

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

COMITÉ DE INVESTIGACIONES

INFORME DE INVESTIGACIÓN

Género y protección de derechos humanos

**Análisis comparativo de casos paradigmáticos en la jurisprudencia constitucional
ecuatoriana y colombiana¹**

Judith Salgado Álvarez

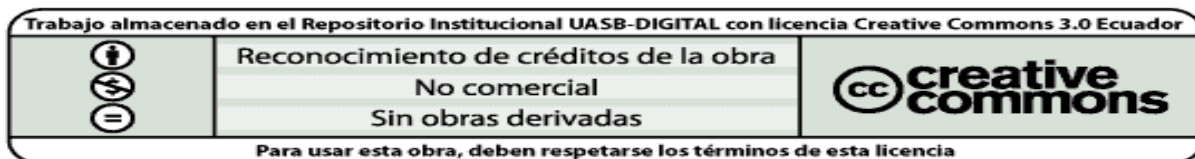
Quito – Ecuador

2008

Notas editoriales: Un resumen de este estudio fue publicado en: “Límites y posibilidades emancipatorias en la jurisprudencia constitucional”, en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., Derechos humanos, democracia y emancipación, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones ABYA YALA, 2009, p. 191-224.

“Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto”, en Revista de Derecho Foro, No. 9, I semestre 2008, UASB/Corporación Editora Nacional, pp. 219-230.

¹ Agradezco el riguroso trabajo realizado por Silvana Sánchez quien fue asistente de esta investigación. Así mismo agradezco a Agustín Grijalva y Julieta Lemaitre quienes aportaron valiosos comentarios y observaciones para afinar este artículo. Finalmente agradezco a todas las personas a quienes entrevisté por su apertura y generosidad en compartir sus opiniones.



ÍNDICE

I. Introducción	p.3
II. La Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Ecuador	p. 5
III. Incidencia del movimiento de mujeres de Colombia y Ecuador en las Asambleas Constituyentes de 1991 y 1997-98	p. 9
IV. Análisis de casos paradigmáticos en la jurisprudencia constitucional de Colombia y Ecuador	p. 16
1. Derechos sexuales y reproductivos	p. 16
1.1. La despenalización parcial del aborto en Colombia	p. 19
1.2. La Píldora Anticonceptiva de Emergencia en Ecuador	p. 27
2. Derecho a la participación política	p. 34
2.1. La ley de cuotas en Colombia	p. 34
2.2. La ley de cuotas en Ecuador	p. 41
V. Conclusiones	p. 47
VI. Bibliografía	p. 50
VII. Anexos	p. 52

I. Introducción

Considerando la importancia de la justicia constitucional en la protección de los derechos humanos, el presente artículo tiene como objetivo analizar de manera comparativa los efectos de la incorporación de la categoría de género en la protección de derechos humanos en la jurisprudencia constitucional colombiana y ecuatoriana con énfasis en casos paradigmáticos en los últimos cinco años.

Este estudio realiza un análisis del discurso jurídico entendido de manera integral esto es desde su componente formal/normativo, estructural/institucional y político/cultural.

De acuerdo a Alda Facio el derecho comprende tres componentes que están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro al tiempo que influye, limita y/o define al otro. Así: Componente formal normativo.- que es la normativa formalmente generada. Es decir la Constitución, los tratados internacionales ratificados, los códigos, reglamentos, etc. Componente estructural.- que es el contenido que legisladores / as, cortes, instancias administrativas le dan a las normas, al momento de aplicar e interpretarlas. Componente político cultural.- es el contenido que las personas le van dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que de la norma tengan.²

Desde esta perspectiva, analizo la incidencia del movimiento de mujeres en las Asambleas Constituyentes de Colombia(1991) y de Ecuador (1998)³; describo la normativa constitucional relacionada con tal incidencia⁴; comparo casos paradigmáticos⁵ resueltos por la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC) y el Tribunal Constitucional del Ecuador (en adelante TCE) respecto de derechos sexuales y reproductivos y participación política⁶; incorporo en cada punto las percepciones de integrantes de organizaciones de mujeres y docentes universitarias/os a quienes entrevisté en los dos países⁷.

El género como categoría de análisis aporta a construir nuevas entradas y miradas al tratamiento de diversas temáticas, entre ellas la protección de los derechos humanos.

Existe una confusión muy generalizada de utilizar género como sinónimo de mujer, lo cual anula la riqueza de la categoría. Asumo para este trabajo investigativo la interesante definición planteada por Joan Scott cuyo núcleo reposa en la conexión integral de dos proposiciones, “el género es un elemento constitutivo de las relaciones

² Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal “en Alda Facio y Lorena Fries (Editoras), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000, pp.108-109.

³ Componente político/cultural.

⁴ Componente formal/normativo.

⁵ La calificación de caso paradigmático para este estudio responde a la confluencia de los siguientes elementos: (i) Que hayan sido ubicados como tales por el y las informantes calificados entrevistados; (ii) Que sea posible establecer una comparación entre las sentencias dictadas por la CCC y el TCE; (iii) Que hayan tenido resonancia en la opinión y el debate público; (iv) Que el tema abordado levante importantes niveles de polémica.

⁶ Componente estructural.

⁷ Componente político/cultural.

sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder”⁸. Respecto a la primera proposición el género comprende cuatro elementos interrelacionados entre sí, simbólico (representaciones múltiples y a veces contradictorias, por ejemplo las figuras de Eva y María); normativo (expresa interpretaciones de los símbolos basados en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas que afirman categóricamente el significado de varón y mujer, masculino y femenino); institucional (referido a la familia, relaciones de parentesco, mercado de trabajo, educación, política) y subjetivo (referido a la construcción de las identidades). En cuanto a la segunda proposición la autora afirma que “el género constituye el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder. No es el género el único campo, pero parece haber sido una forma persistente y recurrente de facilitar la significación del poder en las tradiciones occidental, judeocristiana e islámica.”⁹

La incorporación de la categoría de género al análisis de derechos humanos – impulsada principalmente por movimientos feministas y de mujeres¹⁰- ha permitido enriquecer su concepción, desde diversas críticas y aportes. Entre los principales:

La crítica al **androcentrismo** vigente en la visión moderna de los derechos humanos, demostrando que el supuesto sujeto universal, abstracto, titular de tales derechos en lo concreto tenía como sujeto al varón, blanco, heterosexual y con recursos económicos y por lo mismo excluía a todo el resto que no calzaba en tal modelo, convirtiéndose éstos en la práctica en *no sujetos*.

El **cuestionamiento a la dicotomía y jerarquización entre el ámbito público (masculino y político) y el ámbito de lo privado (femenino y natural)** que silenció las relaciones de poder asimétricas en el espacio privado perpetuando de tal modo diversas formas de subordinación que fueron presentadas como naturales y la exclusión de las mujeres de la esfera pública.

La introducción de ámbitos “privados” (**violencia intrafamiliar, sexualidad, reproducción**) al debate de derechos humanos, ciudadanía, esfera pública y responsabilidad del Estado.

La crítica a una concepción de **igualdad** únicamente formal que no deriva en igualdad sustancial al asumir la neutralidad del derecho y los derechos humanos e invisibilizar las relaciones asimétricas de poder. La categoría de género complejiza la relación igualdad, diversidad y no discriminación.

Una **visión integral de los derechos** que incorpora un análisis de la normativa, su aplicación y las concepciones culturales y políticas que definen la vigencia o no de los derechos humanos.

Si de resumir se tratara me parece que el punto central que el enfoque de género ha insertado en la discusión sobre derechos humanos es su relación con el poder. El

⁸ Joan W. Scott, “El género: Una Categoría útil para el análisis histórico, en *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, Marta Lamas (comp.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp.289.

⁹ *Ibíd.*, p. 292.

¹⁰ Es por esta razón que incluyo en este análisis el rol y la incidencia de los movimientos de mujeres en Colombia y Ecuador respecto de las Asambleas Constituyentes de 1991 y 1997-98 respectivamente.

Derecho concebido como espacio de neutralidad, objetividad, universalidad ha camuflado durante mucho tiempo relaciones de poder/dominación y las ha legitimado.

No obstante, así como el derecho puede ser un instrumento de dominación también puede convertirse en una herramienta de cambio social, de emancipación. Esto implica entender que el Derecho y los derechos humanos pueden contribuir estratégicamente a la construcción de sociedades equitativas siempre que prestemos atención en descifrar y evidenciar los mecanismos y las relaciones de poder.

II. La Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Ecuador

A partir de la última Asamblea Constituyente en Colombia (1991) se crea la Corte Constitucional que empieza a funcionar desde 1992. En Ecuador las reformas constitucionales aprobadas en 1996 incluyeron la creación del Tribunal Constitucional¹¹, posteriormente la Asamblea Constituyente de 1998 lo mantuvo con pocas modificaciones.

Para efectos del presente análisis me interesa ubicar de manera general las principales semejanzas y diferencias en la trayectoria del TCE y la CCC de tal manera que el análisis comparativo de los casos paradigmáticos escogidos sean enfocados dentro de dicho marco.¹²

Al realizar un análisis comparativo del control constitucional en Ecuador y Colombia, Agustín Grijalva demuestra que a pesar de las semejanzas que ambos países presentan (sistemas jurídicos formales muy similares que han creado cortes o tribunales especializados; ampliación del reconocimiento de derechos y garantías constitucionales a partir de la década de los noventa) existe una marcada trayectoria institucional diferenciada. En efecto, mientras Colombia muestra una sólida institucionalización de su CCC en Ecuador dicha institucionalización es aún muy débil.¹³

Para explicar esta aparente paradoja Grijalva recurre al análisis histórico institucional de las ciencias sociales aportando, entre otros, los siguientes elementos:

(i) En el caso de Colombia, la diferenciación entre control de constitucionalidad y de legalidad se estableció de manera temprana y consistente. En efecto, desde 1910 la Corte Suprema tuvo como parte de sus atribuciones el control constitucional abstracto luego esta atribución pasó a partir de 1991 a la CCC mientras que el control de legalidad ha sido atribución del Consejo de Estado desde 1914. En contraste en el Ecuador ha habido desde la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) en 1945 una superposición y confusión de estas atribuciones no sólo a nivel de la competencia de la jurisdicción constitucional sino además respecto a los métodos de interpretación y la lógica y argumentación jurídica aplicada.

¹¹ Cabe recordar que como antecedente del Tribunal Constitucional tuvimos en el Ecuador el Tribunal de Garantías Constitucionales.

¹² Para un análisis exhaustivo de la justicia constitucional en Colombia y Ecuador recomiendo revisar los siguientes textos: Claudia Escobar, *Estudio comparativo del proceso de judicialización constitucional en Colombia y en Ecuador*, Tesis de Maestría, UASB, 2006; Agustín Grijalva, *Independencia y control constitucional en Ecuador y Colombia*, Proyecto financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

¹³ Agustín Grijalva, *Independencia y control constitucional en Ecuador y Colombia*, Proyecto financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2007. p. 2.

(ii) Mientras en Colombia la competencia del control constitucional se radicó tempranamente en un órgano de carácter judicial en el caso del Ecuador la conformación del TGC y del TCE ha respondido a la lógica de un órgano político en tanto han estado integrados por “representantes” de organizaciones sociales y gremios, entre otros.¹⁴

(iii) El control abstracto en el caso de Colombia ha mantenido continuidad en cuanto al órgano competente (Corte Suprema desde 1886 hasta 1991 y la CCC desde este año a la actualidad); mientras que en el Ecuador hasta 1996, en que se crea el Tribunal Constitucional, existe discontinuidad en cuanto a la definición del órgano de control constitucional (Consejo de Estado; TGC; Corte Suprema).

(iv) En Ecuador se constata una débil cultura constitucional contrariamente a lo que sucede en Colombia.

Me parece importante resaltar que Grijalva retomando a autores como Andrés Dávila y Julio Echeverría sostiene:

...mientras que en Colombia, la Constitución de 1991 expresa, pese a todas sus complejidades y limitaciones, un *consenso político* en Ecuador la Constitución de 1998, sin negar sus innovaciones, solo expresa una *negociación*. Mientras el *consenso* implica una auténtica deliberación, transformación y unificación de posiciones políticas de los diversos actores que deriva en acuerdos sobre nuevos derechos e instituciones, la *negociación* es un intercambio meramente estratégico de apoyo político y cuotas de poder entre los actores, sin que medie aquella unificación. El consenso político, expresado en la nueva Constitución en el caso colombiano, implicó la creación de un árbitro fuerte e independiente que contribuya a efectivizar la Constitución, y por lo tanto se crea la Corte Constitucional. En Ecuador, en cambio, los partidos políticos presentes en la Constituyente no llegan a los acuerdos necesarios para asegurar la independencia del Tribunal Constitucional. En consecuencia mantienen el status quo existente desde la Constitución de 1978: un tribunal dependiente del Congreso.¹⁵

La falta de independencia del TCE se evidencia de manera contundente en “la remoción inconstitucional del Tribunal por parte del Congreso en Noviembre del 2004, la forma cómo se ha designado a los siguientes tribunales y la suspensión de la justicia constitucional por varios meses...”¹⁶

Según Claudia Escobar entre las semejanzas que encontramos entre la actual justicia constitucional de Colombia y Ecuador están las siguientes: (i) Ambos países han reconocido la necesidad de la existencia de un órgano judicial que sirva de garante de la supremacía de la Constitución y en tal sentido su normativa constitucional contempla la jurisdicción constitucional; (ii) Las principales funciones del TCE y la CCC son proteger los derechos constitucionales a través de la acción de tutela/amparo y otras figuras especiales y preservar la constitucionalidad del sistema jurídico a través

¹⁴ De acuerdo al Art. 275 de la CPE el Tribunal Constitucional estará integrado por nueve vocales que serán designados por el Congreso de la siguiente manera: dos de ternas enviadas por el Presidente de la República; dos de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia; dos elegidos por el Congreso Nacional que no ostenten la dignidad de legisladores; uno de la terna enviada por los alcaldes y prefectos provinciales; uno de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas, de carácter nacional, legalmente reconocidas; y, uno de la terna enviada por las cámaras de la producción legalmente reconocidas.

¹⁵ A. Grijalva, *Independencia y control...p. 19.*

¹⁶ *Ibid*, p.23.

de la revisión abstracta de constitucionalidad; (iii) la tendencia está encaminada a consolidar este proceso de manera que progresivamente nuevos problemas sociales y nuevas normas y actos jurídicos son objeto de justicia constitucional.¹⁷

Respecto al componente normativo Escobar afirma que la Constitución Política del Ecuador (en adelante CPE) presenta algunas ventajas respecto de la Constitución Política de Colombia (CPC), entre otras: (i) La parte dogmática es más generosa en el reconocimiento de valores, principios, derechos y garantías constitucionales; (ii) la acción de amparo permite su activación en caso de violación o amenaza de violación de todos los derechos reconocidos en la CPE mientras que la acción de tutela fue prevista para la protección de los denominados “derechos fundamentales” dejando por fuera los derechos económico, sociales y culturales y los derechos colectivos. Señala como desventajas el periodo de duración de los vocales (4 años) y la posibilidad de reelección lo que afectaría su independencia al contrario de la normativa colombiana que establece un periodo más largo pero sin posibilidad de reelección lo que daría preponderancia a los factores de idoneidad profesional sobre los meramente políticos.¹⁸

Con respecto al componente estructural Escobar sostiene que la CCC presenta dos importantes ventajas frente al TCE, a saber: (i) Un refinado sistema de argumentación jurídico que le otorga credibilidad frente a la comunidad en general y frente a la comunidad especializada, fortaleciendo su independencia e institucionalidad¹⁹ en contraste con un sistema de interpretación que en el caso de Ecuador presenta fallas estructurales; (ii) la CCC está posicionada como la máxima autoridad encargada de garantizar la supremacía constitucional mientras en Ecuador persiste una ambivalencia respecto del órgano que detenta la supremacía en esta materia (el Congreso o el TCE).²⁰ De hecho, en varias resoluciones el TCE ha afirmado su sujeción a la interpretación que haga el Congreso Nacional.²¹

Ciertamente la trayectoria de ambos órganos ha sido marcadamente distinta en materia de legitimidad. En efecto, en el caso de Colombia, la Corte Constitucional se ha convertido en el referente institucional con mayores niveles de credibilidad y legitimidad, en parte explicado por la crisis de representación de los movimientos sociales y de los partidos de oposición²² mientras que en el caso de Ecuador el Tribunal Constitucional ha sido fuertemente cuestionado precisamente por ser visto como una instancia de repartición de cuotas de poder partidista y corporativo. No es extraño

¹⁷ Claudia Escobar, *Estudio comparativo del proceso de judicialización constitucional en Colombia y en Ecuador*, Tesis de Maestría, UASB, 2006, pp.128-129.

