

**ANALISIS JURIDICO SOBRE EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO
FUNDAMENTAL AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD
(AUTONOMIA PROCREATIVA DE LA MUJER) EN EL ABORTO DESDE UNA
PERSPECTIVA DE GÉNERO EN COLOMBIA**

**SUSAN CATHERINE BECERRA DE LA ROSA
LIMBANIA DE LA CARIDAD PEREZ QUINTANA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
AREA: DERECHO CONSTITUCIONAL
SAN JUAN DE PASTO
2007**

**ANALISIS JURIDICO SOBRE EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO
FUNDAMENTAL AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD
(AUTONOMIA PROCREATIVA DE LA MUJER) EN EL ABORTO DESDE UNA
PERPECTIVA DE GÉNERO EN COLOMBIA**

**SUSAN CATHERINE BECERRA DE LA ROSA
LIMBANIA DE LA CARIDAD PEREZ QUINTANA**

**Trabajo de Grado
Para optar el título de Abogada**

**Asesor: Dr. Jhon Erick Cháves Bravo
Docente HC Derecho Público**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
AREA: DERECHO CONSITUCIONAL
SAN JUAN DE PASTO
2007**

Las conclusiones aportadas en la tesis de grado son de responsabilidad exclusiva de su autor. En consecuencia, se exonera de toda responsabilidad a la Universidad de Nariño.

Artículo 1 del Acuerdo Número 324 de Octubre 11 de 1.966 del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

San Juan de Pasto, 10 de noviembre de 2007

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	11
1. PERSPECTIVA DE GÉNERO	13
1.1 EL CONCEPTO DE GÉNERO DESDE UNA PERSPECTIVA FEMINISTA	13
1.2 TEORÍAS JURÍDICO –ESTATALES FEMINISTAS	16
1.3 ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS JURÍDICO ESTATALES FEMINISTAS	23
1.3.1 Teoría Liberal Feminista	23
1.3.2 Teoría Social Feminista	24
1.3.3 Teoría Cultural Feminista	24
1.3.4 Teoría Radical Feminista	26
1.3.5 El Estado como Reprodutor de las Relaciones de Género	27
1.3.6 La Autonomía Relativa del Estado	28
1.3.7 El Estado como Constituyente de las Relaciones de Género	30
1.4 SUMARIO	33
2. INCIDENCIA DE LOS FEMINISMOS EN LA EVOLUCIÓN HISTORICA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES COLOMBIANAS	36
2.1 INCIDENCIA DE LA APROXIMACIÓN TEÓRICA FEMINISTA LIBERAL	36
2.2 INCIDENCIA DE LA APROXIMACIÓN TEÓRICA FEMINISTA SOCIAL	39
2.3 INCIDENCIA DE LA APROXIMACIÓN TEÓRICA FEMINISTA RADICAL	40
2.4 SUMARIO	41
3. EL ABORTO DESDE LAS APROXIMACIONES TEORICAS FEMINISTAS RADICALES Y MODERADAS	42
3.1 EL ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA RADICAL DE CATHERINE MACKINNON	42

3.2 EL ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA MODERADA DE ROBIN WEST	46
3.3 SUMARIO	50
4. DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ABORTO EN COLOMBIA	52
4.1 EVOLUCIÓN LEGAL DEL TRATAMIENTO PUNITIVO DEL ABORTO EN COLOMBIA	52
4.2 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL ABORTO	53
4.3 CAMBIO JURISPRUDENCIAL	60
5. DISQUISICIONES TEORICAS DEL ABORTO	62
5.1 UNA DISCUSIÓN TEÓRICA ACERCA DEL ABORTO Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL POR RONALD DWORKIN	62
5.2 SALVAMENTO DE VOTO DE LAS SENTENCIA C -133 DE 1994 Y C-013 DE 1997	66
5.3 SALVAMENTO DE VOTO DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006	69
5.4 CONCLUSIÓN	71
6. ANALISIS JURIDICO SOBRE EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (AUTONOMÍA PROCREATIVA DE LA MUJER) EN EL ABORTO DESDE UNA PERPECTIVA DE GÉNERO EN COLOMBIA	72
6.1 EL NÚCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	72
6.2 EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	74
6.3 DERECHO A LA AUTONOMÍA PROCREATIVA DE LA MUJER PARA ABORTAR EN COLOMBIA	76
CONCLUSIONES	79
RECOMENDACIONES	81
BIBLIOGRAFIA	82

GLOSARIO

ABORTO: Interrupción del embarazo antes de que el feto pueda desarrollar vida independiente.

AUTONOMÍA: No es un simple derecho, es un principio genérico y omnicomprendido cuya finalidad es cobijar aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes en su propia vida.

DERECHOS FUNDAMENTALES: Imperativos axiológicos con fundamentación sólida y con aptitud jurídica para ser amparados en orden preferente dentro de un determinado ordenamiento jurídico, se encuentran revestidos de un núcleo esencial que refuerza significativamente su eficaz reclamación jurídica.

EMPODERAMIENTO: Significa soltar el poder que las mujeres tienen dentro y que había sido reprimido “por un deber ser femenino” impuesto por el patriarcado. Significa construirse desde la autonomía y volverse protagonista la mujer de su vida.

FEMINISMO: Conjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar la igualdad formal y material para las mujeres con respecto a los hombres y la eliminación del estado patriarcal

GÉNERO: Sistema de roles y relaciones definidas socialmente por el contexto social, político y económico, que se asignan a uno u otro sexo.

JURISPRUDENCIA: Fuente de obligatorio cumplimiento que se constituye por un conjunto de decisiones tomadas por los altos tribunales del país sobre un caso concreto.

NASCITURUS: El que está por nacer.

NÚCLEO ESENCIAL: Es el reducto medular invulnerable de un derecho fundamental que no puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno.

PATRIARCADO: Es un concepto que se utiliza para definir una ideología que, por medio de estructuras socio-políticas, mantiene y reproduce la opresión y la discriminación de las mujeres, pues es una repartición y distribución del poder que favorece a los hombres en lo político, lo sagrado-religioso, lo simbólico, lo económico etc.

PERSPECTIVA DE GÉNERO: Visión que reconoce que el mundo es mixto y que pretende lograr igualdad de oportunidades para las mujeres sin afectar su derecho a ser mujer, es decir en el reconocimiento y respeto de las diferencias que las caracterizan como “no varón”.

SEXISMO: Es la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad de un sexo sobre el otro. En la cultura patriarcal, es la creencia en la superioridad del sexo masculino, creencia que se manifiesta y resulta en una serie de privilegios para el sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función “natural”.

SEXO: Diferencia física que distingue a los organismos individuales, según las funciones que realizan en los procesos de reproducción. A través de este significado se puede diferenciar los machos de las hembras. El sexo se hereda, es un hecho biológico (genético, hormonal, gonádico) y es determinado por los cromosomas XX para las mujeres y XY para los varones. Representa una diferencia sexual de orden biológica.

TEORIAS FEMINISTAS ESENCIALISTAS DE GÉNERO: Se incluyen dentro de esta clasificación todos los feminismos que consideran que el género es el principal factor de opresión para todos los individuos que pertenecen al sexo femenino.

TEST ESTRICTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL: prueba que utiliza la Corte Constitucional para determinar que tan imperiosa, adecuada, necesaria y proporcional puede llegar a ser en contraposición al derecho que restringe una medida sancionatoria o norma legal.

RESUMEN

El presente trabajo elabora una crítica a la sentencia de la Corte Constitucional que despenalizó el aborto sólo para tres circunstancias a saber: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico y c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. Analiza la inconveniencia de la sentencia desde una perspectiva de género que incluye: la desproporción de la penalización parcial del aborto frente a la restricción del núcleo esencial del derecho fundamental a la autonomía procreativa de la mujer que decide abortar bajo cualquier circunstancia.

ABSTRACT

The present work elaborates a critic to the sentence of the Constitutional Court that despenalizó the abortion only for three circumstances that is: a) when the continuation of the pregnancy constitutes danger for the life or the woman's health, certified by a doctor; b) when serious malformation of the fetus that makes inviable its life, certified by a doctor and c exists) when the pregnancy is been of a constituent behavior, properly denounced, of carnal access or sexual act without consent, abusive, or of artificial insemination or of ovum transfer not fecundated spoilt, or of incest. It analyzes the unsuitability of the sentence from a gender perspective that includes: the disproportion of the partial penalization of the abortion in front of the restriction of the essential nucleus of the fundamental right to the woman's autonomy procreativa that he/she decides to miscarry lowers any circumstance.

INTRODUCCIÓN

En el derecho moderno y por ende en las sociedades modernas es de cabal importancia el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, no sólo por parte de los Estados sino también por los particulares; que en el contexto histórico se justifica por la crisis del Estado de Derecho generado en las guerras de principios de siglo XX al constituirse un modelo constitucional insuficiente para la protección de los derechos fundamentales, lo cual implicó en la segunda post guerra y en las constituciones modernas como la de Bonn de 1949, que se adoptará para la protección de aquellos derechos, mecanismos idóneos como las acciones de amparo, cláusulas de validez intemporal y el reconocimiento del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el núcleo esencial de los derechos fundamentales, normativamente no fue introducido en la constitución colombiana de 1991 pero ha venido siendo desarrollado por vía jurisprudencial y doctrinal a efectos de proteger dichos derechos, empero en muchas situaciones ese ámbito intangible de los derechos fundamentales cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares no ha sido determinado, y lo que es peor aún, ha sido reducido para la protección de un supuesto principio o derecho de mayor ponderación, es así como en muchos casos ha primado la protección constitucional a la vida sobre el libre desarrollo de la personalidad, vg. El aborto, en el cual por falta de conocimiento y entendimiento del núcleo esencial de la autonomía procreativa de la mujer, se le ha restringido su capacidad para decidir en forma autónoma la opción de ser madre, lo que de suyo es vital para el curso de su existencia.

Sobre el punto materia de estudio, en la actualidad existe un debate a nivel mundial sobre la justicia o la equidad contenida en las leyes de todos los países del mundo sobre la prohibición total, diversificada o la permisón total del aborto que afecta uno de los derechos más fundamentalísimos como es la vida, sin embargo la mayoría de los países han optado por la protección diversificada del derecho a la vida del nasciturus, tal como lo plasmó Colombia en la sentencia C - 355 de 2006, lo que de entrada viola el principio de proporcionalidad sobre la base de la existencia del núcleo esencial del derecho fundamental a la autonomía procreativa de la mujer frente a la protección constitucional de la vida del nasciturus, que no requieren de protecciones equitativas.

Si las cosas avanzan al ritmo que han evolucionado, el cambio en el precedente jurisprudencial colombiano será un hecho, puesto que se podría pasar de la prohibición total del aborto a la permisón total de éste, toda vez que el juez constitucional, bajo el concepto de “autonomía relativa del Estado” coherente con el reconocimiento de las diferencias de género ha dejado abierto el debate para que las Cortes derriben legislación Estatal que reconoce derechos fundamentales para algunas y no para todas las mujeres.

De lo dicho anteriormente, se colige la importancia de asumir el debate constitucional que existe en Colombia entre el derecho fundamental a la autonomía procreativa de la mujer y la vida del naciurus, con el objeto de determinar la primacía del primero de ellos, una vez se hayan encontrado los elementos que conforman su núcleo esencial desde una perspectiva de género.

Por esta razón resulta necesario analizar en el primer capítulo todas las corrientes feministas escencialistas de género, para determinar en el segundo, la incidencia que cada una de las corrientes ha tenido con respecto a la evolución histórica de los derechos de las mujeres colombianas y posteriormente establecer los aportes o contribuciones que han brindado las corrientes feministas al debate sobre la despenalización del aborto.

Igualmente, se analizará la evolución histórica del tratamiento punitivo del aborto desde el marco legal y jurisprudencial, y las diferentes posturas de los salvamentos de voto influenciados por el debate teórico del Dworkin para finalmente, determinar el núcleo esencial del derecho fundamental a la autonomía procreativa de la mujer, que se erige como un límite en materia sancionatoria que le impedirle al legislador penalizar el aborto como una medida restrictiva inadecuada, innecesaria y desproporcional.

CAPITULO PRIMERO

1. PERSPECTIVA DE GÉNERO

1.1 EL CONCEPTO DE GÉNERO DESDE UNA PERSPECTIVA FEMINISTA

La palabra género a nivel mundial anteriormente fue un término gramatical para indicar si una palabra era masculina, femenina o neutra. Sin embargo, hacia el año de 1950 en Estados Unidos en la “Johns Hopkins University de Baltimore” el doctor John Money¹, utilizó el término en un nuevo contexto, frente al cual la identidad de género era útil para describir la conciencia individual de sí mismo, o sí misma, como varón o hembra. Money, igualmente sostuvo que la identidad de género de una persona podía resultar distinta de su sexo biológico y que los niños nacidos con órganos genitales ambiguos podrían ser modificados quirúrgicamente y asignados a un sexo distinto del genético, toda vez, que el género dependía de la educación brindada en la infancia.

