

EL ABORTO DESDE UNA VISION DE GÉNERO

ERIKA CAICEDO LÓPEZ

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
PASTO
2003

EL ABORTO DESDE UNA VISION DE GÉNERO

ERIKA CAICEDO LÓPEZ

Trabajo de grado para optar al título de Abogada

Directora Mónica Hidalgo Oviedo
Abogada

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2003

Las ideas y conclusiones presentadas en este trabajo de grado son responsabilidad exclusiva de la autora.

Artículo 1 Acuerdo No. 324 de octubre 1 de 1996 emanado del H. Consejo Directivo de la Universidad de Nariño. .

Pasto, 5 de septiembre de 2003

AGRADECIMIENTOS

A quien con su invaluable orientación y confianza hizo posible la realización de este trabajo de grado, Doctora Mónica Hidalgo.

A todas las personas que compartieron conmigo sus experiencias y apreciaciones personales en torno al tema investigado, sus aportes fueron definitivos.

A mis padres, familiares y amigos, quienes me han brindado su compañía y apoyo en todo momento.

A mi pequeña hija María Camila, quien tiene en sus manos la hermosa responsabilidad de ser mujer.

.

CONTENIDO		pág.
INTRODUCCIÓN		10
1. EL GÉNERO COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL		13
2. DERECHOS REPRODUCTIVOS: PANORAMA MUNDIAL		15
3. EL ABORTO INDUCIDO EN COLOMBIA		21
3.1 INCIDENCIA DE LA PRÁCTICA DEL ABORTO INDUCIDO		21
3.1.1 El aborto en cifras		21
3.1.2 Tensiones alrededor del aborto		22
3.2 EMBARAZO PRODUCTO DE VIOLACIÓN		23
3.3 ASPECTOS SOCIODEMOGRÁFICOS		24
3.3.1 Nupcialidad y exposición al riesgo de embarazo		25
3.3.2 Preferencias de fecundidad y demanda de planificación familiar		26
4. DEBATE PÚBLICO EN COLOMBIA		27
4.1 EL DOBLE DISCURSO COMO FACTOR DETERMINANTE EN EL DEBATE		27
4.2 ARGUMENTOS DE LA IGLESIA EN CONTRA DE LA ELECCIÓN		28
4.3 SILENCIO DEL CUERPO MÉDICO		29
5. TRATAMIENTO LEGAL DEL ABORTO EN COLOMBIA		31

5.1	RESEÑA HISTÓRICA DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ABORTO EN MATERIA PENAL	31
5.1.1	Código Penal de 1837	31
5.1.2	Código Penal de 1890	32
5.1.3	Código Penal de 1936	33
5.1.4	Código Penal de 1980	34
5.1.5	Código Penal del 2000	35
6.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	36
6.1	FALLO GENERADOR	36
6.1.1	La demanda	36
6.1.2	Consideraciones de la Corte y fallo	37
6.1.3	Salvamento de voto	38
6.2	PRIMER FALLO CONFIRMADOR	43
6.2.1	Consideraciones de la ponencia inicial	44
6.2.2	El fallo	47
6.3	SEGUNDO FALLO CONFIRMADOR	51
6.3.1	La demanda	51
6.3.2	Consideraciones de la Corte	51
7.	ABORTO Y ESTADO LIBERAL	55
7.1	EL FALLO ROE VS. WADE	55

7.2	LAS FALACIAS ARGUMENTATIVAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	58
7.3	LA LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR	59
8.	FEMINISMO Y ABORTO	61
9.	CONCLUSIONES	65
10.	BIBLIOGRAFÍA	66

RESUMEN

La protección de los derechos fundamentales contenidos en la constitución es una tarea encomendada a la Corte Constitucional colombiana, Tribunal que a través de sus fallos define el alcance de tales derechos. Al estudiar la constitucionalidad de las normas que penalizan el aborto inducido en Colombia, la Corte ha basado sus decisiones en dos aspectos primordiales: la personalidad jurídica del feto y el derecho fundamental de la mujer a la autonomía procreativa. Este trabajo presenta un análisis encaminado a encontrar el balance constitucional que se desprende de la jurisprudencia, estudiando el ajuste a la constitución de las normas que penalizan de manera absoluta el aborto inducido, y contrastando su posición con los planteamientos feministas a la luz de una perspectiva de género. La línea jurisprudencial que se construye a lo largo del texto explora la posible violación de los principios que protegen los derechos fundamentales de la mujer frente al aborto.

ABSTRACT

The protection of the fundamental rights contained in the Constitution is a task assigned to the colombian Constitutional Court, a tribunal which, by way of its judgments, defines the scope of such rights. When studying the constitutionality of the norms that punish procured abortion in Colombia, the Court has based its decisions in two main aspects: the juridical personality of the foetus and women's fundamental right to a procreation autonomy. This work presents an analisis towards finding the constitutional balance that is derived from jurisprudence, analyzing the adjustment to the Constitution of the absolute punishment of procured abortion and contrasting its position with feminist thinking in light of a perspective of gender. The jurisprudential line that is constructed along the text explores the possible violation of principles that protect woman's fundamental rights when related with abortion.

INTRODUCCION

En las sociedades contemporáneas, la situación de las mujeres cuyas vidas se desarrollan bajo la opresión derivada de los modelos patriarcales se ha convertido en el motor de una revolución que en los últimos años ha reivindicado para esta minoría la titularidad de derechos de toda índole y el poder para hacerlos efectivos. No es posible hablar de un momento específico en el cual se inicia esta pugna; en un sentido bastante amplio se puede afirmar que el feminismo ha existido siempre, pues las voces de inconformidad han surgido de una u otra forma. Así se evidencia al intentar hacer una compilación retrospectiva:

El proceso de recuperación histórica de la memoria feminista no ha hecho más que comenzar. Cada día que pasa, las investigaciones añaden nombres nuevos a la genealogía del feminismo, y aparecen nuevos datos en torno a la larga lucha por la igualdad sexual. En general puede afirmarse que ha sido en los periodos de ilustración y en los momentos de transición hacia formas sociales más justas y liberadoras cuando ha surgido con más fuerza la polémica feminista.¹

En el contexto de este trabajo de grado se hace necesario restringir el significado de *feminista*. Para tal fin, el vocablo feminismo será entendido, tal como lo expresa Isabel Cristina Jaramillo, como un concepto eminentemente político:

La definición que goza de mayor acogida hoy en día, si bien no está lo suficientemente difundida, es la que considera como "feminista" al conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras del juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe un predominio de lo masculino.²

Es tal compromiso el que trae como consecuencia nuevas conquistas que se traducen históricamente en una constante reevaluación de sus fines, así se

¹DE MIGUEL, Ana. Los feminismos a través de la historia. Disponible en internet <URL: <http://www.nodo50.org/mujeresred/historia-feminismo1.html>>

²JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al Derecho : estudio preliminar en WEST, Robin. Género y teoría del Derecho. Bogotá : Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2000.

identifican formas de opresión antes ignoradas. Como resultado de tal proceso, en las últimas décadas surge una nueva premisa: reivindicar el derecho de las mujeres a **elegir** la maternidad como una opción de vida, y como corolario de ello, el acceso a la interrupción del embarazo en condiciones que no representen riesgo para la salud*.

Gracias a las acciones feministas, la preocupación por la situación de las mujeres frente al aborto ha tenido repercusión en el ámbito jurídico internacional, trayendo como consecuencia la liberalización de la legislación penal frente al aborto en muchos países**. En Colombia el debate frente al tema no ha producido modificaciones significativas en la legislación que penaliza el aborto de manera absoluta***, así lo describe Isabel Agaton:

Al igual que en la mayoría de los países del mundo, en Colombia se han presentado propuestas liberalizadoras sobre aborto. La única diferencia con el resto del mundo, es que ninguna se ha aprobado hasta el momento; en realidad no se sabe cuánto tiempo más habrá que esperar para enfrentar esta temática con la seriedad y magnitud que merece, partiendo del respeto a los derechos humanos y con la clara certeza de considerarlo un problema de salud pública.³

El trabajo de grado que se presenta en este documento pretende abordar el tema de los derechos fundamentales de la mujer frente al aborto bajo una perspectiva

*La anterior afirmación no insinúa que el feminismo se identifique con la homogeneidad, por el contrario; es común hablar de múltiples "feminismos" como movimientos bien diferenciados, cada uno de los cuales plantea una visión diferente frente del embarazo, la maternidad y el aborto, visiones que –guardando coherencia con la definición inicial- obedecen a lo que cada uno de los movimientos considera como *opresor* para las mujeres, sin embargo, se pueden identificar como una mayoría significativa las voces de apoyo a la elección. Siendo entonces el feminismo el que ha abierto las puertas al debate referente a los derechos de la mujer frente al aborto, es necesario que se tomen en cuenta las bases teóricas que sus investigaciones aportan, pues los argumentos que sustentan las diversas posiciones en torno al aborto, pese a que podrían entenderse como contradictorios en alguna manera, son en gran medida complementarios.

**Esta liberalización se observa en la consagración a nivel legislativo de circunstancias en las cuales la práctica del aborto deja de ser punible. En los países con régimen político comunista y socialista, por regla general, el aborto no ha sido penalizado históricamente, y los gobiernos han regulado esta práctica como un servicio público integrado al servicio de salud, como es el caso de Cuba, Alemania Oriental y China.

*** *Penalización absoluta*, por cuanto en la legislación penal vigente no se considera circunstancia alguna (como el embarazo producto de violación, riesgo para la vida o la salud de la madre, circunstancias socioeconómicas adversas, enfermedad grave del feto o la libre decisión de la embarazada) en virtud de la cual el aborto no constituya un delito.

³AGATON SANTANDER, Isabel. El Aborto: Un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. Estudio comparativo de la regulación jurídica del aborto en América Latina y el caribe. Disponible en internet <URL: <http://www.cladem.org/colombia.doc>>

de género*, a través del análisis de la jurisprudencia. Su finalidad es construir una línea jurisprudencial referente al tratamiento que la Corte Constitucional les ha dado, pues en varias ocasiones se ha puesto a consideración de esta corporación la exequibilidad de las normas que penalizan tal conducta. La construcción de la línea propuesta va encaminada a dar respuesta a la pregunta de investigación *¿se configura una violación de los principios constitucionales que protegen los derechos fundamentales de la mujer, cuando el estado mediante la penalización absoluta del aborto le exige continuar con el embarazo en cualquier circunstancia?*

Las implicaciones jurídicas que conlleva este conflicto atañen al principio fundamental de los Estados contemporáneos, identificado con la protección de los derechos fundamentales de los asociados. La Corte Constitucional como organismo estatal al que se confía "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" (artículo 241 C. P. N.) es la corporación que tiene a su cargo la tarea de interpretar la Carta Política, determinando así el alcance de los derechos protegidos constitucionalmente. Esta afirmación cobra importancia toda vez que la Constitución, lejos de ser un listado categórico de contenido puramente exegético, o dicho de otra manera una compilación de normas claras, impersonales y abstractas, está conformada por enunciados político-morales, principios que no se prestan para la exégesis. Estudiar la jurisprudencia implica entonces el reconocimiento de que los derechos fundamentales que la norma positiva protege abarca en su esencia, al igual que la del ser humano, un contenido axiológico que el juez constitucional imprimirá en sus providencias, contenido que influye en la *comprensión* de los derechos fundamentales, pues son sus pronunciamientos los que dan sentido al lenguaje que articula la norma.

* Acercándome al esencialismo de género, considero que en este caso es precisamente tal factor el que define el conflicto, pues nos permite apreciar la incidencia de la conceptualización de lo masculino y lo femenino de manera evidente. Si bien no es posible identificar de entrada cuántos o cuales derechos fundamentales se ven comprometidos en la penalización del aborto, puesto que en este evento como en ningún otro, se encuentra relacionada tan íntimamente la esencia de lo que la sociedad ha construido como femenino, es claro que como resultado de la penalización del aborto, el *ser mujer* implica discriminación.

1. EL GÉNERO COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL

Para iniciar el estudio propuesto se hace necesaria la identificación de sexo y género como conceptos claramente diferenciados⁴; mientras el sexo hace alusión a las diferencias biológicas de la especie, las cuales determinan al macho y la hembra, el género obedece a una construcción social en la medida en que apunta a las características atribuidas a uno y otro sexo, *modelando* lo que es *masculino* y lo que es *femenino*. Estas construcciones alrededor del sexo son *estereotipadas*⁵ y actúan en una doble perspectiva en la construcción de la identidad; por una parte, son factores que nos permiten identificarnos al pertenecer a uno u otro género y por otra, son discriminatorios y excluyentes, puesto que imponen pautas de comportamiento según modelos preconcebidos.

Los aspectos material y físico también juegan un factor importante en la construcción del género; un ejemplo pertinente en este punto y comúnmente expuesto como muestra de la afirmación anterior es la capacidad de engendrar vida, determinada materialmente en el cuerpo de la mujer. Así, las consecuencias derivadas de la maternidad como la crianza y el cuidado de los hijos han sido apreciadas tradicionalmente como propias (más bien exclusivas) de lo femenino.

La construcción social del género en Colombia ha tenido una fuerte influencia judeo cristiana; la imposición del deber de obediencia y sumisión de la mujer, propia de esta tradición, se manifestó en la legislación que durante años la consideró incapaz de administrar sus bienes, ejercer cualquier tipo de derechos políticos y tomar decisiones referentes a la tutela de los hijos. El hombre determinaba la vida de las mujeres a su alrededor en su rol de hija, hermana o esposa. El confinamiento a las labores del hogar y al cuidado de los hijos fue el modelo predominante durante siglos; las mujeres se educaban para cumplir tal misión⁶ y su existencia alejada del modelo cristiano de virgen-madre era inconcebible⁷.

⁴JARAMILLO, Op. cit., p. 29-32.

⁵BARETO GAMA, Juanita. Estereotipos sobre la feminidad, mantenimiento y cambio. Las Mujeres en la historia de Colombia. Tomo I: Mujeres, historia y política. Bogotá : Grupo Editorial norma, 1995.

⁶MUÑOZ, Cecilia. Las niñas a principios de siglo: futuras esposas, religiosas o célibes caritativas. Las mujeres en la historia de Colombia. Tomo I: Mujeres, historia y política. Bogotá : Grupo Editorial norma, 1995.

⁷ *“La cultura ha interiorizado la maternidad como el componente dominante de la identidad femenina. El lenguaje cotidiano relaciona casi de manera inmediata las palabras mujer y madre, y esta relación encierra todo un complejo universo de símbolos y de significantes. Desde los primeros años la niña se piensa a sí misma, y es pensada por los demás en referencia a su potencial reproductivo: en sus juegos, gestos y percepciones de su propio cuerpo se va delineando al imagen de mujer-madre. En la construcción de la identidad se incorporan la maternidad y la crianza como si fueran connaturales al ser mujer,*

Uno de los factores determinantes en la adopción del tratamiento legal del aborto en Colombia ha sido la sobre-valoración de la maternidad; el papel reproductor sigue siendo identificado - tal como se expuso - con el propósito último de la mujer, y así se refleja en la legislación que penaliza el aborto de manera absoluta.

