



Aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en las altas cortes nacionales

Estudio comparado Colombia, Argentina y Perú

OBSERVATORIO DE GÉNERO Y JUSTICIA*

RESUMEN

Esta investigación es una respuesta a la necesidad de ir un paso más allá de lo dispuesto en el articulado de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, y estudiar el discurso judicial de las altas cortes en relación con los derechos a la igualdad y no discriminación de la mujer, en razón a las continuas denuncias de que las garantías consagradas internacionalmente no se traducen en una protección real de los derechos de quienes acuden ante la administración de justicia. El objetivo es ofrecer luces y recomendaciones sobre la eficacia de la CEDAW como herramienta para el avance de los derechos de las mujeres en las cortes domésticas, a partir del estudio de la jurisprudencia de tres países latinoamericanos: Argentina, Colombia y Perú.

PALABRAS CLAVE

CEDAW, discriminación de la mujer, derechos de las mujeres, reconocimiento de derechos.

* El Observatorio de Género y Justicia es el grupo de investigación de la Facultad de Derecho de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia que adelantó el proyecto cuyos resultados se presentan aquí. Como directora del proyecto estuvo Mónica Roa López y como investigadoras asociadas las docentes Rosalba Torres Rodríguez y Claudia Gómez López.



I. Introducción

¿Por qué la CEDAW?

El 18 de diciembre de 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW¹). Esta convención ofrece una rigurosa definición sobre la discriminación contra la mujer, e identifica las medidas que se requieren para asegurar el derecho de las mujeres a la igualdad y a la no discriminación a través del disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Este instrumento ofrece igualmente unas bases sólidas sobre las cuales se puede crear, a través de su uso en decisiones judiciales, un ambiente que les permita a las mujeres y niñas disfrutar de sus derechos sin discriminación².

Desde hace algunos años, jueces de muchas jurisdicciones han empezado a basar sus decisiones en esta Convención y otros se

han referido a ella en sus considerandos. Tanto es así, que la División para el Avance de las Mujeres, de Naciones Unidas, reconociendo la importancia de la aplicación de este instrumento en cortes nacionales, organizó un coloquio en el que jueces provenientes de todas partes del mundo examinaron el potencial que tiene el uso del derecho internacional de los derechos humanos en las cortes nacionales para alcanzar la equidad para mujeres y niñas³. En esa ocasión se resaltó la importancia de examinar cómo las cortes en diferentes sistemas legales utilizan este tratado para asegurar la garantía de los derechos a la igualdad y a la no discriminación para mujeres y niñas. También se hizo un llamado para estudiar las estrategias más creativas y de mayor alcance del uso de las normas internacionales de derechos humanos contenidas en la Convención.

Es pertinente entonces avanzar en dicha pretensión y conocer qué tan presente se encuentra dicha Convención en los fallos

jurisprudenciales de los tres países estudiados. En segunda instancia es importante conocer las formas en las que se ha hecho uso de la misma en aras de la promoción de los derechos de las mujeres en América Latina, y finalmente para qué casos y en qué países ha resultado ser una herramienta efectiva, es decir, qué tanto ha logrado repercutir positivamente en la vida diaria de las mujeres.

¿Por qué las decisiones judiciales?

En los países latinoamericanos con sistemas legales derivados del Derecho romano y europeo continental, donde la ley es la principal fuente de derecho, persiste la idea de que el juez es un agente instrumental cuya función consiste simplemente en aplicar la ley de manera “objetiva, apolítica y neutral” a un caso concreto⁴.

El protagonismo de la norma escrita ha restado importancia al

1. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women.

2. Asia Pacific Forum on Women, Law and Development. A Digest of Case Law on the Human Rights of Women (Asia Pacific). Tailandia, 2003, p. 44.

3. *Ibid.*, p. 47

4. CABAL, Luisa; LEMAITRE, Julieta y ROA, Mónica. *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*. New York: Temis, 2001.



estudio de la jurisprudencia y al papel que desempeñan los jueces como voces históricas y políticas que dan significado y contenido al lenguaje que articula una norma. Asimismo ha hecho invisible el poder que tienen los jueces, no sólo por las consecuencias que puede acarrear su decisión sobre un caso particular, sino también en el impacto que produce su discurso como reflejo del sistema de valores de una sociedad y de las relaciones que tienen lugar en ella.

La reforma legal ha sido uno de los principales frentes de la lucha por los derechos de las mujeres; no obstante la amplia ratificación de la CEDAW en la región ha fortalecido considerablemente el uso y la exigencia de argumentos judiciales para avanzar en la protección de los derechos de las mismas.

El creciente uso que las activistas de los derechos de las mujeres hacen de la CEDAW para, primero, denunciar la discriminación en la ley y, segundo, ampliar interpretaciones judiciales restringidas de leyes nacionales, es prueba de que la Convención es cada vez más importante dentro de los sistemas legales nacionales.

Aunque es demasiado prematuro afirmar que la CEDAW ha mejorado la vida de las mujeres sí podemos decir que este instrumento le ha otorgado legitimidad y fuerza moral a quienes abogan por los derechos de las mismas en contextos legales nacionales.

En las últimas décadas las cortes han sido el lugar donde muchas de estas luchas, desarrollos y negociaciones han tomado lugar y esto es visible en el creciente uso del derecho internacional, los estándares universales y la terminología para la formulación de las demandas. Esto es igualmente evidente en las respuestas judiciales, incluso cuando se rechazan los argumentos.

Esta investigación es entonces una respuesta a la inquietud anteriormente planteada, es decir, a la necesidad de ir un paso más allá de la Convención y estudiar el discurso judicial de las altas cortes con relación a los derechos a la igualdad y no discriminación de la mujer, en razón de las continuas denuncias de que las garantías consagradas internacionalmente no se traducen en una protección real de los derechos de quienes acuden ante la administración de justicia.

La permeabilidad de los sistemas nacionales frente al derecho internacional de los derechos humanos

Existen muchas preguntas acerca de la eficacia de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos. Algunas son formuladas por aquellas personas interesadas en que los derechos humanos, consignados en el papel como resultado de tratados y convenciones, tengan un impacto real en la vida de los individuos, otras surgen de académicos internacionalistas o constitucionalistas interesados en indagar por los paradigmas teóricos que moldean el sistema legal internacional.

En los Estados nacionales las leyes son adoptadas por el Parlamento, el poder judicial las aplica a los casos concretos, y el Ejecutivo garantiza la aplicación del derecho y de las decisiones judiciales. Los órganos del Estado pueden incluso intervenir para asegurar institucionalmente el cumplimiento de las normas mediante el uso de la coerción si fuese necesario. Estos mecanismos son inexistentes en el derecho internacional. Sin embargo, cada vez más, los Estados voluntariamente aceptan someterse a lo dispuesto



por el derecho internacional especialmente en el ámbito de los derechos humanos. En muchos casos, las mismas constituciones incorporan las normas de derecho internacional de los derechos humanos en el nivel más alto de los sistemas jurídicos nacionales⁵.

En Sur África, por ejemplo, los jueces están obligados a aplicar el derecho internacional de los derechos humanos por mandato constitucional. En Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido mucho más lejos creando la doctrina del bloque de constitucionalidad, según la cual los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, así como la jurisprudencia de los comités encargados de su monitoreo, hacen parte de la Constitución y por lo tanto prevalecen sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la pregunta por la eficacia del derecho internacional, en el caso de los derechos humanos, podría responderse haciendo referencia a la aplicación que de sus normas hacen

los jueces nacionales. De esta manera, es el Estado nacional quien ofrece los mecanismos institucionales para asegurar el cumplimiento de decisiones judiciales que acojan los mandamientos del derecho internacional de los derechos humanos⁶. Es dentro de este marco teórico que buscamos ofrecer luces y recomendaciones sobre la implementación de la Convención de la CEDAW por parte de las cortes domésticas de los tres países latinoamericanos seleccionados.