Las teorías de Money tuvieron mucho éxito y gran acogida por los movimientos feministas², inclusive, mucho antes de que en 1972 presentara la que parecía la prueba irrefutable del hecho de que la identidad de género obedecía a la educación recibida. En su libro *Man & Woman, Boy & Girl*, Money relató el caso de un gemelo monocigótico a quien sus padres lo castraron y lo educaron como una niña, por cuanto su pene había sido seriamente cercenado durante una operación de circuncisión. La existencia del gemelo monocigótico le permitió a Money comparar al gemelo educado como un niño con el que había sido educado como una niña. Money refirió que el cambio de sexo había sido un éxito, e ilustró cómo el niño se había adaptado perfectamente a una identidad femenina. El caso parecía resolver el debate: naturaleza contra educación a favor de la educación.

Es así, como el concepto de género como construcción social entró a formar parte de las teorías feministas y desplazó su interés desde la eliminación de las políticas discriminatorias para la mujer, a la atención hacia todo aquello que admitía la existencia de diferencias entre el hombre y la mujer³.

¹Naturaleza o educación?: The Guardian. En: El Mundo, 2004-05-2, <http://www.fluvium.org/textos/mujer/muj108.html>.

² En su libro *Sexual Politics*, publicado en 1969, Kate Millet, comentando el trabajo de Money, escribió: “...en el nacimiento no hay ninguna diferencia entre los sexos. La personalidad psicosexual se forma en fase postnatal y es fruto de un aprendizaje”. MILLET, Kate. *Política Sexual*. México: Aguilar, 1969. p. 33.

³ Susan Moller Okin, en su libro *Justice, Gender and the Family* (1989), manifestó su deseo de “un futuro carente de género. No habría nada preestablecido en los roles masculinos y femeninos; el embarazo se separaría tan conceptualmente de la educación, que habría que sorprenderse si los hombres y las mujeres no fuesen igualmente responsables de las tareas domésticas”. MOLLER OKIN, Susan. *Desigualdad de género y diferencias culturales*. En: Castell, Carmen (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona: Paidós, 1992., p. 235.

Precisamente, es por ello que la palabra “género” se ha impuesto en la fraseología feminista como negación de la existencia de “sexos” en el sentido tradicional de la expresión, a pesar, de que la mayoría de las personas, identifiquen erróneamente la palabra “género” como sinónimo bien intencionado y elegante de “sexo”.

Mientras que por sexo se entiende una realidad biológica (los hombres son del sexo masculino y las mujeres pertenecen al sexo femenino), la expresión género se refiere a las relaciones entre mujeres y hombres basadas en roles definidos socialmente que se asignan a uno u otro sexo⁴. Ser hombre o ser mujer, según esa definición desde una perspectiva feminista igualitaria y radical -a pesar de que algunas simpatizantes lo nieguen⁵- no tiene nada que ver con la realidad biológica, sino con las funciones que se han asignado socialmente a uno u otro sexo.

Por lo tanto, según dichas perspectivas, el género es una construcción totalmente distinta del sexo y el hecho de que ahora exista una correspondencia mayoritaria entre ambos es fruto únicamente de las tendencias sociales. La naturaleza es neutra: no se nace hombre o mujer, esta división es únicamente resultado de un proceso social. Al nacer, la sociedad asigna a uno u otro el género en función de la configuración genetal⁶. Tras esa asignación inicial, los niños son educados en la masculinidad y las niñas en la feminidad. Hombres y mujeres no existen como tales en estado natural, sino que son únicamente resultado de esos procesos o construcciones sociales⁷. Por eso, las teorías feministas esencialistas de género⁸ diferentes de las culturales tratan de imponer una disciplina de erradicación de

⁴ Definición que lograron imponer las feministas en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Pekín en 1995, según el cual el género es “*un sistema de roles y relaciones entre hombres y mujeres determinado, no por la biología, sino por el contexto social, político y económico. El sexo biológico es un dato natural; el género es construido*”.

⁵ Al respecto, Isabel Cristina Jaramillo, al hacer la distinción entre el uso de las palabras sexo y género, manifiesta que dicha diferenciación no implica “*que se caiga en la ingenuidad de considerar que no existe ninguna relación entre biología y cultura*”, aserto, que fundamenta con el argumento de que la literatura feminista ha sido enfática en señalar que existe influencia correlativa de los dos ejes temáticos y para ello cita como pie de pagina el texto *The Dialectic of Sex* escrito en 1970, por Shulamith Firestone.

Empero, dicho libro verdaderamente evidencia que Firestone -feminista radical que propende por la revolución de clases sexuales-, está de acuerdo con la eliminación de cualquier forma de distinción entre los sexos y de la relación con el género, toda vez que textualmente afirma que: “*el objetivo final de la revolución feminista debe ser distinto del objetivo del primer movimiento feminista: no exclusivamente la eliminación del privilegio masculino, sino de la misma distinción entre los sexos; las diferencias genitales entre seres humanos no tendrán ya ninguna importancia*”. JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. LA CRÍTICA FEMINISTA AL DERECHO: GÉNERO Y TEORÍA DEL DERECHO, Bogotá: Siglo del Hombre y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2000., p. 30. Vs. FIRESTON, Shulamith, *The Dialectic of Sex*. New York: William Morrow, 1970, p. 12.

⁶ Con respecto a la sexualización, Frances Olsen sostiene que “La división entre lo masculino y lo femenino ha sido crucial para este sistema dual del pensamiento. Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular”. Frances Olsen. *El sexo del derecho*. En: *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos. 2000. p. 25.

⁷ Al respecto Alda Facio Sostiene que si bien “*El que se atribuyen características dicotómicas a cada uno de los sexos, tal vez no sería tan grave si las características con las que se define a uno y otro sexo no gozaran de distinto valor, no legitimaran la subordinación del sexo femenino, y no construyeran lo masculino como referente de todo lo humano.*” FACIO, Alda. *El Principio de Igualdad ante la Ley*, En: *Derechos Humanos de las Mujeres*. Lima, 1996., p. 73.

⁸ Se incluyen dentro de esta clasificación todos los feminismos que consideran que el género es el principal factor de opresión para todos los individuos que pertenecen al sexo femenino.

esos géneros socialmente contruidos, a fin de que todos -hombres y mujeres- tengan preferencias sexuales indistintas y roles sociales neutros.

Está claro, pues, que para las perspectivas esencialistas de género (feminismos de la igualdad y radicales), la realidad de la naturaleza incomoda, estorba y, por tanto, tiende a desaparecer. Para los apasionados defensores de estas perspectivas, no se deben hacer distinciones porque cualquier diferencia es sospechosa, mala, ofensiva. Dicen además que toda diferencia entre el hombre y la mujer es una construcción social y por consiguiente tiene que ser cambiada. Más aún, relativizan la noción de sexo de tal manera que, según ellos, no existirían dos sexos, sino más bien muchas “orientaciones sexuales”⁹. Por esto, la meta de los promotores del movimiento de género feminista, es llegar a una sociedad sin clases de sexo.

Es por ello, que la propuesta del presente trabajo, en su concepto de género, se acoge a la teoría jurídico feminista cultural¹⁰, quien sostiene que el camino hacia la libertad de las mujeres parte precisamente de la "diferencia sexual", toda vez que se busca establecer la conexión existente entre las diferencias naturales especialmente las diferencias sexuales con las funciones sociales que se les ha asignado al hombre y la mujer – lo cual está clínicamente comprobado¹¹-, con el objeto de desarrollar una perspectiva de género, que permita la fundamentación teórica del desarrollo constitucional del derecho al aborto, bajo el entendido de que sólo es un derecho que está relegado a la autonomía de la mujer precisamente por su diferencia biológica con el hombre, pero que se concilia con su igualdad político- Jurídica.

⁹ En realidad, para el “*feminismo de género*” existen cinco sexos, como explicó Rebecca J. Cook, profesora de derecho en la Universidad de Toronto y redactora del informe oficial de la ONU en 1995 para Pekín. Según Cook, los géneros masculino y femenino, serían una “*construcción de la realidad social*” que deberían ser abolidos. En el documento elaborado por la feminista canadiense se afirma que “*los sexos ya no son dos sino cinco*”, y por tanto no se debería hablar de hombre y mujer, sino de “*mujeres heterosexuales, mujeres homosexuales, hombres heterosexuales, hombres homosexuales y bisexuales*”. COOK, Rebecca. La responsabilidad del Estado según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer. En: Derechos humanos de la mujer: perspectivas nacionales e internacionales. Asociación Probienestar de la Familia Colombiana. Bogotá: PROFAMILIA 1997., p. 120.

¹⁰ Las feministas de la diferencia nunca han deseado una igualdad que aniquile la diferencia sexual, ni un Sujeto universal que consagre el modelo masculino de ser, de ser libre, de trascender y de otros idealismos que no son más que huidas hacia adelante por el miedo a la propia naturaleza. En definitiva, el rechazo varonil a la materia que enraíza y hace verdaderamente humanas a las mujeres.

¹¹ El doctor Milton Diamond, experto en el efecto prenatal de la testosterona sobre la organización cerebral, nunca había aceptado la teoría del doctor Money, según la cual la socialización podía imponerse a la identidad biológica, es por ello que durante muchos años intentó encontrar el rastro del gemelo del que hablaba Money, para conocer cómo había afrontado la adolescencia. Diamond consiguió contactar a un terapeuta del centro que había seguido al gemelo, y descubrió que el experimento había sido un completo fracaso. El gemelo nunca había aceptado ser una niña, y no se había adaptado al rol femenino. Con 14 años manifestó tendencias suicidas. Uno de los muchos terapeutas destinados a su atención psicológica animó a los padres a desvelarle la verdad. Desde el momento en que supo que era un varón, decidió llevar una vida acorde con su sexo. Se sometió a intervenciones reconstructivas extremadamente complicadas y se casó. Naturaleza o educación? Op. Cit., p. 3.

1.2 TEORÍAS JURÍDICO –ESTATALES FEMINISTAS

El feminismo para este trabajo, pese a no pertenecer exclusivamente a la teoría jurídica estatal, se definirá como el conjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar la igualdad formal y material para las mujeres con respecto a los hombres y la eliminación del estado patriarcal¹².

Dicho concepto permitirá delimitar los feminismos esencialistas de género que al criticar y buscar soluciones en los presupuestos del Derecho y las instituciones del Estado, integran la teoría jurídica- estatal feminista.

Con respecto a la teoría jurídica feminista, se puede afirmar que el Derecho al figurar de manera prominente como un ámbito a ser reformado y a la vez como un instrumento para la reforma feminista que pretende eliminar la opresión de las mujeres de acuerdo a su género, se compone de diferentes teorías¹³, que a su vez se clasifican así: *teoría feminista de la igualdad* –“considera que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo *igual* a los hombres” -, *teoría feminista cultural* –“considera que las mujeres son oprimidas porque no se reconoce como valiosa su *diferencia* respecto de los hombres” - y *teoría feminista radical* – “sostiene que el género es la estructura social predominante y que el problema de las mujeres es un problema de falta de poder”. Dentro del primer grupo -*teorías feministas de la igualdad*- se incluyen a su vez distintas teorías de lo que significa la *igualdad* que se pretende. Así, para algunas teorías feministas la igualdad debe ser igualdad en cuanto a las oportunidades formales (*teorías liberales*) y para otras, la igualdad debe ser igualdad en cuanto a las oportunidades materiales o reales a través del acceso a los recursos (*teorías socialistas*)¹⁴.

La teoría liberal feminista, nació en los albores de la lucha por la igualdad y la emancipación, después de la independencia de Estados Unidos (1776), la Revolución Francesa (1789) y las demás revoluciones liberal-burguesas. Sus

¹² Carmen Castells define el Feminismo como lo relativo a “... *todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad y opresión de las mujeres y lograr por tanto su emancipación y la construcción de una sociedad en que ya no tenga cabida las discriminaciones por razón de sexo y género*”. Citada por FACIO, Alda y FRÍES Lorena, *Feminismo, género y patriarcado*. En: *Género y Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 2000, p. 25.

¹³ Alda Facio, por el contrario afirma que “*plantear la gama de feminismos contribuye a la idea patriarcal de que esta teoría/práctica es siempre un planteamiento específico de las mujeres ‘dentro’ de las corrientes izquierdistas o liberales más amplias*”. “*el feminismo no tiene por qué asimilarse a planteamientos de la izquierda o del liberalismo para validarse como movimiento o como teoría autónoma. Aunque algunos feminismos son planteamientos que especifican para las mujeres las posturas liberales o izquierdistas, el Feminismo es una teoría y una práctica autónoma que desarrolla y critica las ideas que lo preceden como lo hacen todas las teorías, doctrinas o corrientes de pensamiento*”. FACIO, Alda y FRÍES Lorena. *Hacia otra teoría crítica del Derecho*. En: *Género y Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 2000., p. 44.