La noción diferencial de sexo y género representa un avance para el feminismo en la medida en que los roles desempeñados tradicionalmente por las mujeres aparecen bajo esta óptica como el reflejo de edificaciones sociales, por lo tanto modificables, y no como un destino ineluctable. La reivindicación del derecho de la mujer a la integridad corporal, a la libre elección de sus fines vitales y al desarrollo de su vida considerada un fin en sí mismo, son algunas de sus premisas. La incursión de la mujer en los espacios académicos y su acercamiento a otras formas de concebir la feminidad ha sido muy significativa para el logro de la *renegociación* del poder que el feminismo persigue, en tanto permite la apertura hacia el cuestionamiento de los estereotipos predominantes en la práctica social y jurídica colombiana. En los espacios universitarios se refleja un creciente interés hacia los estudios de género y la investigación sobre temáticas relacionadas, encaminadas a evidenciar los problemas, alternativas y posibles modificaciones en los roles tradicionales.

delimitándolas como las funciones femeninas por excelencia. Traer hijos al mundo y cuidar de ellos son funciones interiorizadas como ejes del ciclo vital de la mujer; los nacimientos de los hijos y posteriormente , su salida del hogar, constituyen los hechos más significativos al reconstruir la historia personal y analizar la ausencia o vinculación de la mujer al mercado laboral , su ausencia o presencia en el espacio público y sus proyectos futuros". BARRETO GAMA, Op. cit., p. 32.

2. DERECHOS REPRODUCTIVOS: PANORAMA MUNDIAL

Como se expuso anteriormente, las consecuencias derivadas de la maternidad establecen condiciones especiales para la mujer, y bajo el reconocimiento de tales circunstancias, el Derecho debe establecer garantías con el fin de evitar que las diferencias físicas entre hombres y mujeres determinen cualquier tipo de discriminación en contra de estas últimas por razones de género. Los Derechos Reproductivos, concebidos como una expresión más de los Derechos Humanos, han tomado fuerza singular a escala mundial a partir de la década de los 90. Estos derechos están basados en el reconocimiento de que las mujeres son titulares de una autonomía que les permite controlar su propia fecundidad, -incluyendo el acceso a la interrupción del embarazo en condiciones adecuadas- ajenas a cualquier tipo de coacción, discriminación o violencia.

Estudiar la apreciación de estos derechos en la Comunidad Internacional servirá como marco de referencia para abordar la temática planteada, bajo la inteligencia de que el fenómeno de la globalización no es ajeno a la vida jurídica de los Estados.

Los esfuerzos realizados por quienes han asumido el compromiso de lograr una reformulación global de los Derechos Humanos bajo esta perspectiva se encuentran reflejados parcialmente pero de una manera significativa en los documentos (Plataformas de acción, Declaraciones, Recomendaciones) producidos en las Conferencias, Convenciones y Cumbres que se mencionan a continuación. Su inclusión es meramente enunciativa, pues excede el propósito de este trabajo hacer un estudio detallado al respecto. Se trata entonces de apreciar concretamente la visión de los Derechos Sexuales y Reproductivos en el contexto de estos eventos intergubernamentales.

- La Primera Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos (Teherán, 1968) reconoce por primera vez el derecho fundamental de padres y madres a decidir libremente el número de hijos y los intervalos entre sus nacimientos.
- La Conferencia sobre población de Bucarest (1974) se pronuncia en el mismo sentido, resaltando además el papel del Estado para garantizar su ejercicio.
- En la Conferencia Mundial de la Mujer realizada en México se reconoce el derecho a su integridad física, que incluye el tomar decisiones sobre su propio cuerpo y sobre la maternidad opcional. Se declara 1975-1985 como el "Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer".

- En 1979 la Asamblea General de la ONU aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer⁸ (CEDAW) y adopta la siguiente definición:

Para los fines de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" significará toda aquella distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado perjudicar o anular el reconocimiento, beneficio o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, con base en la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en los campos político, económico, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.⁹

El artículo 5º señala la obligación para los Estados partes de:

a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

El artículo 12 establece:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y

⁸ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Discriminación contra la mujer: la Convención y el Comité. Ginebra : 1996.

⁹Ibid., artículo 1.

mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Recomienda además:

Adoptar todas las medidas adecuadas, inclusive de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer. (Recomendación General N° 19 artículo 2° líneas f, e, d).

Esta Convención fue ratificada en Colombia mediante la ley 51 de 1981.

- Un año después se efectúa en Copenhague, Dinamarca, la II Conferencia Mundial sobre la Mujer, cuyo objetivo primordial fue evaluar el desarrollo del decenio para la mujer. Se aprueba un Programa de Acción con énfasis en temas relativos al empleo, salud y educación.
- La III Conferencia Mundial sobre la Mujer, (Nairobi, Kenia, 1985) aprueba el documento denominado "Las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de las mujeres hasta el año 2000", promoviendo el reconocimiento social del papel de las mujeres y del ejercicio de sus derechos humanos.
- En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 la comunidad internacional por primera vez declara que "los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales".
- En la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) aparece por primera vez una formulación expresa de los derechos sexuales y reproductivos, cobrando suma importancia al lado del crecimiento económico, el desarrollo sostenible, la equidad entre los sexos, el crecimiento poblacional, la salud, morbilidad y mortalidad, la educación, la tecnología e investigación. Se aprueba un programa de acción donde se incluye el tema del aborto.

- En el mismo año se realiza la convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (OEA, 1994 Convención de Belém do Pará). Esta Convención fue ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la misma en 1996, mediante sentencia C-408.
- En 1995 la ONU realiza en Beijing, China, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. Su objetivo fue analizar y discutir la situación de las mujeres en el mundo, adoptando por consenso de los Estados la Plataforma de Acción que establece una serie de medidas que deben implementarse en un período de quince (15) años cuya meta es el logro de la equidad, el desarrollo y la paz. Aquí se retoman algunos de los planteamientos aprobados en El Cairo, siendo igualmente relevantes los derechos sexuales y reproductivos.
- En 1999 y 2000 respectivamente se realizaron las Conferencias conocidas como El Cairo+5 y Beijín+5, evaluando lo ocurrido en los quinquenios anteriores y determinando las formas de avanzar en la implementación de los programas de acción.

Vale la pena resaltar algunos de los acuerdos conseguidos en las conferencias de El Cairo y Beijín, con el fin de comprender cual fue el tratamiento que recibió el tema del aborto inducido en el contexto de los derechos sexuales y reproductivos.

Frente al aborto, el Programa de acción de la CIPD manifiesta:

En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a escala nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos,

las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos. (Programa de acción, capítulo VIII, parágrafo 8.25)

El párrafo anterior reaparece con redacción casi idéntica al año siguiente en la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer, donde se añade: "**los Estados deben considerar la revisión de las leyes que contemplan medidas punitivas contra las mujeres que han recurrido a abortos ilegales.**" (Plataforma de Acción, parágrafo 106 k. Resaltado fuera de texto).

Los documentos producidos en las Conferencias Internacionales son declaraciones de derechos y recomiendan las acciones pertinentes para garantizarlos. Si bien estos documentos no constituyen Leyes en sentido formal para los Estados, poseen fuerza política y moral para lograr su cumplimiento, son también fuente del Derecho Internacional y tienen contenidos orientadores sumamente importantes para determinar el sentido de los Derechos Humanos. Respecto a los Tratados y Convenciones, estos tienen carácter vinculante para los Estados que se hacen parte de ellos a través de la ratificación y su exigibilidad es plena de acuerdo al rango que adquieran al incorporarse al derecho interno*.

El tema del aborto ha sido ampliamente discutido en estas instancias, y la aprobación de las declaraciones antes transcritas, objeto de polémica. Si bien estos documentos se aprobaron por consenso, muchos de los Estados partes expresaron sus reservas.

Como se observa, existe una tendencia mundial cada vez más acentuada hacia el reconocimiento de los Derechos Sexuales y Reproductivos, incluyendo en ellos el derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo. No obstante, si actualmente un considerable número de países ha liberalizado su legislación relativa al aborto, otros han tomado medidas legislativas encaminadas a acentuar la prohibición. Así mismo, medidas de carácter económico como la regla de obstrucción global**

* Según el art. 93 de la C.P.N., los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso en materia de Derechos Humanos, prevalecen en el orden interno, así como también son criterios para la interpretación de los derechos y deberes consagrados constitucionalmente.

** Esta regla llamada también "ley mordaza" restringe a las organizaciones extranjeras que reciben ayuda norteamericana con destino a la planificación familiar, en el uso de sus fondos propios, no procedentes de Estados Unidos, con miras a proporcionar servicios de aborto legal, incluida la gestión con sus gobiernos para reformar las leyes restrictivas en cuanto al aborto. Mayor información al respecto puede encontrarse en la página WEB del Centro Legal para los Derechos Reproductivos y Políticas Públicas <URL: <http://www.crlp.org>>

impuesta por el gobierno BUSH, constituyen mecanismos de presión en contra de las organizaciones que trabajan a nivel internacional en pro de la elección.

3. EL ABORTO INDUCIDO EN COLOMBIA

3.1 INCIDENCIA DE LA PRÁCTICA DEL ABORTO INDUCIDO

En 1999 el Centro de Investigaciones en Dinámica Social CIDS de la Universidad Externado de Colombia estudió el aborto inducido en el sector urbano del país con los objetivos de precisar la magnitud del impacto, evolución y tendencias del aborto inducido, explorando la decisión de la mujer que aborta y las circunstancias que rodean el embarazo no deseado, así como las condiciones técnicas, higiénicas e institucionales en que se realizan los abortos. Este estudio¹⁰ obtuvo datos que indican que los índices reales de ocurrencia del aborto son mucho más altos de los que se obtienen a partir del registro de egreso hospitalario de mujeres tratadas por complicaciones post aborto o abortos incompletos. Observar los datos obtenidos a lo largo de la investigación referida será útil para apreciar la incidencia de esta práctica en el país.

3.1.1 El aborto en cifras. La proporción de mujeres que declara haber tenido la experiencia de un aborto inducido es del 30.3%. El 22.9% de las mujeres entre 15 y 55 años encuestadas (incluyendo a aquellas que no han iniciado su vida sexual o que nunca han estado embarazadas) declaró haber tenido por lo menos una experiencia de aborto inducido a lo largo de su vida. Esta proporción equivale a 1.722.578 casos de mujeres en este rango de edad, que viven en ciudades de más de 100.000 habitantes en el país.

Las mujeres menores de 25 años constituyen un grupo con alta incidencia de abortos. Entre éstas, el grupo de 15 a 19 años es el de más alto índice. Casi la mitad (44,5%) de estas jóvenes menores de 20 años ha tenido una experiencia de aborto. Entre las mujeres de 20 a 24 años, el porcentaje es de 32,4% y desciende al 25,5% entre las de 45 a 50 años.

Mientras el número de embarazos aumenta en la medida en que el estrato es más bajo, un mayor número de ellos termina en nacimientos. En los estratos medios y altos, pese a que incrementan las posibilidades de acceso (económico y cultural) al uso de métodos anticonceptivos, se observa un mayor número de abortos. La misma relación se observa según el nivel de educación; las mujeres que han alcanzado el nivel universitario son las que acuden con mayor frecuencia al aborto,

¹⁰ ZAMUDIO, Lucero et al. El Aborto Inducido en Colombia. Bogotá : CIDS Universidad Externado de Colombia, 1999.

lo cual refleja tanto una menor tolerancia ante el embarazo inoportuno o indeseado como una decisión más clara sobre la maternidad y el número de hijos.

La distribución de los abortos según el orden del embarazo muestra que el 42,5% de los abortos corresponde al primer embarazo, el 22,9% al segundo, y se mantiene en niveles superiores al 33,5% para mujeres con mayor número de embarazos. Esta distribución según el estrato socioeconómico muestra que en los estratos bajos la mayor proporción de abortos ocurre después del tercer embarazo (46,1%), cifra que puede observarse como un indicador de que en estos estratos se recurre al aborto como mecanismo extremo para controlar una descendencia numerosa. En los estratos altos, por el contrario, la proporción más alta corresponde al primer embarazo (54,0%), fenómeno que nos indica la práctica del aborto como recurso usado para posponer la iniciación de la vida reproductiva¹¹.

3.1.2 Tensiones alrededor del aborto. Esta investigación también reveló que la práctica del aborto genera tensiones para las mujeres que acuden a esta práctica; las mujeres de escasos recursos económicos sienten el peligro que representa para sus vidas la práctica del aborto clandestino, que se realiza bajo pésimas condiciones de higiene por personas que no tienen la preparación profesional adecuada. Por el contrario, quienes tienen suficientes recursos económicos para costear un aborto saben que la tecnología pone a su alcance métodos seguros que no representan riesgo para su salud.

El acceso a los métodos anticonceptivos sigue siendo un problema sobre todo entre las personas menos favorecidas. Entre la población rural y urbana de estratos bajos no solo existen problemas físicos de acceso a los anticonceptivos (vivir en zonas muy retiradas, imposibilidad de pagar por ellos) sino también barreras culturales. Muchas mujeres son maltratadas por sus esposos o compañeros si son descubiertas usándolos, pues lo identifican con promiscuidad sexual o como atentado a sus convicciones religiosas*.

El papel de la maternidad conlleva para la mujer pobre cargas difíciles de soportar; discriminación, dificultad para conseguir empleo y ausencia de apoyo estatal. La

¹¹ Op. cit., p. 32,33.

* Véase al respecto DE BRUYN, María. La violencia, el embarazo y el aborto : cuestiones de derechos de la mujer y de salud pública. 2001. p. 21 a 24. Disponible en internet <http://www.Ipas.Org>>. Afirma la autora: "Una mujer que intenta tomar decisiones independientes sobre el uso de anticonceptivos quizá tenga que enfrentarse a que su pareja la maltrate, especialmente en sociedades donde las normas de género predominantes dictan que el hombre debe tomar las decisiones relacionadas con la fertilidad y los asuntos de la familia". En la ENDS de 1995 se identificó que en Colombia el 41% de las mujeres han sufrido violencia física por parte de su esposo o compañero, violencia que va desde los empujones y golpes hasta las heridas con armas y violaciones.

situación se agrava si no es el primer hijo, pues las cargas económicas aumentan. A esto se suma que muchas mujeres son cabeza de familia, no cuentan con el apoyo económico ni emocional del padre. A nivel del debate público los sectores que condenan el aborto aprovechan toda aparición en los medios como una oportunidad para tachar a las mujeres que abortan de asesinas y criminales. La función represora del sistema supone una gran preocupación para estas mujeres, constituyéndose en un factor que genera angustia y culpabilidad. Para las mujeres de sectores medio altos esta tensión nunca se presenta.

3.2 EMBARAZO PRODUCTO DE VIOLACIÓN

Gracias al esfuerzo de la Fundación Sí Mujer y el ISEDER¹², se realizó una investigación cuyos resultados fueron publicados en el año 2000, investigación que si bien no abarca una población lo suficientemente amplia como para proporcionar cifras representativas, sensibiliza al lector sobre el conflicto interno y el daño que sufren las mujeres víctimas de una violación que trae como consecuencia, además, un embarazo. La obra ilustra la complejidad y abre las puertas para despertar la reflexión crítica sobre estos eventos, que al contrario de lo que se piensa, no son aislados, sino que su ocurrencia es frecuente en un país con altos índices de violencia y en estado de guerra*.

La investigación se realizó en la ciudad de Cali, reuniendo en un lapso de catorce meses (junio de 1988 a agosto de 1989) a 121 mujeres, en su mayoría jóvenes pobres que estaban embarazadas por violación, temían un posible embarazo o habían usado anticoncepción de emergencia después de la violación. Estas mujeres fueron contactadas a través de centros médicos hospitalarios de carácter

¹²LONDOÑO, Maria Ladi et al. Embarazo por violación : la crisis múltiple. Cali : Fundación Servicios Integrales para la mujer Sí Mujer y Fundación para la educación en salud y Derechos Reproductivos de la mujer ISEDER, 2000.