II. Antecedentes y metodología

El estudio de la jurisprudencia, a diferencia del estudio de cuerpos normativos, es en general una disciplina bastante nueva dentro de los sistemas jurídicos civiles. Esta investigación de la jurisprudencia comparada de las altas cortes relacionada con los derechos de las mujeres, incluye una descripción del sistema político y jurídico, la estructura judicial y las leyes vigentes, y decisiones judiciales de las altas cortes en temas relacionados con los derechos de las mujeres, y en

particular los derechos sexuales y reproductivos.

La exposición se divide en tres capítulos, uno por país (Argentina, Perú y Colombia). Cada capítulo inicia con una evaluación de las posibilidades y obstáculos que presenta el país para el avance de los derechos de las mujeres e incluye una explicación esquemática del contexto institucional de las decisiones (organización del sistema judicial, fuentes de derecho y mecanismos de protección de derechos) y una presentación de las tendencias de interpretación judicial correspondientes a cada uno de los derechos.

Para efectos de la investigación, se compilieron las leyes vigentes y las sentencias más relevantes pronunciadas por las altas cortes en los últimos diez años. En los casos en que las altas cortes no ofrecían ningún contenido importante para los intereses de la investigación, se estudió la jurisprudencia de un tribunal local representativo. De acuerdo con las particularidades de cada país, se incluyeron decisiones de otras fuentes de justicia, casos

5. United Nations. *Bringing International Human Rights Law Home*. New York, 2000.

6. Center For Reproductive Rights. *Bodies on Trial. Reproductive Rights in Latin American Courts*. New York, 2003.



interesantes o pertinentes de cortes locales y otros llevados ante instancias internacionales de protección de derechos humanos.

En sus recomendaciones, la investigación arroja la necesidad de incluir el conocimiento y análisis de los derechos de las mujeres dentro de la formación de abogados y jueces. Frente al problema de la ineficacia en la implementación real de estos derechos, se demostró la importancia del rol de los jueces en este proceso. Por esta razón es imperativo generar el debate necesario para que los profesionales del Derecho en general y aquellos que trabajan con la rama judicial en particular:

- i) reconozcan que los jueces no son apolíticos, objetivos ni neutrales y por lo tanto sean conscientes de las posturas morales, políticas o religiosas a través de las que interpretan la ley al decidir un caso, y
- ii) reformen la enseñanza del Derecho para que el conocimiento y análisis de las normas y la jurisprudencia nacional e internacional de los derechos de las mujeres, sea incorporada dentro de los programas

de estudio de las materias que hacen parte del currículo tradicional, como las cátedras de Derecho constitucional, Derecho penal, Derecho de familia, Derecho civil, Derecho laboral, etcétera.

Un estudio similar, pero restringido al uso de la CEDAW, y las disposiciones constitucionales en fallos judiciales, fue elaborado por el Asia Pacific Forum on Women, Law and Development⁷. Los resultados se presentan a modo de compilación de decisiones judiciales, clasificadas por tema y país, que usan la CEDAW dentro de los argumentos en que se basa la decisión. Esta publicación busca evidenciar los avances y retos de la protección judicial de los derechos de las mujeres en la región.

Igualmente cabe anotar que sobre la importancia de usar los estándares internacionales de derechos de las mujeres, existe la memoria del coloquio judicial sobre la aplicación doméstica de la CEDAW y la Convención de los Derechos de los Niños, titulado “Trayendo el derecho internacional de los derechos humanos a casa”, evento organizado por

la División para el Avance de la Mujer, de Naciones Unidas. Los asistentes estuvieron de acuerdo con la importancia de que los jueces interpreten las leyes nacionales guiados por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Para ello recomiendan educar a los jueces sobre el contenido de los tratados de derechos humanos y las formas en que éstos son incorporados en las decisiones domésticas.

Finalmente, fue importante contar con el observatorio en línea de la organización Women’s Link Worldwide, que recopila y centraliza en su base de datos jurisprudencia nacional e internacional con el objetivo de promover el uso creativo de estrategias legales, que buscan implementar los estándares de los derechos humanos internacionales para avanzar en los derechos de las mujeres. Como parte de su metodología, Women’s Link utiliza comparaciones regionales en su labor tanto en el ámbito nacional como en el internacional, dirigiendo sus esfuerzos a trabajar con el sistema judicial. A través de su base de datos, se concentra en el

7. Pacific Forum on Women, Op. cit., 2003.



contenido de la jurisprudencia a la vez que explora múltiples estrategias para trabajar eficazmente con el sistema judicial⁸.

La comparación de los sistemas jurídicos y políticos de los países estudiados se realizó con base en la información del libro *Cuerpo y Derecho* y de los textos constitucionales originales de cada país. El capítulo siguiente hace una descripción sobre la jurisprudencia encontrada en las altas cortes, su estudio y análisis sobre la presencia o ausencia de la CEDAW como referente judicial en las distintas materias alrededor de la equidad de género. Y a través de entrevistas, se resalta el potencial que el derecho internacional tiene para la promoción de los derechos de las mujeres y se insta a explorar la utilización del derecho internacional como herramienta para defender los derechos humanos de las mujeres. En la conclusión final se recogen las percepciones que expertos nacionales y de los países seleccionados tienen sobre los usos y la efectividad de la aplicación e interpretación de la CEDAW. Finalmente se presentan

las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

Es pertinente recordar que la selección de estos países no es aleatoria, se hizo teniendo en cuenta que si bien comparten características básicas, cada uno de ellos representa las especificidades de las subregiones latinoamericanas. Los sistemas jurídicos en estudio se derivan del Derecho romano y europeo continental. Aunque la adaptación de estos sistemas es diferente en cada país, la esencia y el papel asignado a las ramas del poder público y en especial a las altas cortes son esencialmente los mismos. No obstante, Colombia y Perú tienen un sistema centralizado, mientras que Argentina está dividida política y administrativamente en provincias y estados que se rigen por sus propias constituciones y eligen sus propios poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Las semejanzas y diferencias entre estas tres unidades de análisis son una muestra de la herencia común del Derecho romano y de las especificidades que da su ubicación geográfica.

II. Caracterización de los sistemas jurídicos

¿Por qué es importante?

El estudio de la aplicación judicial del reconocimiento de los derechos de las mujeres alcanzado ante la comunidad internacional con la aprobación, ratificación y puesta en práctica de la Convención para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) es importante para determinar cuál es el alcance y potencial de este tipo de procesos para cambiar en la realidad la vida de las mujeres. Hasta que los jueces de tribunales nacionales no empiecen a llenar de contenido el lenguaje (muchas veces amplio y de textura abierta) al interpretar y aplicar los derechos a casos concretos, todo el esfuerzo y recursos usados en el proceso de creación y aprobación de esta convención no habrá sido realmente efectivo.⁹

Dentro de este contexto, las activistas legales deberían estar conscientes del poderoso potencial del estudio y análisis

8. Women's Link Worldwide. *Acortando distancias. Acceso a la justicia para todas las mujeres*. Federación de Planificación Familiar. España, 2002. www.womenslinkworldwide.org

9. CABAL, Luisa; LEMAITRE, Julieta y ROA, Mónica. *Cuerpo y Derecho: Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Bogotá: Temis, 2001.



de ciertos elementos útiles para entender la efectividad y el éxito del litigio de casos que invoquen los derechos de la CEDAW. En general, los jueces deberían estar dispuestos a declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuando éstas van contra los derechos establecidos. La pregunta entonces es ¿bajo qué circunstancias están los jueces más dispuestos a declarar leyes inconstitucionales y a interpretar los derechos de una manera más liberal y progresista?