¹⁴ Es importante anotar aquí que pese a que Isabel Cristina Jaramillo realizara la discriminación entre feminismo liberal social y feminismo socialista, en el presente trabajo se obviará dicha discriminación, para integrar en la teoría social feminista dichas corrientes, por cuanto después de hacer un estudio mesurado de las principales teorías feministas y el socialismo, se encontró que el supuesto feminismo liberal social hunde sus raíces más en el feminismo socialista que en el liberalista. Jaramillo, Isabel Cristina, *Op Cite*, P. 40.

primeros rasgos literarios aparecieron en 1791, con la publicación denominada *Los derechos de la mujer y la ciudadanía*, a través de la cual Olympe de Gouges, exige por primera vez el derecho al voto de las mujeres y en 1792, con el libro *Vindicación de los derechos de la mujer* de Mary Wollstonecraft quien pedía la igualdad de la mujer en un tono decididamente revolucionario¹⁵.

Es así, como la teoría liberal feminista desde sus inicios proclamó por una regla unívoca para ambos sexos, demandó que las personas no fueran juzgadas o dictaminadas en base a su sexo y exigió eliminar las barreras formales (legales) que disminuían la capacidad de las mujeres para acceder a la educación, el empleo formal y la política¹⁶

Siguiendo a Isabel Cristina Jaramillo¹⁷, podemos decir que los esfuerzos de dicha teoría se dirigieron:

“principalmente contra las normas jurídicas que excluían a las mujeres como destinatarias de ciertos derechos. Sus críticas se encaminaron, pues, contra las reglas que preveían el derecho al voto sólo para los varones, contra las que establecían la potestad marital, contra las restricciones en la educación superior que impedían a las mujeres entrar a las universidades de los hombres, contra la normas laborales que impedían a las mujeres acceder a ciertos empleos u horarios. En general, sus críticas fueron exitosas. Las normas jurídicas fueron transformadas para proveer formalmente iguales derechos a hombres y mujeres”.

E igualmente contra:

“la penalización del aborto. Aquí las feministas clásicas argüían que las mujeres, al igual que los hombres, debían tener derecho a controlar su propio cuerpo y que este derecho, que hace parte del derecho más general a la autonomía, debía prevalecer sobre la protección a la vida en gestación. También en este caso sus críticas fueron acogidas y el derecho transformado”.

Por su parte, la teoría social feminista surgió de la teoría socialista como alternativa para superar las deficiencias de la teoría liberal feminista a través de la reconstrucción de los postulados Marxistas¹⁸. Su objetivo principal fue encontrar

¹⁵ Entre los ideólogos de este momento histórico es preciso mencionar al teórico del liberalismo John Stuart Mill quien, en 1869 con *La esclavitud de las mujeres*, lanza un mensaje en contra de la subordinación legal de un sexo como impedimento injusto para el avance de una sociedad.

¹⁶ Conviene destacar que en Colombia con base en ésta teoría feminista liberal, las mujeres de esa época consideraba que, en el momento que consiguieran el voto y el acceso al congreso, podrían iniciar los cambios en leyes e instituciones.

¹⁷ Jaramillo, Isabel Cristina Op. Cit., p. 53.

¹⁸ DROZ, Jacques. Historia general del socialismo. Barcelona: Ediciones Destino, 1976. p. 56. Véase también: LICHTHEIM, George. Breve historia del socialismo. 2 vols. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 43. AMORÓS, Celia. Hacia una crítica de la razón patriarcal. Editorial Anthropos. Barcelona, 1985. (398 p). DE FRUTOS, Mila. El feminismo socialista: Por una sociedad sin clases y sin géneros, 2006, <http://biblio.upmx.mx/download/cebidoc/Dossiers/genero022.asp> shluan.

para las mujeres no sólo una igualdad formal sino también una igualdad material de oportunidades basada en el acceso real a los recursos.

Las primeras feministas socialistas, al reconocer el género como estructura de opresión social y proponer que el capitalismo y el patriarcado sean vistos como sistemas mutuamente dependientes, relacionaron la opresión económica y política con la sexual. Por esta razón atacaron el matrimonio y la familia tradicional y defendieron el amor libre¹⁹.

Posteriormente, la teoría social feminista empezó a insistir constantemente que las mujeres por ser discriminadas por su género debían recibir un tratamiento especial para acceder a la distribución de recursos, es así, como exigió garantías reales para la igualdad salarial, para la no discriminación en el empleo y para la no discriminación de las mujeres en razón de su embarazo y por ende reclamó el reconocimiento de licencias de maternidad, lactancia y el acceso a los sistemas de seguridad social.

Recientemente el interés de la teoría social feminista, se ha vuelto nuevamente a la creación de estrategias que permitan el tratamiento preferencial de la mujer con respecto a la ocupación de cargos meritocráticos, es por ello, que ha solicitado que los llamados criterios meritocráticos de selección sean modificados y que la preferencia entre competidores por un puesto de trabajo sea otorgada a las mujeres como una forma de incrementar su participación en el campo laboral²⁰.

De otro lado, la teoría cultural feminista o también llamada teoría de la diferencia, nace como una crítica a las teorías de los feminismos liberales y socialistas que no reconocieron el valor de lo femenino. Su propósito fundamental es reclamar la reivindicación y el reconocimiento de la diferencia de las mujeres²¹.

Los argumentos de esta teoría se apuntalan cardinalmente en la obra denominada "*In a different voice* de Carol Gilligan"²², mediante la cual, se exponen brevemente las diferencias entre el razonamiento moral de hombres y mujeres, es así, como dicho texto afirma que las mujeres razonan contextualmente y atendiendo a las conexiones, mientras que los hombres tienen un razonamiento abstracto y se centran en los individuos entendidos como células aisladas.

La teoría feminista cultural encontró en las críticas de la teoría feminista liberal una intención de identificar las mujeres con los hombres. Por esto propone que en lugar de las modificaciones exigidas por la teoría liberal, se adopte un esquema de

¹⁹ POSADA, Adolfo. Feminismo. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994.

²⁰FISS, Owen. ¿QUÉ ES EL FEMINISMO? En: Revista Doxa. Madrid. Número 14. 1993., p. 319-335.

²¹ Entre sus representantes se destacan Annie Leclerc, Hélène Cixous y, sobre todo, Luce Irigaray.

²² Texto citado por JARAMILLO, Isabel Cristina. Op. Cit.,p. 46, para explicar que las diferencias en el razonamiento moral que propone Carol Gilligan, responden a diferencias en la formación de la identidad puestas de presente en la obra de Nancy Chorodow, toda vez que dicha publicación ataca la teoría del desarrollo moral de Kohlberg.

derechos especiales a través de los cuales se reconozca y valore el punto de vista y las prácticas particulares de las mujeres²³

Finalmente, la teoría radical feminista se desarrolló en los años de 1967 y 1975. Kate Millet fue su principal ideóloga²⁴. Ella abordó el tema sexual como un parámetro principal para explicar la dominación masculina.

Esta teoría radical se opone rotundamente al sistema patriarcal y al predominio del elemento masculino en la sociedad, toda vez que el sistema patriarcal surge como elemento fundamental de dominación sexual y beneficiario de situaciones económicas, sexuales y psicológicas de los hombres.

Actualmente, esta teoría feminista, encuentra su mejor expresión en la obra de Catherine MacKinnon²⁵, quien textualmente afirma que:

“[el feminismo] tiene una teoría del poder: la sexualidad está determinada por el género y el género por la sexualidad. Lo masculino y lo femenino se crean a través de la erotización de la dominación y la sumisión. La diferencia entre hombres y mujeres y la dinámica de la dominación/sumisión se definen mutuamente. Este es el significado social del sexo y la explicación distintamente feminista de la desigualdad de género.”

En tal virtud, las teorías feministas radicales, se ubican desde su crítica sobre la teoría jurídica en el campo de los derechos sexuales, por ello, sus esfuerzos se han encaminado a demostrar que las normas jurídicas existentes garantizan a los hombres un “derecho de acceso” a la sexualidad femenina. Por ello, como parte de sus logros se les atribuye la penalización de la violación entre cónyuges, la regulación del acoso sexual y la introducción de normas procesales que protegen a las mujeres en los procesos por violaciones. El interés reciente de las feministas radicales y por el cual se destacan actualmente es por la despenalización del aborto y la penalización de la distribución de pornografía.

Esta clasificación, a su vez, se intersecta, con la que a continuación se propone sobre las Teorías Feministas del Estado, que si bien no se trata de una superposición completa: algunas Teorías Jurídico Feministas no han generado

²³ La teoría cultural feminista exigía mejores condiciones y leyes para la mujer de forma que pudiese cumplir bien sus funciones específicas, básicamente la maternidad.

²⁴ Igualmente, Simone de Beauvoir y Shulamith Firestone se convirtieron en una de las principales inspiradoras de la teoría jurídica radical feminista, la primera con su libro *El segundo sexo* en el cual estableció que: “*la mujer es la víctima; a la mujer se le ha dejado en la esfera de lo corporal, de la naturaleza, en la pasividad, mientras los varones hacen la cultura y transforman al mundo*”... “*es preciso romper las cadenas biológicas, controlar la naturaleza y conseguir el aborto*”. *la trampa de la maternidad, excluye a las mujeres de la vida pública*”. DE BEAUVOIR, Simon. *El segundo sexo*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 1970. 120 p. Y, la segunda con su obra *La dialéctica de la sexualidad*, en la que define como fuente principal de opresión de la mujer su rol de gestación y la educación de los hijos. FIRESTONE, Shulamith. *Op. Cite.*, p. 20.

²⁵ MACKINNON, Catherine. *Feminismo, Marxismo, Método y el Estado: Hacia una Jurisprudencia Femenina*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995., p. 51.

críticas al Estado como instrumento para lograr la equidad de género, otras Teorías Feministas del Estado no han generado críticas a los presupuestos y nociones fundamentales del derecho. La posibilidad de entrecruzamiento depende, pues, en últimas, de la manera en la que cada una de estas teorías feministas entiende el Derecho y la relación de éste con el Estado.

A partir de la lectura de los textos de María Cristina Rojas y Elvira Caro²⁶ y teniendo como criterio las diferencias en los modos de entender el papel que desempeña el Estado para lograr la equidad en las relaciones de género, la primera distinción que cabe hacer dentro de las teorías feministas estatales son las de aquellas que consideran que el Estado es un reproductor de las relaciones de género, la segunda las que propenden por la autonomía relativa del estado y la tercera las que ven al Estado como un constituyente de las relaciones de género.

Con relación a la primera clasificación, las autoras en cita, al remitirse al concepto introducido por las feministas marxistas, según el cual el Estado, al que se dio en llamar “Estado patriarcal”, reproduce los roles y los papeles de género, reproduciendo en la vida pública la dominación que el hombre ejerce sobre la mujer en lo privado, sostienen que algunos argumentos sobre este particular parecen convincentes.

Por su parte, Annette Backhaus²⁷ al reiterar las teorías que colocan al Estado como reproductor de los roles generados en las relaciones de género, explica como las mujeres se han visto limitadas en el acceso al mundo de “lo público”, el cual estaría reservado para los hombres, e igualmente refiere que estas teorías determinan la forma y condiciones de inserción de las mujeres a estos espacios. Pone en evidencia que por la resistencia de las burocracias que tienden a ser jerárquicas, poco democráticas y conservadoras, y que le temen al cambio, las mujeres se encuentran relegadas de las instancias de decisión a todo nivel, valga decir, estatal, sindical, gremial, etc.

Por ello, plantea que ante la problemática estatal casi generalizada en América Latina en los años 80, se ha hecho necesario redefinir o reformar el Estado, con base en una nueva agenda política que deberá contar con una participación equitativa tanto de hombres y mujeres, de la cual destaca los siguientes puntos:

Gobernabilidad, La que identifica con el fortalecimiento de la democracia y advierte que no se conseguirá ni se obtendrá la nueva legitimidad del Estado sino se tiene en cuenta la participación de hombres y mujeres.

²⁶ ROJAS, María y CARO Elvira. Género y Estado: Entre el desencanto y la esperanza. En: Macroeconomía Género y Estado. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2000. p. 235 y ss.

²⁷ Al relatar como en el transcurrir del siglo XX las mujeres han ganado ciertos derechos (como por ejemplo el derecho al voto, entre otros), sostiene que dichos logros fueron obtenidos en parte a las luchas de las mujeres, con colaboración de aliados masculinos, y en parte, por la necesidad de no exclusión generada por las conveniencias y necesidades de los diferentes Estados. BACKHAUS Annette, Modernización del Estado, cambio institucional y género. En: Macroeconomía Género y Estado. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Capítulo 12., 2000. p. 251.

Responsabilidad, la cual identifica como la rendición de cuentas que el estado debe a su comunidad o ciudadanía, y manifiesta que tal rendición de cuentas debe hacerse también frente a la ciudadanía femenina.

Eficiencia y Efectividad, La autora manifiesta que un Estado en el que se le de a estos paradigmas una real prioridad sin distinción de género es más apto para reconocer y considerar a las mujeres como actores económicos, que un Estado benefactor en el que se considere a las mujeres simplemente como un grupo vulnerable.

Desregulación, bajo este concepto, Backhaus manifiesta que las medidas que simplifican, agilizan y ahorran recursos y que las medidas que regulan la intervención del Estado en la economía, aunque pueden resultar favorables para las mujeres, en principio, pueden también producir efectos no deseados²⁸.