¹⁸ *Ibid*, pp. 131-133.

¹⁹ Si bien Claudia Escobar ubica estas ventajas no deja de señalar de manera crítica los límites de la discrecionalidad así como las inconsistencias, contradicciones, equívocos y vaguedades de la jurisprudencia constitucional colombiana que suelen pasar desapercibidos, así como un cierto desfase entre la retórica y las decisiones judiciales.

²⁰ Art. 130 numeral 4 de la CPE: “El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 4. Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria”. Art. 284 de la CPE: “En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio...”

²¹ Escobar, *Op. cit*, pp.134-135.

²² Rodrigo Uprimny y Mauricio García-Villegas, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2004, p. 473.

entonces que “parte importante de la actividad del Tribunal consiste[a] en la legitimación jurídica de decisiones políticas.”²³

Otros elementos adicionales explicarían esta trayectoria contrapuesta. En el caso de Colombia la figura de la tutela aparece como un mecanismo claro de acercamiento de la gente del común al Derecho para reivindicar derechos de la cotidianidad, configurándose así lo que se ha llamado la *constitucionalización de la vida social*.²⁴

Antes de la Constitución del 91 jamás se veía en el noticiero que salieran las decisiones de las Cortes. Los temas de la Corte Suprema de Justicia eran temas para expertos. Lo de la Corte Constitucional sale en medios, en temas coyunturales muy fuertes... la Constitución se empieza a acercar al ciudadano y hay más ciudadanos poniendo acciones públicas, sin ningún requisito y evidentemente la tutela que empieza a crear temas muy cercanos.²⁵

Existe en el caso de Colombia una percepción de la CCC como una entidad más sensible y abierta a las demandas de diversos movimientos sociales. Esto ha incidido en que diversas organizaciones de mujeres, por ejemplo, se hayan juntado para plantear sus demandas, necesidades e intereses a la CCC.

...se la percibe [a la CCC] como interlocutor más sensible a los temas de igualdad que otras instancias... Ese estilo más progresista, abierto, sensible puede haber generado este efecto de juntar al movimiento de mujeres... se percibe la Corte como actor más sensible para un diálogo... en su conjunto ha sido más receptiva al término de la igualdad y de una sociedad un poco más incluyente. Creo que incluso ha sido muy interesante porque los magistrados de corte conservador, se los ve metidos en esa tónica de discusión.²⁶

Está de otra parte, una idea meritocrática que ha prevalecido en la designación de magistrados de la CCC e inclusive en el nombramiento de magistrados auxiliares. Cobra ahí especial fortaleza la vinculación con la academia y con ideas innovadoras respecto al Derecho.

Muchos magistrados buscaron entre académicos sus magistrados auxiliares porque se tuvo en mente que se estaba construyendo algo nuevo y se necesitaba gente, no que sepa dentro de la tradición, sino que sepa lo nuevo, y quien más sino los académicos... favorecieron tanto a unas ideas de mérito vinculadas a la docencia, e ideas de que en la academia era donde iba a estar el pensamiento de vanguardia, desde donde podía venir la innovación. Efectivamente ha sido así, lo más innovador a nivel de argumentos y decisiones han venido de los académicos dentro de la Corte Constitucional, son los que han llevado por ejemplo Gaviria, Cifuentes, Martínez, Cepeda, Ciro Angarita...²⁷

²³ A. Grijalva, *Independencia y control*...p. 17.

²⁴ Entrevista a Natalia Angel, docente de la Universidad de Los Andes. Bogotá, 27 de abril de 2007.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Entrevista a Isabel Cristina Jaramillo, docente de la Universidad de Los Andes. Bogotá, 25 de abril de 2007.

En el caso de Ecuador en cambio, la falta de credibilidad en la institucionalidad y en la administración de justicia se concreta con fuerza en la percepción sobre el TCE. Se ubican como elementos que coadyuvan a su falta de legitimidad a más de la repartición de cuotas de poder partidista o corporativo, la debilidad en la argumentación jurídica en las resoluciones del TCE y una visión restrictiva en la interpretación de los derechos.²⁸

Prevalece aún en los integrantes del TCE una visión del Derecho centrada en la norma y en una interpretación exegética de la misma.

Ramiro Ávila ve la falta de formación innovadora del Derecho como el obstáculo más fuerte para fortalecer la justicia constitucional.

...al trabajar en la Universidad te das cuenta que tan fuerte es la invisibilización no sólo de género, sino de los derechos humanos como eje articulador del Estado y del Derecho, es decir todo al servicio de la persona. No veo eso. Ves como lee un estudiante de Derecho, ahora que trabajo el tema de discriminación, te das cuenta cómo trabaja la cabeza jurídica de las personas, como los juegos de casino, halas la palanca y en vez de bolitas aparecen artículos, la cabeza juega así, no juega alrededor de principios, alrededor de la persona. En un sistema de derechos humanos el juzgador y las personas que están frente a un caso, deben ver la justicia del caso, y luego tratar de encontrar o construir la norma, pero como están ahora formados los abogados, primero buscan la norma y si la norma no se encasilla, no aceptan el caso o no ven un caso judicial, el problema está en la formación.... ahora la Constitución y los derechos humanos exigen una formación y un acercamiento al derecho muy distinto y ese acercamiento no existe.²⁹

Si bien en algunos casos se reconoce el valor individual de algunos magistrados del TCE, no se percibe una institucionalidad armada para la protección de los derechos en general y los de las mujeres en particular.³⁰

III. Incidencia del movimiento de mujeres de Colombia y Ecuador en las Asambleas Constituyentes de 1991 y 1998.

En el caso de Colombia la **Asamblea Nacional Constituyente de 1991** marca un hito fundamental en la historia de este país. En efecto, a diferencia del Ecuador³¹, Colombia no presenta un número muy alto de constituciones políticas. De hecho, la Constitución vigente hasta antes de 1991 fue dictada en 1886 si bien se produjeron numerosas e importantes reformas.

²⁸ Estos elementos surgen de las entrevistas realizadas en Ecuador. Ver anexo 3.

²⁹ Entrevista a Ramiro Ávila, docente de la de la Universidad Andina Simón Bolívar y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 17 de mayo de 2007.

³⁰ Se menciona a Hernán Rivadeneira y Hernán Salgado. Entrevista a Solanda Goyes, Fundación Equidad y Desarrollo. Quito, 18 de mayo de 2007.

³¹ Hasta el 2006 Ecuador ha contado con 19 Constituciones Políticas y nos encontramos de cara a un proceso constituyente que tendrá como resultado la vigésima Constitución desde la creación de la República (1830).

La Asamblea Nacional Constituyente se caracterizó por la pluralidad de actores presentes desde diversas tendencias, unas más tradicionales como los representantes de los partidos liberal, conservador, comunista y otros emergentes como el M-19 (grupo guerrillero que entregó las armas), agrupaciones indígenas, afrodescendientes, organizaciones cristianas, etc. A pesar de este variado abanico de actores/as solo cuatro mujeres fueron asambleístas de un total de setenta y dos.³²

Al respecto cabe resaltar como antecedente que el Encuentro Nacional de Mujeres en 1990³³ fue tanto el escenario de un enriquecedor debate alrededor de diversas propuestas a posicionar en la futura Asamblea como de una clara disputa entre aquellas feministas que abogaban por la participación en elecciones a la Asamblea Constituyente con listas propias y otras que por el contrario defendían la estrategia de ir con los partidos. Finalmente no hubo acuerdo, sin embargo se inscribió una lista con candidatas del movimiento de mujeres. Los resultados electorales fueron pobres, pues la lista de mujeres sacó muy pocos votos y, por lo tanto, en la Asamblea no hubo feministas electas.

³⁴

Sin embargo, esto no significó que el movimiento de mujeres y feminista estuviera alejado del proceso constituyente. Por el contrario, este movimiento agrupado en la Red Nacional Mujer y Constituyente³⁵, presentó a la Asamblea en plenaria un documento con 75.000 firmas respaldando los derechos de la mujer.

El resultado final del proceso fue entonces, a pesar de todo, una constitución que sí representa muchos de los intereses de las mujeres. Así, además del principio general de igualdad del artículo 13, existen otros artículos donde se protege a las mujeres. Esta protección se despliega en áreas críticas para la eliminación de la discriminación: la participación en el gobierno; la igualdad en las relaciones de pareja y la estructura familiar; el derecho a la planificación familiar; el derecho al divorcio; la sanción de la violencia intrafamiliar, la igualdad de los diversos tipos de familia, sea por unión libre o matrimonio, la protección a las mujeres embarazadas y a las madres cabeza de familia.^{36 37}

Desde una visión más cuestionadora respecto al tratamiento que la Asamblea Constituyente dio a los derechos de las mujeres y la regulación de la familia se señalan las siguientes limitaciones: (i) no se superó una aproximación formal y muchas veces superficial del tema. Esto se expresa claramente en la ligereza y trivialidad con que fueron tratados temas como el aborto, la violencia intraconyugal y la igualdad a partir del argumento de que la situación de las mujeres es dramática pero la Asamblea no es

³² Cristina Motta et al, Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución, Bogotá, Estudios Ocasionales CIJUS, Universidad de Los Andes, Dirección Nacional de Equidad para las mujeres, 1998, p. 70.

³³ Encuentro Nacional de Mujeres Un abrazo Amoroso por la Vida, realizado entre el 13 y 15 de octubre de 1990.

³⁴ María Emma Wills Obregón, *Inclusión sin representación. La irrupción política de mujeres en Colombia (1970-2000)*, Bogotá, Editorial Norma, 2007, pp. 220-221.

³⁵ Esta red estuvo integrada por más de ochenta organizaciones de mujeres a nivel nacional.

³⁶ Julieta Lemaitre, “¿Puede la Corte Constitucional emancipar a las mujeres?”, en Antonio Barreto, coord., *Derecho Constitucional: Perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Legis, 2001, p. 5.

³⁷ Ver anexo 2 en el que se recogen los artículos de la Constitución Política de Colombia que dan cuenta del reconocimiento de tales derechos.

la instancia para resolver problemas que por ser demasiado complejos (aborto), demasiado arraigados culturalmente (violencia intrafamiliar) o demasiado difíciles de erradicar (la desigualdad real) requieren otras instancias de decisión; (ii) se impuso una visión liberal en las decisiones relacionadas con familia, divorcio y uniones de hecho³⁸; (iii) en el proceso constituyente no hubo ideas con perspectiva de género, el gran ausente fue el movimiento feminista.³⁹

Este último elemento cabe contrastarlo con la afirmación de Lemaitre de que la Constitución Política de Colombia (CPC) puede calificarse como feminista considerando que dentro del feminismo hay varias tendencias y entre ellas la del feminismo liberal (el ala más conservadora del feminismo) que claramente se ve reflejado en la norma constitucional.⁴⁰

Se explica así los límites que a continuación son ubicados en el proceso constituyente y en la aprobación del texto constitucional.

La igualdad se reseñó en términos formales, la mujer se confinó al espacio de lo privado uniéndolo su destino en forma inexorable al destino de la familia, se le otorgó la misma autonomía abstracta del sujeto masculino, pero se le negó la autonomía concreta de su opción reproductiva⁴¹, se le concedió la libertad de desarrollarse individualmente, como lo pueden hacer los hombres, pero se le negó cualquier prerrogativa especial derivada de su ancestral situación desigual. En fin, la Asamblea Constituyente, en este caso, demostró una vez más los límites de un proceso normativo dirigido, apoyado y constituido por una ideología patriarcal incuestionada.⁴²

En contraste con el Ecuador en ninguna parte del texto constitucional colombiano aparece la categoría de género. Esto podría explicarse por los reparos que algunas activistas del movimiento de mujeres han planteado respecto al uso de la categoría de género para despolitizar la lucha de las mujeres.

...nosotras somos de la postura política, de que una categoría de análisis como lo de género no se puede convertir en una política. Es decir, que la categoría es un instrumento para hacer el análisis de las políticas pero que no puede ser la política. La política lo que tiene que reflejar es una postura de protección, ampliación y restitución de derechos de las mujeres.... Lo que se debe incluir es una perspectiva de derechos de las mujeres, y una perspectiva diferencial en el sentido de que no todas las mujeres viven las mismas situaciones... ha ganado en los últimos años mucho espacio la perspectiva de género y tiene tanto de positivo y de negativo... en un país tan patriarcal, tan reacio a las cuestiones de las mujeres, entonces [es problemático] equiparar la situación de las mujeres a la de los varones, "a las mujeres la violentan a

³⁸ El reconocimiento legal de las uniones homosexuales ha sido generalmente impulsado desde una visión liberal que se basa en la defensa de la autonomía individual para decidir sobre su proyecto de vida. Según las autoras en el caso de la Asamblea Constituyente de 1991 a pesar de que la visión liberal prevaleció, tal reconocimiento no fue incorporado.

³⁹ C. Motta y otras, *Observatorio legal.*, p. 97-98.

⁴⁰ J. Lemaitre, "¿Puede la Corte...", p. 6.

⁴¹ La propuesta que contemplaba la libre opción de la mujer a la maternidad conforme a la ley fue negada.

⁴² C. Motta y otras, *Observatorio legal.*..., p. 98.

los hombres también, a los hombres también los violan, son también desplazados, pobres".⁴³

...no es que estemos en contra de la categoría, sino del uso que se hace de la categoría... el sujeto mujer que es el que tratamos de reivindicar se pierde en la relación, que es la categoría analítica, que nos sirve para analizar y comprender unas realidades, unas relaciones, un sistema, pero en la actuación y la acción política ha sido contraproducente.⁴⁴

Con relación a este punto Isabel Cristina Jaramillo afirma "entiendo la estrategia, lo que quieren son cláusulas que les den derechos al grupo oprimido para subvertir esa opresión, se refieren al grupo oprimido, no se refieren a la categoría que es la razón que explica esa opresión"⁴⁵

De otra parte, la coyuntura histórica que enmarca la última **Asamblea Nacional Constituyente en el Ecuador (1997-1998)** se encuentra caracterizada por la inestabilidad política y la movilización social en Ecuador⁴⁶. De hecho estas características serán el denominador común de toda la década que siguió a la caída de Abdala Bucaram⁴⁷ tras la cual - como una respuesta a la presión de la movilización social y como un mecanismo para su legitimación -⁴⁸ el Presidente interino Fabián Alarcón convocó a consulta popular para que se decidiera sobre su ratificación en el cargo y la instalación de una Asamblea Constituyente. La respuesta del las y los electores fue de mayoritario apoyo al sí.