Charles Epp presenta una respuesta en su libro sobre la revolución de los derechos.¹⁰ De acuerdo con su teoría, el litigio exitoso en derechos humanos tiene origen, entre otras cosas, en análisis teóricos de estructuras de derechos constitucionales y en la manera en que funciona el sistema judicial. El resultado de esta investigación nos permitió probar los planteamientos de Charles Epp sobre la revolución judicial de los derechos. De acuerdo con Epp, los jueces son más libres para otorgar

atención y aprobación sostenida a los derechos y libertades cuando existe una estructura constitucional de derechos y justicia independiente¹¹. Para ello estudiamos la estructura constitucional de derechos y las normas que constitucionalmente podrían garantizar una justicia independiente en cada uno de los países estudiados.

El marco de los derechos constitucionales y el estatus del derecho internacional

La primera consideración es la existencia de una carta de derechos constitucional. Como específicamente nos interesa la revolución de los derechos de las mujeres, se estudiaron los artículos relevantes de manera particular y/o general a la igualdad y equidad de las mujeres. En esta primera etapa nuestra premisa fue: “entre más expresos sean los derechos en términos de equidad de género, más fácil será para los jueces avanzar la causa de los derechos de las mujeres”.

Asumimos esta postura con base en la idea de que es más fácil para los jueces apegarse a la letra del derecho en lugar de promover cierta interpretación del derecho. En otras palabras, los jueces no tienen que comprometer sus posiciones políticas¹² cuando el texto ofrece un reconocimiento expreso de la causa que ellos están avanzando. Además de la existencia de una carta de derechos y de artículos que expresamente tocan el tema de la equidad de género, fue relevante en el estudio y análisis realizado, el estatus o importancia del derecho internacional de los derechos humanos dentro de cada constitución, lo que se refleja en el cuadro: Marco teórico de los derechos.

La estructura judicial (el acceso a las cortes y la independencia de los jueces)

Una vez existe un marco de derechos, los jueces necesitan tener la oportunidad de usar esos derechos para interpretar y

10. Epp, Charles. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

11. Epp, p. 11.

12. Usamos el concepto de política como lo han hecho las feministas al evidenciar que lo personal es político.



MARCO TEÓRICO DE LOS DERECHOS			
Basado en provisiones constitucionales e instrumentos internacionales			
DERECHOS	ARGENTINA	COLOMBIA	PERÚ
Carta de derechos	X	X	X
Aplicabilidad directa de los derechos		X Art. 85	
Derechos fundamentales como criterio de interpretación			
Referencia a instrumentos internacionales de DDHH	X Art. 31	X Art. 93	X Arts. 55, 56 y 57
Tratados universales de DDHH ratificados			X Art. 56
Protocolos facultativos ratificados			
Tratados regionales de DDHH ratificados			
Recomendaciones de los comités de monitoreo			
Derecho a la igualdad formal	X Arts. 8, 14, 16	X Arts. 5, 13	X Art. 2
Derecho a la igualdad material	X Art. 75 n. 23	X Art. 13	
Acción afirmativa para promover la igualdad		X Art. 13	
Derecho a estar libre de discriminación por razón de sexo		X Art. 13	X Art. 2
Igualdad entre hombres y mujeres	X Art. 75 n. 23	X Art. 43	
Promoción de la participación política de mujeres	X Art. 37	X Art. 40	

controlar la legislación aprobada en el Parlamento. El cuadro de acceso a la justicia nos permite

compilar información sobre las posibles maneras de llevar casos a la Corte, que se describen

en la Constitución. El control constitucional le da a los jueces la posibilidad de representar las



voces de las minorías, incluyendo aquellas que no tienen quién las represente en el Parlamento y de esta manera enriquecer el debate sobre la constitucionalidad de las leyes. Esta es la razón por la que la participación ciudadana en estos casos es tan importante, y cuando se permite, útil para el litigio de interés público.

La manera en que las cortes ejercen el poder de control constitucional puede ir desde casos individuales (tutela o amparo), a preguntas sometidas por jueces ordinarios durante el conocimiento de un caso particular, a demandas de constitucionalidad abstracta contra cierto estatuto. En general, si otros elementos

no cambian, entre más posibilidades existan para acceder a las cortes, más oportunidades van a tener los jueces de promover alguna causa (no siempre coherente con su obligación de promocionar los derechos humanos). Las demandas de inconstitucionalidad tienen una serie de variaciones. Las más

PODER JUDICIAL			
Con base en artículos constitucionales			
CARACTERÍSTICAS	COLOMBIA	PERÚ	ARGENTINA
¿Existe una Corte especializada en proteger la primacía de la Constitución?	SÍ	SÍ	No
Peticiones individuales	CP* Art. 86		CP Art. 43
Preguntas constitucionales			
Demandas en abstracto		X Art. 200	
De proyectos de ley	Gobierno Art. 241	X Art. 107	X Art. 102
De tratados internacionales antes de su ratificación	Gobierno Art. 241		
De reformas constitucionales	CC* Art. 241	X Art. 206	
De leyes orgánicas	Automático Art. 241		
De leyes en vigor	CC Art. 241		



comunes son de proyectos de ley, de leyes, de reformas constitucionales, de tratados internacionales, y leyes orgánicas (ver cuadro Poder Judicial).

De otra parte, no es suficiente contar con una estructura constitucional para que se protejan los derechos de manera consistente. Es necesario contar con jueces que tengan el poder para anular legislación que sea contraria a los derechos y que además quieran usar este poder. Es por esta razón que la manera en que funciona el poder judicial puede ser un indicativo de por qué se usa o se atreve a usar derecho internacional para resolver el problema de la discriminación de la mujer en las legislaciones nacionales (ver cuadro Poder Judicial).

Contexto nacional de los países estudiados

PERÚ

• **ESTRUCTURA POLÍTICA.** La Constitución peruana de 1993 es producto de la inestabilidad política sufrida por el país desde la década de los 90, durante el período presidencial de Alberto Fujimori. De acuerdo con la

Constitución Política de 1993, la República del Perú es democrática social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible; su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes. (C.P., art. 43).

Debido a la inestabilidad política, el poder judicial ha sufrido sucesivas reorganizaciones que han afectado su independencia. En 1995 se creó la Comisión Ejecutiva del poder judicial y en junio de 1996 el Consejo de Coordinación Judicial y la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público. Tales comisiones ejecutivas fueron creadas para conducir la reorganización del poder judicial y del Ministerio Público. No obstante, con la expedición de la Ley 27367 del 6 de noviembre de 2000 se desactivan las comisiones ejecutivas mencionadas, y se establece el Consejo Transitorio del Poder Judicial y el Consejo Transitorio del Ministerio Público, que a su vez fueron desactivados, por mandato de la misma ley, el funcionamiento del Consejo Ejecutivo del poder judicial y de la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público, instituciones que se mantienen hasta la fecha.

• **SISTEMA JUDICIAL.** El poder judicial peruano está integrado por órganos jerárquicos que administran justicia en nombre de la nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración (C.P., art. 143). Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de la República, las Cortes Superiores de Justicia en los respectivos distritos judiciales, los juzgados especializados y mixtos en las provincias respectivas, los juzgados de paz letrados en la ciudad o en la población de su sede, y los juzgados de paz (C.P., art. 26).

La Corte Suprema es el organismo máximo del poder judicial y su competencia se extiende a todo el territorio de la república. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, conoce en instancia única la acción de inconstitucionalidad y, en última instancia, las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento (C.P., art. 202).

• **ESTATUS DEL DERECHO INTERNACIONAL.** Los tratados en vigor ratificados por el Estado forman parte del derecho nacional. (C.P., Art. 55). Las normas relativas a los derechos y las libertades



que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú (C.P., Art. 55)¹³. A diferencia de la Constitución anterior bajo la cual los tratados contaban con jerarquía superior sobre las leyes, la Constitución de 1993 contiene disposiciones que asignan a los tratados rango de ley (C.P., Art. 200).