La idea del problema generado por el concepto de la desregulación, es retomado por Ariel Montes de Oca²⁹, quien lo defiende en mejor manera al decir que el proceso de desregularización (desregulación), aplicada sin análisis permanentes y sin concertación entre el gobierno y los diferentes gremios sociales o de mujeres, puede contribuir a que los objetivos iniciales se vuelvan en contra de los grupos no representados y a favor de los denominados “grupos favorecidos”.³⁰

Finalmente, considera como fundamental el desarrollo de programas o instituciones que contemplen el enfoque de género como una herramienta útil para lograr una real y efectiva modernización del Estado, pues a los ojos de la analista en estudio, los procesos de modernización no hacen más que reproducir las barreras que de antaño se han impuesto entre hombre y mujeres, impidiendo, obviamente, la construcción de base de equidad en las relaciones de género.

Sin embargo, pareciera que la perspectiva de esta autora chocara con los planteamientos de las anteriormente analizadas, quienes consideran que no es suficiente con vincular mujeres a la administración del Estado o con que intervengan en política, sino que debe irse más allá, pues Backhaus, refiere que estos programas necesariamente deben desarrollarse con la vinculación de mujeres, en cuanto afirma que difícilmente se podrán realizar los fines programáticos, si al interior no se observa una diversidad de la población, sustentando lo anterior, al decir que dicha diversidad permitirá “un entendimiento y

²⁸ Ante la poca claridad del argumento surge la pregunta si la autora se refiere a los efectos negativos de la llamada “discriminación positiva”

²⁹ MONTES DE OCA Ariel, Descentralización del Estado ¿Desconcentrar la desigualdad de género? En: de A.A.V.V. Macroeconomía Género y Estado. Capítulo 13., 2000, p. 271.

³⁰ El desarrollo de esta idea supone que se debe contar con grupos sociales organizados y que por consiguiente adopten la forma de grupos de presión. Sin embargo es sabido que en nuestro medio no existen grupos de mujeres organizados que recojan intereses comunes y que sean representativos.

acercamiento menos sesgado a la realidad y contrapesar la preferencia masculina en la definición de prioridades, recursos y argumentos”³¹.

De otro lado, María Cristina Rojas y Elvira Caro bajo el concepto de “autonomía relativa del Estado”³², establecen que el Estado se presenta, a la vez, como vehículo de cambio o como sistema de control sobre la vida de las mujeres. Lo anterior a partir de los trabajos de Magdalena de León³³, de los que se extrae la idea de que el Estado no solo es un mecanismo de control sino también una compleja red de relaciones que se legitima en la medida en que sea capaz de atender las demandas de diferentes grupos sociales, entre ellos, por supuesto, el constituido por las mujeres.³⁴

Igualmente, destacan que esta visión de la Autonomía relativa del Estado, conlleva el problema del surgimiento de una gran cantidad de iniciativas a favor de la mujer, que pese a su intención, no tiene coherencia con el reconocimiento de las diferencias de género, lo que finalmente podría contribuir a la multiplicación de factores de subordinación de la mujer. Bajo el postulado de que “no es el sexo de los actores, sino el género del sistema el que hay que cambiar”, manifiestan que para lograr el cambio, no es suficiente la existencia de programas y proyectos para las mujeres o la presencia de las mujeres en la política.

En relación con la tercera clasificación, las autoras en estudio, expresan que el papel del Estado como constituyente de las relaciones de género, juega un papel muy importante, toda vez que se constituye en actor en el que se plantea una interrelación permanente con el género, que conlleva a que el uno determine al otro recíprocamente, sin que sea posible así entender al uno sin el otro (Género y Estado).

Así mismo, refieren como la forma en que las personas se relacionan con el Estado se encuentra determinada por la forma que el Estado adopte. Así entonces será diferente la relación surgida al interior de un “Estado Bienestar” de estructura paternalista que la surgida de un “Estado bienestar” de estructura maternalista³⁵. Aserto que fundamentan en la comparación de estados Europeos de estructura paternalista en los cuales se impulsaron proyectos alrededor de la figura del hombre trabajador, frente a la situación de los Estados Unidos de Norteamérica en donde, encontrándose las instituciones sociales bajo el dominio femenino, se implementaron programas dirigidos precisamente al bienestar de las mujeres.

³¹ BACKHAUS, Annette, Op. Cit., p. 262.

³² Concepto introducido por Nicos Poulantzas, que las autoras en estudio explican diciendo que el Estado debe ser observado como un aparato que refleja y condensa las contradicciones propias de una sociedad dividida en clases.

³³ LEÓN Magdalena. “El género en la política pública de América Latina; neutralidad y distensión.” Citada por las autoras en el texto sub examine.

³⁴ Es claro que en este enfoque las mujeres deben presentarse como un grupo social organizado, que no solo debe lograr identificar sus intereses sino además llevar la representación de los mismos.

³⁵ Esta afirmación surge en las autoras a partir del estudio que hacen de la obra de Theda Skocpol intitulada *Protecting Soldiers and Mothers; The Political Origin of Social Policy in the United States*.

Finalmente, es importante resaltar que las mismas autoras, en un acto de contrición, reconocen encontrar falencias en la aproximación teórica que muestra al Estado como constituyente de las relaciones de género. Estas falencias se podrían resumir así: Las teorías que pretenden mostrar al Estado como generador de las relaciones de género, no analiza las políticas económicas y la forma como estas afectan las relaciones de género. Adicionalmente y desde el punto finalista de la teoría, no se concibe claramente si se trata de una teoría crítica que conlleva el propósito de “criticar los fundamentos” o si más bien, se trata de una teoría que busca resolver el problema planteado.³⁶

1.3 ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS JURÍDICO ESTATALES FEMINISTAS

Ahora bien, después de haber descrito todas las teorías jurídico estatales feministas, se hace necesario criticarlas particularmente con el objeto de fijar una posición jurídica desde una perspectiva de género frente al tema del aborto, es así, como se confrontará los postulados que conforman las diferentes teorías de los feminismos esencialistas de género con los expuestos por quienes de alguna manera se oponen a dichas teorías y finalmente se brindará una conclusión final.

1.3.1 Teoría Liberal Feminista. Bajo esta teoría se estableció que para eliminar la opresión de la mujer se debían eliminar las barreras legales que disminuían su capacidad de acceder a la educación, el empleo y la política. Si bien es cierto que a pesar de que los objetivos políticos de ésta teoría se dieron generalmente por satisfechos, empezaron a ser criticados por sus deficiencias teóricas. Por un lado, se decía que la mera igualdad formal, no podía ser una garantía suficiente en sociedades con profundas desigualdades sociales y por otro, que dicha teoría no podía acoger ciegamente los parámetros sociales vigentes, por cuanto estos reflejaban el punto de vista masculino y no tenían en cuenta las capacidades y necesidades específicas de las mujeres³⁷.

Actualmente, las mujeres aún exigen dicha igualdad formal con el objeto de obtener su reivindicación dentro de la sociedad. Sin embargo, se critica el hecho de que traten de sacrificar su naturaleza por la igualdad.

El presente trabajo, en cambio, plantea la igualdad entre mujeres y hombres, pero nunca su identidad porque eso implicaría aceptar el estado androcéntrico³⁸. No queremos ser iguales si no se cuestiona y cambia dicho modelo partiendo de

³⁶ Falencia detectada a partir de los propósitos de la teoría expuestos por Robert Cox, el cual es citado por las autoras en estudio.

³⁷ Al respecto FACIO. Op. Cit., p. 9. afirma que “Así, la mujer logra participar en las actividades que antes eran reservadas sólo a los varones pero sin que ello conlleve una reconceptualización de los deberes que a las mujeres se les impuso cuando no podían participar en las actividades reservadas para los hombres ni sin que ello conlleve a la participación de los hombres en las labores que socialmente se mantienen reservadas para el sexo femenino.”

³⁸ Es un concepto que se utiliza para definir una ideología que, por medio de estructuras socio-políticas, mantiene y reproduce la opresión y la discriminación de las mujeres

iniciativas de las mujeres, para las mujeres y por las mujeres, pues entonces la igualdad significaría el triunfo definitivo del paradigma masculino y la correspondiente pérdida de identidad de lo femenino³⁹. No se niega que existe un profundo desequilibrio de poder, y que la manera de combatirlo es a través del derecho y de la política, pero si se niega la identidad de los sexos confundida con la igualdad.

En otras palabras, la perspectiva de género que se pretende rescatar es aquella que permita la igualdad de oportunidades para las mujeres sin afectar su derecho a ser mujer, es decir en el reconocimiento y respeto de las diferencias que las caracterizan como “no varón”. Toda vez que las mujeres quieren ser iguales políticamente a los hombres, más no idénticas.

1.3.2 Teoría Social Feminista. Por su parte, la teoría social feminista, al situar sus reivindicaciones en el marco de una teoría general del poder y enriquecer con la cuestión del género sus investigaciones sociales, se equivocó al defender la abolición del capitalismo y la implantación del socialismo como forma de liberación de las mujeres, toda vez que la realidad desvirtuó el postulado por el cual el sistema capitalista era el principal factor de opresión de las mujeres y de su desigual distribución de recursos. Aquellos países que implantaron regímenes socialistas y comunistas, comprobaron que el género era el principal factor de discriminación de las mujeres independientemente de la clase de estado, ya que no era cierta la idea de la mutua dependencia entre el estado y el sexo como factores de opresión de la mujer.

Una crítica que se pueda esbozar a la teoría social feminista, es que la insistencia en un tratamiento especial para que la mujer pueda ingresar a la distribución de recursos, no tiene su razón de ser, si se parte de la existencia de una igualdad formal que no reconoce las diferencias sexuales entre el hombre y la mujer. Es así como la mujer, no puede exigir un tratamiento especial que desconozca los derechos concedidos a los hombres en un plano de igualdad, a pesar de no tener acceso real a los recursos.

1.3.3 Teoría Cultural Feminista. Anteladamente se manifiesta que el presente trabajo se identifica con la piedra filosofal de esta teoría, toda vez que ella afirma que el camino hacia la libertad de la mujer parte precisamente de la diferencia sexual con el hombre.

Para la teoría cultural feminista es absurdo contraponer naturaleza y libertad, pues la libertad de la mujer nace de la naturaleza, que la dota tanto de posibilidades como de límites.

³⁹ Facio propone “*lo que debemos hacer es tomar el mandato de no discriminación y conjugarlo con el ideal de la igualdad jurídica para construir un concepto de igualdad que no tenga como referente al hombre y lo masculino.*” FACIO, Op. Cit., p. 90.

Por ello, bajo el entendido de que el camino hacia la igualdad no cambia la estructuración de dominación sexista, esta teoría expresa que desde las diferencias que constituyen la mujer, se tendrá que construir políticamente un Sujeto diferencial que a la vez de cuestionar el modelo sea capaz de ejecutar pactos y transacciones. Pero ese Sujeto diferencial no ha de ser un sujeto genérico porque las mujeres no son idénticas, sino un sujeto compatible con las diferencias existentes entre las propias mujeres⁴⁰. En definitiva, que ese Sujeto diferencial femenino, sea el sujeto que corresponde a las mujeres y no a la Mujer⁴¹.

Sin embargo, hay que advertir que dicha teoría como las que se han analizado hasta el momento, adolece de falencias teóricas, gracias a sus apreciaciones equívocas. Así por ejemplo, cuando propone, frente al poder, la autoridad femenina, para acabar con la estructura de dominación masculina, refiere que ese poder debe estar fundamentado en una *ética* acorde con los propósitos de las mujeres que tiene como principio que lo privado merece el mismo respeto que lo público o, mejor, que lo público no puede ejercerse sobre el desprecio de lo privado. Y no está hablando de la propiedad privada exactamente, sino de lo privado como privacidad, como derecho a la atención y al cuidado por parte de los otros y, también, de los poderes públicos.

Lo anterior, demuestra que verdaderamente dicha teoría que se presume crítica del derecho no ataca en sí su objetividad, toda vez que al sostener que la exclusiva preocupación del derecho debe ser adicionada con la perspectiva de la ética del cuidado – reivindicación de lo privado como lo femenino-, se olvida por completo de que lo femenino ha sido construido socialmente y que las sociedades son patriarcales⁴².