*La violación de mujeres ha sido usada a lo largo de la historia como arma contra el enemigo, y así se observa en todos los conflictos armados de la actualidad. Por ello, la comunidad internacional ha reconocido que la violación y el embarazo forzado, además de otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, son crímenes de guerra. Son considerados además de lesa humanidad "cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque" (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, arts. 8º num . 2 lit. b y 7º num. 1º. Lit. g) El embarazo forzado se define como "el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional" (art. 7 par. 2 lit. f idem). La C.P.I. busca que los perpetradores de estos crímenes, pertenecientes a tropas legales o ilegales puedan ser enjuiciados. Las mujeres del sector rural del país, donde con mayor agudeza se desarrolla el conflicto armado, son las víctimas más frecuentes de los abusos sexuales cometidos por los grupos armados. La situación de estas mujeres es por demás preocupante, sobre todo en los casos de embarazo por violación, siendo este tal vez el episodio más crítico que una mujer pueda sufrir. El estatuto de Roma fue aprobado en el país mediante la Ley 742 de junio 5 de 2002.

público que colaboraron con esta parte del estudio, remitiendo a las que aceptaron el ofrecimiento de ayuda psicológica a través de la fundación Sí Mujer*.

De estas 121 mujeres el 50% no estaba usando anticonceptivos, y de este porcentaje el 34.7% no había iniciado aún su vida sexual; la ausencia de planificación en las mujeres víctimas de violación indica una alta probabilidad de embarazos. Teniendo en cuenta además las teorías que asocian coito bajo estrés con embarazo**, resulta que el riesgo puede ser bastante alto.

Del grupo investigado el 76% optó por la interrupción del embarazo, el 12.4% usó anticoncepción de emergencia, el 8% entregó al niño en adopción y el 22% conservó el hijo. La totalidad de mujeres con estudios universitarios interrumpió el embarazo o usó anticoncepción de emergencia. Las mujeres que entregaron el hijo en adopción continuaron con el embarazo porque no pudieron interrumpirlo debido a su estado avanzado, al uso de métodos abortivos que no resultaron efectivos o simplemente porque no contaron con dinero suficiente.

Del total de mujeres solamente cuatro (2.9%) denunció el hecho, las razones son variadas: el miedo a la reacción de la familia, la vergüenza, no quieren que nadie se entere, la certeza de que nadie pueda ayudarlas, o no saben dónde o cómo hacerlo. Es frecuente también la reacción de desconfianza ante la justicia, el temor a maltratos y humillaciones por parte de las autoridades.

3.3 ASPECTOS SOCIODEMOGRÁFICOS

Es interesante observar cómo ciertos factores tales como la nupcialidad, la fecundidad, el acceso a la anticoncepción, entre otros, tienen incidencia en el incremento o disminución de la práctica del aborto. Por esta razón, a continuación se exponen brevemente algunos datos obtenidos principalmente de la más

*Si bien número de mujeres remitidas es bastante alto, no puede tomarse como una cifra representativa puesto que tal como lo anotan los autores, no existe certeza de que se hayan remitido todos los casos por parte de los centros que colaboraron en la identificación de la población y tampoco se encuentran incluidas las mujeres que debido a su posición socioeconómica acudieron a centros privados. Existe también un porcentaje indeterminado de sobrevivientes a la violación que no solicitaron ayuda, otras que pudieron estar embarazadas sin saberlo y también se menciona la probabilidad de que un número de ellas haya recurrido al suicidio o haya muerto como consecuencia de las violencias asociadas a la violación.

** Estas teorías afirman que la ovulación puede ocurrir cualquier día del ciclo menstrual bajo condiciones extremas de estrés, pues "las conexiones neurohormonales con el tracto genital, el hipotálamo, la glándula pituitaria y los ovarios en animales y humanos, las influencias nerviosas, bioquímicas y farmacológicas directas de las funciones ováricas y la fase folicular peculiar entre otros, lo permiten". Los resultados de la investigaciones ilustran la mayor probabilidad de que se produzca un embarazo en los casos de violación que en la actividad sexual-coital corriente. Op, cit. Pág. 17

reciente Encuesta Nacional de Demografía y Salud¹³ (ENDS) que realiza la Asociación Pro Bienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA cada cinco años, y que se constituye en una fuente representativa que permite observar el desarrollo de tales factores.

3.3.1 Nupcialidad y exposición al riesgo de embarazo. La edad de la primera unión conyugal legal o consensual es considerada como un indicador básico de la exposición al riesgo de embarazo y cuyas características tienen implicaciones sobre la fecundidad puesto que cuanto más joven forma pareja la mujer, mayor será su tiempo de exposición al embarazo y mayor su potencial de hijos a lo largo de la vida.

Del total de mujeres en edad fértil las solteras constituyen el 34%, las casadas el 25% y las unidas libremente el 26%. Las proporciones de mujeres en unión libre son mayores que las de casadas desde los 15 hasta los 34 años. Con relación a 1995 entre las mujeres de 15 a 19 años disminuyen las proporciones de solteras y aumentan las separadas y quienes viven en unión libre.

La edad mediana de la primera unión conyugal, es decir, la edad en la cual ya ha formado pareja el 50% de cada grupo de edad, se estimó para las mujeres de 25 a 49 años en 21.5 (en 1990 fue de 21.0 y en 1995 fue de 21.4). La unión se realiza más temprano en las zonas rurales que en las urbanas (20.4 vs. 21.8), igual sucede entre las mujeres que no tienen educación y las que terminaron secundaria (18.6 vs. 21.8).

La edad mediana de la primera relación sexual es de 19.3 años para el grupo de 25 a 49 años. Tal evento ocurre a edades más tempranas con el paso del tiempo; las mujeres de 25 a 29 años en la actualidad tuvieron la primera relación casi un año antes que las mujeres que están al final de su periodo reproductivo (18.8 vs. 19.6). Para 1990 la edad de la primera relación sexual fue de 19.9 años y para 1995 fue de 19.6. Para el grupo de 15 a 19 años no fue posible calcular la edad mediana por cuanto más del 50% de las entrevistadas manifestaron no haber iniciado su vida sexual (59.9%).

La primera relación sexual ocurre antes en las mujeres del sector rural que en las del sector urbano. De acuerdo al nivel educativo, ocurre casi cinco años antes en las mujeres sin educación (17 años) que entre aquellas con educación universitaria (21.8 años). La edad disminuyó con respecto a 1995 en medio año para las

¹³ ASOCIACION PRO BIENESTAR DE LA FAMILIA COLOMBIANA. Resultados Encuesta Nacional de Demografía y Salud : salud sexual y reproductiva. Bogotá. 2000.

mujeres con educación secundaria, y en 2.6 años para las de educación universitaria.

3.3.2 Preferencias de fecundidad y demanda de planificación familiar. El 70% de las mujeres casadas o unidas no desean tener más hijos. De ellas el 28% ya se encuentran esterilizadas. Por su parte, la mayoría de quienes quieren tener hijos, desean espaciarlos por lo menos dos años. Entre las mujeres que ya tienen dos hijos vivos el 76% no quieren más o ya están esterilizadas y más del 90% de las que tienen tres hijos o más no desean tener otro hijo.

El deseo de no tener más hijos es mayor en el área rural (74%) que en el área urbana (68%). A menor educación mayor es el deseo de no tener más hijos; desde el 57% entre las mujeres con educación universitaria hasta el 88% entre las mujeres sin educación. Entre las mujeres de 20 a 24 años casi la mitad manifiestan este deseo.

El 6% de las mujeres casadas o unidas se considera con demanda insatisfecha de planificación familiar. Si los programas de planificación hubiesen sido efectivos la tasa de uso debería haber sido del 83% en lugar del 77% observado.

La necesidad insatisfecha asciende hacia los grupos de menor edad; de 4% para las mujeres de 40 años y más a 18% entre las adolescentes (15 a 19 años). También se observa que en el área rural es de 8% mientras que en el área urbana es del 5%. Para las mujeres sin educación es del 10% mientras que para quienes tienen educación superior es del 5%.

El número ideal de hijos para las mujeres es de 2.3. En las zonas rurales asciende a 2.6 mientras que en las urbanas es de 2.2. Este número desciende en relación directa al nivel educativo; de 2.2 hijos para las mujeres con educación universitaria a 2.9 para las mujeres sin educación.

Entre las mujeres embarazadas o amenorréicas en el momento de la encuesta (9%), el sondeo dio como resultado que 3.1% de los embarazos fue resultado de una falla en el método anticonceptivo usado, 1.4% no fue planeado y 0.9% no fue deseado.

Menos de la mitad (48%) de los embarazos actuales y de los ocurridos en los últimos cinco años fueron deseados en el momento en que la mujer quedó embarazada. El 23% de ellos no era deseado en absoluto y el 29% fue inoportuno.

4. DEBATE PÚBLICO EN COLOMBIA

4.1 EL DOBLE DISCURSO COMO FACTOR DETERMINANTE EN EL DEBATE

La discusión sobre el aborto atrae de manera masiva, esta característica se puede observar en el debate que se desarrolla ante la opinión pública*. Los múltiples argumentos esgrimidos por representantes del clero, de las organizaciones pro vida, del cuerpo médico, de las feministas y del órgano legislativo (entre otros) en defensa de sus posiciones, hacen evidente que los imaginarios creados alrededor de la interrupción del embarazo implican no sólo concepciones jurídicas y sociales sino también (y en mayor medida) morales y filosóficas.

Hecha esta consideración, no es extraño afirmar que la Iglesia Católica ha sido el principal actor en el debate que ha tenido lugar siempre que surge una iniciativa para reformar la condición vigente de penalización absoluta del aborto. Es importante observar un fenómeno que se presenta en los países con fuerte tradición católica en cuanto al tema investigado: el doble discurso frente a los Derechos Sexuales y Reproductivos. Esta alusión será útil para comprender la dinámica del debate que ha tenido lugar en países con la característica anotada, como el nuestro.

Pese a la legislación que lo penaliza y al discurso público que lo condena, existen "válvulas de escape"^{**} que permiten la práctica del aborto: prestadores del servicio en clínicas que realizan estas intervenciones ilegalmente. En ciertos casos estos establecimientos cuentan con personal médico adecuado, en otros se realiza en condiciones sépticas. Quienes tienen los medios económicos suficientes para pagar por un servicio idóneo no sufren las consecuencias ya conocidas de la práctica del aborto en condiciones de alto riesgo. Es de esta forma como se concilian las posiciones radicales de la opinión pública contrarias al derecho a decidir con la práctica privada que transgrede las normas jurídicas y religiosas. Sólo haciendo este análisis podemos entender cómo una población en su mayoría católica puede

*VIVEROS VIGOYA, Mara. El aborto en Colombia : debate público y dimensiones socioculturales. Prepared for delivery at the 1997 meeting at the Latin American Studies Association. Continental Plaza hotel, Guadalajara, México : Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social Universidad Externado de Colombia (CIDS), Centro de Estudios (CES), Facultad de Ciencias Humanas Universidad Nacional de Colombia, 1997. La autora presenta el balance de la participación de los diferentes sectores (Cuerpo Médico, Iglesia Católica, movimiento feminista y partidos políticos) dentro del debate que se ha generado respecto al aborto en la prensa colombiana en el lapso comprendido entre 1975 y 1994.

** Estas válvulas de escape abarcan también prácticas generalizadas; un ejemplo de ellas es el uso del medicamento Cytotec (análogo sintético de la prostaglandina E), comúnmente prescrito en el tratamiento de la úlcera gastroduodenal, es usado también para interrumpir el embarazo.

presentar niveles tan altos de una práctica prohibida por la Iglesia, y a la vez mostrarse tan rígida frente a cualquier propuesta tendiente a despenalizarla.

El debate en los medios de comunicación ha tenido como característica fundamental la falta de una orientación veraz que permita a todos los actores del conflicto participar de manera equilibrada: es un patrón repetitivo el protagonismo eclesíástico en cuanto al tema se refiere. De igual manera, la proliferación de afirmaciones erradas frente a la realidad legislativa nacional se hace evidente. Un ejemplo claro de ello se puede observar en un suceso más o menos reciente: me refiero a la expedición del Código Penal vigente y el subsiguiente juicio de constitucionalidad que del párrafo del artículo 124 realizó la Corte Constitucional. Como se verá más adelante, la exclusión de punibilidad que consagra el Código Penal para el aborto realizado en determinadas circunstancias (bajo extraordinarias condiciones anormales de motivación siempre que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas) no significa en manera alguna que esta práctica haya dejado de ser un delito. La norma se limita a considerar unas causales personales para la no aplicación de la pena. Sin embargo, es frecuente encontrar en la prensa artículos que afirman que se "despenalizó" el aborto realizado en las condiciones mencionadas anteriormente, tratando de significar que ya no existe norma penal dentro de nuestro ordenamiento jurídico que tipifique tal conducta.

Como reacción a esta información errónea es menos frecuente encontrar, especialmente en los espacios destinados a las opiniones del lector, aclaraciones que evidencian tales yerros. De igual manera, algunas voces feministas han conseguido espacio en medios escritos de circulación nacional, tratando de brindar una información que obedezca a la realidad.

4.2 ARGUMENTOS DE LA IGLESIA EN CONTRA DE LA DECISIÓN

Históricamente la Iglesia Católica ha liderado campañas para frenar cualquier iniciativa frente a la modificación de la legislación penal en materia de del aborto*. En 1991, en la Asamblea Nacional Constituyente, la Iglesia y el partido Conservador presentaron la más fuerte oposición con el fin de que no fuera

* Para tal fin la Iglesia ha esgrimido diferentes argumentos dependiendo del momento histórico: "En 1975 y 1979 lo hizo con un planteamiento "nacionalista", denunciando "el imperialismo cultural", "la campaña internacional a favor del aborto" y la importación de "procedimientos inmorales" por parte de sectores políticos que so pretexto de alinderarse con países progresistas y más desarrollados pugnaban por liberalizar la legislación sobre el aborto. La Iglesia católica recoge de manera demagógica argumentos esgrimidos por movimientos nacionalistas de izquierda para defender su posición. En este sentido hace gala de su astucia política presentándose como una institución "antiimperialista" en un contexto favorable a estas posiciones".VIVEROS, Op. cit. p. 4.

reconocido el derecho de la libre opción a la maternidad¹⁴. Sin embargo, la iniciativa en punto de la consagración constitucional del derecho a la vida desde el momento de la concepción tampoco prosperó.

La Iglesia ha fundado su visión, desde el punto de vista espiritual, en la existencia del ser humano dotado de alma desde el momento de la concepción, y por ende consideran que el ordenamiento jurídico debería reconocer al *nasciturus* como una persona con plenitud de derechos e intereses a partir de tal momento. En los últimos años su campaña en contra del aborto ha señalado tal conducta como un acto violento que intensifica la tragedia del país, asimilándolo a los delitos cometidos por los actores del conflicto armado o la delincuencia común.

Las declaraciones de Monseñor PEDRO RUBIANO al referirse a la iniciativa en pro de la despenalización del aborto bajo argumentos de salud pública presentada en el mes de junio del año 2002 por parte del Defensor del Pueblo EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, así lo evidencian: "legalizar el aborto porque son miles los que se producen es darle patente a los violentos para matar y secuestrar, porque también son miles los crímenes y secuestros que se cometen en Colombia diariamente"¹⁵.

4.3 SILENCIO DEL CUERPO MÉDICO

La participación del sector médico en el debate público no ha tenido la relevancia de la intervención de otros actores*, sin embargo, se ha manifestado en el sentido de identificar al aborto en condiciones de alto riesgo como un problema de salud pública, principalmente a partir de la CIPD de 1994.