ARGENTINA

• ESTRUCTURA POLÍTICA. Argentina es un Estado constitucional republicano ya que sus provincias pueden expedir sus propias normas, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites impuestos por la Constitución (art. 1). Presenta una tri-división de poderes que tienen representantes federales y provinciales.

• SISTEMA JUDICIAL. El sistema de justicia argentino se rige por el

principio de delegación. Todas las materias que las provincias no hayan delegado, son de competencia de la justicia provincial. La justicia federal decide los conflictos que tocan los temas taxativamente delegados por las provincias. En cualquier caso la Corte Suprema de Justicia es el máximo órgano del poder judicial, incluyendo la jurisdicción contencioso-administrativa que está incorporada a la estructura del poder judicial.

• ESTATUS DEL DERECHO INTERNACIONAL. Los tratados internacionales de derechos humanos tienen una jerarquía superior a la ley pero inferior a la Constitución, una vez han surtido el proceso de ratificación ante el Congreso Nacional. La reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución diez tratados de derechos humanos, incluyendo la Convención de la CEDAW. Para incorporar nuevos tratados de derechos humanos, su ratificación en el Congreso deberá contar con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara. Adicionalmente, la jurisprudencia

ha indicado que los principios de derecho internacional de los derechos humanos y las decisiones de organismos internacionales son fuente interpretativa, mientras que la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es de carácter obligatorio.

COLOMBIA

• ESTRUCTURA POLÍTICA. Colombia reformó su Constitución Política en 1991. Según la nueva Constitución, Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria y descentralizada. Estructuralmente el poder público está dividido en tres ramas. El Presidente, los gobernadores, alcaldes, senadores y representantes a la Cámara son elegidos popularmente mediante voto secreto.

Aunque Colombia ha mantenido un sistema democrático estable, el país ha estado enmarcado en un conflicto interno desde hace más de seis décadas.

13. La Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), fue firmada el 23 de julio de 1981 y ratificada el 13 de septiembre de 1982. Su Protocolo Facultativo fue firmado el 22 de diciembre de 2000 y ratificado el 9 de abril del 2001.



• **SISTEMA JUDICIAL.** Colombia tiene cuatro jurisdicciones: la ordinaria, la contencioso-administrativa, la constitucional y las jurisdicciones especiales. Son las cortes máximas de las tres primeras jurisdicciones la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente. La Fiscalía hace parte de la rama judicial y se encarga de acusar e investigar los delitos. El Ministerio Público, compuesto por la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, vela por el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la acción del Estado y sus funcionarios.

La Corte Constitucional ha jugado un rol particular en la promoción de la carta de derechos de la Constitución de 1991 a través de la revisión y unificación de las acciones de tutela conocidas por cualquier juez de la nación, y de las acciones de inconstitucionalidad de las leyes que cualquier ciudadano puede llevar directamente ante la misma Corte.

• **ESTATUS DEL DERECHO INTERNACIONAL.** Los tratados de derecho internacional son celebrados por el Presidente o quien él delegue y deben ser sometidos al Congreso para que se aprueben

como ley de la república. Posteriormente deben ser revisados por la Corte Constitucional para asegurar su constitucionalidad. En este sentido el derecho internacional tiene el mismo estatus que las leyes ordinarias. Sin embargo, cuando se trata de tratados internacionales de derechos humanos, la Corte Constitucional ha interpretado el artículo 93 de la Constitución con la figura del bloque de constitucionalidad, según la cual este tipo de normas internacionales, una vez ratificadas por Colombia, se entienden incorporadas a la Constitución y son por lo tanto criterio de referencia para el estudio de constitucionalidad de las leyes.

III. Identificación y análisis de la jurisprudencia comparada

COLOMBIA

Desde la aprobación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW– en 1981, y el protocolo facultativo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999, y aprobado por Colombia mediante Decreto Ley 984 de 2005, como instrumentos que establecen la

obligación del Estado de garantizar y ampliar la igualdad de género ante la ley, en el entendido de la discriminación contra la mujer, como una exclusión o restricción por razón del sexo, que le impone en su desarrollo y actuación en la vida social, política, laboral, cultural, económica, etc., en situaciones de desigualdad ante los hombres, y su aplicación a través del bloque de constitucionalidad en materia jurisprudencial, han sido muy importantes los avances en materia de derechos para las mujeres no obstante éstos haber sido más bien tímidos.

A pesar de que a partir de 1991 empieza a operar la Corte Constitucional, sólo se registran demandas por vía de inconstitucionalidad desde 1999 –en sentencia C-082 que declara inexecutable el numeral 7° del artículo 140 del Código Civil, por medio del cual declaraba nulo y sin efectos el matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre y cuando se hubiere probado en juicio y previo a la celebración del matrimonio–, y son pocas las sentencias que han aplicado la CEDAW en la parte resolutoria de la misma.

En esta investigación se analizaron 21 sentencias desde 1996



hasta el año 2007 y a pesar de que en muchas de estas se presenta el caso de la discriminación en razón al género, en muy pocas de ellas se invoca la aplicación vía bloque de constitucionalidad de instrumentos internacionales como la CEDAW. Esto devela la falencia que tienen algunos abogados y abogadas en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres y la falta de perspectiva de género en el estudio y aplicación del cuerpo normativo, lo mismo que la falta de conocimiento y/o aplicación de este instrumento por parte de los y las activistas.

Al parecer la interpretación y aplicación de los artículos 13 y 43 de la Constitución Nacional ha sido suficiente para el estudio de los casos presentados ante la Corte sin aplicar otros valiosos instrumentos internacionales como lo es la CEDAW, para darle mayor alcance y contenido al derecho de las mujeres a obtener un mejor trato y consideración frente a la consuetudinaria discriminación de la que vienen siendo objeto.

• **PROTECCIÓN O EQUIPARACIÓN.** La pretensión frente a la Corte ha variado según la situación jurídica concreta demandada. En algunas se ha buscado la

protección real y efectiva de los derechos de las mujeres, como es el caso de la sentencia C-371 de 2000, de acciones afirmativas en contraste a la reclamación de algunos hombres de que aquellas acciones afirmativas también los cobijen a ellos. Tal es el caso de los empleados de Telecom que solicitaban que a los padres cabeza de familia se les diera el mismo trato que a las mujeres.

Ha sido generalizada entre los miembros de la Corte la opinión de que es necesario el empleo de acciones fácticas tendientes a equiparar la condición de la mujer con la del hombre, desde lo privado en la situación de las mujeres cabeza de familia, y en lo público como es la participación de las mujeres en los cargos al interior del gobierno y, lo más sensible, comprender la autonomía de las mujeres frente al cuerpo y la sexualidad pero que no se reflejó de manera decidida en la sentencia de la despenalización del aborto, sino que se declararon tres situaciones en las que dicha práctica se despenalizaba: a) Riesgo de morir de la madre, b) Malformaciones del feto que lo hacían inviable, y c) Que el embarazo fuere producto de una violación.

• **CONCLUSIÓN.** Habida cuenta de que a pesar de que en Colombia la jurisprudencia en la que se invoca la CEDAW ha sido prolífica y de carácter progresista, se ha develado dentro de los juriconsultos accionantes tanto en tutela como acciones de inconstitucionalidad, el desconocimiento que muchos de ellos tienen en materia de instrumentos internacionales que protegen los derechos de las mujeres. Lo que nos permite concluir, como resultado de esta investigación, la importancia de promover que la Universidad Autónoma de Colombia imparta un diplomado dirigido a formar abogados y abogadas especializados en esta materia, para que en su práctica profesional de litigantes puedan invocar mayores instrumentos a la hora de hacer sus reclamaciones a los órganos operadores de la justicia en Colombia.

Asimismo, se hace necesaria la presencia de una oficina de estudio de mujer y géneros cuyos temas de análisis de la realidad socio-jurídica sean transversales a todas las problemáticas que plantea la sociedad y su injerencia en la academia. Es decir, que esto se vea reflejado en los currículos de las diferentes carreras y programas como una respuesta también a su compro-



miso de elevar los estándares de calidad académica y proyección social.