A pesar del optimismo que se había generado en varios movimientos sociales, su fuerza de movilización no se tradujo en apoyo electoral. Por ejemplo, el movimiento de mujeres participó con 18 candidatas agrupadas en dos listas, una en la provincia de Pichincha y otra en Guayas. Ninguna de ellas fue elegida.⁴⁹ Solo siete mujeres fueron elegidas de un total de setenta asambleístas. Ninguna de estas pertenecía a algún movimiento de mujeres menos aún feminista.

No obstante, una de las características de la Asamblea fue la activa participación de diversos sectores, movimientos sociales, grupos organizados, organizaciones no gubernamentales apoyadas, en muchos casos, por organismos internacionales. La estrategia de incidencia de estos grupos diversos se movió entre la presentación de

⁴³ Entrevista a Olga Amparo Sánchez, Casa de la Mujer. Bogotá, 26 de abril de 2007.

⁴⁴ Entrevista a María Eugenia Sánchez, Casa de la Mujer. Bogotá, 26 de abril de 2007.

⁴⁵ Entrevista a Isabel Cristina Jaramillo, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Bogotá, 25 de abril de 2007.

⁴⁶ Un mayor desarrollo de este punto se encuentra en Judith Salgado,

⁴⁷ En efecto desde la caída de Abadalá Bucaram en 1997 hasta la fecha hemos tenido dos presidentes más (Jamil Mahuad (2000) y Lucio Gutiérrez (2005)) derrocados por la movilización social en un contexto en el cual los militares han cumplido ya sea un rol de árbitro o de aliado estratégico para la captación del poder de quienes los han sucedido.

⁴⁸ Vale recordar que el Congreso actuando contra la normativa constitucional dejó de lado a la vicepresidenta Rosalía Arteaga y nombró a Fabián Alarcón, quien a ese momento ejercía la Presidencia del Congreso, como Presidente interino de la República del Ecuador.

⁴⁹ Martha Cecilia Ruiz, "Los cambios constitucionales: Visiones de sus protagonistas", en Magdalena León, edit., *Derechos Sexuales y Reproductivos. Avances Constitucionales y Perspectivas en Ecuador*, Quito, FEDAEPS, 1999, p. 50.

propuestas concretas, la prestación de asesoría técnica a diversas comisiones, el cabildeo y sensibilización a los asambleístas, la generación de alianzas con algunos de ellos y ellas, el estrecho seguimiento a la agenda de la Asamblea, el trabajo de posicionamiento de los temas de interés en los medios de comunicación hasta la presión social a través de acciones simbólicas y de movilización social.⁵⁰

En el caso específico del movimiento de mujeres, este tipo de participación tuvo un carácter sostenido en todo el proceso constituyente. Vale resaltar la elaboración del documento *Nosotras en la Constitución. Propuestas de las Mujeres a la Asamblea Nacional Constituyente*⁵¹, el mismo que da cuenta de un esfuerzo colectivo por recoger las prioridades de una gran parte del movimiento de mujeres de cara a la agenda pública que en ese momento se concentraba en la Asamblea Constituyente.

Lola Valladares resume los contenidos de esta propuesta en los siguientes puntos:

- Nueva conceptualización de ciudadanía que logre redefinir algunos derechos políticos y afirmar mecanismos de mejor y mayor participación ciudadana. La sociedad debe valorar y reconocer explícitamente el aporte que las mujeres realizan al desarrollo del país y garantizar su derecho a la participación en la vida pública;
- Vigencia plena de los Derechos Humanos de las mujeres: derechos a vivir sin violencia en los ámbitos público y privado; a la igualdad de oportunidades en el trabajo, la educación; respeto a la autonomía personal y autodeterminación sobre las decisiones más vitales de la existencia de las mujeres como son los sexuales y reproductivos; y el derecho a acciones positivas para corregir todo tipo de discriminación; no discriminación por opción sexual; igualdad en el acceso a la propiedad;
- Aplicación del derecho de las mujeres a la representación política en todos los ámbitos de decisión, teniendo en cuenta la igualdad de oportunidades y el derecho a acciones positivas hasta llegar a la igualdad real;
- Incorporación del enfoque de género en la planificación del desarrollo y la institucionalización de las políticas públicas para superar las desigualdades entre hombres y mujeres, como parte esencial del desarrollo sustentable;
- Reconocimiento de las distintas estructuras familiares existentes y de las responsabilidades familiares compartidas como elementos fundamentales que

⁵⁰ Varias publicaciones dan cuenta de algunas de estas afirmaciones. Así, Natacha Reyes Salazar, *Hombres Públicos. Mujeres Privadas*; Rocío Rosero, María Pilar Vela, Ariadna Reyes Ávila, *De las demandas a los derechos. Las mujeres en la Constitución de 1998*; Magdalena León, *Derechos Sexuales y Reproductivos. Avances Constitucionales y Perspectivas en Ecuador*, entre otras.

⁵¹ Este documento de enero de 1998 señala textualmente en la Presentación “La Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas, el Foro Permanente de la Mujer Ecuatoriana, el Consejo Nacional de las Mujeres, Mujeres por la Democracia, el Movimiento de Mujeres de Guayaquil, Organismos No Gubernamentales, Organizaciones Populares, Mujeres Profesionales y Mujeres de distintas vertientes ideológicas que se postularon como candidatas a la Asamblea Nacional, así como mujeres militantes de diversos partidos y movimientos políticos y sociales; en un proceso de debate y de generación de consensos y en el marco del reconocimiento de la diversidad. Nos reunimos para formular un conjunto de propuestas de reformas constitucionales que aseguren el pleno ejercicio de los derechos y garantías de las mujeres”.

inciden en el desarrollo personal de mujeres, hombres, niños, niñas y por tanto en su bienestar;

- Búsqueda de un marco ético y transparente para todos los asuntos públicos, luchando contra todo indicio de corrupción;
- Definición de preceptos económicos y sociales que sirvan para superar las desigualdades y precautelen el patrimonio económico y humano del Ecuador, entre ellos el reconocimiento del trabajo doméstico como productivo.⁵²

Sin duda, la incidencia del movimiento de mujeres fue altamente efectiva, de las 36 propuestas presentadas 34 fueron recogidas en el texto constitucional⁵³.

Por lo mismo podemos afirmar que la Constitución Política del Ecuador (CPE) vigente desde 1998 constituye un avance fundamental en el reconocimiento de derechos humanos en general y de las mujeres en particular, así como un referente de la concreción de un texto constitucional con enfoque de género.⁵⁴

En suma, de un análisis comparativo sobre la incidencia del movimiento de mujeres y feminista en los últimos procesos constituyentes de Colombia y Ecuador podemos sacar las siguientes conclusiones:

- En los dos países se presentan listas propias con candidatas pertenecientes al movimiento de mujeres si bien en Colombia no existe una postura unívoca pues una tendencia del movimiento de mujeres decide apoyar a listas de diversos partidos. En ambos casos el resultado es el mismo, ninguna candidata del movimiento es elegida asambleísta.
- La participación de mujeres asambleístas es mínima en los dos procesos constituyentes, representando en Colombia el 5.5% y en Ecuador el 10% de la conformación total.
- A pesar de este contexto - en principio adverso - en los dos casos se logra presentar una propuesta colectiva que recoge los intereses y necesidades prioritarios de un representativo número de organizaciones de mujeres a nivel nacional.
- En ambos casos el nuevo texto constitucional contiene varias de las propuestas impulsadas por el movimiento de mujeres sobretodo con relación al derecho a la igualdad y no discriminación, las acciones afirmativas, la condena a la violencia intrafamiliar, las relaciones más equitativas en el ámbito familiar, la protección especial a mujeres embarazadas y jefas de familia, la participación de las mujeres en instancias de decisión, etc.
- La CPE presenta mayor desarrollo en el reconocimiento normativo de los derechos humanos de las mujeres que la colombiana. Es el caso del reconocimiento del derecho a decidir sobre la vida sexual, el derecho a la salud sexual y reproductiva,

⁵² Lola Valladares, *Entre discursos e imaginarios: Los derechos de las mujeres ecuatorianas en el debate de la Asamblea Nacional de 1998*, Tesis de Maestría en Género y Desarrollo, Quito, FLACSO, 2002, pp.26-27.

⁵³ No se aprobó el reconocimiento de diversos núcleos familiares, ni el derecho de la madre a inscribir a su hijo/a con el apellido del padre sin necesidad de su consentimiento.

⁵⁴ Ver anexo 1 en el que se recogen los principales artículos de la Constitución que expresan tales avances.

a guardar reserva respecto de la vida sexual, la inclusión de la orientación sexual como una de las condiciones de prohibición de la discriminación, el reconocimiento del trabajo doméstico como un aporte productivo, etc. Sin embargo, la CPC es mucho más explícita en asumir el concepto de igualdad sustancial y la obligación del Estado de remover cualquier obstáculo para conseguirla.

- La CPE incluye la obligación del estado de incorporar un enfoque de género en el sistema nacional de planificación, así también la formulación y ejecución de políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a través de un organismo especializado que incorpore el enfoque de género en planes y programas y brinde asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público, incluye también la obligación de promover la equidad de género en los planteles educativos. En la CPC no aparece mención alguna de la categoría de género.
- La Constituyente colombiana de 1991 ha sido asumida como un nuevo contrato social que incluyó la participación de actores tradicionales y emergentes que marcaron la pluralidad de la conformación de la Asamblea Constituyente. En el caso del Ecuador pasada una década del último proceso constituyente nos encontramos ante una nueva Asamblea Constituyente. Todo indica que en nuestro caso el texto constitucional de 1998 no ha sido interiorizado como un pacto social, por lo mismo en el actual contexto se enfatiza en poder alcanzar este logro por ahora pendiente.
- Tanto en Colombia como en Ecuador dos puntos que no fueron aprobados por las Asambleas Constituyentes son el reconocimiento de distintas concepciones de familia y la autonomía reproductiva de la mujer. En efecto en el caso de Ecuador, al momento de discutirse la propuesta de reconocimiento de diversas formas de núcleos familiares, el principal argumento para rechazarla fue que de manera subrepticia se estaría dando paso al reconocimiento de uniones homosexuales. En Colombia se presentó de manera más directa el planteamiento de la libre opción de la maternidad para la mujer y fue rechazada. En Ecuador la propuesta de incluir el derecho a decidir de manera libre y responsable sobre la vida sexual y reproductiva fue recortada en cuanto al ámbito reproductivo, sobre la base de que tal reconocimiento daría lugar a la legalización del aborto.

Habiendo hecho un breve recorrido de la incidencia del movimiento de mujeres de Colombia y Ecuador en los últimos procesos constituyentes, me interesa ahora ubicar de qué manera la justicia constitucional de estos dos países ha definido una mayor o menor protección de los derechos humanos de las mujeres, en qué medida ha incorporado la categoría de género en sus decisiones y cuál ha sido su contribución a procesos emancipatorios o restrictivos.

Para el efecto he tomado como objeto de análisis casos paradigmáticos, dentro del periodo 2000-2006, que por abordar temáticas similares permiten un estudio comparado de las sentencias emitidas por la CCC y el TCE. Estos básicamente se concentran en el tratamiento del aborto y las acciones afirmativas para la participación política de mujeres.

Creo necesario precisar que en los casos paradigmáticos que comparo las titulares de los derechos en discusión son las mujeres, sin embargo esto no implica el asumir que por ese sólo motivo estoy incorporando un análisis de género. Por el contrario, mi intención es superar la confusión de entender género como sinónimo de mujer. El apoyo que la categoría de género nos brinda para entender estos casos es entender precisamente que las decisiones tanto de la CCC como del TCE se dan en un contexto histórico específico en el que existen visiones dominantes del género como elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y en las relaciones de poder que a partir de ahí se tejen. De esta manera se definen los lugares considerados apropiados para hombres y mujeres (sobre la base de la dicotomía público privado), que explican por ejemplo el predominio de los hombres en el escenario político (paradigma de lo público) y de manera relacional la exclusión de las mujeres de estos espacios. Así también nos permiten entender de qué manera la administración política del cuerpo de las mujeres a través del Derecho, por ejemplo, pone en evidencia relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres en las que las mujeres son valoradas en tanto madres y no de manera independiente a esta condición, así como las serias dificultades para asumir el ejercicio de la autonomía de las mujeres en general y en materia reproductiva de manera particular. Pero así mismo podemos ubicar a través del análisis comparativo de casos la disputa por posicionar otras visiones de género, que buscan construir relaciones más equitativas y asumir en lo concreto el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derechos. En suma, quiero insistir que analizar el derecho a la participación política o los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres no es posible sino miramos a la par las relaciones de género que definen su vigencia, restricción o anulación.

IV. Análisis de casos paradigmáticos en la jurisprudencia constitucional de Colombia y Ecuador

1. Derechos sexuales y reproductivos⁵⁵

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

Es a partir de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Viena 1993) cuando el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres (incluyendo la violencia sexual) viola los derechos humanos abre la puerta para posicionar la legitimidad de abordar la sexualidad dentro del ámbito de los derechos humanos. La Conferencia

⁵⁵ Este punto retoma elementos desarrollados en trabajos anteriores. Judith Salgado, *Oportunidades y retos para la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos en el Ecuador*, Documento de trabajo preparado para CLADEM-Ecuador, 2006. Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo: Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones ABYA YALA, Corporación Editora Nacional, Serie Magíster, Volumen 80, 2008.

Internacional de Población y Desarrollo, CIDP, (El Cairo 1994) incorpora la sexualidad y la salud sexual a los espacios de debates internacionales de derechos humanos. Por primera vez se afirma que la salud sexual está relacionada con el ejercicio de derechos que deben ser promovidos por los programas de población y desarrollo. Más fuerza cobra sin duda tanto en la CIPD como en la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer, CIM, (Pekín 1995) los derechos reproductivos que llegan incluso ser definidos por primera vez⁵⁶ en un documento internacional.⁵⁷

Ahora bien, hay quienes afirman que la comunidad internacional se las arregló para reconocer la existencia de derechos sexuales – a las mujeres - sin emplear este término explícitamente.⁵⁸ En efecto, la Plataforma de Acción de la IV CIM reconoció que:

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

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

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

⁵⁶ Párrafo 7.3 de la Declaración y Plan de Acción de la CIDP. “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

⁵⁷ Judith Salgado, *Derechos sexuales...*, p. 49.

⁵⁸ Ylva Bergman, *Abriendo Espacios. Guía política de salud y derechos sexuales y reproductivos*, Estocolmo, RFSU, 2005, p. 16.

