo nuestras sabidurías, cultura andina amazónica. Constitución del Jaqi: Chacha-Warmi, Ley cósmica de la armonía*. Pp. 15
- [14] OBLITAS Poblete, Enrique. 1978. *Cultura callawayaya*. Ediciones Populares Camarlinghi. La Paz, Bolivia. pp 32.
- [15] Jaqi illa, un ser con mayor conexión con las deidades, porque pueden ser sabios, yatiris o curanderos, pueden preparar fácilmente medicinas naturales.
- [16] Ritual de lluvia para que no escasee el agua para la producción agropecuaria.
- [17] Informe Técnico No. 033/2013, de la Unidad de Descolonización, Tribunal Constitucional Plurinacional.
- [18] BERTONIO, P. Ludovico. 1612. *Diccionario: Transcripción del vocabulario de la lengua aymara*. Reeditado por Instituto de las lenguas y literaturas-andinas amazónicas (ILLA-A). La Paz, Bolivia. pp. 56
- [19] GUAMÁN Poma de Ayla, Felipe. 2008. *Nueva Corónica y buen gobierno*. II. pp. 389
- [20] Sulluqaña, término en aymara, es un mal parto que se presenta (una interrupción) antes de nacer la wawa o el bebe. En la lengua española sería el abortar.

[21] Término aymara, que significa transparentación, aclaración de un hecho o un acto realizado por un integrante de la comunidad o ayllu.

[22]Mach'a, término aymara, que significa crisis, conflicto, entendido en la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos como la desviación del camino correcto o sagrado que incorpora nuestra Constitución Política del Estado como un principio plural del "qhapaj ñan" (camino o vida noble).

[23]Término aymara, que significa transparentación, aclaración de un hecho o un acto realizado por un integrante de la comunidad o ayllu.

[24] BOUYASSE-Cassagne, HARRIS, PLATT y CARECEDA, Thérèse, Olivia, Tristan y Veronica. 1987. Tres Reflexiones sobre el pensamiento andino. Hisbol. La Paz, Bolivia. Pág. 93

[25]El Ayni hace énfasis en la desigualdad y en el desequilibrio inicial de dos contendientes.

[26] Bouysse, Ídem, Pág.201

[27]Pachakuti es sinónimo de aucapacha relacionada al tiempo de las guerras, catástrofes, como consecuencia de la diferencia llevada al extremo que engendra el desequilibrio, el mundo se da la vuelta, el tiempo también, es la inversión (BOUYASSE, Ídem. Pág.204).

[28] Bouysse, Ídem, Pág.201

[29] Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002. P. 24.

[30] Borja, E., Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal. Editorial Jurídica Continental, p. 242.

[31]Muñoz Conde, F., García Arán, M., Derecho Penal. Parte General, Sexta edición. Tirant lo Blanch, libros, Valencia 2004, p. 72.

[32] Sala Sánchez, P., Rasgos generales del nuevo Código Penal, en Estudios sobre el Código Penal de 1995. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 22.

[33]Baratta, Alessandro, Principios de Derecho Penal Mínimo, en "Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)", Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 309.

[34]Ibid.

[35]Ibid.

[36]Ibid.

[37] Véase Protección Constitucional de los Derechos Sexuales y Reproductivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos., UNFPA, 2008.

[38]Véase el Informe de la Comisión de Derechos, Deberes y Garantías, Volumen I del Tomo III. De la Enciclopedia histórica documental del Proceso Constituyente boliviano.

[39] Comentario General N° 28: Igualdad UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párr. 10.

[40] Véase Informe del Comité de Derechos Humanos, 82, 83 y 84 periodo de sesiones UN Doc. A/60/40 (Vol I.)