¹⁴ Así se evidencia en las plenarios de la Asamblea Nacional Constituyente. En una de sus intervenciones, y refiriéndose a la consagración constitucional de la libre elección, el Dr. JAIME BENÍTEZ manifestó: "... los Constituyentes de la Subcomisión Primera, por mayoría, y de la Comisión Quinta por mayoría hemos resuelto no presentar para su consideración el tema, por cuanto lo consideramos inconveniente para mantener el mejor clima, la mejor armonía entre nuestra Sociedad, entre nuestros partidos, con nuestra religión católica y pretendemos que el tema sea discutido, analizado a fondo por quien corresponde que es por el Órgano Legislativo y en sus propias reuniones...". En: REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-133 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA CARBONELL Expediente D386. MINISTERIO DE JUSTICIA, Intervención del Doctor LUIS ALEJANDRO CRIALES. Al respecto, MARA VIVEROS narra: "En esta oportunidad, según algunos analistas, a pesar del apoyo numéricamente significativo a la propuesta sobre la libre opción de la maternidad (25 votos de los treinta y seis necesarios para su aprobación) ésta se negoció con los constituyentes conservadores por la extensión de la legislación civil al matrimonio católico." op. cit. p. 9.

¹⁵ DIARIO EL PAÍS, Cali (05, junio, 2002). p. 2B.

* La participación tímida de los profesionales de la medicina, Academias, Asociaciones y Federaciones en esta controversia se debe en parte al temor de la estigmatización social, pues el mostrar abiertamente una posición favorable al aborto puede tener un "costo" relativamente alto. VIVEROS, Op. cit. p. 19-21.

Sin embargo, frente al debate iniciado a raíz de la venta en Colombia del Postinor 2, conocido como la píldora de planificación de emergencia o pastilla del día siguiente*; el sector médico intervino apoyando esta iniciativa de PROFAMILIA¹⁶.

En los países en los cuales el aborto es legal la ética médica se ha convertido en un tema de amplia discusión. En la Conferencia de El Cairo + 5 una de las luchas perdidas por el Vaticano fue la de incluir una cláusula en el Programa de Acción que permitiera a los médicos la objeción de conciencia ante la práctica del aborto. Por el contrario, triunfó la propuesta que incluyó la preparación de personal médico para la prestación adecuada del servicio.

* Este medicamento de venta libre en Colombia puede ser utilizado dentro de las 72 horas siguientes al coito sin protección. Actúa evitando la fecundación, o en caso de que esta ya se haya producido, evita la implantación del óvulo fecundado en el útero.

¹⁶PLATA, María Isabel. Anticoncepción de emergencia en Colombia. Bogotá : Asociación pro bienestar de la familia colombiana PROFAMILIA, 2001.

5. TRATAMIENTO LEGAL DEL ABORTO EN COLOMBIA

5.1 RESEÑA HISTÓRICA DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ABORTO EN MATERIA PENAL.

5.1.1 Código Penal de 1837. Las primeras normas que tipifican el aborto en Colombia datan del siglo XIX. La obra "problemática religiosa de la mujer que aborta"¹⁷, publicada por la Universidad Externado de Colombia hace algunas referencias a la regulación penal de la época:

La legislación del año 1837 contemplaba el aborto entre "los delitos y culpas contra los particulares" esta legislación incluía las siguientes normas:

Artículo 662. Trataba sobre el aborto provocado sin el discernimiento, ni el consentimiento de la mujer embarazada y sobre el aborto consentido. El primero tenía un tratamiento jurídico más estricto.

Artículo 663. La pena aumentaba si llegaba a producirse el aborto.

Artículo 664. Se elevaba la pena cuando el sujeto activo era un cirujano, boticario, comadrón o partera. Si lo que se buscaba era salvar la vida de la mujer en estado de gestación y el aborto lo realizaba un médico cirujano, la acción carecía de punibilidad.

Artículo 665. Refrenaba a la mujer gestante a que se provocare o causare aborto.

Artículo 666. Este artículo trataba sobre el aborto honoris causa, que era atenuante de la pena.

Artículo 667. Contemplaba el aborto preterintencional causado por lesiones¹⁸.

¹⁷ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Problemática religiosa de la mujer que aborta. Bogotá : CIDS, 1994.

¹⁸ Ídem, p. 21

5.1.2 Código Penal de 1890. Consagra las siguientes normas en materia de aborto:

Artículo 638. El que, empleando voluntariamente y a sabiendas, alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio, procura que aborte una mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá la pena de tres a seis años de presidio.

Si lo hiciere con consentimiento de la mujer, será el presidio de uno a tres años.

Artículo 639. Si resultare efectivamente el aborto sufrirá el reo de cinco a diez de años de presidio en el primer caso, y de cuatro a ocho en el segundo.

Artículo 640. Si el que administra, facilita o proporciona a sabiendas los medios para el aborto fuere el que ejerce la medicina o cirugía o boticario, comadrón o partera, sufrirá respectivamente las penas señaladas en los artículos anteriores, con un aumento de seis meses a un año. No se incurrirá en pena laguna cuando se procure o efectúe el aborto como medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer, ni cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial. No por eso debe creerse que la ley aconseja el empleo de esos medios, que generalmente son condenados por la Iglesia. Únicamente se limita a eximir de pena al que con rectitud y pureza de intenciones se crea autorizado para acudir a dichos medios.

Artículo 641. La mujer embarazada que para abortar emplee, a sabiendas, o consienta en que otro emplee alguno de los medios expresados en el artículo 638, sufrirá la pena de uno a tres años de reclusión, si resulta el aborto, y de seis meses a un año, si no resulta.

Artículo 642. Pero si fuere mujer honrada y de buena fama anterior y resultare, a juicio de los jueces, que el único móvil de la acción fue el encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente la pena de tres a seis meses de prisión, si el aborto no se verifica; y de cinco a diez meses si se verifica.

Artículo 643. El que estropeare a alguna mujer embarazada dándole golpes, palos o heridas, o cometiere cualquier otra violencia o exceso de

que resultare el aborto, sin que esa fuese la intención del reo, sufrirá, por este sólo hecho, una reclusión de uno a cuatro años, sin perjuicio de las penas que merezca por las heridas, golpes o cualquiera otra violencia que haya cometido.

5.1.3 Código Penal de 1936. Sanciona el aborto en los siguientes términos:

Artículo 386. Aborto consentido. La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.

En la misma sanción incurrirá el que practique el aborto de la mujer embarazada.

Artículo 387. Aborto no consentido. El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento incurrirá en prisión de uno a seis años.

Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasionare la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 367.

Artículo 389. Aborto para salvar el honor. Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial.

La Corte Constitucional ha explicado en qué consiste la figura del *perdón judicial*:

La comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, no deviene en forma automática la imposición de la pena o la medida de seguridad autorizada por la ley, pues, como se sabe, en tal evento es indispensable la declaración de responsabilidad de la misma con respecto a una persona determinada. Esa responsabilidad es una situación jurídica concreta que por decisión judicial se predica de alguien.

En el proceso penal, una vez producida tal declaración de responsabilidad, sigue entonces como consecuencia jurídica que,

conforme a la ley el juez imponga a los imputables una pena y, a los inimputables la medida de seguridad que corresponda.

Sin embargo, en casos excepcionales previstos por la ley, puede el Estado prescindir de la aplicación de la pena, en virtud de la existencia de circunstancias especiales que constituyen un factor negativo de punibilidad. Ello sucede tanto en la existencia de lo que la doctrina ha denominado excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también conocidas como causales personales de exclusión de la punibilidad, así como en las causales de extinción de la pena.

En las excusas absolutorias el Estado, dadas las circunstancias personales del agente de la conducta delictual, se abstiene de la imposición de la pena, asume una posición de indulgencia penal, que explica la denominación de "perdón judicial" que a ella se daba en el Código Penal de 1936¹⁹.

5.1.4 Código Penal de 1980. Con la expedición del C. P. de 1980 desaparece la exclusión de punibilidad para el aborto realizado con el fin de salvar la vida de la gestante, y se contempla únicamente una atenuación punitiva en los casos en que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida.

El aborto se encuentra regulado dentro del Título de los "delitos contra la vida y la integridad personal":

Artículo 343. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.

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

Artículo 344. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años.

Artículo 345. Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial

¹⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C647 de 20 de julio de 2001. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

no consentida que causare su aborto o permitiere a otro que se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias.

5.1.5 Código Penal del 2000. En el Código Penal vigente se contemplan las mismas circunstancias de atenuación punitiva mencionadas en el Código del 80, añadiendo una variante que consiste en "revivir" la figura del *perdón judicial*. Reza la Ley 599 de 2000:

Artículo 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.

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

Como puede observarse, el legislador ha tipificado el aborto estableciendo penas privativas de la libertad y circunstancias de atenuación punitiva. En determinados casos, además, ha dispuesto que la pena correspondiente no sea aplicada, en consideración a las circunstancias bajo las cuales la gestante realizó el delito. En la legislación vigente no se ha consagrado excepción alguna a la prohibición de abortar.

Como se verá más adelante, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que la determinación del legislador en esta materia no va en contravía de los principios Constitucionales, así se observa en las sentencias que definen la constitucionalidad de las normas que penalizan el aborto, concretamente los artículos 345 y 347 del Decreto 100 de 1980 y el parágrafo del artículo 124 del C. P. vigente.

6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El tratamiento del tema abordado no ha tenido un desarrollo jurisprudencial extenso. El material de análisis se reduce a tres sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en las cuales se tratan básicamente dos aspectos; la personalidad jurídica del feto y la existencia del derecho fundamental de la mujer a la autonomía reproductiva. Los fallos han sido duramente criticados por algunas feministas, quienes consideran que la Corte ha evadido la protección que constitucionalmente se debe a la mujer, escudándose en el primero de los aspectos mencionados. De otro lado, teniendo en cuenta que existe una clara tendencia a confundir el conflicto que genera la práctica del aborto con el tratamiento de la personalidad jurídica del feto, es necesario aclarar que en este capítulo, al construir la línea jurisprudencial, el análisis se enfocará exclusivamente en *el tratamiento dado por la Corte Constitucional*, es por este motivo que el enfoque de género que pretende incluir este análisis, así como la apreciación personal que haré como parte integrante de del mismo, será tratado posteriormente.

6.1 FALLO GENERADOR

El primer fallo proferido por la Corte Constitucional referido al tema del aborto es la Sentencia C-133 de 1994 (M. P. ANTONIO BARRERA CARBONELL), cuyos fundamentos y decisión se resumen a continuación.

6.1.1 La demanda. Mediante este pronunciamiento la Corte decide la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano en contra del artículo 343 del Decreto 100 de 1980. Reza el texto demandado: "La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior".

El demandante aduce que según la teoría de la personalidad jurídica vigente en Colombia, los no nacidos "no son jurídicamente capaces de derechos ni de obligaciones ni están dotados de representación propia en el derecho y en consecuencia, el aborto o expulsión de vientre materno de las no personas, no puede ser penalizado legalmente".

Hace énfasis en que el aborto ha sido condenado históricamente por la Iglesia Católica, pero en un Estado que respete la "diversidad étnica y cultural de la Nación", la decisión referente al aborto corresponde a la mujer sin compañero o marido o a la pareja. Esto es así, según el demandante, en consideración a los derechos de libertad de cultos, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, y libertad reproductiva.

6.1.2 Consideraciones de la Corte y Fallo. La Corte Constitucional declara la exequibilidad de la norma acusada, los argumentos que sustentan tal decisión son:

- Considera la Honorable Corporación que el derecho a la vida plasmado en la Carta Política (Preámbulo, artículos 2º y 11º) constituye el reconocimiento del valor esencial de la vida a todo individuo de la especie humana, razón por la cual la protección constitucional cobija no sólo a las personas nacidas sino también la vida latente en el *nasciturus*, pues "donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal".
- Por ende, la vida debe ser **protegida** desde el momento de la concepción y durante todo el proceso gestacional por ser presupuesto indispensable para la vida independiente y la existencia de los demás derechos. A partir de la concepción existe un ser en desarrollo, diferente de la madre, cuya vida protege el Estado.
- Bajo las anteriores consideraciones, es obligación del Estado adoptar normas penales que protejan la vida de los no nacidos según el criterio discrecional del legislador y dentro de los parámetros constitucionales "excluyendo cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte" de estos seres.
- El *nasciturus* se encuentra en circunstancias de indefensión manifiesta que demandan tratamiento especial.
- La Asamblea Nacional Constituyente no aceptó la propuesta de la opción libre a la maternidad, dejando en manos del legislador los términos de la penalización del aborto.
- La protección a la familia y a la mujer embarazada durante la gestación y después del parto (Artículos 42, 43 y 44 C. P. N.) constituyen una declaración adicional de la protección a la vida del no nacido.
- El inciso 2º del artículo 93 permite incorporar a la Constitución Política lo dispuesto en materia de derechos humanos en los tratados y convenios

internacionales vigentes, los cuales fijan pautas para la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales. En tales documentos se consagra el derecho a la vida desde el momento de la concepción*.

- Frente al argumento expuesto por el actor en el sentido de que los no nacidos no son personas, la Corte sostiene que no se requiere tener tal connotación jurídica para que el Estado proteja su derecho a la vida desde el momento de la concepción. Alude al artículo 91 del C. C. y a los artículos 4 y 5 del C. del M.
- Define el alcance del artículo 43 constitucional en el sentido de que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos sólo hasta el momento anterior a la concepción, puesto que después de ese instante la vida en desarrollo del no nacido goza de protección estatal.
- La resolución de los eventuales conflictos surgidos entre los derechos fundamentales de la embarazada y los derechos del *nasciturus* corresponde al legislador, a través de la expedición de normas que obedezcan a una política criminal.
- Finalmente, manifiesta que la libertad religiosa tiene como límites "no sólo la salvaguarda de la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden público, protegidos por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, sino el derecho de los demás a disfrutar de sus libertades públicas y derechos fundamentales, como es el caso del **derecho a la vida** del *nasciturus*".

6.1.3 Salvamento de voto. Los Magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO difieren de la opinión de la mayoría. Consideran que la penalización absoluta del aborto es contraria a la protección de los derechos fundamentales. En su criterio, el Estado puede penalizar el aborto para brindar protección a la vida, pero no en todos los casos. Por esta razón era acertado declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 343 y la inexecutable del artículo 345. En el salvamento se evidencian las razones de su discrepancia:

- Establecen la diferencia entre la **protección** a la vida (Preámbulo, artículo 2 C. P. N.) y el **derecho fundamental a la vida*** (Artículo 11 *ibid.*). Consideran que

* Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento." Artículo 1º, numeral 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

el *nasciturus* no es persona en sentido constitucional, la Constitución Política no lo hace sujeto de derechos. En consecuencia el Estado debe brindarle protección, pero para ello no es necesario que se le otorgue un status que no tiene.