Aparecen nuevas tácticas de intervención desde fundamentalismos religiosos que se concretan en la secularización del discurso a través del uso de argumentos científicos, jurídicos y de defensa de derechos humanos para promover su agenda.⁵⁹

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

Así por ejemplo, el proyecto Género y Justicia de Women's Link Worldwide, busca el desarrollo de una visión estratégica de incidencia en los sistemas judiciales, promoviendo el cambio social a través de las cortes. Para el efecto se sirve del litigio estratégico que usa la ley como instrumento de cambio y promoción de los derechos humanos de las mujeres y la justicia social. Una modalidad de litigio estratégico es denominada de alto impacto cuando existen fuertes razones para creer que la decisión va a ser favorable o cuando el interés principal no es ganar sino posicionar un tema en la agenda pública. "Dentro de esta modalidad se busca influir en la opinión pública, vivificar la atención popular y política prestada al proceso, reforzar nuevos marcos de referencia y/o cambiar los términos del debate."⁶⁰ Surge en este contexto, el proyecto Litigio de Alto Impacto en Colombia: la Inconstitucionalidad del Aborto (LAICIA).⁶¹

Este caso, marcaría un giro del movimiento de mujeres y feminista de Colombia, hacia un uso más estratégico del Derecho. "El movimiento de mujeres, por considerar el derecho como patriarcal estuvo ajeno a este tipo de litigio estratégico, y mas bien en los últimos años se ha decidido por parte de las feministas acercarse e incidir en él con estrategias de litigio, SISMA⁶² cree que es lo adecuado y por eso tenemos el énfasis jurídico...⁶³

Así también Amanda Muñoz quien pertenece a una red feminista latinoamericana enfatiza la importancia de incidir en las decisiones de la CCC en tanto es la instancia que "desarrolla la Constitución y la interpreta, es donde se define cómo se va a interpretar la Constitución por las funciones del estado y por los particulares. ⁶⁴

Entonces, los dos casos que analizaremos a continuación dan cuenta de una disputa global que se manifiesta a nivel local, en sede de la justicia constitucional. En el caso de Colombia la aplicación del litigio de alto impacto con la demanda de inexecutable de varios artículos del Código Penal de Colombia (CPC) presentada a la CCC e impulsada por una abogada feminista con el apoyo de Women's Link Worldwide y de

⁵⁹ Para un mayor desarrollo de este punto ver Juan Marco Vaggione, (Nauj Ocrum seudónimo) *Los derechos sexuales y reproductivos y el activismo religioso. Nuevas estrategias para su efectivización en América Latina*. www.red-alas.org

⁶⁰ Mónica Roa, "El proyecto LAICIA" en Susana Checa, comp., *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el Derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2006, p. 225.

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 223-225.

⁶² SISMA MUJER es una organización no gubernamental feminista de Colombia.

⁶³ Entrevista a Carmen Alicia Mestizo, SISMA MUJER. Bogotá, 26 de abril de 2007.

⁶⁴ Entrevista a Amanda Muñoz, integrante del Comité de América Latina y el Caribe de Defensa de Derechos de la Mujer, CLADEM-Colombia. Bogotá 27 de abril de 2007.

varias organizaciones de mujeres y feministas en Colombia. De hecho es en este caso en el que la mayor parte de personas entrevistadas miran un mayor involucramiento del movimiento de mujeres.

La incidencia en esos estratos [CCC] ha sido tímida, se ha limitado a intervenir como organización, como ciudadanas, apoyando un fallo en un sentido o en otro, se ha limitado a ejercer un derecho que tiene cualquier ciudadano. En el tema del aborto hubo un apoyo total de las organizaciones de mujeres, la incidencia en medios de comunicación, etc.⁶⁵

Es importante señalar que la CCC ya se había pronunciado en ocasiones anteriores respecto de la constitucionalidad de normas que penalizaban el aborto, manteniendo en un primer momento una posición muy apegada a los preceptos de la Iglesia Católica, de hecho en una de sus sentencias llegó inclusive a citar encíclicas papales para argumentar su decisión⁶⁶. En este artículo me centraré en el análisis de la última sentencia dictada en el 2006 que da paso a la despenalización del aborto en tres supuestos específicos.

En el caso de Ecuador la demanda de inconstitucionalidad de la comercialización de la Píldora Anticonceptiva de Emergencia (PAE) presentada por un abogado de la ciudad de Guayaquil perteneciente a una organización denominada Abogados por la Vida, tuvo como argumento central que la PAE es abortiva y en tal medida afecta al derecho a la vida desde la concepción. Cabe resaltar que respecto de este caso la Iglesia Católica en el Ecuador ha sostenido una campaña permanente de oposición a la PAE, y lo ha hecho a través de los medios de comunicación que maneja, de pronunciamientos públicos de sus representantes e inclusive en los sermones dominicales de muchas parroquias.

Con esta introducción paso a continuación a analizar cada uno de estos casos.

1.1. Despenalización parcial del aborto en Colombia

Varios ciudadanos⁶⁷ en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demandas contra varios artículos del Código Penal que tratan sobre el aborto. La CCC resuelve acumular los expedientes y decidir en una sola sentencia⁶⁸.

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

A continuación transcribo los artículos demandados.

⁶⁵ Entrevista a Alexandra Quintero, SISMA MUJER. Bogotá, 26 de abril de 2007.

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia C-133/94; C-013/97; C-641/2001; C-198/2002.

⁶⁷ Mónica Roa; Pablo Jaramillo; Marcela Cubillos, Juana Dávila y Laura Porras.

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06.

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

1. (...)

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.

(...)

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

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

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

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

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

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

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

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

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

C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002. ...En general las razones formuladas por los demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (Art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexecutable porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales. Y, de manera particular, el cargo relacionado con el numeral séptimo del artículo 32 del mismo Código Penal, gira en torno a que el estado de necesidad regulado por esta norma vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino “y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”.

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

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

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

Menciona diferentes artículos constitucionales que ponen de manifiesto esta afirmación.⁶⁹ Distingue sin embargo entre **el derecho a la vida y la vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano**. Mientras el primero supone para su ejercicio la titularidad que está restringida a la persona humana, la protección de la vida se predica incluso de quienes no han alcanzado tal condición. Por lo mismo sostiene que para la Corte “el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida”. De otra parte, afirma que si bien le corresponde al Congreso adoptar medidas para proteger la vida dentro de sus competencias, esto no significa que todas estén justificadas “porque a pesar de su relevancia constitucional la

⁶⁹ Artículo 2.-...Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; Artículo 11.-El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.; Artículo 44°.- Son derechos fundamentales de los niños: la vida....; Artículo 95.- Son deberes de la persona y del ciudadano:... 2) Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

vida no tiene el carácter de un valor o un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con otros valores, principios y derechos constitucionales”.

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

La CCC hace un recuento de algunas normas **del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)**⁷⁰ que reconocen **el derecho a la vida**. Concluye en este punto que no se puede desprender de esta normativa - parte del bloque de constitucionalidad⁷¹

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

La CCC pasa enseguida a analizar los **derechos fundamentales de las mujeres en la CPC y el DIDH**. Incluye en este punto la importancia que la Carta de 1991 da a los derechos de las mujeres⁷², remite a un gran número de sentencias en que la CCC ha protegido los derechos de las mujeres, hace un recuento de las distintas conferencias mundiales en las que los derechos de las mujeres han sido centrales, resalta los avances que en tal materia ha introducido la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención de Belem do Pará y el Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional. Enfatiza en que “los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.” Finalmente sostiene que de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto o de prohibición a los legisladores de tomar normas penales en este ámbito.

⁷⁰ Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

⁷¹ Según la jurisprudencia más reciente la CCC “ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad según la cual estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. [Estaría conformado por] no sólo el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el Art. 93 de la Carta, por las leyes orgánicas, y en algunas ocasiones por las leyes estatutarias...los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción...los convenios sobre derecho internacional humanitario.” C- 355/06.

⁷² Ver anexo 2.

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

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

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

La CCC sostiene que la **dignidad humana** se concreta en considerar al ser humano como un fin en sí mismo y no como un instrumento o un medio para la realización de la voluntad o intereses ajenos. Tanto el principio de dignidad humana como el derecho fundamental a la dignidad humana, a pesar de su distinta naturaleza funcional coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas, a saber: “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”⁷³

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

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

Concluye entonces que el legislador al dictar normativa penal

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

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

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

⁷³ Sentencia T-881 de 2002. Corte Constitucional de Colombia.

individuo decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de particulares.

La CCC desestima el argumento de la demandante Mónica Roa de que las recomendaciones y observaciones de órganos de vigilancia de tratados internacionales son parte del **bloque de constitucionalidad** y que por lo mismo son un parámetro para el análisis de constitucionalidad de leyes. En la demanda se mencionan algunas de ellas que cuestionan la penalización del aborto en todos los casos.⁷⁴ Mantiene la Corte que una cosa es que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y otra muy diferente es asignarle a dicha jurisprudencia el carácter de bloque de constitucionalidad. Más aún aclara que en opinión de la CCC únicamente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen jurisprudencia proveniente de instancias internacionales.

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

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

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

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Llantoy vs Perú. Comunicación No. 1153/2003; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6 El derecho a la vida. Doc. N.U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982. Comité de la CEDAW. Recomendación General No. 19, La violencia contra la mujer. Doc. N. U. A/47/28, 30 de enero de 1992, párrafo 7.

el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional....Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

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

Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el párrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación⁷⁵.

Siguiendo esta línea de argumentación la CCC decide⁷⁶ declarar la exequibilidad condicionada del Art. 122, entendiendo que no se incurre en el delito de aborto cuando contando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en las siguientes hipótesis:

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

⁷⁵ Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 suscrita por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁶ Es importante resaltar que la sentencia es suscrita con 5 votos a favor entre los cuales constan dos aclaraciones de voto, 3 votos salvados y un impedimento aceptado.

- c) Cuando existan malformaciones del feto que por su gravedad hagan inviable su vida.

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

Al respecto María Eugenia Sánchez afirma:

Con todo lo que avanzó con la legalización del aborto en las tres causales ...hay ambigüedad entre si las mujeres tenemos autonomía o no. Fue una autonomía solicitando permiso al patriarcado, una autonomía tutelada, la mujer no decide abortar y ya, sino bajo ciertas condiciones, si los médicos consideran que no está en peligro la vida de ella o los psiquiatras, o el psicólogo, no se puede hacer el aborto. En caso de violación, tiene que tener la denuncia, esto es entendible, pero si debiera constar el deseo de no querer tener el hijo, pero es una autonomía tutelada todavía.⁷⁷

También se declara inexecutable la expresión “o en mujer menor de catorce años” por considerar que la medida contemplada en el Art.123⁷⁸ es desproporcionada y afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada.

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

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

Isabel Cristina Jaramillo reconoce el avance de esta sentencia en cuanto al abordaje de la dignidad humana de la mujer y la afirmación de que no se la puede reducir a mero instrumento de procreación, sin embargo la critica en los siguientes términos:

Hay un discurso que intenta ser progresista pero que está marcado por un tratamiento especial, una invisibilización de los esfuerzos de los movimientos de mujeres, invisibilización de jurisprudencia anterior. Una cosa un poco perniciosa la manera en que entienden los derechos sexuales y reproductivos a pesar de que avanza, también si se compara con la demanda, la CC fue selectiva en escoger lo mínimo de lo mínimo de la demanda, de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos, en su sentido bien amplio, y se lee la selectividad en la descripción de los derechos. Por ello, la sentencia opera con categorías anteriores al género, como derechos de las mujeres como derechos especiales, es muy infantilizante en su descripción de lo que ha pasado con las mujeres; muy condescendiente, como “el régimen está ayudando a las mujeres”.

⁷⁷ Entrevista a María Eugenia Sánchez.

⁷⁸ Art. 123.- Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer **o en mujer menor de catorce años**, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años. (el resaltado es mío)

A pesar de los límites que se le pueden atribuir, esta sentencia de la CCC marca un punto de inflexión en el tratamiento del aborto en Colombia que antes de esta decisión se encontraba entre aquel grupo de países que penalizaban el aborto en toda circunstancia. Pero esto surge en un contexto de debate público, de canalización de las demandas sociales, de una relación más cercana entre movimientos sociales e institucionalidad.

Lo interesante sobre todo de las grandes sentencias de la Corte Constitucional es que han generado un debate público, las mujeres han rodeado a la Corte como un espacio que puede aportar en un camino de construcción de equidad. Es muy distinto ver la participación de las mujeres en el proceso del aborto, en donde fue enorme, si bien liderado por una persona, era una lucha histórica de muchas mujeres, a ver un proceso como el de la Ley de Cuotas, donde la Corte Constitucional solicitó documentos y quienes intervinieron no son ni el 40% de las personas que invitamos, esto porque la Ley de Cuotas era percibido como un proyecto para mujeres de élite; y el aborto es algo que afecta a todas las mujeres.⁷⁹

El proceso en si ha permitido que varias organizaciones de mujeres se apropien del fallo y proyecten usarlo de la manera más emancipatoria posible. Se continúa trabajando con medios de comunicación, el Congreso, la Administración de Justicia, el Ministerio de Salud. Se busca que el fallo sea una realidad, que el efecto no sea meramente simbólico sino que se concrete en reducir el número de abortos ilegales como tema estratégico.⁸⁰

1.2. La Píldora anticonceptiva de emergencia en Ecuador⁸¹

En el Ecuador la discusión sobre la Píldora anticonceptiva de emergencia en sede de la justicia constitucional es activada por un abogado en libre ejercicio⁸² quien se declara integrante del grupo *Abogados por la vida* y presenta una acción de amparo solicitando la suspensión de la inscripción del medicamento y certificado de registro sanitario del producto denominado POSTINOR-2 (Píldora anticonceptiva de emergencia, PAE).

Cabe resaltar también la importancia del rol de la Iglesia Católica, de gran influencia en el componente político cultural de los derechos en análisis, la misma que ha sostenido una campaña permanente de oposición a la PAE, y lo ha hecho a través de los medios de comunicación que maneja, de pronunciamientos públicos de sus representantes e inclusive en los sermones dominicales de muchas parroquias. Esta posición se intensificó durante el tiempo en que el caso estaba bajo análisis primero del juez de instancia y posteriormente del TCE.

⁷⁹ Entrevista a Natalia Angel.

⁸⁰ Entrevista a Isabel Cristina Jaramillo.

⁸¹ Esta parte toma varios elementos de un avance de este trabajo de investigación que fue publicado. Judith Salgado, Género y (des)protección de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana: El caso de la píldora anticonceptiva de emergencia, Revista Aportes Andinos No. 17, Octubre 2006. www.uasb.edu.ec/padh

⁸² Se trata de Fernando Rosero vinculado a un partido político populista y conservador en materia de género, Partido Roldosista Ecuatoriano.

En el 2006 la Tercera Sala del TCE confirma la sentencia del juez a quo que concediera la acción de amparo que solicitaba la suspensión de la inscripción del medicamento y certificado de registro sanitario del producto.⁸³

Los puntos centrales de la resolución del TCE son los siguientes:

- El Levonorgestrel, compuesto principal del producto Postinor 2 (PAE) tiene tres efectos: evita la ovulación; evita la fecundación; evita la implantación del óvulo fecundado.
- Ante lo que denomina “duda razonable” opta por asumir que la concepción se equipara a la fecundación (unión del espermatozoide con el óvulo dando origen al cigoto)
- En razón del tercer efecto del producto (que impide la implantación del óvulo fecundado en el útero) afirma que su uso viola el derecho a la vida desde la concepción garantizado por el Art. 49 de la Constitución.
- Afirma que en el caso de la protección de la vida desde la concepción, por tratarse de un derecho difuso (grupo indeterminable de seres humanos no nacidos cuya protección por ellos mismos es imposible) es admisible la legitimación activa de cualquier persona para interponer una acción de amparo.
- Sostiene que en su resolución antepone el principio de interpretación de la concordancia práctica ponderando los valores y dando prioridad al bien jurídico constitucional de la vida por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual.