Por otra parte, algunos teóricos⁴³ han puesto en entredicho los postulados de Carol Gilligan sobre las diferencias entre el razonamiento moral de los hombres y mujeres, que fundamentan la teoría cultural feminista, según los cuales “las mujeres razonan contextualmente y atendiendo a las conexiones, mientras que los

⁴⁰El feminismo de la diferencia es consciente de que la realidad estructural sigue funcionando y repitiéndose a sí misma porque el mundo simbólico androcéntrico continúa inalterable. Es decir, porque la dominación simbólica, agazapada, está inscrita en el inconsciente de la civilización. SENDÓN, Victoria: ¿Qué es el feminismo de la diferencia? 2000. <http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria_sendonfeminismo_de_la_diferencia.html

⁴¹ “Para analizar la realidad hay que huir de lo neutro, porque ese universal es siempre parcial. Nosotras, las mujeres, no pertenecemos a ese Género Humano ni al Sujeto Universal. Pero también hemos de escapar del genérico Mujer, con mayúscula, porque no podemos ser Sujeto desde lo genérico. ¿Por qué? Porque lo genérico engendra identidades, que es precisamente lo opuesto a diferencias. No entiendo, pues, cómo se nos acusa de que estemos ancladas en la búsqueda de una identidad femenina, que es precisamente lo antagónico de lo que pretendemos. Si lo contrario de igualdad es desigualdad, lo contrario de diferencia es identidad, que es relativo a lo idéntico. Por tanto, del mismo modo que no se puede contraponer igualdad a diferencia, tampoco se puede relacionar ésta con la identidad, que es precisamente su término antagónico”. *Ibíd.*

⁴² FISS, Owen, *Op Cite* p. 7.

⁴³ Robin West, afirma que la “*tesis de la separación*” y la “*tesis de la conexión*” son drásticamente falsas. WEST, Robin. GÉNERO Y TEORÍA DEL DERECHO: traductor Pedro Lama Lama. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000. p. 178.

hombres tienen un razonamiento abstracto y se centran en los individuos entendidos como células aisladas...la consecuencia de esto es que mientras las mujeres perciben el mundo social como un conjunto de relaciones de las cuales ellas son parte y que merecen su atención y cuidado, los hombres perciben el mundo como compuesto por individuos cuya autonomía debe ser protegida”⁴⁴.

Para concluir, hay que advertir que la teoría cultural feminista al identificar la liberación de la mujer con el desarrollo y preservación de la cultura femenina, a base de ensalzar y primar los valores femeninos y al exorcizar y devaluar los valores masculinos, no simpatiza con una política neutra⁴⁵, sino con una a favor de las mujeres de sesgo sexista. Lo que en últimas rompería nuevamente el equilibrio entre las relaciones de los géneros y reforzaría los roles tradicionales de hombres y mujeres.

1.3.4 Teoría Radical Feminista. La teoría radical feminista considera que la principal fuente de opresión de la mujer es el género, por ello, Mackinnon sostiene que mientras la mujer viva en sociedades patriarcales, no va a poder contar con su propio punto de vista del cual pueda construir una teoría jurídica, es así, como exige que las relaciones entre hombres y mujeres se redefinan en términos políticos, a través del método de la elevación de conciencia “consciousness raising”, que permite a las mujeres la creación de conocimiento propio⁴⁶. En otras palabras el feminismo radical parte de un enfoque social constructivista que aspira a convertir el género en una categoría irrelevante, en el cual las mujeres se asemejen a los varones que permita la construcción de una política neutra a través de la eliminación del patriarcado⁴⁷.

⁴⁴ JARAMILLO, Isabel Cristina. Op. Cit., p. 46.

⁴⁵ “En su libro, *The Female Body and the Law*, Zillah Eisenstein (1978), plantea que hay que tener cuidado con cualquier planteamiento neutral de ambos géneros por el Derecho porque éste es un sistema social creado para la dominación de todas las mujeres y de muchos hombres. Plantea que las normas que tratan a mujeres y hombres como si no existiese una relación de poder entre los géneros, aunque reconozcan diferencias entre ellos y ellas, redundan siempre en el mantenimiento y reproducción de la subordinación de las mujeres. Advierte que las normas que tratan de hacer compatible el principio de igualdad con, por ejemplo, el dato fáctico de la división sexual del trabajo, tienden a perpetuar la desigualdad en otros campos. Por ejemplo, una norma que compensara a las mujeres amas de casa por sus diversas tareas domésticas, redundaría en la consolidación del estereotipo de que somos las mujeres las encargadas del trabajo doméstico lo cual tiene repercusiones importantes en otras áreas del Derecho como lo es la de familia”. Citada por FACIO, Alda y FRÍES Lorena. Hacia otra teoría crítica del Derecho. Op. Cit., p. 27.

⁴⁶ Jaramillo, Isabel Cristina. Op. Cit., p.48.

⁴⁷ Según Ellen Willis, la teoría feminista radical acuña “los términos de “sexismo” y “política sexual”... para expresar la idea de que la sexualidad, la vida familiar, y las relaciones ente hombres y mujeres no eran simplemente el resultado de una elección individual, o incluso de la costumbre, sino que incluían el ejercicio del poder personal e institucional y sucintaban cuestiones vitales de la vida pública”. El sexismo no era la expresión natural de las diferencias sexuales “sino un sistema social incrustado en el derecho... cuya intención y efecto era dar poder a los hombres sobre las mujeres”. ECHOLS, Alice. *Daring to Be Bad*, Minneapolis: University of Minnesota Press. 1989., p.3.

No obstante, ese método por el cual se toma conciencia es similar a las prácticas de la lucha liberal en el sentido de que ambas transforman y buscan transformar el contexto en el que actúan transformando a la vez el sujeto protagonista de estas prácticas.⁴⁸

Críticamente, por un lado se reitera que no existen semejanzas sino diferencias sexuales. Por otro, que la teoría liberal se sobrepone a la teoría radical puesto que puede sobrevivir con algunas modificaciones, dado que no hay ningún otro paradigma que la remplace y porque las anomalías presentadas por el feminismo radical y los críticos pueden ser contestadas conscientemente dentro de la teoría liberal feminista siempre y cuando tenga en cuenta la diferencias que existen entre los hombres y las mujeres, pues afirmar que se debe eliminar el patriarcado resulta a todas luces cuestionable pues se terminarán sobreponiendo o reproduciendo los roles femeninos.

1.3.5 El Estado como Reprodutor de las Relaciones de Género. Bajo este concepto, se ha establecido que el Estado ha actuado en lo público como sustituto de la dominación masculina en lo privado. Así se estaría manifestando que los roles en los que se pretende que las mujeres desarrollen ciertos trabajos, diferentes a los de los hombres, constituye una simple y llana reproducción de dichos roles y desconoce, en consecuencia las diferencias naturales que permiten que hombres y mujeres se desempeñen mejor en uno u otro campo profesional.

De esta manera, es decir, asumiendo como cierto que los roles desarrollados en el hogar por hombres y mujeres obedecen a condicionamientos sociales y no a condiciones naturales, se reitera que las feministas rechazan cualquier consideración contraria por mínima que esta sea. No podría admitirse por ejemplo, que el cuidado prodigado por la madre al hijo, (que generalmente resulta mejor que el brindado por el padre) deviene de su condición natural, sino que respondería a condicionamientos sociales, que posteriormente se reproducen cuando algunas mujeres prefieren desempeñarse laboralmente en campos como la enfermería, educación preescolar, gerontología, trabajo social, etc., campos estos que de alguna manera guardarían relación con su natural "instinto maternal".

Sin embargo, las feministas niegan rotundamente la asignación de roles por causas naturales, aún cuando tampoco explican, al menos satisfactoriamente las diferencias surgidas en el desempeño de hombres y mujeres en determinadas actividades. Así por ejemplo, se tiene que en actividades deportivas de gran exigencia física, resulta evidente que es mejor el desempeño de los hombres que

⁴⁸ "el despertar de la conciencia como método procede en forma similar. Las mujeres detectan a través del sufrimiento común de cierta estructura de poder, una experiencia común y desde ella son capaces de derivar distinciones y principios para luchar contra ese contexto de poder". "el cambio cualitativo de una colección de hechos a una definición de esos hechos como evidencia de una práctica común es una experiencia repetida ad nauseam en la práctica jurídica de todos los días". BOHEMER, Martín Federico. FEMINISMO RADICAL Y FEMINISMO LIBERAL. Pasos previos para una discusión posible. En: Revista Doxa. Madrid. Número 13, 1993., p. 179 - 190.

el de sus “*rivales*” femeninas. Robert Sheaffer⁴⁹ considera entonces, que las feministas en este punto deben declinar y aceptar al menos mínimamente que si existen diferencias en ciertos desempeños determinados por condiciones naturales y no por condicionamientos sociales.

Como consecuencia lógica de lo anterior, se tiene que si las feministas reconocen la diferencia en el desempeño en actividades físicas de carácter deportivo, también deben reconocer que el desempeño laboral de los hombres en tareas que exigen una fuerte actividad física es mayor y mejor que el de las mujeres. Ello tampoco desconoce que el desempeño de las mujeres en actividades que requieren de cierta delicadeza o de mayor motricidad fina, resulta ser mejor que el desempeño masculino. Esto es claro que no obedece a condicionamientos sociales.

Esta crítica debe considerarse suficiente para derrotar la rígida postura esgrimida por las feministas al señalar que no existen diferencias naturales que imponen los roles de desempeño en el hogar y en la sociedad, o al menos demuestra que dicha posición no puede ser absoluta y debe ser, al menos, recibida con beneficio de inventario.

Por otra parte, no pueden aceptarse las teorías por las cuales se establece que el Estado como reproductor de las relaciones de género, reserva a los hombres el acceso al mundo de lo público, porque actualmente, si las mujeres se han visto limitadas en la participación oficial, es porque ellas mismas lo han querido más no porque este reservado para los hombres, pues perfectamente podrían crear leyes y políticas públicas en pro de sus intereses si ejercieran sus derechos a elegir y ser elegidas.

1.3.6 La Autonomía Relativa del Estado. Líneas arriba, advertimos como bajo este postulado se predica la idea de que el Estado puede ser entendido en doble perspectiva, bien como vehículo de cambio o bien como sistema de control de las mujeres. Bajo la idea anterior, se tiene que los cambios logrados a favor de las mujeres corresponden a la respuesta a grupos amplios de mujeres que presionan para lograr esos cambios, aprovechando la dimensión del Estado como vehículo de cambio.

La historia constitucional en el caso colombiano, muestra efectivamente como a lo largo del siglo XX se lograron grandes e importantes cambios que, entre otros, permitieron el acceso de la mujer a la educación, la administración de sus propios bienes, el acceso de la mujer a cargos públicos de dirección e igualmente la posibilidad de asumir y ejercer plenamente su ciudadanía mediante el ejercicio del sufragio, etc.

⁴⁹ SHEAFFER Robert. FEMINISMO, LA MENTIRA NOBLE. En: Free Inquirí. HTML. 1995. <http://www.geocities.com/adm_peru/femin02a.htm-25k-

Sin embargo, la misma historia constitucional, no da cuenta de la participación de grupos de mujeres organizados que presionaran dichos cambios. La participación de la mujer como actora de primer orden en la historia política nacional es una situación excepcional e individual que no permite observar que haya mediado el concurso de grupos democráticos, representativos de los intereses feministas en los cambios comentados. Baste recordar los importantes papeles desempeñados, en solitario, por personas, entre muchas otras, como Ofelia Uribe, Lucila Rubio de Laverde, Bertha Hernández de Ospina y Josefina Valencia de Hubach.

La teoría de la “autonomía relativa del Estado”, supone la existencia de grupos de mujeres organizados, representativos y en acción de persecución de fines comunes. Estos grupos, con la capacidad política y representatividad arriba indicados, como se ha afirmado no existieron antes, ni existen ahora. Si bien existieron algunos grupos que pretendieron ser la voz feminista en procura de algunos derechos, estos grupos no alcanzaron la trascendencia nacional suficiente como para que se les atribuya una participación determinante en la obtención de los mismos. Grupos como la Alianza Femenina de Colombia, la Unión Femenina de Colombia, la Organización Femenina Nacional, aún hoy en día resultan desconocidos para la mayoría de personas, incluso para muchas de aquellas que hoy se presentan como abanderadas del feminismo.

La razón de las dificultades para que las mujeres se puedan organizar en grupos que identifiquen intereses comunes, pareciera ser un problema de clases sociales, tal como se puede extractar de la cita que Ana de Miguel Álvarez hace de Alejandra Kollontay⁵⁰, en donde se encuentra que las supuestas reivindicaciones de las feministas burguesas hacen referencia a prácticas comunes de las mujeres del proletariado. Véase al respecto el siguiente aparte:

*“Kollontay señala indignada que las proletarias llevan ya años trabajando cuando sus compañeras burguesas reclaman como algo novedoso el trabajo para ellas, y no se dan cuenta de que, si pueden reivindicar el derecho al trabajo en profesiones liberales es gracias a que otras mujeres llevan años pudriéndose en las fábricas. De igual forma Kollontay señala cómo las proletarias llevan años ejerciendo el amor libre -y siendo calificadas de promiscuas- antes de que las burguesas lo asuman como "su" reivindicación”.*⁵¹

De la misma manera, se trata el tema de la maternidad. Algunas feministas exigen que para efectos de vincular las mujeres a la vida productiva, se les debiera “descargar” del trabajo doméstico, e incluso de la “tarea” de reproducción de la especie, otras por el contrario, refieren al concepto del “deber social” de la maternidad, lo que a ojos de Ana de Miguel Álvarez, hace que sea algo incierto la

⁵⁰ Citada por MIGUEL ALVAREZ, Ana de. Alejandra Kollontay en: El conflicto clase género en la tradición socialista. HTML. 2001 <<http://www.malostratos.org/mujeres/kollontai.htm>

⁵¹ ALVAREZ DE MIGUEL, Ana de. Op. Cit.

manera como pueden colisionar el derecho de la mujer a disponer de si misma, de su propio cuerpo, con el “deber social” derivado de la maternidad.