- En manera alguna puede asimilarse el aborto a un homicidio, como podría entenderse a partir de las afirmaciones plasmadas en el fallo que abunda en ambigüedades en cuanto a la utilización del vocablo "persona".
- La interpretación del ordenamiento superior a partir de preceptos legales y aún a través de las normas de Derecho Internacional contrarían la jerarquía normativa. Así, una correcta interpretación de las normas de Derecho Internacional que garantizan la protección de la vida y condenan su privación arbitraria no contraría la despenalización del aborto en casos como violación, incesto, malformación fetal o peligro para la salud de la madre, pues debe atenderse de manera primordial a su vida y su dignidad.
- El artículo 43 constitucional está destinado a proteger a la madre, sin embargo la Corte desvía su sentido al hacer que el producto de la concepción aparezca como "la persona" a proteger por la norma en mención.
- Mediante la "personificación jurídica", esto es, la creación de nuevos sujetos de derecho, la Corte obstruye el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, quien se ve obligada a cumplir una conducta no exigible jurídicamente.
- Si bien es cierto que el aborto entraña profundos conflictos morales y por algunos es considerada una práctica reprochable, para otros no es así en determinadas circunstancias: cuando el embarazo es producto de la violación o el incesto, existen malformaciones fetales o riesgo para la salud de la madre, incluso cuando debido a circunstancias socioeconómicas la culminación del embarazo representa para la mujer un impedimento para la realización de su dignidad

* Esta distinción fue clara en países como España: el Tribunal Constitucional al decidir el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto en contra del proyecto de Ley Orgánica que reformaba el artículo 417 bis del Código Penal, llamada "Ley de despenalización parcial", que dispuso la no punibilidad del aborto realizado por un médico con el consentimiento de la mujer en determinados supuestos (1. Que el aborto sea necesario para evitar peligro a la salud de la madre 2. Cuando el embarazo sea producto del delito de violación y este haya sido denunciado, siempre que el tiempo de gestación no sea superior a doce semanas 3. Cuando el diagnóstico de dos médicos especialistas advierta la probabilidad que el feto adolezca de graves taras físicas o psíquicas, con un límite de veintidós semanas de gestación) aborda el problema del alcance de la protección constitucional al no nacido, manifestando: "los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del Derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta Sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental". REINO DE ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL PLENO. Sentencia 53/1985 del 11 de marzo M. P. Doña GLORIA BEGUÉ CANTÓN y Don RAFAEL GOMEZ-FERRER MORANT. Recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983.

personal. Por lo anterior, el asunto central en esta discusión no se concreta en determinar la personalidad jurídica del *nasciturus* sino en definir hasta que punto el Estado puede imponer a los administrados una determinada concepción sobre el valor intrínseco o sagrado de la vida humana.

- Tal imposición en defensa de una determinada concepción de la vida acorde con los preceptos de la religión Católica evidencia la violación de los derechos fundamentales que protegen la libertad de conciencia y de cultos.
- No es suficiente el silencio del constituyente en punto del aborto para determinar la exclusión del derecho a la autonomía procreativa, el cual se desprende del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. P. N.) y del derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos (Art. 42 *ibídem*). Es deber del Estado proteger este derecho no solo apoyando a la mujer que desee procrear sino poniendo al alcance de la mujer que no lo desee los medios adecuados para impedir la práctica del aborto en condiciones de alto riesgo, con peligro para su vida y su salud.
- No es coherente afirmar, como lo hace la Corte, que la autonomía procreativa puede ser ejercida solo antes de la concepción, señalando así una barrera artificiosa carente de sustento constitucional que impide el ejercicio de este derecho e ignorando que algunos anticonceptivos usados por la población actúan impidiendo la implantación del óvulo ya fecundado, como el dispositivo intra uterino.
- Desconocer el derecho de la mujer a la autonomía procreativa mediante la tipificación penal absoluta, vulnera los derechos fundamentales de la mujer a una vida digna, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, pues si bien gestar una vida es valioso hay mujeres que no lo desean o no se encuentran en condiciones de asumir tal responsabilidad.
- Adoptar un sistema de plazos, como lo han hecho otras legislaciones, presentaría una solución adecuada para sopesar derechos e intereses que surgen en este conflicto. Dos momentos sirven para tal fin: la viabilidad del feto y su capacidad de sentir. Es así como la autonomía procreativa ha sido reconocida en diferentes países hasta los primeros 90 días. Cumplido este plazo, los Magistrados que salvan su voto consideran:

...al existir ya un interés consistente en evitar el sufrimiento del feto, sin que ello signifique el reconocimiento de la calidad de persona o de la titularidad de derechos y obligaciones, el derecho a la autonomía procreativa debería ceder frente al *nasciturus*, salvo la presencia de

derechos o intereses superiores - vida o salud física o mental de la madre. A partir de la viabilidad - posibilidad efectiva de subsistencia independiente del *nasciturus* -, el interés en el valor intrínseco de su vida aumenta y, en principio, debe primar sobre cualquier otro derecho o interés, salvo circunstancias extremas que tampoco hacen exigible de la mujer su auto-inmolación para salvar otra vida.

- La penalización del aborto implica discriminación en contra de la mujer, puesto que en el país se realizan abortos clandestinos que ponen en peligro las vidas de las mujeres de escasos recursos, quienes se ven obligadas a recurrir a esta práctica en condiciones sépticas o a soportar la carga del embarazo y la crianza carentes de amparo estatal, mientras que quienes cuentan con recursos económicos suficientes no sufren este tipo de daños.
- El Derecho Penal debe comprender los requisitos mínimos y básicos para la convivencia, no pretender señalar mediante la penalización lo que es moral o inmoral. Según la teoría de JHON STUART MILL "no cabe imponer pautas morales externas a adultos que pueden autodeterminarse cuando su conducta no daña a terceras personas, como sería el caso del aborto dentro del primer trimestre, en el que el *nasciturus* no es víctima de dolor o daño".

Analizados los argumentos de la mayoría y del grupo disidente, se puede observar una clara división en la posición de la Corte; de un lado se ubican los Magistrados, ANTONIO BARRERA CARBONELL, JORGE ARANGO MEJÍA, HERNANDO HERRERA VERGARA, JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ, FABIO MORON DIAZ y VLADIMIRO NARANJO MESA, en clara oposición a los argumentos presentados por los Magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Por una parte, la mayoría reconoce al *nasciturus* la titularidad del Derecho Fundamental a la vida desde el momento de la concepción, y como resultado de ello la obligación del Legislador de establecer medidas punitivas en orden a proteger la vida de estos seres. Desconoce a su vez la existencia de un derecho a la autonomía procreativa en cabeza de la mujer, limitando el derecho a decidir el número de hijos sólo hasta el momento anterior a la concepción. En cuanto a los conflictos que puedan presentarse entre los derechos del *nasciturus* y los de la mujer embarazada, manifiesta que es el Legislador quien debe darles solución a través de una política criminal. Consideran que la penalización del aborto no viola el Derecho Fundamental a la libertad de cultos, pues las prácticas religiosas no pueden ir en contravía del orden público, así como los Derechos Fundamentales de los demás.

Los Magistrados disidentes encuentran que el *nasciturus* no es una persona en sentido constitucional, sin embargo debe gozar de protección estatal. Por tanto, los derechos fundamentales de la mujer embarazada deben tenerse en cuenta al abordar los conflictos que se presentan entre estos y la protección a la vida del *nasciturus*. Existe un Derecho Fundamental de la mujer a la autonomía procreativa, que se desprende de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C. P. N.) y del derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos (artículo 42 *ídem*), y no puede limitarse hasta el momento anterior a la concepción, su frontera debe obedecer a un sistema de plazos acorde con la viabilidad fetal y su capacidad de sentir. La penalización del aborto obedece a la imposición por parte del Estado de los preceptos de la religión Católica a todos los asociados, abierta violación a la libertad de conciencia y de cultos. Que el estado exija a una mujer soportar la carga de un embarazo no deseado supone el desconocimiento de los derechos fundamentales a la dignidad y a la igualdad.

Para una mayor claridad conceptual hemos de abordar inicialmente por separado dos puntos principales de la discusión: en primer lugar, lo referente a la personalidad jurídica del feto, y a continuación la existencia del derecho de la mujer a la autonomía procreativa. Hecha esta anotación, podemos graficarlo así:

*¿Es el nasciturus una persona constitucional,
Titular de derechos?*

<p>El <i>nasciturus</i> es una persona a partir del momento de la concepción, y como tal, titular del derecho fundamental a la vida.</p>	<p><----></p> <p>♣ Sent C-133/94 Mayoría</p> <p>♣ S.V. Sent. C-133/94 Grupo disidente</p>	<p>El <i>nasciturus</i> no es una persona en sentido constitucional, por lo tanto no puede ser titular de derechos, pero goza de protección estatal.</p>
--	---	--

¿Existe en cabeza de la mujer un derecho fundamental a la autonomía procreativa, que le permita abortar?

<p>El derecho a la autonomía reproductiva se limita hasta el momento anterior a la concepción, la mujer no es titular de un <i>derecho</i> a abortar.</p>	<p><----></p> <p>♣ Sent C-113/94 Mayoría</p> <p style="text-align: right;">♣ S.V. Sent. C-013/97</p>	<p>La autonomía procreativa se deriva de los arts. 16 y 42 de la C.P.N. La protección a la vida del <i>nasciturus</i> antes de la viabilidad fetal debe ceder ante este derecho. Continuar con el embarazo no es una conducta exigible jurídicamente.</p>
---	--	---

6.2 PRIMER FALLO CONFIRMADOR

Nuevamente, en el año 97 la Corte tiene la oportunidad de pronunciarse acerca de la penalización del aborto, esta vez en lo relativo a la constitucionalidad del artículo 345 del Código Penal (Decreto 100 de 1980). En esta ocasión, la demanda fue interpuesta por un ciudadano, quien solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 328, 345, 347 y 348 del C. P. El demandante estima que estos tipos penales imponen sanciones demasiado blandas, teniendo en cuenta que las conductas descritas, realizadas por la madre, deben ser penalizadas de igual manera que el homicidio, pues de lo contrario el Estado estaría tomando una actitud permisiva que deje impunes los crímenes cometidos contra los seres más indefensos; los niños y los no nacidos, quienes tienen derecho a gozar de la protección del Estado.

Por lo anterior, el demandante considera que las normas mencionadas violan principalmente los derechos fundamentales a la igualdad y a la vida. Manifiesta además que tal política criminal dejaría al arbitrio de la madre la decisión sobre la vida de sus hijos, encubriéndose con la justificación de hacer valer su autonomía o libertad personal, que en todo caso son derechos que deben ceder frente a la vida del neonato.

Reviste especial importancia el estudio de constitucionalidad el artículo 345, puesto que integra la línea que se trata de construir. El artículo en cuestión señala una pena reducida para el aborto (arresto de cuatro meses a un año) si el embarazo ha sido consecuencia de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. Nos centraremos en el análisis de constitucionalidad de este artículo en particular. Teniendo en cuenta que la ponencia inicial en este caso no fue aceptada

por la mayoría, pero contiene importantes principios argumentativos, la tendremos en cuenta para analizar de qué manera se hubiese estructurado la línea de haber sido aceptadas estas tesis. Procedemos entonces a analizar en primer lugar la ponencia rechazada, y posteriormente estudiaremos la Sentencia.

6.2.1 Consideraciones de la ponencia inicial. El Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, ponente inicial en esta decisión, elabora un proyecto que plantea dos cuestiones fundamentales: establecer si el Legislador puede definir para ciertos tipos penales circunstancias que atenúen las penas consagradas, como ocurre con los artículos demandados, y la segunda, de aceptarse el planteamiento anterior, decidir sobre la constitucionalidad de tales circunstancias.

El Legislador ha consagrado las causales de atenuación punitiva aludidas, en consideración a las condiciones especiales bajo las cuales actúa la mujer embarazada por un acto criminal, estando plenamente facultado para establecer una graduación en las penas, así como circunstancias de atenuación y agravación punitiva de acuerdo con el grado de culpa y en congruencia con el daño causado al bien jurídico tutelado, este principio es base primordial del ordenamiento penal y constitucional, y se encuentra aceptado en un consenso general, por este motivo limitaremos el análisis con relación al primer interrogante planteado.

En orden a resolver el segundo interrogante, el ponente afirma que el balance que hace el legislador entre los derechos de la mujer y la vida del *nasciturus* en el artículo 345 del C. P. es desproporcionado e irrazonable para la mujer, motivo por el cual se declara la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en las circunstancias descritas. Los argumentos del ponente son los siguientes:

- El Derecho Penal a través de la punición de ciertas conductas cumple con la función de proteger la libertad de las personas, pero el costo de esta protección es la prohibición de ciertas conductas, lo cual se traduce en una reducción del ámbito discrecional de los asociados. Por lo anterior, y considerando que este costo no puede convertirse en una carga excesiva para las personas, las restricciones derivadas de la Ley Penal deben obedecer a un principio de razonabilidad y proporcionalidad; "la proporcionalidad de las Leyes penales corresponde a una condición que se impone desde el marco de los derechos fundamentales".
- Las mujeres embarazadas por violación sufren daños permanentes físicos y psíquicos, como consecuencia de este acto violento. El ponente incluye en la parte motiva, parcialmente, documentos provenientes de organizaciones que trabajan por los derechos de la mujer en los que se describen los daños y secuelas

permanentes que sufre la mujer embarazada producto de violación o inseminación artificial no consentidas.

- El Derecho Penal impone deberes de conducta para los asociados, conductas que puedan ser normalmente cumplidas, por ende esta exigencia no incluye la realización de actos heroicos, compromisos extraordinarios, sacrificios o deberes tan onerosos que exijan la auto inmolación de quien los realiza. El ámbito de discrecionalidad del legislador encuentra su límite en la obligación de abstenerse de imponer restricciones a la libertad de las personas, que desde un punto de vista objetivo sean descomunales o excesivamente gravosas. En este orden de ideas, si bien se ha sostenido que la vida es un valor absoluto, su defensa a través del derecho Penal debe adecuarse a los límites antes expuestos.
- El precedente que marcó la declaratoria de constitucionalidad condicionada de los artículos 12,16 y 25 de la Ley 40 de 1993 así lo afirma²⁰; en el caso en comento, la Corte declaró la inexecutable de las normas que prohibían pagar por la liberación de las personas secuestradas “cuando el agente actúe en alguna de las circunstancias de justificación del hecho previstas en la Ley Penal”, en consideración a que el secuestrado y sus allegados no tienen el deber de afrontar el peligro, ni de obrar heroicamente. Cuestión diferente ocurre con los miembros de las fuerzas armadas, quienes sí tienen tal obligación. Sería entonces un deber extraordinariamente gravoso para una persona que la Ley Penal le exija abstenerse de actuar en defensa propia, como es el caso de la mujer embarazada por violación o inseminación artificial no consentida, quien aborta para defender su integridad física y psíquica.
- El deber de continuar con un embarazo producto de la acción criminal perpetrada contra la mujer, representa una carga anormalmente gravosa para ella y su familia, y por lo tanto, la punición en este caso quebranta la Constitución Política. La prohibición de abortar implica un constreñimiento legal para abdicar a

²⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-542 de 24 de noviembre de 1993, M. P. JORGE ARANGO MEJÍA. Expediente D-275. Se estudia en esta Sentencia la constitucionalidad de la penalización por el pago de rescates en casos de secuestro. En este fallo la Corte analiza primeramente si es lícito exigir a una persona el sacrificio de su vida y su libertad en razón de la primacía del interés general sobre el particular, y si la Ley puede excluir de las causales de justificación previstas en la normatividad los hechos cometidos en estado de necesidad. Este análisis, como se anotó, es realizado en el caso particular de las víctimas de secuestro y sus familiares. Siguiendo a KANT, la Corte afirma que la persona existe como fin en sí mismo, no como un medio para fines ajenos a él, en ello radica la dignidad humana. La existencia de la organización social solo se justifica, entonces, cuando se pone al servicio del hombre, fin en sí mismo. Los fines no pueden ser subordinados a los medios, es por esta razón que los derechos a la vida y a la libertad no pueden ser sacrificados en aras del interés general, a menos que la persona voluntaria y heroicamente así lo decida. Cuestión diferente ocurre con otro tipo de derechos, como los de contenido patrimonial, pues ellos no ostentan la categoría de los derechos antes mencionados. Nuestra Ley Penal reconoce como causales de justificación del hecho, entre otras, el legítimo ejercicio de un derecho y el estado de necesidad, como reconocimiento de la primacía de los derechos de la persona, “reconocimiento que implica que la impotencia del Estado otorga a aquella la autorización para obrar en su defensa y la de sus semejantes”. No puede la Ley, sin quebrantar la Constitución convertir en criminal a quien ha obrado para proteger su vida y su libertad o la de su familia, puesta en peligro por actos criminales.

la legítima defensa de la integridad física y psíquica, que impone a la mujer soportar, además del acto criminal, todas las consecuencias que sobrevendrán en su futuro y el de sus familiares.