Este diplomado se puede articular con la implementación de la oficina de la CEDAW en Colombia que permita conocer, desarrollar y aplicar la protección de esta normativa internacional en instancias de grupos de mujeres, para hacer un acompañamiento con pedagogía a los miembros de la rama judicial.

PERÚ Y ARGENTINA

Dentro de la jurisprudencia encontrada de las cortes de Perú y Argentina hemos hallado tendencias interesantes. Sin embargo es importante resaltar que es muy escasa la jurisprudencia que cita y mucho menos la que usa los criterios establecidos por la CEDAW, ni siquiera de manera formal.

Tratándose de violencia sexual, en la jurisprudencia se pueden ver los disímiles criterios uti-

lizados en los diferentes procesos, para los distintos delitos sexuales que juzgan. En el caso particular de una violación en Perú, resulta aberrante la forma en que se califica la conducta. Es así como la penetración parcial del miembro viril en la cavidad vaginal o anal de la víctima no constituye violación sexual sino tan sólo tentativa de violación. Esto revela la existencia de un criterio que aún permanece en algunos magistrados: la noción de violación como acto fundamentalmente “sexual” que tiene como fin satisfacer eróticamente al agresor, hecho que se produciría, según este criterio, sólo cuando se produce la penetración total (Expediente N° 28-98 del 31 de julio de 1998)¹⁴.

En Argentina la valoración de la prueba es material y depende de los prejuicios del juez, sin tener en cuenta la dignidad ni la dimensión de los daños del afectado¹⁵; se valoraron pruebas fragmentarias y aisladas omitiendo otras esenciales en las decisiones judiciales, por esto las

altas cortes entran nuevamente a revisar los fallos con el fin de corregir la vías de hecho¹⁶.

El delito de abuso sexual, se configura sólo si existe una efectiva penetración por parte de un pene y éste debe ser identificado como tal por la víctima aun cuando ésta sea una menor incapaz¹⁷, con el agravante de que la Corte Suprema no tiene la capacidad de revocar las decisiones de las cámaras inferiores, y solamente puede dejarlas sin efecto y solicitar un nuevo juzgamiento.

La jurisprudencia nos da a entender que a pesar de la legislación no se protege la dignidad, ni la salud psíquica de los menores pues la constitución de la violación se da únicamente en los casos de penetración total con rompimiento del himen, una adecuación muy estricta a la norma que no valora en realidad la intención del sujeto infractor. Además, la subvaloración de la versión de las agraviadas pese a ser uniforme y sistemática, no es

14. Derechos vulnerados: libertad sexual; integridad física, psíquica y moral; derecho a la vida; derecho a una vida libre de violencia. Legislación pertinente, artículo 173 incisos 1, 16 Código Penal 1991. Artículos 298, 299 del Código de Procedimientos Penales. Artículo 2 inciso 1 Constitución Política del Perú.

15. No. 060493. Fecha de la decisión: 06 de abril de 1993 (Argentina).

16. No. 060493. Fecha de la decisión: 06 de abril de 1993 (Argentina).

17. Nombre de la sentencia: Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Fecha: marzo 24 de 1992 (Argentina).



tomada como medio probatorio suficiente, como sí lo es la desfloración vaginal que puede ser desvirtuada por condiciones físicas como el himen complaciente, tal como lo encontramos en un fallo absolutorio por un caso de violación¹⁸. La Corte Suprema peruana tratándose de delitos sexuales como lo es la violación, tiene criterios basados en el aspecto objetivo del delito, pero no valora el aspecto subjetivo como la culpabilidad (la intención del individuo); presupone que el sujeto activo pudo no ser capaz de cometer el delito por incapacidad física de realizar el acto sexual, aunque éste siempre expresó su intención de cometer violación sexual¹⁹.

En otros casos, la Corte tiene en cuenta factores muy subjetivos, como el amor, una relación sentimental, o un posterior matrimonio, en algunos casos en los que se comete acto sexual con menor impúber. En estos casos no se tiene en cuenta que el acto en sí mismo, aunque no implique violencia, implica una afectación

al desarrollo psicológico de la menor, aun cuando ella haya dado su consentimiento pues su capacidad en esta etapa es nula, y lo que se debe proteger es la inocencia y el correcto desarrollo tanto físico como psicológico; respecto al bien jurídico protegido estima que la vulneración del derecho a la libertad sexual se “repara” con la celebración de matrimonio entre encausado y agraviada. Afortunadamente el criterio fue superado por la legislación vigente desde 1991 dado que en los casos de violación sexual de menores de 14 años, la ley debe proteger la libertad y el “honor sexual” de éstos.²⁰

Es preciso decir que la convención CEDAW no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre, sino también por aquellos practicados por terceros. Los gobiernos tienen la obligación de adoptar medidas con la diligencia debida para prevenir tales actos entre individuos que vivan bajo sus jurisdicciones.²¹

El aborto es una temática difícil; la legislación en ambos países prohíbe el aborto aunque establece algunas excepciones. Sin embargo podemos observar en Perú y Argentina una vulneración a la libertad de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo, con figuras como la objeción de conciencia, en la cual se amparan las instituciones prestadoras de salud para no realizar prácticas como el aborto, y éste también es un problema frecuente en ambos países. Otra de las figuras que es tendiente a vulnerar los derechos de las mujeres es el secreto profesional. En el Estado peruano es clara la relación existente entre aborto clandestino y mortalidad materna, toda vez que reconoció que la tipificación del aborto como delito no hace desistir del aborto sino que lo hace inseguro y peligroso para las mujeres. La disposición legal que obliga a los proveedores de servicios de salud a informar a las autoridades sobre los casos en que existan indicios de aborto inducido, exceptuándolos de su derecho a la reserva profesional,

18. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria, Expediente N° 191/2002, de 17 de mayo de 2002 (Perú).

19. Consulta N° 555-2000. Fecha de la decisión: 31 de enero de 2001 (Perú).

20. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Expediente N° 71-98, de 2 de marzo de 1999 (Perú).

21. El artículo 5 de la CEDAW exige a los Estados “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prácticas basadas en la idea de la inferioridad de la mujer... (Perú).



disuade a las mujeres de acudir a los servicios de salud cuando la interrupción del embarazo les produce complicaciones. Esta norma, además de contra-venir el derecho a la intimidad, atenta contra el derecho a la integridad física, ya que ellas, por temor al castigo judicial y al trato cruel de que pueden ser objeto en los establecimientos de salud –“son expuestas a interrogatorios intimidatorios y otras prácticas asociadas a la idea de castigo que merecen recibir las mujeres que interrumpen sus embarazos”–, no se hacen tratar oportunamente los abortos incompletos²².

En ambos países existen fallos contradictorios en materia de penalización del aborto, pues muchas veces se juzga de acuerdo con los prejuicios del juez natural. Respecto a la protección del nasciturus es importante tener en cuenta que

en Argentina se protege la vida del menor desde la concepción, por tal razón, se permitiría sólo el aborto en caso de que afectara la vida o salud de la mujer. En consecuencia, así el feto no tuviese capacidad de sobrevivencia fuera del vientre se protegerá su vida hasta que nazca²³. Mientras que en el Perú se considera que el pequeño organismo se convierte en ser humano a partir de la anidación del mismo en el útero (argumentación jurídica) y en el momento de la fecundación (perspectiva religiosa).

El problema de género también es importante para la orientación sexual del individuo, pues la identidad de las personas es muchas veces vulnerada por sus preferencias sexuales. Podemos observar en la jurisprudencia cómo en muchos casos se vulnera el derecho a la identidad por su orientación sexual, vemos por ejemplo un caso en el

cual un hombre perteneciente a la Policía se hace acreedor a una sanción por el cargo que ostenta²⁴.