Así entonces, a partir de estos dos ejemplos, puede verse como al no existir o no evidenciarse al menos, la presencia de grupos de mujeres constituidas como grupo de presión, o no tener objetivos comunes claramente identificados que estén siendo reclamados por las mismas, no puede aceptarse que la autonomía del Estado se encuentre realmente condicionada por la exigencia de tales grupos. Una vez más se encontraría entonces una seria y grave flaqueza en las teorías en estudio.

1.3.7 El Estado como Constituyente de las Relaciones de Género. Esta teoría como se explicó anteriormente, parte de la idea de que el Estado no ha ocupado un lugar o un papel neutro en la determinación de las relaciones de género, sino que por el contrario ha obrado de manera activa determinando las mismas, pues las políticas que traza y ejecuta, evidentemente influyen en tales relaciones, pero de la misma manera, en una constante interrelación se tiene que las relaciones de género determinan al Estado.

A partir de esta concepción, se imputan al Estado todas las circunstancias que de alguna manera afectan negativamente a las mujeres, como por ejemplo la falta de protección laboral o la discriminación laboral frente a las condiciones de los hombres, la influencia del matrimonio en la vida de las mujeres, la imposición de roles relacionados “con lo privado” (vida en el hogar, cuidado de los hijos, trabajo doméstico, etc). Sin embargo, estas críticas carecen de sustento real en cuanto se procede a hacer un análisis más o menos detenido de las diferentes situaciones de las que se dice discriminan a las mujeres.

Con respecto a la presunta discriminación laboral reflejada en la diferencia salarial establecida en contra de las mujeres, que conlleva a que devenguen menos que los hombres que desarrollan las mismas tareas, surge el argumento relacionado con el desarrollo del ámbito capitalista y de la empresa privada, advirtiendo que en un esquema en el que se busca producir más gastando menos, sería absurdo entonces contratar hombres cuando las mujeres podrían hacer el mismo trabajo por menos dinero. Se parte del supuesto de que a ninguna empresa le interesaría contratar hombres, sino que se limitarían a contratar mujeres.⁵²

Ahora bien, las feministas socialistas reclaman un pretendido matriarcado como una reivindicación de un estatus perdido, anunciando que el patriarcado es una institución impuesta por el Estado capitalista en pro de la explotación de la mujer⁵³. En desarrollo de esta idea, las teóricas del feminismo informan sobre como el matrimonio es un elemento de sumisión de la mujer que busca enclaustrarla en el

⁵² SHEAFFER, Robert. Op. Cit.

⁵³ Recuérdese que esta aproximación teórica perdió su credibilidad una vez se derrotó el Estado Capitalista e impuso el Socialista en el que tampoco se dio participación a las mujeres.

ámbito doméstico alejándola del mercado laboral, con la finalidad de evitar “competencia” al sector masculino de la población.

Engels, impulsaba la tesis de que en un comienzo el desarrollo de las relaciones de género se establecía en un plano de igualdad, eran las épocas del comunismo primitivo en el que hombres y mujeres estaban equiparados. Esta situación terminaría con la aparición de la propiedad privada y frente a la necesidad de explotación sexual de la mujer, allí entonces aparecería la institución del matrimonio monogámico. Según la teoría en estudio, someter a la mujer, implicaba alejarla del mercado laboral y por ende retirarla del proceso de producción. Así entonces, surge la idea de que la desigualdad sexual encuentra su origen no en explicaciones de tipo biológico sino económico, de manera tal que al abolir la propiedad privada, con ella también desaparecerán las diferencias de sexo y por supuesto las discriminaciones de género.⁵⁴

Esta idea, fracasa al preguntar que ocurre entonces con los ritos matrimoniales primitivos, impuestos aún antes de que existiera el Estado como forma de organización política y por supuesto antes del surgimiento del Estado capitalista. Recuérdese que los ritos matrimoniales existen desde antes del Estado, cuando las comunidades primitivas establecían rituales mediante los cuales se celebraba la unión matrimonial y se buscaba la estabilidad de la sociedad a través del mismo⁵⁵.

Insistir sobre la idea del patriarcado como institución capitalista, lleva a la misma conclusión, ¿cómo explicar la existencia de comunidades con estructura política patriarcal en las sociedades primitivas (siendo esta la generalidad), cuando aún no se predicaba la existencia del capitalismo, sino que por el contrario se estaría en esencia en el comunismo primitivo al que refiere Engels?⁵⁶

Adicionalmente a lo anterior, se encuentra que la posición feminista sobre el matrimonio no es uniforme. Autoras como Alejandra Kollontay, manifiestan que el matrimonio se funda en principios de indisolubilidad y propiedad, que no afectan exclusivamente a las mujeres, sino que afectan a hombres y mujeres por igual, pues impide, para ambos, que el alma humana se enriquezca con otras relaciones amorosas; manifiesta que el matrimonio torna en indiferencia hasta la relación más

⁵⁴ MIGUEL ALVAREZ, Ana de, Op. Cit.

⁵⁵ Nótese a manera de ejemplo, como en la sociedad de los vikingos, en la segunda era del metal (era del hierro), nacían ya los matrimonios por acuerdos familiares. Pese a ostentar el título de jefa de la casa, las tareas de la mujer correspondían a hacerse cargo de la marcha de la granja cuando su marido y sus hijos se ausentaban por razones bélicas o comerciales. Enciclopedia de Historia Universal Salvat, tomo 1, p. 202.

De igual manera en el artículo intitulado “*El derecho familiar en la antigua mesopotamia*”, refiere ya la existencia de normas que regulan los contratos matrimoniales de las que se destaca el hecho de que la familia era una sociedad con base en una monogamia tolerante. El mismo artículo detalla los pormenores del rito matrimonial. Enciclopedia de Historia Universal Salvat, tomo 2, p. 332.

⁵⁶ GOLDBERG, Steven. El feminismo contra la ciencia. En: Nacional Review. HTML. 1991. 30 – 31 p. <http://www.geocities.com/adm_peru/femin03a.htm

apasionada, lo que obviamente no es un problema único y exclusivo de las mujeres.⁵⁷

En términos generales la presunta discriminación laboral y social sufrida por la mujer es refutada por autores como Robert Sheaffer, quien en un contundente artículo manifiesta:

Varias feministas proclaman que las mujeres están "bajo asedio", que un monstruoso prejuicio social contra ellas (o quizás una guerra implícita) está ocurriendo, que las mujeres tienen poco respeto o poder (Steinem, Fabludi, Tavis, etc.) Sin embargo, el concepto de la "mujer norteamericana" vista como una "víctima" impotente es uno de los conceptos más absurdos impuestos clandestinamente sobre cualquiera. Las mujeres norteamericanas viven, en promedio, siete años más que los hombres. Controlan el 86% de toda la riqueza personal (información aparecida en Parade Magazine, 27 de Mayo, 1990) y el 55% de ellas son graduadas de la universidad. Las mujeres tienen el 54% de los votos en las elecciones presidenciales, así que ¡difícilmente podrían reclamar el estar siendo dejadas de lado en el proceso de toma de decisiones políticas!

Ellas ganan casi automáticamente las disputas referidas a la custodia infantil. Las muertes ocasionadas por causa del trabajo han afectado a las mujeres en un 6% únicamente (el otro 94% de las desgracias las sufren los hombres). Las mujeres son las víctimas únicamente de cerca del 35% de los crímenes violentos, y sólo cerca del 25% de todos los asesinatos; aún así, debido al respeto y la exagerada preocupación de nuestra sociedad por ellas. Una legislación especial ha sido aprobada para castigar "la violencia contra las mujeres" como si ésta fuera un crimen más horrendo que el de "la violencia contra los hombres". (Las Feministas reclaman el querer la "igualdad", y este es un ejemplo de lo que la "igualdad" significa para ellas, esto es, trato preferencial dirigido a sus intereses).

Dos de cada tres dólares gastados en servicios de salud son gastados en mujeres, y si no se consideran los cuidados relacionados con la gestación, aún así las mujeres reciben más servicios de salud que los hombres -- a pesar de ello las feministas gritan que la salud de las mujeres esta siendo "descuidada", y demasiados de nosotros credulamente les creemos. De los 25 tipos de trabajo peor considerados (tal como fueron clasificados por la Jobs Related Almanac basándose en una combinación de salario, stress, seguridad y esfuerzo físico), 24 de ellos son predominantemente, si no son casi en su totalidad, masculinos, lo cual explicaría el porque los hombres cometen más del 80% de los suicidios. (La mayor parte de estas estadísticas provienen del libro The Myth of Male Power (El Mito del Poder Masculino).

⁵⁷ Alejandra Kollontay. citada por MIGUEL ÁLVAREZ, Ana de. Op. Cit.

*Ahora, si este fuera el caso, tal como lo describen las feministas (el que los hombres han dispuesto todo en forma tan egoísta para que todo sea maravilloso únicamente para ellos, ignorando totalmente las legítimas necesidades e intereses de las mujeres), ¿podría ser verdad aquello que se menciona líneas arriba? Por supuesto que no. ¡Es mucho más realista afirmar que las mujeres, astutamente, han aceptado y ayudado a mantener ese estado de cosas, pretendiendo estar atrapadas desvalidamente!*⁵⁸

Las pretensiones de las feministas, presentadas con el acompañamiento del verbo “reivindicar”⁵⁹, supone que se dirigen a recuperar un estatus perdido. Sin embargo se tiene que la labor desarrollada por las mujeres al interior del hogar, de la sociedad, etc., antes, históricamente no era mejor que ahora, en ninguna cultura ni occidental ni oriental. Evidentemente las condiciones han cambiado mediante esquemas de discriminación positiva,⁶⁰ haciendo que sea una realidad la participación del Estado como constituyente de las relaciones de género, pero no en perjuicio de la mujer, sino en beneficio de la misma. Obviamente se trata de un proceso en permanente desarrollo en el cual, las pretensiones de equiparamiento entre los géneros perseguidas por las feministas se deben lograr en aras de la fidelidad al principio constitucional de la igualdad entre los iguales, que a partir de las revoluciones liberales, se acoge como principio universal. No es de recibo en consecuencia, aseverar o insinuar siquiera, que el Estado ha constituido relaciones de género en detrimento de la mujer, lo que por supuesto tampoco significa que el Estado ya haya realizado todo lo que está a su alcance a favor de las mismas.

1.4 SUMARIO

Vistas en resumen las teorías que pretenden analizar el fenómeno jurídico - estatal frente a las relaciones de género, se hace imperioso recordar las palabras de M. H. Abrams⁶¹, quien advertía que “cada crítico teórico, dedicado a sus intereses y propósitos particulares, selecciona y define de un modo específico sus términos operativos y categóricos y, en consecuencia, establece una especie de lenguaje particular que a veces coincide y a veces no con otros lenguajes particulares y que, además, suele articularse siguiendo reglas lógicas o gramaticales que le son propias”.

⁵⁸ SHEAFFER Robert, Refutando las mentiras feministas más comunes y el pseudo-academicismo.

⁵⁹ El termino reivindicar no sólo sugiere la idea de reclamar algo a lo que se tiene derecho, sino también la idea de recuperar lo que por razón de dominio, cuasi dominio u otro motivo le pertenece. Diccionario de la real academia de la lengua española. Barcelona. tomo 9. 22 ed. 2005. 1313 p.

⁶⁰ Piénsese por ejemplo en normas actuales de protección del patrimonio de la madre cabeza de familia o ley de cuotas, entre otras.

⁶¹ Citado por CORRAL Will H. y PATAI Daphne. EL IMPERIO DE LA TEORIA. En: El malpensante. HTML. <http://www.elmalpensante.com/61_imperioso.asp

Ese manejo de los términos operativos y categóricos, traducidos en lenguaje pretende crear realidades, entonces se concluiría que sólo se hace necesario cambiar los lenguajes para cambiar las realidades o para producir cambios políticos. Esto según Will H. Corral y Daphne Patai⁶², no resulta ser de buen recibo para los defensores de las teorías postcoloniales o feministas.

Los autores en cita refieren como al descubrirse que una teoría puede “funcionar”, mejor que otras, se descubre que no se trata de teorías sino de aproximaciones que se pueden elegir o rechazar.

Así entonces las teorías feministas del Derecho y del Estado, no conllevan realmente la condición de teorías sino de simples aproximaciones teóricas que aún deben superar las críticas y análisis, como por ejemplo los realizados en el presente estudio, el que por supuesto, tampoco pretende constituir una teoría, ni tan siquiera una aproximación teórica, sino simplemente eso un estudio en el que se demuestra como las teorías feministas y los planteamientos recogidos en las mismas adolecen de graves falencias y contradicciones, lo que de ninguna manera puede traducirse en descalificación de la mujer, o de la importancia que la misma tiene al interior de la sociedad, del mercado laboral y de la vida familiar⁶³. Las mujeres merecen ser tenidas en un plano de igualdad con los hombres que les sea reconocido a partir de su condición de seres humanos y no a partir de teorías que desnaturalicen lo que es natural, o que fuercen aspectos que necesariamente cambiarán en la medida en que las dinámicas sociales lo exijan.