- El artículo 42 de la C. P. N. consagra el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos. La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, nace y se expande por decisión libre de las personas, pero si bajo el amparo legal se le permite al violador usurpar este derecho, se configura una flagrante violación a los principios constitucionales.
- La maternidad tiene consecuencias de gran importancia para la mujer, compromete su derecho al libre desarrollo de la personalidad por tratarse de una decisión que acarrea cambios fundamentales en su vida, en sus aspectos social e individual. Ni el orden jurídico ni el interés general pueden pretender usurpar la determinación de procrear, que se encuentra en cabeza de la mujer, pues nadie tiene más interés que ella en la decisión de continuar o no con el embarazo. El núcleo fundamental del derecho aludido se vería anulado si la decisión de la procreación se traslada a la sociedad.
- No es dable a la Ley, bajo el amparo en las convicciones de una mayoría - sin que con ello quebrante el pluralismo y las libertades de conciencia y religión - imponer a todos los asociados una determinada concepción sobre el valor de la vida. En el caso que se analiza, la opinión de la mayoría no legitima su imposición, pues las decisiones en cuanto a la procreación atañen a la órbita privada y moral de la mujer; subordinarse a la decisión de la mayoría implicaría su propio sacrificio vital. La dignidad humana radica precisamente en que las personas son fines en sí mismos, y por ello, no pueden ser utilizadas ni mediatizadas por otros, así estos representen una mayoría significativa.
- En congruencia con el precedente sentado por la Corte en sentencia C-133/94, en el sentido de que el derecho a la vida del *nasciturus* prima sobre la libertad de la madre, y que esta última le asiste a la mujer únicamente hasta el momento anterior a la concepción, se atiende ahora a un presupuesto especialísimo en el sentido de que dicha libertad de decisión se ha visto coartada por el acto criminal, por tanto no ha tenido oportunidad de manifestarse. Es por ello que en el caso que nos ocupa la regla se invierte: el derecho a la autonomía procreativa de la madre debe primar sobre el derecho a la vida del *nasciturus*.
- La mujer que aborta, al expulsar el producto de una concepción violenta, una intrusión en su intimidad a todas luces indeseada, actúa en legítima defensa, realizando una acción a la que se ha visto inclinada en busca de afirmar su derecho a la libertad y a la integridad corporal. Por esta razón, el objeto de su acción no es

el feto como tal, sino el violador de quien trata de liberarse, poniendo fuera de su cuerpo el producto de la agresión.

- La vida protegida por la Constitución es una vida digna, por ende, la imposición de la maternidad mediante la penalización del aborto subordina la vida de la mujer a un proceso biológico y a un móvil criminal, cosificando a la embarazada como “puro vientre desligado de conciencia”. La imposición de la maternidad acarreará consecuencias nefastas, no solo a la madre sino también a su hijo.

6.2.2 El fallo. La ponencia del Magistrado CIFUENTES establecía entonces una excepción de punibilidad en los casos de violación o inseminación artificial no consentida. La mujer que aborte en estos casos no cometería delito alguno. Elabora este pronunciamiento respetando el precedente establecido en la Sentencia C-133/94, en el sentido de reconocerle al *nasciturus* el derecho a la vida, pero no como un derecho absoluto, pues en todo caso cuando la mujer actúe en defensa propia, como lo sostiene la argumentación que elabora, no puede ser penalizada. Sin embargo la mayoría no aceptó esta ponencia, dejando en manos del Magistrado JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO la elaboración de un nuevo proyecto.

El Magistrado HERNÁNDEZ, quien se había adherido a la decisión de la mayoría en el año 94, elabora una ponencia que confirma el precedente sentado por la providencia que declaró la constitucionalidad del artículo 315 de la Ley 100 de 1980, basada en reconocimiento de la existencia del derecho a la vida del *nasciturus*, ponencia que fue aceptada por la mayoría de los Honorables miembros de la Corte, y declara bajo los siguientes argumentos* la exequibilidad del artículo 345:

- La Corte reconoce que las penas aplicadas por los artículos demandados son excesivamente benignas frente a la gravedad de las conductas descritas, perpetradas en contra del derecho a la vida de los seres más indefensos e inocentes del género humano. Sin embargo, tal circunstancia no configura por sí sola la inconstitucionalidad de las normas.
- No es dable a la Corte declarar la inconstitucionalidad condicionada propuesta en la ponencia inicial, puesto que introduciría un condicionamiento normativo - que corresponde al Legislativo - al consagrar que en los presupuestos del artículo 345 la conducta realizada por la mujer no constituye delito.

* Valga también para este análisis la aclaración hecha anteriormente, en el sentido de que el ámbito discrecional del legislador ha sido reconocido en un consenso general y por lo tanto el estudio del fallo se limitará a las demás cuestiones que en él se planteen.

- La ponencia inicial pretendía hacer prevalecer una mal entendida dignidad de la mujer sobre el derecho a la vida del *nasciturus*, y en todo caso resulta contraria a la decisión de la Corte con ocasión del análisis constitucional del tipo penal básico aborto.
- Del Preámbulo, los artículos 2º, 5º y 11º de la Constitución se desprende la obligación del Estado de establecer una política criminal que no puede ignorar o dejar impunes los crímenes cometidos en contra de los seres humanos, en especial de los niños y los no nacidos, en cualquier etapa de su ciclo vital. El derecho a la vida es inviolable, el ordenamiento constitucional no establece excepciones respecto de su protección, en consecuencia, la ley no tiene potestad para ignorarlo, suprimirlo o despojarlo de amparo jurídico.
- La doctrina de la Corte ha establecido que la vida humana es un derecho inviolable - por lo cual prima sobre cualquier otro en caso de conflicto insalvable - y cuya titularidad empieza con la existencia del ser humano (en el momento de la fecundación). Sin justa causa nadie tiene título legítimo para vulnerarlo o amenazarlo.
- El aborto es un ataque repudiable contra la vida humana, por lo cual el Estado debe establecer normas que lo repriman y castiguen, sin perjuicio de que el legislador pueda establecer causales de justificación, exculpación o atenuación. Carece de todo fundamento considerar que en las etapas previas al nacimiento la protección estatal del derecho a la vida fuese menor que después del alumbramiento.
- Siguiendo al Sumo Pontífice PABLO VI quien expresó en su encíclica *Humanae Vitae* la necesidad de establecer unos "límites infranqueables a la posibilidad del dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones" para evitar exponer a su arbitrio la misión de engendrar vida; la mujer no es dueña del fruto de la concepción, y no es lícito que lo agrede, que lo violente, que lo aniquile. Indudablemente la intención de la madre cuando actúa es destruir el embrión humano como retaliación por el injusto sufrido y tal acción no puede quedar impune, aunque algunos erradamente consideren que en las circunstancias descritas la mujer tenga derecho a abortar, nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen. El hijo es en este caso la víctima más indefensa del violador o el que inseminó a la mujer contra su voluntad, y aún considerando la reacción de la madre ante estos hechos punibles, es inaceptable que este ser pague con su vida la agresión inflingida.

- La maternidad "dignifica y enaltece a la mujer", pese a haber sido el resultado de un acto violento, "no reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene".
- En el futuro, el Legislador debería considerar las nobles declaraciones del Papa JUAN PABLO II, quien ha manifestado que resulta subversiva e inquietante la tendencia a interpretar los delitos contra la vida como "*legítimas expresiones de la libertad individual, que deben reconocerse y ser protegidas como verdaderos y propios derechos*", contradicción que ha traído como consecuencia la negación de los derechos humanos en los momentos más trascendentales de la existencia como son el nacimiento y la muerte, consumándose en el rechazo a los más indefensos; el necesitado, el anciano y el recién concebido.

Los Magistrados que en el 94 salvaron el voto expresan nuevamente su desacuerdo con este fallo, incluyendo el salvamento el texto de la ponencia inicial y los motivos de discrepancia ya expresados con ocasión de la Sentencia C-133/94. Es esta tal vez una de las ocasiones en que con más fuerza se han dividido los criterios en la Corte, generando afirmaciones drásticas por parte de los Magistrados disidentes. Señalan la decisión de la mayoría como una falacia basada en prejuicios que delatan, en el criterio de los Magistrados que suscriben el salvamento, la orientación "sexista y patriarcal de la Corte", que a su juicio convierte la Sentencia en un acto de profesión de un determinado credo – la religión Católica -, perdiendo su imparcialidad. Finalmente, el salvamento resalta que la Sentencia no sólo ignora los derechos de la mujer y su dignidad, sino que convierte "en goce estético y moral lo que es afrenta y destrucción de la personalidad".

El abismo entre los criterios de los Magistrados puede observarse *prima facie*. Mientras en la parte motiva de la ponencia inicial se incluyen de manera parcial algunos de los documentos provenientes de organizaciones que trabajan por los derechos de la mujer, donde se exponen los daños que sufren las mujeres violadas, en la motivación de la Sentencia se incluyen apartes de Encíclicas provenientes de los máximos representantes de la Iglesia Católica. Esta Sentencia confirma los motivos que expresó la Corte con ocasión del análisis de constitucionalidad del tipo penal básico – aborto -, y básicamente extrae de la premisa "derecho a la vida desde el momento de la concepción" la totalidad de sus argumentos. Es así como , en este punto de nuestro análisis, podemos graficar de manera parcial la línea que se trata de construir:

*¿Es el nasciturus una persona constitucional,
Titular de derechos?*

<p>El <i>nasciturus</i> es una persona a partir del momento de la concepción, y como tal, titular del derecho fundamental a la vida.</p>	<p><----></p> <p>♣ Sent C-133/94 Mayoría</p> <p>♣ Sent C-013/97 Mayoría</p> <p>♣ S.V. Sent C-013/94 Grupo disidente</p>	<p>El <i>nasciturus</i> no es una persona en sentido constitucional, por lo tanto no puede ser titular de derechos, pero goza de protección estatal.</p> <p style="text-align: center;">♣ S.V. Sent. C-133/94 Grupo disidente</p>
--	---	---

¿Existe en cabeza de la mujer un derecho fundamental a la autonomía procreativa, que le permita abortar?

<p>El derecho a la autonomía procreativa se limita hasta el momento anterior a la concepción, la mujer no es titular de un <i>derecho</i> a abortar.</p>	<p><----></p> <p>♣ Sent C-113/94 Mayoría</p> <p>♣ Sent C-013/97 Mayoría</p> <p>♣ S.V.Sent C-013/94 Grupo disidente</p>	<p>La autonomía procreativa se deriva de los arts. 16 y 42 de la C.P.N. La protección a la vida del <i>nasciturus</i> antes de la viabilidad fetal debe ceder ante este derecho. Continuar con el embarazo en determinadas circunstancias no es una conducta exigible jurídicamente.</p> <p style="text-align: center;">♣ S.V. Sent. C-113/94 Grupo disidente</p>
--	--	---

6.3 SEGUNDO FALLO CONFIRMADOR

Como se observa, el argumento sentado por la Corte en el año 94 en el sentido de reconocer al *nasciturus* personalidad jurídica, ha determinado el tratamiento penal que se le da en Colombia a la mujer que aborta. Hasta ese momento la discusión parecía encontrar su punto final, pues ya se habían estudiado los artículos pertinentes del Código Penal, con una mayoría significativa de Magistrados que consideraron estas normas ajustadas a la Constitución.

Sin embargo, con ocasión de la expedición de la Ley 599 de 2000 y la introducción del párrafo del artículo 124, la Corte Constitucional tendría nuevamente la oportunidad de pronunciarse sobre el tema. Para esta época, los miembros que acompañaron el nacimiento de la Corte ya habían cumplido su periodo, y habían entrado a ocupar su lugar nuevos Magistrados. La Corte profiere la Sentencia C-647 de veinte de junio de 2001, declarando la constitucionalidad de la norma demandada.

6.3.1 La demanda. Considera el demandante que la norma acusada es contraria al derecho a la vida, a la igualdad, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a los demás derechos constitucionales, en especial los consagrados en favor de los niños, pues fomenta la comisión del delito. Las mujeres que deseen abortar buscarán excusas para que su conducta encuadre en la descripción del párrafo demandado, mismas que nunca deberían ser aceptadas, pues si la madre no desea al niño bien puede entregarlo a los institutos que se encargan de adopciones. El aborto es una conducta reprochable, prohibida por la Ley divina y la Iglesia Católica.

6.3.2 Consideraciones de la Corte. La Corte delimita el estudio de constitucionalidad al contenido material del párrafo demandado, encontrando que se ajusta a los preceptos constitucionales por las siguientes razones:

- Corresponde al Estado, a través de un órgano determinado (el legislador), definir los delitos y las penas. La imposición de las penas debe obedecer, en todo caso, al pleno respeto de las garantías constitucionales y al debido proceso, toda vez que la Ley penal se identifica con una restricción, una disminución excepcional en el ámbito de libertad de las personas que ordinariamente permanece intangible frente al poder estatal. Para gozar de legitimidad, la pena debe obedecer a criterios de proporcionalidad (adecuación entre la conducta delictiva y el daño social), necesidad (se refleja en la preservación de la armónica convivencia de los asociados) y utilidad.

- Excepcionalmente el Estado puede prescindir de la aplicación de la pena debido a causas personales que conllevan este tratamiento especial. Tal figura se conoce como *perdón judicial*²¹ y en aplicación de ella, el Estado se abstiene de imponer la sanción por la concurrencia de circunstancias constitutivas de un factor negativo de punibilidad (en este caso, la exclusión obedece exclusivamente al factor motivacional).

- El Legislador, con fundamento en la potestad constitucional que ostenta para hacer la Leyes, ha consagrado una excusa absolutoria en el párrafo acusado, mediante la cual el Juez puede prescindir de la aplicación de la pena en el caso concreto. Es así como el Congreso de la República ha definido el delito de aborto de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas y culturales, consagrando una causal personal de exclusión de la pena, que no resulta violatoria de la Constitución Política.

Como se observa, la Corte basa su fallo en la libertad configurativa del Legislador. Sólo dos de los Magistrados salvan su voto: MARCO GERARDO MONROY CABRA y RODRIGO ESCOBAR GIL, quienes consideran que el párrafo acusado resulta inconstitucional no sólo por vicios de forma, sino también por resultar contrarios a los precedentes establecidos en las Sentencias C-133/94 y C-113/97, cuyos argumentos principales ya fueron presentados. Es importante estudiar en este punto la Aclaración de voto presentada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAUJO RENTERÍA, ALFREDO BELTRÁN SIERRA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Consideran que el Legislador, sin violar al Constitución política, puede despenalizar el aborto realizado bajo ciertas circunstancias, siempre que se tome en consideración la multiplicidad de derechos e intereses involucrados (protección a la vida del feto, derechos de la mujer a la intimidad, a la dignidad humana, a la integridad física, a la salud, a la libertad de conciencia, a la igualdad). Es interesante observar cómo en esta aclaración de voto, ciertas afirmaciones no pueden entenderse en otro sentido que no sea la oposición manifiesta a la personificación constitucional del feto:

La Constitución no sólo protege la vida de las personas sino también del feto, que no es un órgano de la mujer sino un ser en potencia que gradualmente se va conformando y a partir de cierto momento de la gestación alcanza la capacidad de sentir y, luego, otras capacidades y condiciones sin las cuales posteriormente no podría llegar a ser persona.