El primer punto que el TCE debía dilucidar es si la PAE es abortiva y por tanto conculca el derecho a la vida desde la concepción, derecho que está protegido constitucionalmente⁸⁴. Para el efecto, la resolución del TCE se remite al Informe del Proceso de Registro Sanitario del Producto POSTINOR-2 del Instituto Izquieta Pérez en el que se emite el Certificado de Registro Sanitario. Lo califica como información oficial y cita el siguiente texto correspondiente al análisis farmacológico:

Su mecanismo de acción no se conoce y se piensa que el Levonorgestrel, actúa evitando la ovulación y la fertilización, si la relación ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en que la posibilidad de fertilización es más elevada. También puede producir cambios endometriales que dificultan la implantación. No es eficaz iniciado el proceso de implantación.

El TCE no solicita opinión adicional informada al respecto a ninguna institución o profesional. Siendo central la definición del carácter abortivo o no de la PAE, habría sido altamente recomendable que el TCE pidiera a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a la Asociación de Ginecólogos del Ecuador, al Colegio de Médicos, a las universidades, a las organizaciones de la sociedad civil, entre otros actores calificados, su concepto sobre el tema. Muy por el contrario, la discusión respecto al supuesto efecto

⁸³ Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución No. 0014-2005-RA.

⁸⁴ Art. 49 CPE: “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida desde la concepción...”

antimplantatorio de la PAE, queda saldada en la resolución del TCE a partir de la información del Registro Sanitario del producto. Y esto es grave en la medida que, de ahí en adelante se tiene por probado que dicho efecto implica la violación del derecho a la vida desde la concepción.

No considera el TCE el pronunciamiento, acompañado en alegatos de organizaciones de mujeres, del Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones conexas de la OMS que al respecto señala:

Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona, cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocan un aborto.⁸⁵

Varias organizaciones de mujeres presentaron a más de los alegatos, informes de carácter científico demostrando que no existe tal efecto antimplantatorio y que la PAE no es abortiva, así también solicitaron ser escuchadas en audiencia. En una de ellas el ginecólogo Andrés Calle presentó vasta información científica en el mismo sentido. Así mismo la Defensoría del Pueblo presentó una resolución defensorial en la cual también sostuvo entre otros elementos el carácter anticonceptivo y no abortivo de la PAE. También consta en el proceso amicus curiae elaborados por Center for Reproductive Rights de Nueva York y el Comité de América Latina y el Caribe por la Defensa de los Derechos de la Mujeres, CLADEM-Ecuador.

No obstante, en la resolución del TCE no aparece ninguno de estos argumentos, ni siquiera mencionado.

Es restrictiva la posición del Tribunal Constitucional. Hay una práctica de los tribunales constitucionales en otros países de considerar a los amicus curiae, reconocen la importancia de que actúen ONG y expertos en los temas, pero el Tribunal Constitucional, no los cita en la parte resolutive, a pesar de ser documentos que forman parte del proceso.⁸⁶

En materia procesal, es elemental que la autoridad que decide un caso en concreto, haga referencia en su resolución a los argumentos presentados indicando cuáles considera apropiados y cuáles desecha, estableciendo claramente las motivaciones para basarse en tal o cual prueba. Más aún es obligación del TCE el obtener suficiente información especializada sobre temáticas que por pertenecer a otro campo (en este caso de la ciencia médica) no son de conocimiento de los vocales.

A partir de la afirmación de que la PAE es abortiva el TCE señala que realiza una ponderación de valores en conflicto. La escueta mención que hace es la siguiente:

⁸⁵ www.who.int/mediacentre/factsheets/fs244/es/index.html.

⁸⁶ Entrevista a Lola Valladares, activista del movimiento de mujeres del Ecuador. Quito 11 de mayo de 2007.

...ante la argumentación manifestada por grupos interesados en el proceso, que consideran que la suspensión de la comercialización del producto POSTINOR-2, atentaría contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, esta Sala considera necesario anteponer el principio de interpretación de la concordancia práctica, que obliga a realizar una ponderación de los valores contenidos en los principios constitucionales, de la que resulta en forma indubitable que en este caso se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida, por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

Cabe resaltar en este punto que, a diferencia del caso colombiano anteriormente analizado, el TCE no distingue entre la protección a la vida y el derecho a la vida.

De otra parte, el principio de concordancia práctica implica de acuerdo con Konrad Hesse que “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser compatibilizados en la solución de los problemas interpretativos de manera que cada uno conserve su entidad; lo que implica la exigencia de acudir a la “ponderación de bienes o principios”⁸⁷ para resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional.⁸⁸”

Hay que resaltar que la colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender a su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra.⁸⁹

Entonces, la ponderación de bienes requiere el contraste de los derechos en conflicto y su concretización en un contexto específico.

Sin embargo, la “ponderación” que realiza el TCE no responde estas preguntas. ¿Qué derechos humanos quedan afectados o desprotegidos con la prohibición de la comercialización de píldoras anticonceptivas de emergencia? ¿Quiénes son los titulares de tales derechos? Las mujeres concretas con sexo, con edad, con condiciones económicas específicas, simplemente no aparecen. Prevalece una protección absoluta

⁸⁷ La ponderación de principios consiste, según Guastini, en instituir entre los principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil, lo cual implica que uno de los principios cede frente al otro en un caso concreto. Esto no implica la invalidación del principio que fuera subordinado. De hecho en otro caso concreto podría ser éste último el que prevalezca. De ahí el carácter móvil de la jerarquía entre principios constitucionales. Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, UNAM, 2001, pp. 145-146. Tal como sostiene Alexy “teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de preferencia condicionada*”. Citado por Luis Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”, Madrid, Dykinson, 1998, p. 58.

⁸⁸ Citado por Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, p. 277.

⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-425/95.

de la vida del que está por nacer y no se hace el más mínimo intento de visibilizar a la mujer como titular de derechos.

No se considera la realidad social de abortos clandestinos (que podrían disminuirse con el acceso a anticonceptivos de emergencia o no), de la muerte de miles de mujeres en tales prácticas (no se hace referencia a la protección de la vida de las mujeres), de la violencia sexual, de los embarazos producto de violación, incesto, de la falta de información y acceso a métodos anticonceptivos, de los límites de la educación sexual, etc. No se analiza cómo el género explica el control del cuerpo, la sexualidad y la reproducción de las mujeres. Resulta inexplicable que todos estos elementos no hayan sido analizados por el TCE. Porque el ponderar bienes implica justificar la restricción de un derecho desde el principio de *proporcionalidad*⁹⁰. El TCE no incluye en su resolución un examen de proporcionalidad.

A pesar de que el TCE invoca el método sistemático de interpretación constitucional en su resolución, no lo aplica. En efecto, este método implica que la interpretación de los preceptos constitucionales no puede hacerse aisladamente y desde sí mismos, sino siempre en relación con otros preceptos y con la unidad propia de la Constitución en que están insertos, implica considerar la Constitución como un todo, en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás.⁹¹

Las grandes ausencias en esta resolución son claramente: (i) las mujeres como titulares de derechos y (ii) los derechos que entrarían en conflicto con el derecho a la vida desde la concepción esto es, el derecho a decidir sobre su vida sexual, a decidir sobre la procreación, a tener acceso tanto a la información como a la educación y a los medios que le permitan ejercer estos derechos, además de disfrutar de los avances científicos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y ciertamente el derecho a la vida.⁹²

No resulta sorprendente, por lo mismo, que esta resolución sea considerada por las integrantes de organizaciones de mujeres y el docente entrevistados en Ecuador como un claro ejemplo de jurisprudencia restrictiva y regresiva en materia de derechos humanos.

⁹⁰ Comisión Andina de Juristas, *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, CAJ, 1997, pp. 515-545. El principio de proporcionalidad comprende el análisis de a) La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; b) la necesidad de utilizar tales medios (no hay otros más adecuados); c) la proporcionalidad entre medios y fin (el principio satisfecho para el logro de este fin no sacrifica principios constitucionalmente más importantes).

⁹¹ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, “La interpretación de la Constitución”, Lección 5, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 144.

⁹² El derecho a la igualdad y no discriminación por sexo.(Art. 23.3 CPE); El derecho a la libertad (Art. 23.4 CPE); A decidir de manera libre y responsable sobre su vida sexual (Art. 23.25 CPE); El derecho a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar. (Art.39 CPE); Los mismos derechos (que los hombres) a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos. (Art.16.1 e) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer); Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. (Art. 15 b) PIDESC)

Sin embargo, también se destaca la reacción del movimiento de mujeres frente al caso de la PAE.

... lo de la PAE tuvo un impacto en los movimientos de mujeres, en el sentido de rechazo, hubo atención jurídica a la resolución, hubo intenciones interesantes de incidir en la resolución, se hicieron amicus [curiae], hubo protestas. Los casos sí han merecido la atención y en ese sentido han sido paradigmáticos y han contribuido a los movimientos de mujeres, pero no a emancipar más bien a rebelarse. ¡Lo de la PAE es terrible!⁹³

Analizando de manera comparativa las dos sentencias que tratan el aborto y la protección de la vida en gestación llego a las siguientes conclusiones:

- En el caso de Colombia es mucho más evidente la manera en que el debate constitucional sobre el aborto tiene una relación entre lo internacional y lo nacional. Esto se manifiesta en la presentación de una demanda de inconstitucionalidad impulsada por una abogada dentro de un Proyecto apoyado por una red feminista transnacional y apoyada por organizaciones de mujeres en Colombia. Así también en la incorporación de intervenciones de organizaciones no gubernamentales internacionales y de universidades fuera de Colombia. Finalmente en la importancia que cobra tanto en la demanda como en la sentencia la argumentación alrededor de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y los pronunciamientos de instancias de vigilancia del cumplimiento de diversos tratados internacionales en esta materia. En Ecuador esa relación se pierde en la resolución del TCE pues aún existiendo un amicus curiae presentado por una ONG con sede en Nueva York que retoma argumentos del DIDH, así como la invocación de tal normativa en alegatos presentados por organizaciones de mujeres del país, la resolución simplemente no las menciona siquiera.
- En el caso de Colombia el vínculo con el aborto fue directo, ya que lo que se demandó fue la inexecutable de varias normas que penalizaban el aborto en cualquier circunstancia. En el caso de Ecuador el vínculo fue indirecto, pues lo que se demandó fue la inconstitucionalidad de la comercialización de una marca de una píldora anticonceptiva de emergencia que sin embargo el TCE asumió que tenía carácter abortivo.
- Mientras la CCC promueve el pronunciamiento de diferentes actores estatales, de la sociedad civil, académicos a través de la solicitud de conceptos sobre el tema en discusión o la convocatoria a audiencias públicas para escucharlos, el TCE se muestra sumamente conservador frente a este tipo de mecanismos de participación en el debate constitucional. No solicita de oficio ningún concepto y su rol se reduce a convocar a audiencias siempre que sean solicitadas por cualquier parte interesada. Completa esta visión restringida, el hecho de que aún existiendo opiniones como la Resolución Defensorial, alegatos de

⁹³ Entrevista a Ramiro Ávila.

organizaciones de mujeres, amicus curiae de una ONG internacional, el TCE ni siquiera los menciona en su resolución.

- En el caso de Ecuador la participación de distintas organizaciones de mujeres en el proceso de la PAE tuvo un carácter reactivo. En el caso del proceso sobre el aborto en Colombia, el movimiento de mujeres se suma a la iniciativa de una abogada cuyo trabajo se inscribe en el proyecto LAICIA.
- Mientras que la CCC enfatiza que a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o un derecho absoluto y que la protección de la vida en gestación tiene que ser ponderada con otros principios, valores y derechos en el caso en concreto de la madre embarazada, el TCE asume el valor absoluto del derecho a la vida desde la concepción. En efecto la CCC distingue entre la protección a la vida y el derecho a la vida (atribuible únicamente a las personas y no al nasciturus). EL TCE no realiza tal distinción y aunque afirma que realiza una ponderación con los derechos de las mujeres, ni siquiera la desarrolla sino que desecha una serie de derechos por prevalecer, en su criterio, siempre y en cualquier caso el derecho a la vida desde la concepción.
- Son aportes fundamentales de la sentencia de la CCC el desarrollo jurisprudencial sobre la diferencia entre la vida como un bien constitucionalmente relevante y el derecho a la vida; la aclaración de que el ser en gestación (nasciturus) no es titular del derecho a la vida aunque ciertamente si interesa constitucionalmente su protección; la reafirmación de que la dignidad humana de la mujer se expresa entre otros elementos en su autonomía reproductiva y que por lo mismo no puede considerársela como una mero instrumento útil para la procreación; la ponderación que realiza entre la protección de la vida en gestación y el derecho de la mujer embarazada a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida en integridad personal; y los límites que debe observar el legislador en cuanto a su potestad legislativa en materia penal en un Estado Social de Derecho.
- La resolución del TCE muestra varias falencias jurídicas. Así, el desconocimiento de evidencias científicas que demuestran la naturaleza anticonceptiva y no abortiva de estos productos, la consecuente creación de un conflicto inexistente entre el derecho a la vida desde la concepción y varios derechos humanos de las mujeres, la falta de una real ponderación de bienes y una interpretación sistemática de la Constitución. Pero más grave aún es que estas falencias concretan una visión de las mujeres como *no sujetos de derechos*, perpetúan una política de control/dominación del cuerpo, la sexualidad y reproducción de las mujeres, desconocen las muertes que la maternidad forzada produce, las afectaciones al proyecto de vida que podrían ser evitadas a través del uso de la PAE. Y a pesar de enunciar lo contrario finalmente dicha resolución tampoco protege el derecho a la vida desde la concepción.⁹⁴

⁹⁴ Sostengo esto apoyada en las afirmaciones de la OMS del carácter anticonceptivo y no abortivo de la PAE.

2. Derecho a la participación política

La Convención de eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW) vigente tanto en Ecuador como en Colombia incluye como uno de los ámbitos en los que se manifiesta de manera aún muy preocupante la discriminación contra la mujer a la participación política.

En efecto, si analizamos datos estadísticos de los últimos años podemos constatar que es uno de los ámbitos que ha tenido mayor dificultad de ser permeabilizado por una lógica democrática e igualitaria en razón del género.

Por ejemplo en el caso de Colombia si tomamos como referencia la conformación del Senado en el periodo 1998-2000, el 86, 57% lo conformaban hombres frente a un 13, 43% de mujeres y durante la década de los noventa ninguna mujer ocupó el cargo de Presidenta del Senado o de la Cámara de Representantes.⁹⁵ En Ecuador en 1996 el 94% de congresistas fueron hombres y únicamente el 6% mujeres. El porcentaje de mujeres subió al 17% en el 2002 luego que se dictará la normativa de cuotas.

En Bolivia la Cámara de Diputados estaba integrada en un 90% por hombres y un 10% de mujeres antes de que la Ley de cuotas fuera aprobada (1997). Ya para las elecciones del año 2002 la cifra de mujeres se elevó al 19%.⁹⁶

Frente a esta alarmante situación una de las respuestas que desde el Derecho Constitucional se ha dado para lograr una igualdad sustancial o real en circunstancias en que opera una fuerte carga cultural e institucional discriminatoria y excluyente han sido las denominadas acciones afirmativas. Dentro de ellas encontramos quizá como medidas más extremas las cuotas o cupos a favor de grupos históricamente discriminados para un efectivo ejercicio de derechos (derecho a la educación, derecho al trabajo, derecho a la participación política, etc.).

A continuación analizo dos casos relacionados con la constitucionalidad de las acciones afirmativas.

2.1. La ley de cuotas en Colombia

En el caso de la sentencia sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público⁹⁷ la CCC incluye una mención directa a la diferencia entre los términos sexo y género, y aunque admite que no son sinónimos, luego según dice para efectos prácticos, utiliza los términos como sinónimos aclarando que se incluyen ambas dimensiones, a saber “Cuando se habla del

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 371/00.