En suma, la posición del presente estudio para desarrollar la fundamentación teórica constitucional del derecho al aborto como ejercicio de la autonomía procreativa de la mujer desde una perspectiva de género, se nutre en parte de las aproximaciones feministas teórico-jurídicas liberales y culturales, por cuanto se reconoce que: i) Existe discriminación de la mujer en razón de su género, ii) El camino hacia la libertad de la mujer parte precisamente de la "diferencia sexual". iii) El aborto es un derecho que está relegado solamente a la autonomía o libre desarrollo de la personalidad de la mujer precisamente por su diferencia biológica con el hombre. iv) La manera de obtener el reconocimiento del derecho al aborto es a través de los postulados de la igualdad formal, entendida como igualdad entre iguales –es decir entre mujeres-.

A manera de conclusión, podríamos decir que han surgido una serie de interrogantes que deberán responderse, y que básicamente son los siguientes: ¿Cómo han evolucionado cronológicamente los derechos de las colombianas?

⁶² Hill H. Corral y Daphne Patai. *Ibíd.*

⁶³ Al respecto Catherine Mackinnon, sostiene textualmente que: “*El feminismo no tiene una teoría del Estado*”. MACKINNON, Catherine. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Valencia: Editorial Publ. Universitat, 1995. p. 26

¿Han incidido las aproximaciones teóricas feministas en la evolución de tales derechos?, ¿De qué manera y cuál de las aproximaciones teóricas feministas ha influenciado en las actuales decisiones que despenalizan el aborto en Colombia? Interrogantes que serán resueltos en los siguientes capítulos.

SEGUNDO CAPITULO

2. INCIDENCIA DE LAS APROXIMACIONES TEORICAS FEMINISTAS EN LA EVOLUCION HISTORICA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES COLOMBIANAS

Desde las primeras décadas del siglo XX, en la legislación Colombiana, la mujer ha venido ganando espacios para el reconocimiento de sus derechos a la libertad e igualdad en los ámbitos de la educación, la familia, el sufragio, el trabajo, y la sexualidad. Pero, es necesario advertir que ese reconocimiento no sólo ha sido producto de las luchas feministas sino que constituye todo un proceso socio económico, político y cultural que se ha desenvuelto día a día y que involucra también al sexo opuesto en el autoconvencimiento de la mujer como sujeto de derechos, y que hoy es necesario para proclamar el derecho al aborto como una expresión de su autonomía procreativa.

Por su legado de discriminación, las mujeres en las primeras constituciones, no figuraban como sujetos de derechos políticos, ni se las mencionaba como parte de la población que integraba la nación. Es así, como en 1853 en la provincia de Vélez (Santander), a pesar de que los hombres liberales radicales, les otorgaron a las mujeres derechos políticos plenos, éstas no concurrieron a las elecciones por el temor a masculinizarse, al abandono de los compromisos propios de su naturaleza en el hogar y a considerarse incapaces para opinar.

Pero esto no siempre fue así, toda vez que desde la última década del siglo XIX, comenzó la propia y ajena reivindicación de la mujeres, a través de las manifestaciones públicas del pensamiento igualitario como consecuencia del trabajo individual de escritoras y escritores de pensamiento liberal, entre los cuales se destacan Soledad Acosta de Samper⁶⁴, María Cano⁶⁵, Carlos Emilio Restrepo, Tomás Carrasquilla, y Baldomero Sanín Cano⁶⁶.

2.1 INCIDENCIA DE LA APROXIMACIÓN TEÓRICA FEMINISTA LIBERAL

Bajo la incidencia del feminismo liberal, el primer paso que dieron las mujeres colombianas, para el rompimiento del paradigma en las mentalidades y normas sexistas que favorecían los privilegios masculinos, fue en materia de familia con la

⁶⁴ A quien se le reconoce como la primera periodista y tal vez la primera novelista en Colombia. ALZATE, Carolina. SOLEDAD ACOSTA DE SAMPER. En: Mujeres Colombianas: Grandes protagonistas de la historia desde Policarpa hasta Shakira. Bogotá: Publicaciones Semana S.A. Edición 1.224; octubre, 2005; p. 40.

⁶⁵ Recordada por su importante reconocimiento nacional en 1926 como Flor del Trabajo, NUÑEZ URIBE, Lidia Margarita. MARIA CANO. En: Mujeres Colombianas: Grandes protagonistas de la historia desde Policarpa hasta Shakira. Bogotá: Publicaciones Semana S.A. Edición 1.224; octubre, 2005; p. 46.

⁶⁶ “Carlos Emilio Restrepo”, “Tomás Carrasquilla”, “Baldomero Sanín Cano”. *Microsoft® Encarta® 2006 [DVD]*. Microsoft Corporation, 2005.

expedición de la ley 28 de 1932, mediante la cual se dio el primer golpe a la potestad marital y al principio imperante sobre la incapacidad relativa de la mujer casada, ya que para aquella época, en Colombia, existía una estructura familiar patriarcal reconocida por la ley que tenía origen en el matrimonio religioso católico, en el cual el marido tenía la potestad marital sobre la madre y la potestad parental sobre los hijos menores de edad. Estas potestades que detentaba el varón recaían sobre los bienes y la persona de su cónyuge y sus hijos menores de edad⁶⁷.

La ley 28 de 1932, concedió a la mujer casada la libre administración y disposición de sus propios bienes, estableció protección al régimen patrimonial de la familia, e igualmente declaró que el marido no es representante legal de su mujer mayor de edad -en la ley 75 de 1968 se diría que tampoco de su mujer menor de edad-.

Con la ley 75 de 1968, se empezó a reconocer a las mujeres casadas y a las madres solteras como sujetos de derecho y se les otorgó el derecho a ser tutoras y curadoras en los mismos casos que los varones. Pero sólo con el decreto 2820 de 1974⁶⁸, se logró positivizar iguales derechos y obligaciones tanto para el hombre como para la mujer respecto a la familia, mediante este decreto se dio el golpe final a la potestad marital, terminando con ésta institución jurídica en el Código Civil Colombiano, suprimiendo la obediencia de la mujer al marido, reemplazándola por la “ayuda mutua en todas las circunstancias”, en donde el domicilio de la familia lo señalarían conjuntamente el marido y la mujer, y no habría “potestad parental “ sobre los hijos menores de edad sino “ patria potestad”, sobre los derechos que la ley señala al padre y a la madre sobre los bienes y las personas de sus hijos para poder cumplir satisfactoriamente sus deberes con respecto a ellos.

Así mismo, el decreto 1260 de 1970 abolió la obligación de la mujer de tomar el apellido del marido antecedido de la partícula “de”, el artículo 94 del decreto ley 999 de 1988 derogó definitivamente la obligación de llevar el apellido del esposo, la ley 54 de 1990 definió las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, nuevamente estableció la igualdad de derechos y obligaciones de la mujer en la familia y abrió la posibilidad para que la ley proteja las familias que se constituyen por vínculos heterogéneos naturales o jurídicos y finalmente, la ley 25 de 1992 estableció el divorcio vincular para el matrimonio católico y religioso en general.

⁶⁷ El Código civil que regían en la república, adoptado por la ley 57 de 1887, estipuló en el título IX “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”, el artículo 177 que trataba la potestad marital, como los derechos que la ley reconocía al marido sobre la esposa y sobre los bienes propios de ésta. La norma estaba en armonía con lo que señalaba el artículo 1504, inciso 3º del Código civil, sobre la incapacidad relativa, ya que entre los incapaces allí enumerados se encontraba la mujer casada. La patria potestad estaba definida en el artículo 288 del Código civil como el conjunto de derechos que la ley reconocía al padre sobre sus hijos menores de edad.

⁶⁸ También llamado: “Estatuto de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer” fue expedido por el presidente Alfonso López Michelsen,

El segundo paso, fue en materia de educación⁶⁹. Mediante el Decreto 1972 de 1933, el Presidente Enrique Olaya Herrera con base en el derecho a la igualdad permitió a la población femenina no sólo graduarse de bachilleres sino acceder a la Universidad.

El tercero, fue a nivel político, y surgió con la ambigua ciudadanía de las mujeres, que se estableció en las reformas constitucionales de 1936 y 1945⁷⁰, mediante las cuales, las mujeres podían ejercer cargos públicos con jurisdicción y mando, pero no podían elegir, ni ser elegidas⁷¹.

Es así como en el gobierno dictatorial de Rojas Pinilla, paradójicamente fueron reconocidos los derechos políticos plenos a las mujeres por medio del Acto Legislativo N° 3 de 1954. No obstante, dichos derechos nunca se ejercieron porque el proceso de cedulação no se concretó. Más sin embargo, cuando cayó la dictadura en 1957, algunas mujeres hicieron valer el precitado Acto Legislativo para lograr que los líderes del movimiento civil que derrocaron al general, reconocieran esos derechos y aceptaran que fueran ratificados en la reforma constitucional, lo que finalmente se realizó a través del plebiscito del 1º de diciembre de 1957 en el que votaron 1.835.255 mujeres⁷².

Las capitanas de los acontecimientos de 1930 a 1957 fueron Ofelia Uribe Durán, Cleotilde García de Ucrós, Inés Gómez, Mercedes Abadía, Georgina Flether, y Lucila Rubio de Laverde⁷³, Josefina Valencia de Hubach⁷⁴, Esmeralda Arboleda de Uribe⁷⁵, Berta Hernández de Ospina⁷⁶, María Currea de Aya⁷⁷, Ana de Karff,

⁶⁹ Anteriormente, “*Las mujeres no recibían la misma educación que los varones. Se creía que las matemáticas y otras disciplinas las enfermaban y apartaban de sus funciones naturales, por esto se ofrecía una educación acreditada como de “instrucción suficiente”. Intentos de educación técnica como de telegrafía teórica para mujeres (1873) pronto se cerraron por presiones de la prensa.*

Como resultado de la industrialización, hacia 1920 los colegios femeninos incluyeron enseñanza comercial. Otras estudiaban magisterio para ser maestras de primaria”. VELAZQUEZ TORO, Magdala. LA NUEVA HISTORIA. En: Mujeres Colombianas: Grandes protagonistas de la historia desde Policarpa hasta Shakira. Bogotá, Publicaciones Semana S.A. Edición 1.224; octubre, 2005; p. 184.

⁷⁰ Reformas que se dieron a la Constitución de 1886, en la cual expresamente se excluía a las mujeres de los derechos políticos al afirmar que “*son ciudadanos los varones*”.

⁷¹ Rosa Rojas Castro, en 1942 se convirtió en la primera abogada de la historia del país, y un año después, en primera jueza, tras vencer en una demanda el argumento del Consejo de Estado de que si la mujer no podía elegir tampoco podía ser elegida. VALLEJO, Carlos. LAS PRIMERAS. En: Mujeres Colombianas: Grandes protagonistas de la historia desde Policarpa hasta Shakira. Bogotá, Publicaciones Semana S.A. Edición 1.224; octubre, 2005; p. 205.

⁷² POLANCO YERMANOS, Claudia María. MARIA CURREA DE AYA. En: Mujeres Colombianas: Grandes protagonistas de la historia desde Policarpa hasta Shakira. Bogotá, Publicaciones Semana S.A. Edición 1.224; octubre, 2005; p. 55.

⁷³ MUJERES COLOMBIANAS: Grandes protagonistas de la historia desde Policarpa hasta Shakira. Bogotá, Publicaciones Semana S.A. Edición 1.224; octubre, 2005; Edición 1.224, Publicaciones Semana S.A. 2005, p. 226.

⁷⁴ Fue la primera mujer en ser designada Ministra, Gobernadora, Senadora, y Embajadora en Colombia. *Ibíd.* p. 62.

⁷⁵ Creó la Unión de Mujeres de Colombia, organización que consiguió su elección a la Asamblea Nacional Constituyente de Rojas Pinilla, allí junto con Josefina Valencia lograron que se aprobara el proyecto de ley a favor del sufragio. *Ibíd.* p. 66.

⁷⁶ Fue la esposa de Mariano Ospina, congresista, columnista y promotora del voto femenino. *Ibíd.* p.58.

⁷⁷ Fundó la Organización Femenina Nacional, fue la primera Concejal de Bogotá y promovió el sufragio femenino. POLANCO YERMANOS, Claudia María. Op. Cit. p. 55.

Aydee Anzola⁷⁸, Indudablemente, también el general Rojas Pinilla jugó un papel determinante. Él se obstinó en que la asamblea nacional constituyente que había nombrado y en donde estaban importantes conductores políticos como Mariano Ospina, Guillermo León Valencia, Belisario Betancur y Luis López de Mesa, debía expedir el acto legislativo que reconociera los derechos políticos de las mujeres. De otra manera, las mujeres de Colombia no gozarían de ese antecedente para enseñarlo tanto a las mujeres que no creían en su autodeterminación ni a los doctores Lleras Camargo y Guillermo León Valencia cuando dirigían el movimiento civil que abogaba por “volver al Estado de derecho”.