Argentina no es ajena a este fenómeno tampoco, pues basado en la idea de que iba en contra de la moral pública negarle el derecho a su constitución como persona jurídica a la CHA (Comunidad Homosexual Argentina), la comunidad gay se defendió alegando:

(...) “no busca que quien no sea homosexual lo sea sino asegurarse el respeto de quien no lo sea. Además afirma que la homosexualidad es una forma de vida merecedora de la misma consideración que las restantes (...)”²⁵

Percepciones cualitativas sobre los usos de la CEDAW

La aplicación de las encuestas a expertos y expertas nacionales

22. En 1998 el Comité de la CEDAW, con ocasión del examen del Tercer y Cuarto Informe periódico (Perú). Recomendando al Estado peruano revisar la legislación sobre el aborto y velar porque la mujer tenga acceso a servicios de salud generales y completos, que incluyan el aborto sin riesgo y la atención médica de urgencia cuando surjan complicaciones derivadas del aborto. Sin embargo, el Estado peruano ha hecho caso omiso de dicha recomendación.

23. Nombre de la sentencia: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 11/01/01 (Perú).

24. ¿Puede entonces el Estado inmiscuirse en algo tan privado como lo es la esfera de la libertad humana en aspectos tan íntimos como las preferencias sexuales?, ¿puede entonces considerar ilegítima la opción o preferencia sexual de una persona? y, a partir de allí, establecer una sanción en la relación que establezca con uno de sus miembros por las calidades que ostenta. Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2868-2004-AA/TC.

25. Argentina. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 22/11/91 (causa: “Comunidad Homosexual Argentina contra Resolución Inspección General de Justicia).



y regionales se hizo con el fin de identificar si la CEDAW es una guía eficaz de interpretación y garante de los derechos de las mujeres, en los países analizados (Colombia, Argentina y Perú). De igual manera, la pretensión de los instrumentos era dar cuenta de la forma en la que la CEDAW ha sido incorporada en la normativa interna; es por ello que la lectura comparada de la aplicación de los instrumentos, responde a la identificación de enunciados que correspondan a categorías analíticas y subcategorías descriptivas para caracterizar la especificidad del uso de la CEDAW en cada uno de los países objeto de la investigación. De igual manera, la información obtenida se ha clasificado a partir de dos criterios (legal y percepción) que corresponden al lugar de enunciación de las respuestas, es decir, si éstas se ciñen o citan normas, leyes, sentencias, etc., o si son opiniones de los y las encuestadas.

Es fácil ver que de manera consistente la CEDAW se percibe como un instrumento con algún tipo de valor jurídico vinculante, sin embargo también se percibe que su uso ha tenido más repercusión como guía conceptual en la unificación de lenguaje (pero no de conceptos,

como ocurre con el concepto de discriminación) y en la elaboración de políticas públicas y como herramienta de veeduría o activismo. Su uso por tanto puede circunscribirse más al terreno de la promoción que al de la protección y garantía reales, lo que confirma que se está desperdiciando el enorme potencial que ofrece la Convención.

IV. Conclusiones y recomendaciones

¿Qué tanto se usa la CEDAW?

- Colombia es sin duda el país donde más se usa la CEDAW.

La cantidad de jurisprudencia en la que se cita la CEDAW, en Colombia supera notoriamente la encontrada en Perú y en Argentina. Una de las razones podría encontrarse, como lo afirma Charles Epp, en el acceso a la justicia que se tiene con la figura de la tutela, que asegura además la revisión periódica de la Corte Constitucional, según sus propias prioridades sobre temas cuya jurisprudencia desean rectificar o unificar. A pesar de este uso, es importante resaltar que así como se cita la CEDAW se citan otros tratados de derechos

humanos en muchos casos con un único objetivo legitimador, es decir, sin buscar realmente el significado material sino solamente la formalidad de estos.

- Los profesores de Derecho en general la conocen pero no la enseñan. Si bien es cierto que en la academia es generalizado el conocimiento de la CEDAW, este conocimiento es en la gran mayoría de los casos puramente formal, es decir, se reconoce su existencia como uno de los principales tratados de derechos humanos y en particular uno que busca eliminar la discriminación contra la mujer. Sin embargo, este conocimiento ni va más allá ni puede responder a preguntas básicas como ¿en qué consiste la discriminación a la mujer según la CEDAW?, ¿cuáles son las diferentes áreas donde se manifiesta la discriminación contra la mujer? o ¿qué medidas deben tomar los Estados para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer? Por esta razón, los profesores y profesoras de Derecho no pueden transmitir este conocimiento, porque simplemente no lo tienen.

Al mismo tiempo, también existe un número reducido de



académicos que en efecto tienen más información sobre la Convención, pero muchos de ellos la consideran poco relevante o incluso ilegítima –por ser parte del derecho internacional– como para incluirla dentro de sus currículos.

Adicionalmente, aquellos que dictan clases sobre derecho internacional de los derechos humanos, la mencionan como una convención más pero no realizan el ejercicio de interpretar las demás convenciones de acuerdo con lo establecido por la CEDAW, es decir “con perspectiva de género”.

- Las activistas en general la usan sólo con fines de promoción de la igualdad de la mujer en instancias políticas pero no como garantía de derechos en vía judicial. Los grupos de activistas que abogan por los derechos de la mujer conocen en efecto la existencia de la Convención y la usan constantemente para sostener sus reclamos políticos y justificar su acción y veeduría. De hecho en muchos países los grupos de mujeres han logrado cambios legislativos gracias a la invocación del compromiso político asumido por sus países al ratificar la CEDAW. Su uso

entonces se limita a hacer promoción de derechos y lobby para alcanzar reformas legales o de políticas públicas. Si bien estas acciones son notables y en gran parte han sido exitosas, han ignorado el potencial que tiene la Convención como instrumento jurídicamente vinculante para exigir la protección y garantía de derechos ante las instancias judiciales nacionales.

Hay que reconocer también que las activistas internacionales sí han usado con rigurosidad los argumentos que la CEDAW ofrece en procesos de litigio internacional ante diferentes organismos y tribunales.

- Los jueces no la conocen y por lo tanto nunca la usan como argumento central o guía de interpretación constitucional. La estructura judicial y de derechos de todos los países estudiados permitiría, de manera plena, el uso de la CEDAW como instrumento de derecho internacional por parte de jueces de cortes nacionales, sea como derecho vinculante o al menos como guía de interpretación judicial. Sin embargo, la CEDAW en la rama judicial es un fantasma que en

el mejor de los escenarios se usa para obtener legitimidad sin que exista una conciencia jurídica real de sus contenidos. En otras palabras, la CEDAW no se conoce por parte de los jueces, y sólo en algunos casos se cita en ciertas decisiones pero son contados los casos en los que en efecto se usan los criterios ofrecidos por la convención para decidir procesos judiciales. Son notables en este sentido las decisiones colombianas sobre cuotas femeninas y aborto, pues presentan razonamientos y referencia a la CEDAW como uno de los argumentos centrales de la decisión. De otra parte ya que son muy pocos los casos en que las activistas llevan sus acciones al ámbito judicial, son muy pocos los casos en los que las partes presentan este tipo de argumentos y por lo tanto no existe el efecto pedagógico que los litigantes podían tener frente a sus jueces.

V. Recomendaciones finales

- Aplicar los instrumentos a los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad para determinar su conocimiento, uso y percepción de la CEDAW.