⁹⁶ Mala Htun, “Democracia e inclusión política: La Región andina en perspectiva comparada” en *Nadando contracorriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, Magdalena León, edit., Quito, 2005, p. 29.

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia. C 371-00.

sexo se hace énfasis en la condición biológica que distingue a los hombres de las mujeres, mientras que el *género* hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles.”

Existe una tendencia de la CCC a reducir el uso de la categoría de género a los estereotipos y roles asignados socialmente, sobre la base de la diferencia sexual, particularmente a las mujeres.

Mc Dowell⁹⁸ al abordar la trayectoria del concepto de género incluye como una de sus primeras etapas la distinción entre sexo (biológico) y el género (construcción cultural). Ciertamente desde la afirmación de Simon de Beauvoir de que “no nacemos mujeres, nos hacemos mujeres” muchos debates han ido complejizando la comprensión del género como una categoría de análisis⁹⁹, incluyendo otras dimensiones que confluyen en una problema de poder, inequidad, discriminación, desigualdad y exclusión pero que también cuestionan su matriz heterosexual y racista.¹⁰⁰

Ahora bien, creo que debe destacarse que la CCC mantiene la valiosa práctica de solicitar opiniones informadas respecto a los temas que son centro de sus decisiones. En la sentencia que analizo y respecto a este punto, la CCC solicito opiniones a profesionales de diferentes disciplinas, entidades estatales y organizaciones dedicadas a la investigación y el estudio de género.¹⁰¹ Así también decidió celebrar una audiencia pública con el fin de conocer algunas opiniones y comentarios relacionados con el tema materia del proyecto de ley estatutaria en revisión.¹⁰²

Se nutrió así de distintos insumos para tomar la decisión contando con suficientes elementos de contraste pues si uno revisa los diferentes conceptos e intervenciones encontrará posiciones contrapuestas, matices y énfasis diversos.

De acuerdo a la normativa constitucional colombiana las leyes que regulan el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y

⁹⁸ Linda McDowell, *Género, identidad y lugar Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, pp. 19-46.

⁹⁹ Ver J. Scott, “El género una categoría...”, pp. 265-302.

¹⁰⁰ En esta línea encontramos autoras como Judith Butler, bell hooks, Gloria Anzaldúa que desarrollan tales críticas.

¹⁰¹ Aparecen en la sentencia recogidos los conceptos de Magdalena León, socióloga y profesora de la Universidad Nacional de Colombia; María Isabel Patiño, Presidenta de Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, la Unión de Ciudadanas de Colombia; Corporación Viva la Ciudadanía; Red Nacional de Mujeres-Seccional Bogotá; Margarita Peláez, Directora del Centro de Estudios en Género: Mujer y Sociedad de la Universidad de Antioquia; Rosalía Durán, profesora del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia; Florence Thomas, Coordinadora del Grupo Mujer y sociedad y Yolanda Puyana, Coordinadora del Programa de Estudios de Género, Mujer y Desarrollo, de la Universidad Nacional de Colombia; Mauricio Reina, investigador asociado de FEDESARROLLO; Jaime Vidal Perdomo; Olga Amparo Sánchez, Corporación Casa de la Mujer; Julieta Lemaitre, Directora del Observatorio de la Mujer, Universidad de los Andes.

¹⁰² En ella intervinieron Jaime Bernal, Procurador General de la Nación. Marci Villegas, Viceministro de Educación, Gina Magnolia Riaño, Ministra de Trabajo, Fanny Kertsman, Directora de la DIAN, María Mercedes Cuellar, Director de ICAV, Isabel Londoño, Directora de COLFUTURO y los profesores Manuel José Cepeda, Rodolfo Arango, Luis Carlos SÁCHICA, Florence Thomas, Patricia Pinzón, Francisco Gutiérrez y María Emma Wills.

recursos para su protección deben ser estatutarias¹⁰³. Uno de los requisitos de forma de las leyes estatutarias es cumplir con la revisión previa de constitucionalidad por parte de la CCC.

En este artículo me centraré en el análisis de fondo que realiza la CCC y que parte de la siguiente pregunta ¿Las acciones afirmativas y el trato especial con fundamento en el género es violatorio del Art. 13 de la Constitución¹⁰⁴?

Para el efecto, la CCC define las *acciones afirmativas* como aquellas “políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que las afectan”¹⁰⁵, bien de lograr que los miembros de un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.”¹⁰⁶

Dentro de ellas ubica las denominadas *medidas de discriminación inversa o positiva* que tiene como características propias que consideran aspectos como el sexo o la raza (criterios considerados sospechosos) y porque se producen en una situación de especial escasez de bienes (por ejemplo puestos de trabajo, cupos universitarios) lo cual implicaría que el beneficio a favor de estos grupos trae como consecuencia perjuicio a otros.

Aclara también que la CCC ha considerado como criterios sospechosos aquellas categorías que:

- (i) Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen *per se*, criterios con base a los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.

Entonces el estar de frente a una categoría sospechosa el examen de razonabilidad del trato diferente debe ser muy severo y profundo pues históricamente el trato diferente por razones de sexo, raza o etnia ha estado vinculado a usos discriminatorios.

La CCC plantea también los elementos necesarios para que se configure una medida de discriminación inversa.

¹⁰³ Artículo 152 de la CPC. En el caso ecuatoriano el equivalente son las leyes orgánicas que sin embargo no requieren revisión previa de constitucionalidad por parte del TCE.

¹⁰⁴ Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

¹⁰⁵ Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad”, citado en la sentencia C- 371/00.

¹⁰⁶ Greenwalt Kent, “Discrimination and reverse discrimination”, citado en la sentencia C-371/00.

1) "la validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas a favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias"¹⁰⁷ 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional como parece sugerirlo una de las intervinientes. En cada caso habrá que analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la "igualdad real y efectiva" pierden su razón de ser.

Inscrito en el marco de la interpretación constitucional como tópica¹⁰⁸ la CCC recurre a datos estadísticos para demostrar la baja participación de las mujeres en los más altos niveles decisorios del Estado colombiano. A partir de tales cifras llega a las siguientes contundentes conclusiones:

- A pesar de existir un claro equilibrio entre la población femenina y masculina calificada para acceder a puestos de dirección esto no se refleja en la representación efectiva;
- La precaria representación femenina obedece a una lógica discriminatoria, lo cual se demuestra en el hecho de que en la carrera administrativa cuyos cargos se proveen por el sistema de méritos, la representación de las mujeres llega incluso a sobrepasar a la de los hombres.
- Es necesario remover los obstáculos presentes que impiden la participación de la mujer con medidas de efecto inmediato que disminuya la subrepresentación y de efecto a largo plazo que incida en la transformación de la mentalidad.

A partir de esta constatación la CCC coloca un punto muy importante en la discusión sobre acciones afirmativas al defender que no basta garantizar la igualdad en el punto de partida sino que hace falta garantizarla también en el punto de llegada. En este sentido afirma:

...la población capacitada para desempeñar cargos de alta responsabilidad política, se encuentra (desde hace ya un buen tiempo) equitativamente distribuida entre hombres y mujeres y que incluso la balanza se inclina cada vez más a favor de las últimas. Si a pesar de existir hoy igualdad en el punto de partida la situación en el punto de llegada sigue siendo inequitativa, es porque no son los méritos o no son solo ellos los que determinan que las más altas responsabilidades del Estado estén mayoritariamente en manos de hombres.

En este punto precisamente habría sido de gran utilidad la categoría de género para explicar esa situación que tiene que ver con relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, la dicotomía público/privado asociada el primer ámbito con el mundo masculino y el segundo con el femenino, los elementos simbólicos, normativos,

¹⁰⁷ Sentencia C-410 de 1994 de la CCC citada en la sentencia C-371/00.

¹⁰⁸ Se basa en la concretización de la norma constitucional y los principios orientadores de su interpretación. Para la concretización el intérprete debe adecuar la norma constitucional al problema y resolver contrastando argumentaciones y construyendo a partir de ahí la decisión de la forma más conveniente posible.

institucionales que sostienen una idea de superioridad masculina e inferioridad femenina y que reproducen la inequidad, entre otros.

Al analizar la cuota del 30% fijada por la Ley Estatutaria para la participación de la mujer en los cargos de máximo nivel decisorio¹⁰⁹ y de otros niveles decisorios¹¹⁰, la CCC echa mano de una herramienta de interpretación constitucional como es el llamado juicio de proporcionalidad para establecer si la diferencia en el trato es o no constitucional.

A continuación realizo un resumen de los principales argumentos desarrollados en la aplicación del juicio de proporcionalidad.

- a. Se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución

La finalidad de esta ley es aumentar en un tiempo corto la participación de las mujeres en cargos directivos y de decisión del Estado hasta llegar a una representación equitativa, corrigiendo el sistema de selección para estos cargos que continúa parcializado en detrimento de la población femenina. Esta finalidad se encuentra plenamente sustentada en varios artículos de la CPC.¹¹¹

- b. El trato diferenciado es adecuado para lograr la finalidad perseguida

La cuota de por lo menos un 30% logrará que al menos este porcentaje ocupe cargos directivos y de decisión en el Estado por lo mismo es una medida adecuada.

- c. El medio utilizado es necesario

Para responder esta pregunta la CCC retoma los principales reparos manifestados en contra de esta medida y emite sus criterios al respecto.

Frente al argumento de que lo equitativo sería una cuota del 50%, la CCC señala que el 30% es el tope mínimo y que por lo mismo no obsta a que el porcentaje pueda ser mayor. Adicionalmente sostiene que de acuerdo con las Naciones Unidas este porcentaje permite generar una *masa crítica* que propiciaría contrarrestar la discriminación contra la mujer en la participación política, y de esta manera Colombia daría cumplimiento al porcentaje del 30% al que se comprometió a nivel internacional.

¹⁰⁹ Se entiende como máximo nivel decisorio el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

¹¹⁰ Se entiende como otros niveles decisorios los cargos de libre nombramiento y remoción, de la Rama Ejecutiva, del personal administrativo de la Rama Legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados en el artículo anterior, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la Rama Judicial.

¹¹¹ Art. 1, 2, 13, 40 y 43 de la CPC. Ver anexo 2.

Con relación al argumento de que la cuota se dirige a eliminar únicamente la subrepresentación de mujeres pero no ataca las causas de este fenómeno, la CCC resalta que este tipo de medidas contrarrestan la “invisibilidad” de las mujeres y la creencia patriarcal de que el lugar de las mujeres es la esfera privada y por lo mismo tiene un efecto simbólico importante al evidenciar que la equidad de género es un asunto que atañe a la esfera pública. De otra parte plantea que se abriría la posibilidad de políticas públicas que favorezcan a todas las mujeres y no solo a las mujeres mejor situadas que acceden a los centros de poder.

La CCC desarma el argumento de que en lugar de las cuotas se debe mejorar la educación y capacitación a la mujer. En efecto, demuestra que en Colombia el porcentaje de mujeres egresadas de instituciones de educación superior es superior al de hombres y que sin embargo su representación en los cargos decisorios es significativamente menor. Retoma el argumento de Naciones Unidas según el cual al ritmo actual de participación de mujeres en funciones públicas decisorias se alcanzaría la paridad en 400 años. En este contexto, establece que al momento no se conoce otra medida tan eficaz como la cuota y que en la práctica no resulta tan onerosa en cuanto sacrificio de otros principios constitucionales.

d. El trato diferenciado es proporcional

La CCC desbarata la aseveración de que la medida viola el derecho a la igualdad y el trabajo de los hombres, haciendo la siguiente pregunta ¿La mengua de un privilegio que se ha tenido a costa del marginamiento de alguien implica una desventaja para quien lo ha ostentado? Hace un parangón entre la abolición de la esclavitud y el reclamo de quienes ejercían propiedad sobre los y las esclavas. Adicionalmente señala que la cuota no es en absoluto desproporcionada como hubiese sido por ejemplo contemplar un porcentaje del 80% de mujeres. Además plantea que ocupar cargos de libre remoción no es un derecho adquirido, es una expectativa, por tanto no hay carga excesiva impuesta a los hombres.

Con relación al argumento de que la cuota termina por discriminar a las mujeres pues sugiere que son inferiores o discapacitadas y que por sus propios méritos no pueden llegar a ocupar los cargos de mayor responsabilidad, la CCC sostiene que parte de la idea de que las mujeres tienen igual capacidad para desempeñarse en cargos de responsabilidad pero ve necesaria la intervención del Estado para remover obstáculos históricos que impiden dicho acceso.

Concluye la CCC que la cuota del 30% para la participación de mujeres en cargos de decisión es razonable y proporcionada.

Ahora bien, pasa luego la CCC a definir la forma cómo se hará efectiva la cuota y los cargos que considera incompatibles con el sistema de cuota. Resumo a continuación los principales puntos al respecto.

- La CCC condiciona la exequibilidad del artículo 4 del proyecto de ley en revisión en el sentido de que la regla del 30% se aplicará de manera paulatina, en la medida que los cargos de “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisorios” vayan quedando vacantes.
- Otro condicionamiento a la declaratoria de exequibilidad del Art. 4 es que cuando el nombramiento de miembros de instancias colegiadas recaiga en varias personas y entidades se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación, sin que esta sea inexorable.
- Declara constitucional para la aplicación de la cuota la exclusión de los cargos de elección popular pues entiende que es consecuencia lógica del principio democrático y pluralista y el de soberanía popular el no poner restricción alguna a la libertad del pueblo para elegir sus representantes.
- Declara inexecutable parte del Art. 6 que señala que quien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres hasta alcanzar la cuota del 30% en los niveles decisorios elegidos por ternas. Considera que la medida no es proporcional porque implica una carga excesiva para unos candidatos individualizados que por el simple hecho de ser hombres quedan por fuera de la elección lo cual es discriminatorio. Exhorta eso sí a las autoridades nominadoras para que garanticen una participación de la mujer en condiciones equitativas en tales cargos.
- Declara inexecutable la expresión “eliminarán los textos escolares con contenidos discriminatorios” por considerar que el ejercicio de tal mandato comporta un alto grado de subjetividad que puede atentar contra la libertad de cátedra y de expresión e inclusive devenir en censura.
- Declara inexecutable la norma que establece la obligación del Estado de promover mecanismos que motiven a los partidos políticos a incrementar la participación de la mujer en su seno, a través de la inclusión de al menos un 30% de mujeres en sus comités y órganos directivos y en lugares en las que puedan ser electas en las listas de candidatos a las diferentes corporaciones y dignidades de elección popular. Considera la CCC que esta norma contraría la Constitución al interferir en la autonomía interna de los partidos y movimientos políticos.

Salvando parcialmente su voto el magistrado Alejandro Martínez manifiesta su desacuerdo con los argumentos esgrimidos por la sentencia para declarar inexecutable la disposición que ordenara que en el caso de nombramiento de cargos por medio de ternas, se prefiera a las mujeres hasta completar el 30% establecido por la cuota. En su criterio la solución habría sido declarar executable esa expresión, precisando que mientras se alcance el porcentaje de magistradas exigido por la cuota, las listas deberán estar conformadas exclusivamente por mujeres.

Carlos Gaviria, en su voto salvado parcial, manifiesta su coincidencia con los argumentos de Alejandro Martínez en cuanto al punto anterior. Adicionalmente señala su desacuerdo con el argumento de que se atentaría a la libertad de cátedra y de expresión o se llegaría hasta la censura al incluir una norma que establezca eliminar contenidos discriminatorios de los textos escolares pues esto retardará y hasta impedirá la cabal igualdad de género. Sugiere que cabría diferenciar los textos

escolares que se utilizan en la educación pública de aquellos usados en establecimientos particulares.