²¹ Ver páginas 8 y 9.

Es claro entonces que para quienes aclaran el voto, el precedente construido sobre la personificación del feto ha sido superado, y aceptan la diferenciación que de ello se desprende, entre derecho fundamental a la vida y protección a la misma.

En este orden de ideas, sería desproporcionado desconocer los derechos constitucionales de la mujer con el propósito de proteger una vida en potencia. En el criterio de los Magistrados, si el Legislador en un momento determinado adoptara normas que permitieran el aborto en ciertas circunstancias, no estaría violando la Constitución Política. Cobra aquí importancia el criterio temporal, pues este delimitaría la aplicación de la exención de punibilidad por parte del Juez. Quienes aclaran el voto tienen en cuenta dos momentos del desarrollo del *nasciturus*; la viabilidad fetal y el desarrollo de la sensibilidad. Pese a la oscuridad de sus apreciaciones, es claro que, como resultado de la combinación de estos dos criterios, resulta para ellos inadmisibles que se aplique la exención de que trata la norma cuando el aborto ha sido practicado después de la duodécima semana de gestación, salvo que la motivación extraordinaria y anormal de la mujer se deba a información médica "confiable" que evidencie peligro para su vida o su salud, o que haga presumir "malformaciones extremas, insuperables e irremediables del feto".

Es curioso como los Magistrados que aclaran realizan una serie de imprecisas consideraciones acerca del conflicto de derechos e intereses y su ponderación, para luego concluir que su estudio de constitucionalidad se refiere únicamente al párrafo acusado, y que es tarea del legislador adoptar una política criminal respecto al aborto. La aclaración de voto, pese a elaborar un discurso aparentemente destinado a ocuparse de la protección de los derechos de la mujer, pone de manifiesto una vez más la despreocupación al respecto.

De otro lado, la Sentencia no se ocupa de la personalidad jurídica del feto, únicamente puede examinarse la posición al respecto a partir de la aclaración de voto. El derecho de la mujer a abortar tampoco es analizado. La línea jurisprudencial, finalmente, se estructura así:

¿Son constitucionales las normas que penalizan el aborto de manera absoluta?

<p>La libertad configurativa del legislador y los principios constitucionales que protegen la vida del no nacido permiten penalizar el aborto sin contemplar excepciones.</p>	<p style="text-align: center;"><----></p> <p>♣ Sent C-133/94 Mayoría</p> <p>♣ Sent C-013/97 Mayoría</p> <p>♣ S.V. Sent C-013/94 Grupo disidente</p> <p>♣ Sent C-647/01</p>	<p>♣ S.V.Sent. C-133/94 Grupo disidente</p> <p>Continuar con un embarazo indeseado es bajo ciertas condiciones una conducta no exigible jurídicamente. Las normas legales que contemplen tal exigencia no son ajustadas a la C.P.N.</p>
---	--	---

7. ABORTO Y ESTADO LIBERAL

7.1 EL FALLO ROE VS. WADE

Ronald Dworkin en un extenso ensayo argumentativo²² expone de qué manera el histórico fallo de la Suprema Corte Roe Vs. Wade²³, al establecer que es contraria a la constitución política norteamericana toda ley estatal que penalice el aborto antes de los tres primeros meses de gestación, representa lo que el autor considera una respuesta correcta para un caso controvertido.

El fallo aludido, además, reconoce por una parte derecho de las mujeres a la autonomía procreativa, derivado del derecho constitucional general a la privacidad (entendido en el sentido de soberanía en la toma de decisiones) y por otra la potestad de los Estados para regular el aborto a partir del segundo trimestre del embarazo, incluida la de prohibirlo a partir del tercer trimestre. Dworkin refiere las razones que fundamentaron tal decisión, conciliando así los dos aspectos mencionados:

La Constitución de los Estados Unidos, tal como ha sido interpretada históricamente por la Corte Suprema, limita la posibilidad de los estados, de causar perjuicios importantes a los ciudadanos, estableciendo para ello dos tests de constitucionalidad. El primero se aplica a todas las leyes: la cláusula del "proceso debido" de la decimocuarta enmienda exige a cada estado que actúe racionalmente cuando restrinja la libertad. Esta exigencia otorga a los ciudadanos lo que el Juez Rehnquist, en su voto disidente en Roe vs. Wade, llamó un "interés de libertad". Los estados no pueden limitar la libertad de las personas de un modo arbitrario o caprichoso, sino únicamente por alguna razón: para promover algún objetivo que los estados puedan perseguir legítimamente.²⁴

²² DWORKIN, Ronald. El dominio de la vida. Barcelona : Ariel, 1994. El autor aborda los temas del aborto y la eutanasia desde la perspectiva de la teoría liberal del derecho. A lo largo del texto nos inmiscuye en una completa argumentación acerca de la constitucionalidad de las normas que penalizan el aborto en la práctica jurídica norteamericana.

²³ Roe vs. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Disponible en internet <<http://www.supct.law.cornell.edu/supct/justices/fullcourt.htm>>

²⁴ Dworkin, Op. cit. p. 139.

Sin embargo, continúa Dworkin, la Constitución no sólo consagra esta forma de protección de la libertad, que a su entender sería una "restricción muy débil", sino que además *"selecciona ciertas libertades y las convierte en específicos derechos constitucionales que un estado no puede restringir o anular salvo que tenga una razón muy importante para ello"*²⁵. Para la Corte, el interés del estado de proteger la vida del feto no constituye una razón imperativa que permita restringir el derecho a la privacidad en materia de procreación.

Es importante resaltar que Dworkin considera inoperante el debate sobre el aborto enfocado hacia la cuestión de definir si el feto es o no una persona en sentido constitucional, más bien considera que el eje central del debate atañe a la libertad religiosa, pues en realidad si una afirmación genera consenso es que la vida humana tiene un valor intrínseco que debe ser respetado, sin embargo, lo que cada persona considera sagrado o inviolable toca sus convicciones religiosas, en sentido amplio. Por ende, la pregunta es si los estados pueden válidamente imponer mediante la penalización ciertos valores religiosos que deben ser respetados por los ciudadanos.

De igual manera, ha señalado que la práctica jurídica estadounidense nunca ha tratado a los fetos como personas constitucionales;

Cuando se promulgó la cláusula constitucional de igual protección, muchos estados tenían leyes liberales en materia de aborto, y algunos otros promulgaron leyes semejantes más tarde, años antes de que el caso Roe se planteara. Pero ningún tribunal declaró que estas leyes violaran la cláusula de igual protección, ni siquiera que los jueces debieran considerarlas con sospecha o someterlas a un especial escrutinio. Tampoco hubo un número importante de políticos, incluso entre aquellos que se oponían al aborto de la manera más acérrima, que sugirieran que esas leyes liberales eran inconstitucionales....Ni siquiera las leyes más restrictivas llegaban a castigar el aborto tan severamente como al homicidio ordinario. Esta diferencia no se consideraba una consecuencia de aplicar al aborto algún principio general exculpatario –no se decía, por ejemplo, que la maldad moral del aborto fuera menor porque el aborto fuera en cierto modo semejante a la legítima defensa-. En lugar de ello, se presuponía simplemente que,

²⁵ Ibid.

incluso en principio, el aborto no es un asunto tan grave como el homicidio.²⁶

Como quedó dicho, el autor defiende la idea de que una interpretación jurídica puede proveer una respuesta correcta* frente a la definición del alcance de los derechos y deberes consagrados constitucionalmente para una práctica jurídica determinada y en un marco histórico concreto. Para ello, tal interpretación debe pasar por las pruebas de *ajuste* y *valor*. De acuerdo con la primera, la interpretación debe *ajustarse* o ser consistente con los principios establecidos en la práctica jurídica. La segunda hace referencia a que los principios subyacentes a tal interpretación reflejen de la mejor manera los derechos y obligaciones de la gente. Esta prueba obedece a la *integridad*, que exige al intérprete justificar sus decisiones fundándolas en principios²⁷ coherentes con los hechos del pasado considerados relevantes (La constitución, las normas legales, los precedentes, etc.)

Esta forma de *hacer visibles* los fundamentos de las decisiones constituyen un límite a la arbitrariedad judicial, en la medida en que se exija de los jueces la motivación de los fallos con buenos argumentos. Sería posible entonces, partiendo de estas premisas, determinar la mayor o menor corrección de los mismos, o elegir la mejor entre dos respuestas sustentadas en argumentos disímiles, siempre a la luz de la integridad del derecho.

Como se observa, los argumentos contruidos por el grupo disidente de la Corte Constitucional colombiana al plantear la inconstitucionalidad de las normas que penalizan el aborto, son recogidos en gran parte de la obra de Dworkin, por lo cual considero importante hacer un análisis un poco más detenido de los argumentos de la mayoría, contrastándolos con lo expuesto.

²⁶ DWORKIN, Op. Cit. pág 149

* La existencia de respuestas correctas en el derecho es un asunto ampliamente debatido. Dworkin afirma; "*El vicio de las malas decisiones reside en el mal argumento y en las convicciones erradas. Todo lo que podemos hacer acerca de esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos o las convicciones inaceptables. Tampoco deberíamos caer en la trampa que han tendido tantos profesores de derecho: la opinión falaz de que a causa de que no existe fórmula mecánica que distinga las buenas decisiones de las malas, y como tanto juristas como jueces van a estar en desacuerdo en un caso complejo o difícil, por lo tanto, ningún argumento es mejor que otro y el razonamiento jurídico es un pérdida de tiempo*". Op. Cit, pág. 192

²⁷ La integridad actúa como un factor preponderante en las decisiones de los jueces, y obedeciendo a ella, el juzgador debe guardar coherencia entre los principios que funden un fallo y los que invoque en otros casos sometidos a su conocimiento.

7.2 LAS FALACIAS ARGUMENTATIVAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Someter a las pruebas de ajuste y valor los argumentos que sustentan las decisiones de la Corte Constitucional, nos permitirá explorar cómo estas respuestas se ajustan a los hechos relevantes del pasado dentro de la práctica jurídica colombiana, y analizar en que medida las mismas se encuentran justificadas.

Bajo esta óptica, comenzaremos por reducir a tres puntos centrales la argumentación de la Sentencia C-133/94. En primer lugar, la Corte reconoce al *nasciturus* la titularidad del derecho fundamental a la vida a partir de la concepción, en segundo lugar, limita el derecho de la mujer a la autonomía procreativa hasta el momento anterior a la misma, y finalmente estima como competencia del legislador dirimir los conflictos que eventualmente se presenten entre el derecho a la vida del *nasciturus* y los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

Si el primero de los argumentos presentados es correcto, encontramos una buena razón para llegar a la respuesta que la Corte le ha dado al problema de la constitucionalidad de la penalización del aborto. Sin embargo, si analizamos en qué medida esta personificación del *nasciturus* se ajusta a la práctica jurídica, encontramos que no es coherente con los hechos relevantes del pasado.

Uno de estos hechos del pasado es el tratamiento legal del aborto. Como se vio en el capítulo cuarto, las leyes colombianas no han considerado que el aborto se asimile al homicidio, reflejo de ello es la pena prevista para aquél, siempre inferior a la considerada para este. Si los no nacidos son personas, y el derecho a la vida de las personas se protege igualitariamente, carecería de sentido la penalización diferencial.

Ahora bien, la realidad social también muestra que los no nacidos no son tratados como personas; así, muchos de los métodos de planificación familiar más usados por la población actúan no sólo impidiendo la fecundación, sino evitando que el óvulo fecundado se implante en el útero (tal es el caso del DIU o la pastilla del día siguiente). Si no es posible crear un argumento que justifique la aceptación y utilización de estos métodos por la mayoría de la población en un estado que protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción, tal discurso no podrá ser sostenido de manera coherente.

Este argumento recurrido por la corte para declarar la constitucionalidad de las normas que penalizan el aborto no pasa las pruebas del valor y del ajuste, pues no justifica los hechos de la práctica ni la realidad social, que es siempre jurídicamente relevante.

Pasemos entonces a examinar el segundo argumento. La Corte sostiene que existe un derecho de la mujer a la autonomía procreativa, pero lo limita hasta el momento anterior a la concepción. Si la Corte presentara razones plausibles para tal limitación, su decisión tendría un sustento coherente, a pesar de que el primer argumento no fuese aceptable. Sin embargo, ello no es así; la Corte no presenta para esta restricción más fundamento que la primacía del derecho a la vida del feto sobre cualquier derecho de la madre.

7.3 LA LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR

En la sentencia C-013/97, la ponencia derrotada presentaba un camino para que se descriminalizara el aborto producto de acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida, con respeto del precedente que reconoce al no nacido la titularidad del derecho a la vida. Sin embargo, la mayoría no se ocupa de este argumento, simplemente se limita a afirmar que, de aceptarse la ponencia, la Corte "habría edificado una inexequibilidad sobre la base de la prevalencia de una mal entendida dignidad de la mujer sobre el derecho a la vida del *nasciturus*, contrariando lo resuelto en la Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994 y, además, habría comprometido a la Corporación en el ejercicio de una función propia del Congreso y que, por lo tanto, no le corresponde".

La Sentencia C-647/01 no tocó los dos primeros argumentos usados por la Corte para justificar su decisión. El fallo se basó exclusivamente en las consideraciones acerca de la libertad configurativa del legislador, sin embargo, el primero es un argumento implícito, puesto que de no aceptarse la personificación del feto, la decisión estaría en contravía de los principios constitucionales, como se explica a continuación.

Uno de los principios que ha guiado en buena parte la actividad de la Corte, y que se inscribe dentro de los postulados de la filosofía liberal, es el que protege la autonomía como un derecho trascendental, de manera que sólo en función de la de los demás me puede ser restringida. Así, toda persona tiene un derecho que el estado protege, para elegir de qué manera vivir y trazar así sus objetivos, siempre que no afecten la autonomía de los demás. En virtud de este principio, no es dable reprimir mediante la criminalización conductas que se inscriben en la esfera privada de cada persona, y que no implique daño a terceros. Es así como alrededor del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C .P .N.), en fallos

posteriores, la Corte declaró inexecutable las normas que penalizaban el consumo de la dosis personal de estupefacientes²⁸ y el homicidio piadoso consentido²⁹.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-221/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-239/97. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

8. FEMINISMO Y ABORTO

Como se anotó inicialmente, el feminismo presenta diversas visiones frente a la práctica del aborto inducido. Hemos dicho también que en su mayoría las feministas creen que las mujeres deberían estar en libertad de elegir acerca de la maternidad, y que tal decisión debería ser protegida por el estado. No obstante, sus motivaciones son diferentes – si se quiere, opuestas - a las acogidas por el pensamiento liberal. Lo que trato de significar es que las feministas no aceptan que sea el derecho a la autonomía, la privacidad o la libertad reproductiva el fundamento más adecuado - de acuerdo a los objetivos trazados por el movimiento - para poner fin a un embarazo no deseado.

La mirada feminista contemporánea frente al aborto presenta más alternativas que las construidas bajo la filosofía liberal (incluidas las del feminismo liberal). Esta mirada se enriquece a partir del redescubrimiento de las diferencias entre hombres y mujeres, que van mucho más allá de las definidas por los estereotipos patriarcales. Las feministas se han preocupado por explorar tales contrastes, y una vez identificados, adentrarse en sus consecuencias y crear así estrategias frente al objetivo que persiguen, que en definitiva es la abolición del patriarcado.

Las feministas, principalmente en Centro y Suramérica, se han ocupado de difundir ampliamente la idea de que la penalización del aborto es una manifestación cierta de discriminación legal por razones de género. Esta forma de ver el conflicto ha encontrado cierto nivel de consenso frente a la colectividad, lo cual ha facilitado el manejo del tema públicamente. No obstante, otras voces han develado formas diferentes de definir el conflicto, y pese a ser políticamente complejas, representan formas de observarlo desde una perspectiva *realmente* femenina. Me refiero concretamente a los planteamientos del feminismo radical.