- Fomentar un proceso de formación para profesores de Derecho, que no sólo desarrolle los contenidos de la CEDAW sino que incluya un ejercicio de aplicación de la perspectiva de género allí propuesta, a sus materias y currículos específicos en las diferentes áreas del Derecho.
- Inclusión en el currículo de Derecho del resultado del proceso de formación de profesores en las diferentes materias y de una especializada que sea optativa para los estudiantes más interesados.
- Creación de un programa de formación para activistas sobre todos los usos (promoción, garantía, guía de interpretación, responsabilidad internacional).
- Adaptar y aplicar instrumento a jueces, empezando con jurisdicciones concretas a seleccionar.
- Creación de un programa de formación sobre el uso de la CEDAW como guía de interpretación judicial.
- Negociación de la inclusión del programa de formación o

parte de sus contenidos en el pensum de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

VI. Jurisprudencia

A continuación se presenta el modelo de la ficha para la síntesis de la jurisprudencia, que el equipo de investigación realizó con el fin de sistematizar las decisiones judiciales de las altas cortes de los tres países objeto del análisis comparativo.



Jurisprudencia

Referencia 1	Número de sentencia:	C-355/06
	Número de expediente:	D-6122, 6123 y 6124
	Magistrados ponentes:	Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández
	Vistos	Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 Código Penal, de Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.
	Fecha	Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006).
Tema	Aborto-Fundamento de la prohibición.	
Subtema	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-Marco normativo básico sobre el derecho a la vida. Convención sobre los Derechos del Niño. No consigna expresamente que el nasciturus sea una persona humana. Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Derecho a la salud reproductiva y planificación familiar.	
Norma acusada	<p>Art. 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:</p> <p>1. (...)</p> <p>7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.</p> <p>(...)</p> <p>CAPÍTULO CUARTO</p> <p>Del aborto</p>	



Norma acusada	<p>Art. 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.</p> <p>A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.</p> <p>Art. 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.</p> <p>Art. 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.</p> <p>Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.</p>
Derecho fundamental vulnerado	<p>La demandante considera que las normas demandadas violan el derecho a la dignidad, a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad establecidos en el preámbulo, los artículos 1º, 16 y 42 de la Constitución Política. Igualmente encuentra vulnerados el derecho a la igualdad y a la libre determinación (art. 13 C.P.), el derecho a la vida, a la salud y a la integridad (arts. 11,12,43,49 C.P.), el derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 12 C.P.), y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 C.P.).</p>
Problema jurídico	<p>Se cuestiona la interrupción del embarazo como conducta punible, por cuanto dichas tipificaciones atentan gravemente contra la vida, la libertad; libre desarrollo de la personalidad; privacidad o intimidad; igualdad; la integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre e igualmente viola la dignidad humana de la mujer y su libertad de conciencia.</p>
<i>Obiter dictum</i>	<p>La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien</p>



	<p>jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.</p>
<i>Ratio decidendi</i>	<p>Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos y, como tales, han entrado a formar parte del Derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y, por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social. La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.</p>
<i>Decidum</i>	<p>Primero. Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3 de la parte considerativa de esta sentencia.</p> <p>Segundo. Declarar exequible el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.</p> <p>Tercero. Declarar exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento,</p>



<i>Decidum</i>	<p>abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.</p> <p>Cuarto. Declarar inexecutable la expresión "... o en mujer menor de catorce años ..." contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.</p> <p>Quinto. Declarar inexecutable el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.</p>
Salvamento de voto del magistrado Rodrigo Escobar Gil	<p>"La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre..." "En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional."</p>
Aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería	<p>El derecho solamente reconoce personalidad jurídica a aquel ser que ha nacido, y por tanto posee derechos ciertos. En otras palabras, mientras el ser no nazca lo que existen son intereses susceptibles de protegerse, o más exactamente prestaciones en favor de este, sin que ello traiga consigo que se le esté reconociendo personalidad jurídica. Los seres humanos con personalidad jurídica tienen la posibilidad de obligarse, y por ende pueden adquirir bienes y servicios, contratar, fungir en calidad de acreedores o deudores, tienen una serie de deberes con el Estado como pagar impuestos o prestar el servicio militar. Situación jurídica no presente en aquellos intereses sin personalidad jurídica, que si bien pueden ser protegidos por el derecho no implica ello de suyo el reconocimiento de la personalidad jurídica. Por consiguiente, el nasciturus es ser protegido por el derecho pero claramente no tiene personalidad jurídica; y no la tiene por cuanto no puede adquirir bienes o servicios, contratar, pagar impuestos, etc. La exclusión constitucional de diseños legislativos que adopten posiciones absolutas obedece a que (a) cuando una constitución garantiza derechos que protegen un ámbito de decisión de la mujer en asuntos propios de su esfera vital, el legislador no puede obligar a la mujer a llevar a término su embarazo sin importar los riesgos y las cargas que ello pueda implicar; (b) el que una constitución garantice el derecho a la vida no genera como consecuencia que el aborto</p>



	<p>deba ser siempre considerado como un delito sin importar el impacto que ello tiene sobre los derechos de la mujer; (c) el que una Constitución reconozca los derechos de la mujer no implica que la situación del feto sea indiferente para el derecho constitucional de tal forma que el legislador puede, y en ciertas hipótesis debe, protegerlo por medio de los instrumentos que estime necesarios, uno de los cuales –pero no el único ni el más eficaz jurídicamente– es el penal.</p>
<p>Salvamento de voto del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra</p>	<p>Manifiesta este magistrado que, si bien es cierto y a pesar de existir el fenómeno de cosa juzgada en razón de la sentencia C-133 de 1994, la <i>ratio decidendi</i> producto de esta y otros pronunciamientos posteriores proferidos tanto en sede de constitucionalidad como de tutela, subsistía como un precedente jurisprudencial que no podía ser ignorado por la Corte en este caso, y que exigía exponer una carga argumentativa sobre un cambio científico y sociológico constatable, que no se dio en la presente oportunidad.</p> <p>Como salvamentista considera inaceptable la distinción planteada en la sentencia, según la cual la vida del ser humano no nacido es tan sólo un “bien jurídico”, al paso que la vida de las personas capaces de vida independiente sí constituye un derecho subjetivo fundamental. A nuestro parecer, la vida humana que aparece en el momento mismo de la concepción constituye desde entonces y hasta la muerte un derecho subjetivo de rango fundamental en cabeza del ser humano que la porta, y en ningún momento del proceso vital puede ser tenida solamente como un “bien jurídico”, al cual pueda oponerse el mejor derecho a la vida o a la libertad de otro ser humano.</p>
<p>Salvamento de voto del magistrado Álvaro Tafur Galvis</p>	<p>Luego de estudiar de manera particular (i) las recomendaciones a Colombia del Comité de los Derechos Humanos (CDH), encargado de monitorear el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, proferidas en mayo de 1997 y mayo de 2005, (ii) las recomendaciones del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y en especial la Recomendación General Número 24 sobre “La Mujer y la Salud”, (iii) las recomendaciones a Colombia del Comité encargado de monitorear la Convención de los Derechos del Niño (CRC), y particularmente las observaciones hechas a Colombia por dicho organismo en octubre de 2000, y (iv) las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Colombia, de 26 de febrero de 1999, es necesario hacer las siguientes precisiones: (i) es evidente que distintos organismos encargados del seguimiento de los derechos humanos en Colombia han</p>