2.2. La ley de cuotas en Ecuador

Uno de los logros alcanzado por el movimiento de mujeres en el proceso de la Asamblea Constituyente fue la incorporación del Art. 102 de la CPE que señala “El Estado promoverá y garantizará la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatas en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos”

Contando con este marco constitucional en febrero de 2000 se dictaron reformas a la Ley de Elecciones entre las que se incluyó la siguiente:

Las listas de candidaturas en elecciones pluripersonales deberán presentarse con al menos el treinta por ciento (30%) de mujeres entre los principales y el treinta por ciento (30%) entre los suplentes en forma alternada y secuencial, porcentaje que se incrementará en cada proceso electoral general en un cinco por ciento (5%) adicional hasta llegar a la igualdad en la representación¹¹². Se tomará en cuenta la participación étnica cultural.¹¹³

La Coordinadora Política de Mujeres del Ecuador, conjuntamente con una diputada del Congreso Nacional¹¹⁴, contando con el informe favorable del Defensor del Pueblo¹¹⁵ presentó en el 2002¹¹⁶ una demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 40 del Reglamento de la Ley General de Elecciones, aprobado por el Tribunal Supremo Electoral (TSE), cuyo texto señalaba:

Las candidaturas pluripersonales deberán presentarse con, al menos, el 30% de mujeres entre los principales y el 30% entre los suplentes. La alternabilidad y secuencia en la presentación de listas deberá seguir el orden par o impar. Alternabilidad es la distribución

¹¹² Precisamente para la actual inscripción de listas de candidaturas para la elección de asambleístas en septiembre de 2007, hemos llegado al 50% de mujeres y 50% de hombres.

¹¹³ Art. 58 de la Ley de Elecciones.

¹¹⁴ Anunziata Valdez Larrea, de la Democracia Cristiana.

¹¹⁵ De conformidad con el Art. 277 de la CPE, las demandas de inconstitucionalidad de forma o de fondo contra leyes orgánicas, ordinarias, decretos-ley, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos de instituciones del Estado pueden ser presentadas por el Presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, con la firma de mil ciudadanos en ejercicio de los derechos políticos o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia.

¹¹⁶ Anteriormente, en el 2000, presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra el “Instructivo a ser aplicado en las inscripciones de candidaturas para elecciones de Prefectos provinciales, alcaldes municipales, consejeros provinciales, concejales municipales y miembros de las juntas parroquiales rurales” dictado por el Tribunal Supremo Electoral. Así también activaron un recurso administrativo de reposición. Como resultado el TSE dejó insubsistente dicho instructivo (7 de abril de 2002) y luego el TCE resolvió “Que si bien es evidente que en el Instructivo objeto de la presente demanda, no se respeta la participación alternada y secuencial de las mujeres, no es menos cierto que habiendo sido derogado el mismo, un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional se tornaría inoficioso”. Resolución. No. 133-2000-TC.

en la lista de forma sucesiva entre hombres y mujeres. Secuencia es la serie de combinaciones que pueden realizarse en la lista, al tratarse de representaciones de 3 a 5 dignidades, saltando uno o dos puestos; de 6 dignidades en adelante, pasando entre dos y tres puestos y así sucesivamente.

El TCE declara la inconstitucionalidad¹¹⁷ de la norma demandada sobre la base de los siguientes argumentos:

- Con fundamento en el principio de acciones afirmativas existen varias normas de la legislación nacional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a la igualdad de la participación política de las mujeres.¹¹⁸
- El espíritu de las acciones afirmativas es establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar la discriminación (en este caso por razones de género). El Art. 102 de la CPE consagra una medida especial cuyo espíritu es combatir la discriminación sufrida históricamente por las mujeres al haber sido excluidas de la toma de decisiones políticas.
- La definición sobre alternabilidad y secuencia que consta en el artículo impugnado no garantiza la participación equitativa entre varones y mujeres y atenta a la igualdad de condiciones al establecer que una mujer puede ser ubicada en la papeleta electoral luego de haber sido ubicados dos o tres varones.
- Dado que el Estado ha asumido el deber de eliminar las condiciones de desigualdad en la participación electoral entre hombres y mujeres hay que evitar efectos que menoscaben ese objetivo y resulta obligación de toda autoridad regular en beneficio de las acciones afirmativas.
- El TSE al dictar el Art. 40 del Reglamento a la Ley de Elecciones realizó una interpretación extensiva de la ley, lo cual viola la normativa constitucional que señala que solo al Congreso Nacional le compete interpretar las leyes de manera generalmente obligatoria¹¹⁹ y el artículo que consagra la igualdad y la no discriminación¹²⁰ y la norma que establece que el Estado garantizará la participación equitativa de hombres y mujeres como candidatos en procesos de elección popular¹²¹.
- Enfatiza en que la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma impugnada no tiene efectos retroactivos y por lo mismo no afecta el proceso electoral último realizado el 20 de octubre de 2002.

Es importante resaltar que en esta resolución el TCE hace referencia y retoma varios de los argumentos presentados por las accionantes, sobretudo respecto a la normativa internacional pertinente para declarar la inconstitucionalidad de la normativa impugnada. Aunque el resultado fue favorable al planteamiento de

¹¹⁷ La resolución es aprobada con seis votos a favor, dos votos salvados y sin contar con la presencia de uno de los vocales.

¹¹⁸ Cita los artículos 1, 3, 4 de la Convención de Eliminación de la Discriminación contra la Mujeres (CEDAW), los artículos 102, 17 y 18 de la CPE y el Art. 58 de la Ley de Elecciones.

¹¹⁹ La resolución hace referencia los artículos 130 numeral cinco y 141 numeral 7 de la CPE.

¹²⁰ Art. 23 numeral 3 de la CPE.

¹²¹ Art. 102 de la CPE.

integrantes del movimiento de mujeres que impulsaron la demanda de inconstitucionalidad, las principales limitaciones que algunas de ellas señalan es que fue extemporánea pues se dictó pasadas las elecciones de octubre de 2002¹²² y adicionalmente el TCE no realizó un seguimiento del cumplimiento de la resolución más allá de que la norma fuera expulsada del ordenamiento jurídico, esto es vigilando que se garantice la participación equitativa de mujeres y hombres en las siguientes elecciones pluripersonales.

El Tribunal Constitucional falló a favor, declarando la inconstitucionalidad, pero lo hizo después de que pasaron las elecciones; fue importante la respuesta, pero justicia que tarda no es justicia, hubiera sido importante que se emitiera en el momento que correspondía para evitar que se violaran derechos fundamentales de las mujeres... A pesar de la resolución el Tribunal Constitucional no ha tenido una actitud activa y permanente de verificar que en los procesos de elección el Tribunal Supremo Electoral y los tribunales provinciales acaten la ley. No es suficiente dictar la resolución, que fue extemporánea... y que como organismo que vigila no tenga una actitud proactiva, a pesar de que se le ha pedido tomar medidas ante el incumplimiento de la resolución.¹²³

De hecho, en lugar de elaborar una normativa que corrigiera los errores de la norma impugnada, el TSE dejó a criterio de los partidos políticos el definir el mecanismo de alternancia y secuencia. Esto implicó que la mayor parte de ellos ubicaran a las mujeres en puestos muy por debajo de los hombres, solo algunos partidos cumplieron la alternancia y secuencia entendida como que cada lista tenga una mujer y un hombre o viceversa hasta completar el porcentaje de la cuota establecido para cada elección (40% en el 2004 y 45% en el 2006). Esto implicó que no existiera un criterio unificado respecto de las obligaciones que la cuota electoral de mujeres imponía a todos los partidos políticos.

Ahora bien, habría sido conveniente en tal sentido que el TCE al momento de resolver la demanda de inconstitucionalidad buscará contrastar la normativa constitucional y la norma impugnada con datos y estudios respecto del comportamiento electoral en cuanto a las tendencias predominantes entre la ubicación en una lista y las posibilidades de ser elegido/a.

Inclusive uno de los votos salvados niega la demanda de inconstitucionalidad precisamente desde el argumento de que siendo nuestro sistema electoral de lista abierta¹²⁴, resulta intrascendente el orden de presentación de la lista “pues el ciudadano podrá votar, libremente, por el segundo, tercero o el último de la lista correspondiente y que aún más, con el sistema D’Hondt, la asignación de los escaños, luego de determinados los divisores, corresponde a los candidatos más

¹²² En estas elecciones se realizó la votación de primera vuelta para elegir los y las finalistas para la Presidencia y Vicepresidencia de la República. Se eligió además diputados y diputadas; consejeros y consejeras provinciales; concejales y concejalas municipales; y parlamentarios y parlamentarias andinas.

¹²³ Entrevista a Lola Valladares.

¹²⁴ El Art. 99 de la CPE establece “En las elecciones pluripersonales los ciudadanos podrán seleccionar los candidatos de su preferencia, de una lista o entre listas. La ley conciliará este principio con el de representación proporcional de las minorías.”

votados de la lista, sin importar el lugar en que aparezcan en la lista respectiva...”¹²⁵

Entonces un contraste de estas afirmaciones con lo que efectivamente se evidencia en el comportamiento electoral es un vacío tanto en la resolución como en los votos salvados.

“María Fernanda Cañate ha demostrado que la ubicación de las mujeres en los tres primeros puestos de las listas resulta definitiva para garantizar su posibilidad de elección”. Por ejemplo, según esta autora, en el año 2000 el 53% de mujeres se encontraban ubicadas en los tres primeros puestos de las listas siendo electas un 85,14%; en el año 2002 un 75.29% de mujeres ocupaban esa ubicación y un 93.99% fueron electas.¹²⁶

En mi criterio, el TCE dejó pasar la oportunidad de profundizar más el análisis respecto de las acciones afirmativas como mecanismo idóneo para contrarrestar discriminaciones históricas como la de género, pues su resolución menciona este punto de manera escueta pero no entra a desarrollarlo.

No obstante, estas limitaciones, la resolución es sumamente valorada por integrantes de organizaciones de mujeres que han visto en ella una herramienta apta para la exigibilidad del derecho a la participación equitativa de las mujeres en el ámbito político.

Sin ese fallo del TC estaríamos con la batalla perdida, con la guerra perdida. Con el fallo hemos tenido la posibilidad de estar insistiendo en cada ocasión, no nos ha servido muchas veces desde el plano coercitivo, ya que ningún Tribunal se atrevió a enviar el expediente a la Fiscalía para que se inicie el juicio penal en contra de los vocales del TSE, lo cual hubiese generado un tema de opinión pública tremenda. “El TC en uso de sus atribuciones pide que se inicie un juicio en contra de los vocales del TSE”, no ha existido, pero siempre hay la posibilidad de la amenaza. Para nosotras ha sido indispensable eso, también para mostrar el agotamiento de las vías internas y podernos ir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹²⁷

De todas maneras, es claro que el fallo en sí mismo aunque favorable no basta. De hecho, el efecto más claramente emancipatorio ha sido que ha sido usado como herramienta sólida de argumentación para un proceso de veeduría ciudadana sostenida por parte de algunas organizaciones de mujeres que se han mantenido vigilantes para denunciar los incumplimientos en materia de la cuota de mujeres candidatas y sobretodo de la alternancia y secuencia durante varios procesos electorales. En efecto, varias experiencias frustrantes de incumplimiento, de

¹²⁵ Voto salvado del Dr. Carlos Helou Cevallos. Caso No. 028-2002-TC.

¹²⁶ Silvia Vega, “La cuota electoral en Ecuador: Nadando a contracorriente en un horizonte esperanzador”, en *Nadando contracorriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, Magdalena León, edit., Quito, 2005, pp. 187.

¹²⁷ Entrevista a Solanda Goyes, Fundación Equidad y Desarrollo. Quito, 18 de mayo de 2007.

resoluciones inoportunas, de trivialización del tema, se han topado con una tenacidad y persistencia comparables. No es casual entonces que de cara al próximo proceso para elegir asambleístas estos grupos han logrado que finalmente el TSE dicte un instructivo para efectivizar la alternancia y secuencia de una mujer un varón o viceversa en cada lista para cumplir la cuota del 50%¹²⁸ y además la instalación de un programa computarizado en el mismo TSE que cuenta con las herramientas tecnológicas para ubicar las listas que incumplan este mandato y por lo mismo descalificarlas.

Se ha logrado aumentar la presencia de mujeres en el ámbito político, sigue siendo sin embargo, un reto pendiente una mayor representatividad de las mujeres. De hecho, el movimiento de mujeres se cuestiona el hecho de que lleguen más mujeres a cargos de poder pero que no representen las necesidades e intereses de las mujeres. Al respecto Silvia Vega desarrolla un interesante análisis de lo que denomina el dilema entre representación general y representatividad de género.¹²⁹

Queda claro entonces que las cuotas no pueden resolver por sí mismas problemas del funcionamiento del sistema político, pero me parece que ayudan a ubicar con mayor claridad elementos socio-culturales que inciden en la baja participación de las mujeres en la arena política y que deberían llevarnos a repensar las formas de organización política que dejan intocada la dicotomía público/privado.

...las mujeres, muchas están deseosas de participar en política pero el tema significa renunciamientos que las mujeres no pueden hacer, como el tema de los hijos, de los tiempos, porque hacer política significaría la cuarta carga laboral, y eso es hasta físicamente imposible, muchas mujeres están imposibilitadas de hacerlo, razones que no han sido consideradas todavía como para ver los cambios que hay que realizar precisamente para modificar los tiempos, horarios, y puedan acceder y como reemplazarlas en las tareas. Las madres solas, profesionales, que pueden tener muchos deseos de participar, pero que deben dedicarse a la maternidad y a las tareas del hogar, no pueden participar en el ejercicio de la política. Hay tres posibilidades: mujeres que han superado la etapa donde tienen esas responsabilidades; mujeres que tienen muchas comodidades económicas para delegar; mujeres que renuncian a tener hijos, muchas de las que están en política, son solteras y no tienen hijos, y las que son admirables son las que tienen hijos pequeños, trabajan y además están en política, ellas son las heroínas.¹³⁰

En todo caso, a pesar de las limitaciones que podemos ubicar en la resolución analizada, sin duda varias organizaciones de mujeres en el Ecuador han sabido utilizarla como una herramienta de exigibilidad de derechos de las mujeres y de transformación social.

¹²⁸ Esto que puede parecer obvio en este momento en que el porcentaje es paritario (50% mujeres y 50% varones) no ha sido tanto por cuanto persisten voces que si bien no discuten el porcentaje si manifiestan discrepancias respecto a la ubicación de candidatos y candidatas de manera alternada y secuencial esto es 1) una candidata/o 2) un candidato/a y así sucesivamente.

¹²⁹ Ver S. Vega, "La cuota electoral...", pp. 196-201.

¹³⁰ Entrevista a Solanda Goyes.