Como lo ha señalado Robin West, la teoría feminista actual se encuentra dividida en dos grupos: las feministas culturales y las radicales. Cada uno de estos grupos ha identificado cuales son las diferencias principales entre hombres y mujeres. Para las primeras, la diferencia radica en que a las mujeres se ocupan de la crianza de los niños, lo cual desarrolla en ellas un sentido de responsabilidad hacia los demás que las lleva a valorar una *ética del cuidado* identificándolas con la intimidad, la sustentación, la protección y el afecto. De otro lado, según las feministas radicales, la diferencia fundamental se encuentra en la cópula heterosexual, acto que a su entender desmorona la integridad femenina. Allí es, según las radicales, en ese

acto impuesto culturalmente, donde la mujer pierde su integridad a merced de la intrusión masculina en su cuerpo⁵⁰, y otro tanto hace el embarazo.

Según West, tanto el feminismo radical como el cultural (llamado también "de la diferencia"), están de acuerdo en que el estado existencial de la mujer se encuentra definido por su potencial de conexión. Así, las mujeres nos encontramos a lo largo de nuestras vidas conectadas a otros seres vivos, fundamentalmente en cuatro eventos "recurrentes y críticos"; el embarazo, la cópula heterosexual, la menstruación (como potencialidad de embarazo), y la lactancia⁵¹.

Por el contrario, subyacente a toda la teoría actual del derecho se encuentra la "tesis de la separación", que concibe al ser humano como ajeno o separado de los demás, como individuo. Esta forma en que la teoría del derecho ha definido a los seres humanos es excluyente, pues no tiene en cuenta la particularidad del potencial de conexión femenino;

Si al hablar de seres humanos los teóricos del derecho aluden tanto a mujeres como a hombres, entonces la "tesis de la separación" es claramente falsa. Si por el contrario, por "seres humanos" quieren señalar a aquellos para quienes la tesis de la separación es cierta, entonces las mujeres no son seres humanos. No es difícil adivinar cuál de estas opciones es la más favorecida⁵².

Esta potencialidad de conexión trae consecuencias existenciales; el feminismo radical, por su parte, considera que es la causa de "la degradación, impotencia, subyugación y miseria de las mujeres", en resumen, la causa del patriarcado. Para ellas, tanto el embarazo como la penetración heterosexual son experiencias invasoras y destructivas:

...el reclamo del feminismo radical original en defensa de la libertad reproductiva no se articuló dentro de la doctrina del derecho a la "intimidad",... o en la doctrina del derecho a la "igualdad", o en la del derecho "a no ser discriminado". Más bien, el argumento feminista original en defensa de la libertad reproductiva, se transformó en la certeza definitiva del feminismo radical de que el embarazo...es una lesión y tiene que ser tratado como tal. El embarazo nos conecta con la

⁵⁰ West, Robin. Op. cit. p. 87

⁵¹ Ibid. p. 72

⁵² Ibid.

vida, como insiste el feminismo cultural, pero esa conexión no es algo para celebrar; es precisamente esa conexión la que nos hiere. Ese argumento...es radicalmente inconmensurable con respecto a la ideología liberal del derecho. No hay categoría legal que le convenga. Pero sin embargo, es el argumento radical...el que mejor capta el sentido de las mujeres acerca de la lesión y el peligro del embarazo, aunque no capte el sentido jurídico de lo que implica un embarazo no deseado o el porqué las mujeres deben tener el derecho de ponerle fin⁵³.

Al excluir a las mujeres de las instituciones producto del derecho, se excluye también la protección contra los daños que sólo ellas puede sufrir debido a su estado existencial. El intento de asimilar el aborto a un acto de defensa propia no ha tenido éxito debido a que el machismo dominante no permite comprender el daño este puede provocar:

...desde el punto de vista de la subjetividad masculina, el aborto no puede ser de ninguna manera un acto de defensa propia: el feto no es uno de los hombres naturales "relativamente iguales contra el que tenemos el derecho de protegernos. El feto es desigual, y por encima de todo lo demás, dependiente. Esa dependencia y esa desigualdad es la esencia del feto. La doctrina de la defensa propia con sus antecedentes y revestimientos hobbesianos, simplemente no es aplicable a un "agresor" tan dependiente y desigual. De hecho, la noción de agresión como tal no es aplicable a tales criaturas⁵⁴.

La ponencia elaborada por el ex Magistrado Eduardo Cifuentes estudiada con anterioridad, intenta estructurar una legítima defensa en los casos de aborto producto de violación, afirmando: "...no puede sostenerse que el objeto directo de la acción de la gestante sea el feto como tal, sino que lo es el agresor de quien justificadamente pretende librarse físicamente expulsando la huella tangible de su ominoso acto y espiritualmente huyendo a que su destino futuro siga bajo la sombra del autor de su desgracia". Se observa en este argumento un claro ejemplo de lo expuesto; sería inadmisibles considerar al feto como un agresor.

⁵³ Ibid. p. 113

⁵⁴ Ibid. p. 172

Pese a que los planteamientos radicales son vistos por muchos – y muchas – como descabellados y perversos, son resultado de la investigación y el esfuerzo por construir a la mujer por fuera de las anquilosadas instituciones machistas. Tal vez en lugar de considerar irracionales las propuestas radicales porque proponen desquiciar las instituciones, deberíamos cuestionar la racionalidad de las instituciones (incluidas las jurídicas) que perpetúan la alienación de las mujeres.

En suma, los planteamientos feministas además de resaltar el estado especialísimo que conlleva la maternidad, sea para celebrarlo (feminismo cultural) o para demostrarnos que puede representar un daño (feminismo radical), deja de lado la visión machista que la teoría actual del derecho ha elaborado, reconstruyendo así a la mujer bajo una nueva perspectiva.

9. CONCLUSIONES

Las instituciones jurídicas en Colombia son eminentemente patriarcales. Las decisiones de la Corte Constitucional en cuanto al tratamiento legal del aborto inducido, han sido permeadas por la influencia política de la Iglesia, permaneciendo ajenas a las demandas femeninas en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, al amparo de argumentos débiles que se ajustan a las posiciones más conservadoras.

Al tomar partido en favor de la posición de la Iglesia Católica, estos fallos no sólo van en contravía de los principios que protegen los derechos de la mujer, sino que contribuyen a que se perpetúe la discriminación en razón de género y la estigmatización de quienes se niegan a actuar de acuerdo a los estereotipos predominantes.

El movimiento feminista no decae en el propósito de conseguir que las instituciones jurídicas sean trascendidas por la visión femenina; alrededor del mundo son muchos los cambios que se gestan gracias al trabajo de mujeres – y hombres – comprometidos con la idea de que la diferencia es valiosa, y debe ser protegida en aras de evitar que el género femenino siga siendo victimizado de manera masiva.

A partir de los fallos proferidos por la Corte Constitucional hasta el momento, se puede vislumbrar una rotunda negativa hacia la flexibilización de la legislación penal en materia de aborto. La línea jurisprudencial construida presenta un balance constitucional inclinado hacia la aceptación de la penalización absoluta del aborto, considerándola no violatoria de los derechos fundamentales de la mujer. Sin embargo, ya que se identificó como el argumento principal de la Corte la personalización constitucional del feto, tal criterio podría cambiar en el evento que el legislador contemple la descriminalización del aborto inducido. En tal circunstancia, posiblemente se produciría un giro interpretativo al interior de la Corte, en el sentido de considerar como la *ratio decidendi* de los fallos precedentes la libertad configurativa del legislador, tal como se vislumbra en la Sentencia C-647 de 2001.

BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN MÉDICA FINLANDESA. 48ª Asamblea General Asociación Médica Mundial Declaración propuesta de la asociación médica mundial sobre los derechos del no nacido. Somerset West, República de Sudáfrica. 22 -26 de octubre 1996 (online). <URL: <http://www.comunidad.derecho.org/dergenetico/DeclaraAMMDerNeonato.html>>

BARRETO GAMA, Juanita. Estereotipos sobre la feminidad, mantenimiento y cambio. Las Mujeres en la historia de Colombia Tomo I : Mujeres, historia y política. Bogotá : Grupo Editorial norma, 1995. 815 p.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO ESPAÑOL. 12 Julio 1.985 (número 166) 1713. Ley Orgánica 5 julio 1.985, número, 9/85 (Jefatura del Estado). ABORTO. Modifica el Art. 417 bis del Código Penal: despenalización parcial-España (online). Disponible en internet <URL: <http://www.clinica-dator.es/>>

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO ESPAÑOL. 24 de noviembre 1.986 (número 281) Real Decreto 21 de noviembre 1.986, núm. 2409/1.986 (M. de Sanidad y Consumo). ABORTO. Centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo España (online). Disponible en internet <URL: <http://www.clinica-dator.es/>>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA. Informe sobre la situación de los derechos de la mujer en Colombia, 1999 (online). Disponible en internet <URL: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/colom99sp/capitulo-12.htm> >

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER, CLADEM. Estudio comparativo de la regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe (online). Disponible en internet <URL: <http://www.cladem.org/colombia.doc>>

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER, CLADEM. ROMERO BIDEGARAY, Inés y VASQUEZ SOTELO, Roxana. Balance regional. Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos. 2001.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER, CLADEM. REYES MELÉNDEZ, María Helena. Legislación y Jurisprudencia en materia de Derechos Sexuales y Reproductivos en países de la Unión Europea. 2001.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DE POBLACIÓN Y DESARROLLO. Acuerdo final. El Cairo, 1994. (online). Disponible en Internet <URL:<http://www.ops.org.ni/acuerdos/Cumbres/poblacion-des.a.htm>>

CUMBRE INTERNACIONAL DE MUJERES. Declaración de Beijing (China), 1995. (online) disponible en internet <URL:<http://www.ops.org.ni/acuerdos/cumbres/mujer.htm>>

DE MIGUEL, Ana. Los feminismos a través de la historia (online). Disponible en internet <URL: [http://www.nodo50.org/mujeres red/historia-feminismo1.html](http://www.nodo50.org/mujeres_red/historia-feminismo1.html)>

DEVELOPMENT ALTERNATIVES WITH WOMEN FOR A NEW ERA, DAWN. CORREA, Sonia y SEN, Gita. El Cairo + 5: Avances en el ojo de la tormenta. 1999. Disponible en Internet URL: <<http://www.socwatcu.org.uy/1999/esp/tematicos/dawn.pdf>>

DEVELOPMENT ALTERNATIVES WITH WOMEN FOR A NEW ERA, DAWN. CORREA, Sonia. Beijing + 5 y la descriminalización del aborto en América Latina. 2000.

DWORKIN, Ronald. El dominio de la vida. Barcelona : Ariel, 1994. 912 p.

EQUIPO NIZKOR. Informe de la Conferencia Mundial Sobre Población y desarrollo. Documento Cairo, 1994. Disponible en Internet <URL: www.derechos.org/ddhh/mujer/cairo.html>

HAAS, Taylor, HENSHAW, Stanley y SINGH, Susheela. Perspectivas internacionales en planificación familiar. La incidencia del aborto inducido a nivel mundial, 1999. Disponible en Internet <URL: <http://www.agi-usa.org/support/>>

HIERRO, Graciela. Género y educación. Artículo publicado por La Ventana, Revista de Estudios de género. México. Disponible en Internet <URL: <http://www.2.udg.mx/laventana/libr2/present.html>>

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los jueces. Bogotá : Ediciones Uniandes, 2000. 415 p.

MILLER, Alice. Los Derechos Sexuales: avances conceptuales, tensiones en debate. Ponencia del Seminario regional CLADEM: Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos. Lima 5,6 y 7 de noviembre de 2001.

NÚÑEZ, Leonor. Diversidades: Límites y oportunidades en Derechos Sexuales y Reproductivos. Publicación de la Asamblea Permanente por los derechos Humanos con el auspicio de la Fundación Ebert. 2001. Disponible en Internet <URL: <http://www.Geocities.com/rimaweb/leonornuñesddrr.html>>

PANDJIARJIAN, Valeria y PIMENTEL, Silvia. Título original en portugués Aborto: discriminar para ñao discriminar. Informativo CLADEM N°2. Lima, 2001.

PIMENTEL, Silvia. Derechos Sexuales y Reproductivos: avances y nudos/retos. Fragmentos de reflexiones. Ponencia del Seminario regional CLADEM: Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos. Lima 5,6 y 7 de noviembre de 2001.

RAMIREZ, Socorro. Realidades y Magnitudes del Aborto Inducido: Colombia. Santiago de Chile, FEMPRESS - Agencia de Prensa de la Mujer Latinamericana, 2000 (online). Publicado con permiso de Modemmujer. Disponible en Internet URL:<http://www.hsph.harvard.edu/organizations/healthnet/spanish/abor/docs/ramirez.html>>

RED DE SALUD DE LAS MUJERES LATINOAMERICANAS Y DEL CARIBE, RMSLAC. PAE (píldora de anticoncepción de emergencia) panorama mundial. 2001. Disponible en internet <URL: http://www.geocities.com/rima_web/pae_rsmlac.html >

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Penal. Ley 599 de 2000.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política. 1991.

REPUBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA. Sentencia de diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro. Ref. Expediente N° D-1386, Magistrado ponente ANTONIO BARRERA CARBONELL.

REPUBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA. Sentencia de veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete. Ref. Expedientes N° D-1336 y D-1359, Magistrado ponente JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

REPUBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA. Sentencia de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y siete. Ref. Expediente D-1475, magistrado ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

REPUBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA. Sentencia de veinte de junio dos mil uno. Ref. Expediente N° D-3292, Magistrado ponente CARLOS HUMBERTO LOPEZ ARAMBULA.

SAGAN, Carl. Entre la "vida" y la "elección". 1990. Artículo disponible en Internet <URL:<http://www.chasque.net/comision/dossieraborto/>>

SHEPPARD, Bonnie. The double discourse on sexual and reproductive rights in Latin America: the chasm between public policy and private actions. Health and Human Rights, 2000. Traducción y síntesis por PLAGEIRO, Mónica para CATÓLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR. Disponible en Internet <URL: <http://www.chasque.net/comision/dossieraborto/>>.

STAFF WILSON, María Blanca. Mujer y Derechos Humanos. Ko'aga Roñe'eta Serie VIII. 1998. Disponible en Internet URL: <<http://www.derechos.org/koaga/viii/staff.html>>

SUMO PONTÍFICE JUAN PABLO II. Carta Encíclica Veritatis Splendor a todos los obispos de la Iglesia Católica sobre algunas cuestiones fundamentales de la enseñanza moral de la Iglesia (online). Disponible en Internet <URL:http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_ip-ii_enc_06081993_veritatis-splendor_sp.html>

VEGA, Ana María. Los "derechos sexuales y reproductivos": Una causa que se promueve en la ONU. Aceprensa, 1999. Disponible en Internet <URL: <http://www.vidahumana.org/vidafam/onu/derechosrep.html>>

VIVEROS VIGOYA, Mara. El aborto en Colombia: debate público y dimensiones socioculturales. "Prepared for delivery at the 1997 meeting of the Latin American Studies Association, Continental Plaza Hotel, Guadalajara, México : Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social (CIDS), Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios Sociales (CES), Facultad de Ciencias Humanas Universidad Nacional de Colombia, 1997 (online). Disponible a través de internet <URL: <http://www.lasa.international.pitt.edu/LASA97/viveros.pdf>>

WEST, Robin. Género y teoría del Derecho. Bogotá : Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2000. 250 p.