Salvamento de voto del magistrado Álvaro Tafur Galvis	<p>manifestado su preocupación en relación con la situación de la mujeres en el país y de manera particular han valorado negativamente la circunstancia de que cualquiera de ellas que recurra al aborto sea procesada de manera indiscriminada; (ii) también es claro que varias de esas observaciones y recomendaciones pueden ser vinculantes para Colombia, en el sentido de que deberán ser tenidas en cuenta por los distintos órganos del Estado cuando se formulen y apliquen las políticas relativas a las mujeres; (iii) a pesar de ello, para efectos del Control de Constitucionalidad ninguna de ellas cumple los requisitos antes explicados necesarios para considerarlas como integrantes del bloque de constitucionalidad.</p> <p>Ni del texto de la Constitución, ni de los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad, ni de la jurisprudencia que en torno de la garantía y protección a la vida y a los derechos de la mujer gestante puede llegarse a concluir que tipifican el aborto como conducta punible pueda atentar contra la dignidad de la mujer. Al contrario, la jurisprudencia de la Corte y de manera muy especial la proferida en sede de tutela reivindican la condición de la mujer gestante, aún en condiciones en que de conformidad con las tradiciones y los estereotipos sociales el embarazo es motivo de censura por parte de la comunidad y la familia. Tampoco es un atentado a la intimidad de la mujer que el legislador haya consagrado una política criminal como la que contiene el Código Penal vigente y de la cual forma parte la norma demandada; todo depende de otras políticas que el Estado a través del órgano idóneo establezca y desarrolle para fortalecer a la mujer de manera integral.</p>
Aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa	<p>Cabe indicar que según se ha aceptado, podría darse el caso de algunas resoluciones y recomendaciones que ostenten carácter vinculante y ser tenidas como fuente del derecho internacional. Para estos efectos, en primer lugar debe acudirse al tratado constitutivo pues tal obligatoriedad debe desprenderse de dicho acto. Adicionalmente, para ser creadoras de derecho internacional las resoluciones deben cumplir estos requisitos: (i) ser una manifestación de la voluntad de la organización, adoptada conforme al tratado constitutivo; (ii) no depender de la aceptación de otro sujeto internacional; (iii) ser una manifestación de voluntad directamente dirigida a crear normas de derecho internacional según su tratado constitutivo, y no a exhortar, aconsejar, sugerir, instar a adoptar una conducta, solicitar colaboración, etc.; (iv) no desconocer normas de “<i>jus cogens</i>” o derecho imperativo aceptado por la comunidad internacional en su conjunto. En armonía con los anteriores</p>



	<p>enunciados, se tiene, entonces, que las resoluciones o recomendaciones que, por no cumplir con los anteriores requisitos, no son vinculantes, no se convierten en obligatorias sino después de una aceptación expresa o tácita de los sujetos concernidos. Empero, si no llegan a tener efecto vinculante, sí pueden tener impacto político o efecto procedimental, o dar lugar a la consolidación de una nueva costumbre o fuerza declarativa del derecho consuetudinario preexistente.</p>
--	---

Referencia 3	Número de sentencia:	C-184/03
	Número de expediente:	D-4218
	Magistrado ponente:	Manuel José Cepeda Espinosa
	Vistos	Acción pública de inconstitucionalidad del ciudadano Carlos Arturo Rincón Gómez, de inexecutable, parcial, del artículo 1° de la Ley 750 de 2002 (“Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia”).
	Fecha	Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil tres (2003).
Tema	Discriminación positiva a las mujeres cabeza de familia.	
Subtema	Las acciones afirmativas en favor de las mujeres infractoras.	
Norma acusada	El actor acusa las expresiones <u>mujer</u> , <u>de la infractora</u> , <u>de las autoras o partícipes</u> del artículo 1° de la Ley 750 de 2002 en cuanto excluyen al varón cabeza de familia de la posibilidad de cumplir la pena privativa de la libertad en su lugar de residencia.	
Derecho fundamental vulnerado	Artículos 13 y 43 de la Constitución Nacional.	



Problema jurídico	<p>¿Desconoce el principio de igualdad y el derecho a la familia de los hombres recluidos en prisión, una ley que le concede a la mujer cabeza de familia que ha cometido un delito y ha sido condenada a una pena privativa de la libertad, la posibilidad de que la cumpla en su residencia junto a sus hijos o a las personas dependientes a su cargo, pero no a los hombres que se encuentren, de hecho, en una situación similar?</p>
<i>Obiter dictum</i>	<p>El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y, (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.</p> <p>En este orden de ideas, no sería compatible con estas finalidades de inspiración igualitaria dentro de un Estado social de derecho, que las medidas de apoyo especial a las mujeres cabeza de familia fueran dirigidas principalmente a permitir que “cumplan bien su rol doméstico dentro del hogar”, puesto que ello constituiría una reproducción del estereotipo que precisamente está asociado a las desigualdades sociales que el constituyente quiso corregir. El apoyo especial garantizado por la Constitución en estos casos es aquel que permite a la mujer desarrollar libre y plenamente sus opciones de vida sin que ser cabeza de familia se constituya en un obstáculo o una carga demasiado pesada para ella. Se trata de impedir, por ejemplo, que ser cabeza de familia le cierre opciones laborales a la mujer o que escoger una oportunidad de trabajo implique dejar de atender las responsabilidades que, tanto para los hombres como para las mujeres, significa ser cabeza de familia.</p>
<i>Ratio decidendi</i>	<p>... la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo; la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga; y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a</p>



	<p>más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.</p>
<i>Decidum</i>	<p>Se declaran exequibles los apartes acusados del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido.</p>
Aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería	<p>Si el fundamento es el inciso final del artículo 43 de la Constitución la norma es constitucional y no puede extenderse a los hombres cabeza de familia.</p> <p>En cambio, si el fundamento de la norma es el artículo 44 de la Constitución, o sea, el interés superior del niño, no puede protegerse sólo a la mujer cabeza de familia sino que debe extenderse el beneficio al padre cabeza de familia y, en consecuencia, deben ser declaradas inconstitucionales las expresiones que se refieren sólo a la mujer.</p>

Referencia 5	Número de sentencia:	C-667/06
	Número de expediente:	D-6152
	Magistrado ponente:	Jaime Araújo Rentería
	Vistos	Las ciudadanas Ana Raquel Miranda de la Hoz y Rubiela Cenit Pitre, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demanda contra la expresión “la mujer” del inciso 5° del artículo 3 de la Ley 136 de 1994.
	Fecha	Bogotá, D. C., dieciséis (16) de agosto de dos mil seis (2006).



Tema	Acciones afirmativas a favor de la mujer en bloque de constitucionalidad. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer/Acciones afirmativas a favor de la mujer en bloque de constitucionalidad-Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
Subtema	Comité de Derechos Humanos en Materia de Igualdad-Derecho a la no discriminación. Mujer-Sujeto constitucional de especial protección/Derecho a la igualdad entre hombre y mujer-Establecimiento de privilegio a favor de la mujer en solución de necesidades insatisfechas/Funciones del municipio-Establecimiento de privilegio a favor de la mujer en solución de necesidades insatisfechas.
Norma acusada	Numeral 5° del artículo 3° de la Ley 136 de 1994: solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda, recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y, en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la ley.
Derecho fundamental vulnerado	Artículo 13: el Derecho a la igualdad.
Problema jurídico	Si la norma acusada, al establecer a la mujer como privilegiada frente a las funciones de los municipios en relación con la satisfacción de necesidades insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda, recreación y deporte, discrimina de forma contraria al artículo 13 de la Constitución Política, a los hombres.
<i>Obiter dictum</i>	La mujer es un sujeto de especial protección, de protección reforzada, al interior de nuestro cuerpo normativo constitucional. En consecuencia, no se encuentra en la misma situación constitucional que el hombre, que si bien es un sujeto de protección constitucional, su protección no es especial ni reforzada.
<i>Ratio decidendi</i>	... el Derecho a la igualdad “es un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales. La identificación



	<p>de las cargas o los beneficios que se reparten a través de las medidas que generan un trato diferenciado, es eventualmente relevante para definir el grado de intensidad con el cual habrá de realizarse el juicio de igualdad, pero de ninguna manera puede ser utilizada para desvirtuarlo, afirma la sentencia. Es de resaltar, que cuando la norma demandada hace referencia a que la solución de las necesidades insatisfechas debe hacerse con especial énfasis, en este caso en la mujer, en momento alguno está descartando o excluyendo de dicha protección a los hombres, simplemente la solución de las necesidades insatisfechas mencionadas se hará con especial énfasis en la mujer. Situación esta que corrobora la no vulneración del derecho a la igualdad.</p>
<i>Decidum</i>	Declarar exequible la expresión “la mujer”, contenida en el numeral 5° del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, por el cargo analizado.