Analizando de manera comparativa las dos sentencias que tratan las acciones afirmativas para favorecer la participación equitativa de mujeres en el ámbito político planteo las siguientes conclusiones:

- La sentencia de la CCC se centra en la revisión constitucional previa de un Proyecto de Ley Estatutaria por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público. El análisis previo a la parte resolutoria es sumamente rico primero en la recopilación de opiniones diversas de actores/as informados/as, en la sistematización de datos estadísticos que demuestran la discriminación contra las mujeres en el ámbito de participación política, en el desarrollo de argumentos sobre la necesidad de incidir no solo en el punto de partida sino en el de llegada en el ejercicio de acciones afirmativas, en razones muy convincentes respecto de la constitucionalidad del trato diferenciado de la cuota obligatoria de 30% de mujeres para cargos de nivel decisorio, contrarrestando los puntos en discusión con gran solvencia. Sin embargo en la parte resolutoria la CCC reduce significativamente el espectro de aplicación de la cuota al quitarle el carácter obligatorio de la misma en el caso de nombramientos que se concretan por medio de ternas, excluir los cargos de elección popular y a los partidos políticos como estamentos obligados por esta cuota.¹³¹ Habría sido interesante en estos dos últimos puntos precisamente una ponderación de valores, principios y derechos en conflicto como el principio democrático y pluralista con la igualdad y no discriminación.¹³²
- La sentencia del TCE se centra en la discusión de un mecanismo (la alternancia y secuencia en las listas) para implementar una acción afirmativa (una cuota en ese momento del 35% de mujeres en las listas pluripersonales de elección popular). Por lo mismo no se discute la constitucionalidad de dicha acción afirmativa sino la inconstitucionalidad de un reglamento que regula la manera de entender el mecanismo de alternancia y secuencia. Como consecuencia no se aplica un test de razonabilidad o juicio de proporcionalidad. No obstante, habría ayudado realizar un análisis centrado en la proporcionalidad de la norma para desentrañar su adecuación, necesidad y menor afectación de otros derechos y principios para lograr el fin constitucionalmente válido, esto es la participación equitativa de hombre y mujeres en cargos de decisión. En el mismo sentido habría sido recomendable acudir al método de interpretación constitucional como tónica, Esto habría implicado concretizar la norma en

¹³¹ La renuencia de la Corte a incluir la obligatoriedad de la cuota para cargos de elección popular y para los partidos políticos puede explicarse a partir de la limitación de la norma constitucional que en el último inciso de su artículo 40 señala: “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.” Debo esta aclaración a Julieta Lemaitre.

¹³² A pesar de la limitación señalada en la nota al pie anterior me parece que el segundo inciso del Art. 13 de la CPC podría abrir la puerta para este análisis. “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”

discusión en contraste con la realidad de la participación de mujeres en listas de elección popular y analizar las tendencias respecto a las posibilidades de elección de acuerdo a la ubicación de candidatos/as en las listas. Asimismo un desarrollo jurisprudencial del máximo tribunal en materia constitucional respecto a las acciones afirmativas, el principio de igualdad y no discriminación habría sido un aporte muy interesante.

- Nuevamente podemos constatar la apertura de la CCC en escuchar diversas opiniones e involucrar a actores estatales, de la sociedad civil y de la academia en el debate constitucional. Esta práctica está completamente ausente en el caso del TCE.
- Los efectos emancipatorios de estas sentencias se miran con mayor claridad en el caso de Ecuador, en donde, el uso estratégico de la resolución del TCE ha servido como herramienta de exigibilidad del derecho a la participación política de las mujeres por parte de algunas organizaciones de mujeres y ha propiciado en momento específicos alianzas con mujeres en cargos de decisión.

V. Conclusiones

Para intentar un cierre de este artículo creo que es importante ubicar ciertas conclusiones gruesas que sin duda requerirán mayor profundización y seguramente dejarán en claro más que nada pistas para futuras investigaciones.

Existen varias semejanzas que desde la década de los noventa comparten Colombia y Ecuador en cuanto a su justicia constitucional. En ambos países se han creado órganos especializados en esta materia, se ha ampliado el reconocimiento de derechos fundamentales y de garantías de protección a través de procesos constituyentes recientes, inclusive dicho reconocimiento puede ser considerado más generoso en el componente normativo ecuatoriano.

No obstante, la trayectoria institucional es muy diferente pues mientras Colombia muestra una sólida institucionalización de su CCC en Ecuador dicha institucionalización es aún muy frágil. Esto podría explicarse porque en la práctica el TCE ha tenido un carácter de órgano político más que jurídico, tanto porque sus integrantes aparecen como representantes de órganos de poder y organizaciones sociales y gremiales, cuanto porque su designación, reelección y destitución está a cargo del Congreso Nacional, lo que ha afectado seriamente su independencia. Así también en el caso ecuatoriano se mantiene aún una suerte de ambivalencia respecto al órgano que detenta la supremacía del control e interpretación constitucional entre el Tribunal y el Congreso Nacional. Finalmente el TCE ha mostrado serias falencias en su argumentación jurídica.

En contraste, la CCC cuenta con un amplio reconocimiento de su labor interpretativa y argumentación jurídica. El hecho de que el periodo de duración en el cargo sea de nueve años sin posibilidad de reelección dota de mayor independencia a este órgano, apreciándose una importante valoración meritocrática para su designación. Así mismo es importante considerar la existencia de una sólida cultura constitucional en Colombia.

La CCC goza de alta legitimidad en su país, mientras que el TCE ha sido muy cuestionado. Incide en esta visión contrapuesta a más de los elementos ya señalados, la percepción de cercanía o no de la ciudadanía a las decisiones de este órgano y la apertura o no para propiciar un debate constitucional amplio, entre otros.

En ambos países el movimiento de mujeres muestra serias dificultades para lograr representación por medio de los canales institucionales tradicionales del sistema político como son las elecciones. Como contrapeso, sin embargo, cuenta con un gran acumulado organizativo, de trabajo colectivo, de capacidad de propuesta, de habilidades de cabildeo y asesoría técnica que han logrado incidir en las Asambleas Constituyentes y en las cortes (en menor medida).

Tanto la CPC como la CPE constituyen un hito en el reconocimiento de derechos humanos en general y de las mujeres en particular. Mientras la CPE incorpora la categoría de género en distintos ámbitos (planificación del sector público; educación; participación política) en la CPC no aparece. Esto responde a una opción política del movimiento de mujeres en cada uno de los países, en Colombia no se consideró una prioridad su inclusión en la normativa constitucional mientras que en Ecuador sí.

Las sentencias sobre el aborto y la PAE van por caminos contrapuestos mientras la primera realiza un pormenorizado ejercicio de ponderación de valores, principios y derechos en conflicto y un riguroso examen de proporcionalidad, la otra asume una posición de protección absoluta de la vida del que está por nacer en una clara invisibilización de la mujer gestante como titular de derechos. Mientras en Colombia el gran aporte es la noción de mujer como sujeto con dignidad humana y autonomía que no puede ser reducida a herramienta útil para la procreación, en Ecuador el gran retroceso es la anulación de la calidad de sujeto de derechos de la mujer.

En el caso de las sentencias sobre acciones afirmativas para la participación política de la mujer es paradójico que aunque la CCC realiza un mayor desarrollo argumentativo a favor de estas medidas, en su resolución restringe el ámbito de su incidencia. En Ecuador en cambio aunque la argumentación haya sido más escueta y el rol del TCE no haya sido proactivo en la vigilancia del cumplimiento de la alternancia y secuencia en las listas pluripersonales de elección popular, varias organizaciones de mujeres han logrado avances en su cumplimiento a través de una veeduría ciudadana sostenida.

Es destacable la práctica de la CCC de solicitar conceptos, opiniones e intervenciones y propiciar audiencias. Estos mecanismos permiten una mayor cercanía con la justicia constitucional y una democratización del debate en esta materia con un enfoque pluralista.

El uso de la categoría de género ha sido restringido tanto en el caso de la CCC como en el TCE, si bien algunas sentencias hacen mención a esa categoría no hay un desarrollo al respecto. En el caso de Ecuador no pasa de la mención en ciertos casos, mientras que en el caso de Colombia el concepto de género se centra en la relación hombre y mujer, acentuada en los estereotipos y roles impuestos culturalmente a las mujeres.

Tal como señalan varias de las personas entrevistadas, el efecto emancipatorio se concreta no con la expedición de una sentencia sino con el uso estratégico que se da al proceso y al seguimiento de su cumplimiento en los casos en que el fallo resulta una herramienta útil para lograr cambios sociales.

Así lo expone con claridad la siguiente cita: “Mi posición es que no es la jurisprudencia la que es emancipatoria, sino que los ciudadanos generamos nuestras propias posibilidades de libertad y entonces dentro de lo que somos capaces de organizarnos para aprovechar esas oportunidades está la capacidad de emancipación.”¹³³

¹³³ Entrevista a Isabel Cristina Jaramillo.

BIBLIOGRAFÍA

BERGMAN Ylva, *Abriendo Espacios. Guía política de salud y derechos sexuales y reproductivos*, Estocolmo, RFSU, 2005.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, CAJ, 1997.

ESCOBAR Claudia, *Estudio comparativo del proceso de judicialización constitucional en Colombia y en Ecuador*, Tesis de Maestría, UASB, 2006

FACIO Alda, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal "en Alda Facio y Lorena Frías (Editoras), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000, pp. 99-136.

GRIJALVA Agustín, *Independencia y control constitucional en Ecuador y Colombia*, Proyecto financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

GUASTINI Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, UNAM, 2001.

HTUN Mala, "Democracia e inclusión política: La Región andina en perspectiva comparada" en *Nadando contracorriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, Magdalena León, edit., Quito, 2005, pp. 15-39.

LEMAITRE Julieta, "¿Puede la Corte Constitucional emancipar a las mujeres?", en Antonio Barreto, coord., *Derecho Constitucional: Perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Legis, 2001, pp. 3-30.

Mc DOWELL Linda, *Género, identidad y lugar Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999.

MOTTA Cristina y otras, *Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución*, Bogotá, Estudios Ocasionales CIJUS, Universidad de Los Andes, Dirección Nacional de Equidad para las mujeres, 1998.

PEREZ LUÑO Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999.

PEREZ ROYO Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, "La interpretación de la Constitución", Lección 5, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

ROA Mónica Roa, "El proyecto LAICIA" en Susana Checa, comp., *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el Derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2006, pp. 225-243.

RUIZ Martha Cecilia, "Los cambios constitucionales: Visiones de sus protagonistas", en Magdalena León, edit., *Derechos Sexuales y Reproductivos. Avances Constitucionales y Perspectivas en Ecuador*

SALGADO Judith, *La reapropiación del cuerpo: Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones ABYA YALA, Corporación Editora Nacional, Serie Magíster, Volumen 80, 2008.

-----, Género y (des)protección de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana: El caso de la píldora anticonceptiva de emergencia, Revista Aportes Andinos No. 17, Octubre 2006. www.uasb.edu.ec/padh

-----, *Oportunidades y retos para la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos en el Ecuador*, Documento de trabajo preparado para CLADEM-Ecuador, 2006.

SCOTT Joan W., "El género: Una Categoría útil para el análisis histórico, en *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, Marta Lamas (comp.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp. 265-302.

UPRIMMY Rodrigo y Mauricio García-Villegas, "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia", en *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2004.

VAGGIONE Juan Marco, *Los derechos sexuales y reproductivos y el activismo religioso. Nuevas estrategias para su efectivización en América Latina*. www.red-alas.org

VALLADARES Lola, *Entre discursos e imaginarios: Los derechos de las mujeres ecuatorianas en el debate de la Asamblea Nacional de 1998*, Tesis de Maestría en Género y Desarrollo, Quito, FLACSO, 2002.

VEGA Silvia, "La cuota electoral en Ecuador: Nadando a contracorriente en un horizonte esperanzador", en *Nadando contracorriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, Magdalena León, edit., Quito, 2005, pp. 169-205.

WILLS, María Emma, *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia (1970-2000)*, Bogotá, Editorial Norma, 2007.

ANEXO 1

Constitución Política del Ecuador

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

...Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.

Art. 17.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.
2. La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano.

El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad.

Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad.

3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.

4. La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

5. El derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.

21. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre ellas. En ningún caso se podrá utilizar la información personal de terceros sobre sus creencias religiosas y filiación política, ni sobre datos referentes a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica.

25. El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual.

Art. 34.- El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad.

Art. 36.- El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor.

Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. Se prohíbe todo tipo de discriminación laboral contra la mujer.

El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales en que aquél se encuentre en desventaja económica. Se reconocerá como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado.

Art. 37.- El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan íntegramente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar.

El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

Art. 38.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

Art. 39.- Se propugnarán la maternidad y paternidad responsables. El Estado garantizará el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar. Será obligación del Estado informar, educar y proveer los medios que coadyuven al ejercicio de este derecho.

Se reconocerá el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y condiciones que establezca la ley, y con las limitaciones de ésta. Se garantizarán los derechos de testar y de heredar.

Art. 40.- El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. Los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos.

Al inscribir el nacimiento no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación, y en el documento de identidad no se hará referencia a ella.

Art. 41.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

Art. 43.- Los programas y acciones de salud pública serán gratuitos para todos. Los servicios públicos de atención médica, lo serán para las personas que los necesiten. Por ningún motivo se negará la atención de emergencia en los establecimientos públicos o privados.

El Estado promoverá la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la salud sexual y reproductiva, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social.

Adoptará programas tendientes a eliminar el alcoholismo y otras toxicomanías.

Art. 47.- En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.

Art. 67.- La educación pública será laica en todos sus niveles; obligatoria hasta el nivel básico, y gratuita hasta el bachillerato o su equivalente. En los establecimientos públicos se proporcionarán, sin costo, servicios de carácter social a quienes los

necesiten. Los estudiantes en situación de extrema pobreza recibirán subsidios específicos.

El Estado garantizará la libertad de enseñanza y cátedra; desechará todo tipo de discriminación; reconocerá a los padres el derecho a escoger para sus hijos una educación acorde con sus principios y creencias; prohibirá la propaganda y proselitismo político en los planteles educativos; promoverá la equidad de género, propiciará la coeducación...

Art. 81.- Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano.

Art. 102.- El Estado promoverá y garantizará la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos.

Art. 254.- El sistema nacional de planificación establecerá los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social, fijará metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo, que deberán alcanzarse en forma descentralizada, y orientará la inversión con carácter obligatorio para el sector público y referencial para el sector privado.

Se tendrán en cuenta las diversidades de edad, étnico-culturales, locales y regionales y se incorporará el enfoque de género.

ANEXO 2

Constitución Política de Colombia

Artículo 13º.-

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y **gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.**

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 40º.-

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

Artículo 42.-

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

Artículo 43º.-

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

ANEXO 3

Entrevistas realizadas

BOGOTÁ-COLOMBIA

Isabel Cristina Jaramillo
Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes
25 de abril de 2007

Alexandra Quintero y Carmen Alicia Mestizo
SISMA MUJER
26 de abril de 2007

Olga Amparo Sánchez y María Eugenia Sánchez
Casa de la Mujer
26 de abril de 2007

Amanda Muñoz
Comité de América Latina y el Caribe de Defensa de Derechos de la Mujer, CLADEM-
Colombia
27 de abril de 2007

Natalia Angel
Docente de la Facultad de Derechos de la Universidad de Los Andes. 27 de abril de
2007

QUITO-ECUADOR

Lola Valladares
Activista del movimiento de mujeres del Ecuador
11 de mayo de 2007.

Ramiro Ávila
Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar y de la Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
17 de mayo de 2007.

Solanda Goyes
Fundación Equidad y Desarrollo
18 de mayo de 2007.

ANEXO 4

ABREVIATURAS

Corte Constitucional de Colombia (CCC)

Constitución Política de Colombia (CPC)

Constitución Política de Ecuador (CPE)

Convención de eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

Litigio de Alto Impacto en Colombia: la Inconstitucionalidad del Abosto (LAICIA)

Píldora Anticonceptiva de Emergencia (PAE)

Organización No Gubernamental (ONG)

Tribunal Constitucional del Ecuador (TCE)

Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC)

Tribunal Supremo Electoral (TSE)