En fin, el avance jurídico influenciado por las tesis feministas liberales encaminado a lograr la equidad de género no ha sido poco, sin embargo, es necesario destacar que la mayor acogida del reconocimiento formal de los derechos familiares, educativos y políticos de las mujeres, ha sido prácticamente en los procesos de profesionalización y en materia familiar, pues la incorporación política femenina sigue desplegando resistencias particulares muy profundas frente y entre las mujeres, lo que es fácilmente perceptible a la hora de comparar las cifras sobre la participación de las mujeres en la arena política⁷⁹.

2.2 INCIDENCIA DE LA APROXIMACIÓN TEÓRICA FEMINISTA SOCIAL

La incidencia del feminismo socialista en la mentalidad de algunas mujeres colombianas, permitió que en 1938 en materia laboral se integraran al ordenamiento jurídico colombiano, normas que fueron recomendadas por la OIT desde 1919 sobre la protección a la maternidad⁸⁰, entre otras, las que reconocían una licencia remunerada de ocho semanas tras el parto⁸¹, e igualmente la expedición de los Decretos 2351 de 1965 y 3135 de 1968, mediante los cuales se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo.

Posteriormente, Colombia ratificó la Convención de Copenhague sobre “la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, a través de la ley 051 de 1981, en la cual se comprometió a trabajar en la eliminación paulatina

⁷⁸ Columnistas que escribieron artículos en los periódicos a favor del sufragio para las mujeres.

⁷⁹ El análisis de las cifras disponibles sobre la presencia de las mujeres en política en el proceso colombiano, permite establecer que a nivel nacional, mientras los porcentajes muestran un aumento lento pero significativo de las mujeres designadas a cargos ministeriales y subministeriales, en los cargos de elección a nivel nacional el aumento es más lento y en menor porcentaje, e igualmente que a nivel local, existen “*proporciones muy bajas de mujeres para la elección popular de alcaldes y fluctuaciones erráticas para los resultados de asambleas departamentales y concejos municipales*”. WILLS OBREGON, Maria Emma. Fifty Years Of Female Suffrage In Colombia 1954: For The Conquest Of The 2004 Vote: For The Extension Of Female Citizenship. *anal.polit.* [online]. jan. 2005, vol.18, no.53 [citado 12 Outubro 2007], p.39-57. Disponible na World Wide Web: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012147052005000100003&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0121-4705.

⁸⁰ El artículo 2 de la ley 197 de 1938 establece: “*la mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del periodo del embarazo y los tres meses posteriores al parto...tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días*”.

⁸¹ La que fue ampliada a doce semanas mediante la ley 50 de 1990.

en las leyes, costumbres y cultura de todas las formas de discriminación contra la mujer, reglamentándose en el decreto 1398 de 1990⁸².

Seguidamente en 1991, a través de los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, se reconoció por primera vez que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”, que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”, y que la mujer y su maternidad gozarán de especial protección en el trabajo, frente a lo cual la Corte Constitucional en sus diferentes salas de revisión ha tenido múltiples pronunciamientos dirigidos a la protección especial de la mujer trabajadora en estado de embarazo y después de su parto⁸³.

Finalmente, los postulados del feminismo socialista en cierta medida se ha visto reflejados en la adopción de esquemas de discriminación positiva, tales como la ley 82 de 1993, mediante la cual se expidió normas protectoras de la mujer cabeza de familia para que pudiese acceder a los servicios básicos estatales de forma prioritaria y últimamente la ley de cuotas.

2.3 INCIDENCIA DE LA APROXIMACIÓN TEÓRICA FEMINISTA RADICAL

En lo que respecta a la incidencia del feminismo radical en el campo de los derechos sexuales, se puede afirmar que le es fácilmente atribuible la agravación punitiva en la penalización de la violación entre cónyuges y conocidos⁸⁴, el acoso sexual laboral, la ratificación de la Convención Interamericana de "Belém do Pará" para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer que entró a regir en Colombia en 1996, en virtud de la Ley 248 de 1995, e igualmente el reconocimiento de los derechos femeninos a la autonomía procreativa –mediante la cual la mujer puede decidir el número e intervalo de hijos que desean tener-, y educación sexual en materia de planificación familiar y salud reproductiva.

Con todo, en torno al tema de la despenalización del aborto, la sentencia C-355 de 2006 que constituye un avance en el reconocimiento de la autonomía procreativa de la mujer que decide abortar, no recogió los postulados de ésta corriente feminista que ve al feto como un enemigo o un intruso que debe ser tratado como tal bajo cualquier circunstancia.

⁸² El artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “*todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo*” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “*el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano*”. Igualmente, el Pacto internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia, establece en su artículo 10.2 que “*se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto*”. Así mismo el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo ocupación, entre otros motivos por el sexo.

⁸³ En la sentencia C-470 de 1997 se reconoció el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer trabajadora embarazada.

⁸⁴ Al respecto el artículo 211 de la ley 599 de 2000, establece como agravante si el delito contra la libertad, integridad y formación sexual de la mujer se comete por su cónyuge.

2.4 SUMARIO

En conclusión, todas las aproximaciones teóricas feministas esencialistas de género – a excepción de la cultural- en cierta forma han influido de manera latente en la lucha ardua y solitaria liderada por algunas mujeres colombianas para el reconocimiento de los derechos femeninos, hasta el punto de que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos fundamentales, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad y la emancipación de la mujer, son esenciales para promover la dignidad de todos los seres humanos.

CAPITULO TERCERO

3. EL ABORTO DESDE LAS APROXIMACIONES TEORICAS FEMINISTAS RADICALES Y MODERADAS

El aborto tiene desde las últimas décadas del siglo XX, como principales auspiciadores a dos corrientes de pensamiento –aproximaciones teóricas-, en las cuales a su vez, encuentra su justificación, la primera es la corriente feminista radical y la segunda la corriente feminista moderada.

3.1 EL ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA RADICAL DE CATHERINE MACKINNON

Actualmente, la corriente feminista radical en torno al tema del aborto, encuentra su mayor expresión en Catherine Mackinnon. Mackinnon en su obra denominada “Hacia una teoría feminista del Estado”, analiza la manera en que el poder social da forma a la política sexual de dominio masculino y el modo en que dicha política da forma al poder social⁸⁵.

De inicio, ésta feminista radical utiliza el debate sobre marxismo y feminismo como punto de partida para desarrollar su teoría de género centrada en la subordinación sexual para aplicarla al Estado y dirigirla a incentivar el cambio social, a través de la reconstrucción epistemológica feminista de la sexualidad. “En otras palabras, coloca la política sexual en el ámbito de la epistemología”⁸⁶

Igualmente Mackinnon, sostiene que la práctica feminista a falta de una propia jurisprudencia, que examine en sus propios términos, la relación entre el Estado y la Sociedad dentro de la determinación social por el sexo, ha tenido que acogerse por un lado a la teoría liberal del Estado y por otro a la teoría izquierdista del Estado. Motivo por el cual el feminismo ha otorgado más poder al Estado masculino en el intento de reclamarlo para las mujeres y al efecto expresa que:

“Ambas teorías consideran que la ley es la mente de la sociedad: razón incorpórea de la teoría liberal, reflejo del interés material en la teoría izquierdista. En los momentos liberales, el Estado se acepta en sus propios términos como árbitro neutral entre intereses enfrentados. La ley está real o potencialmente basada en principios, lo cual significa que no está predispuesta a ningún resultado sustantivo ni es manipulable para ningún fin, con lo que resulta una herramienta que no está fatalmente retorcida. Las mujeres se convierten implícitamente en un grupo de interés dentro del

⁸⁵ MACKINNON, Catherine. Hacia una teoría del estado: El Estado Liberal. Op. Cit., p. 7.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 8.

pluralismo, con problemas específicos de movilización y representación, presencia y voz, que soporta pérdidas y ganancias incrementales. En los momentos izquierdistas, el Estado se convierte en una herramienta de dominio y represión, la ley legitima la ideología, el uso del sistema legal es una forma de idealismo utópico o de reforma gradual, cada ganancia aparente es engaño o cooptación y cada pérdida es inevitable”.

El liberalismo aplicado a las mujeres ha admitido la intervención del Estado en nombre de las mujeres como individuos abstractos con derechos abstractos, sin examinar el contenido ni las limitaciones de estas nociones en términos del género. El marxismo aplicado a las mujeres está siempre al límite de aconsejar la abdicación del Estado como escenario, y con él aquellas mujeres a quienes el Estado no des- oye o cuya situación no les permite desoírlo. En consecuencia, el feminismo se ha quedado con estas alternativas tácitas: o el Estado es una herramienta básica para la promoción de la mujer y la transformación de su situación, sin análisis (por tanto estrategia) del Estado masculino, o bien las mujeres quedan para la sociedad civil, que para ellas ha parecido más fielmente un estado de naturaleza. El Estado, y con él la ley, ha sido omnipotente o impotente: todo o nada. La postura feminista en relación con el Estado ha sido, en consecuencia, esquizoide en cuestiones básicas para la situación de la mujer. La violación, el aborto, la pornografía y la discriminación sexual son algunos ejemplos¹⁹. Comprender la inadecuación del liberalismo a las mujeres, por una parte, y del marxismo, por otra, es empezar a entender el papel del Estado liberal²⁰ y del legalismo liberal²¹ dentro de un feminismo postmarxista de la transformación social”⁸⁷.

La autora en estudio, después de hacer un breve relato sobre la forma en que las mujeres a lo largo del tiempo “han sido económicamente explotadas, relegadas a la esclavitud doméstica, forzadas a la maternidad, sexualmente objetificadas, físicamente ultrajadas, utilizadas en espectáculos denigrantes, privadas de voz y de cultura auténtica y del derecho al voto, excluidas de la vida pública”⁸⁸, y después de analizar el papel que el Estado ha desempeñado en la jerarquía de géneros llega a las siguientes conclusiones: **(i)** el género es un sistema social que divide el poder. Por tanto, es un sistema político. **(ii)** El Estado es masculino, toda vez que ni el liberalismo ni el marxismo reconocen a la mujer, como tal.

Y al respecto sostiene:

“El Estado es masculino en el sentido feminista²⁶. La ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres. El Estado liberal constituye con coacción y autoridad el orden social a favor de los hombres

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 6

⁸⁸ Por el contrario, los hombres, como hombres, en general no han sufrido estas cosas; es decir, los hombres han tenido que ser negros u homosexuales para sufrir estas cosas como hombres.

como género, legitimando normas, formas, la relación con la sociedad y sus políticas básicas. Las normas formales del Estado recapitulan el punto de vista masculino en el nivel de designio”.

Formalmente, el Estado es masculino porque la objetividad es su norma. La objetividad es la concepción que el legalismo tiene de sí mismo. Se legitima reflejando su visión de la sociedad, una sociedad que ayuda a crear viéndola así, y llamando racionalidad a esta visión y a esa relación. Puesto que la racionalidad se mide por la ausencia de puntos de vista, lo que cuenta como razón es lo que corresponde a cómo son las cosas. La racionalidad práctica, en este sentido, significa lo que puede hacerse sin cambiar nada. En este marco, la labor de la interpretación legal pasa a ser «perfeccionar el Estado como espejo de la sociedad»”.

“El género como categoría de estado se considera sencillamente sin existencia legal, se suprime dentro de un orden social presuntamente preconstitucional a través de una estructura constitucional diseñada para no alcanzarlo. Hablando en términos descriptivos más que funcionales o motivacionales, la estrategia es constituir la sociedad desigualmente antes que la ley; después, diseñar la constitución, incluida la ley de la igualdad, para que todas sus garantías se apliquen sólo a aquellos valores que se suprimen por ley; luego, construir normas que legitimen para que el Estado se legitime a través de la no interferencia en el statu quo. Así, mientras el dominio masculino sea tan efectivo en la sociedad que resulte innecesario imponer la desigualdad de los sexos mediante la ley, de modo que sólo son de jure las des igualdades más superficiales entre los sexos, ni siquiera una garantía legal de igualdad entre los sexos producirá igualdad social”.

“Se mantiene pobres a las mujeres en conjunto, por tanto socialmente dependientes de los hombres, a mano para el uso sexual o reproductivo. En la medida en que el aborto existe para controlar las consecuencias reproductivas del coito, y en consecuencia para facilitar el acceso sexual de los hombres a las mujeres, el acceso al aborto estará controlado por «un hombre o El Hombre»⁴³. En tanto esto se haga efectivamente en el terreno social, es innecesario hacerlo por ley. La ley sólo tiene que estar presente pasivamente, reflejando la escena que se desarrolla. La ley de la igualdad entre los sexos se mantiene lo más lejos posible de los asuntos de la sexualidad. La violación, la pornografía, la prostitución, el incesto, la violencia, el aborto, los derechos de los homosexuales y las lesbianas: ninguno de estos temas ha sido una cuestión de igualdad de los sexos ante la ley⁴⁴. En los temas que sí trata la ley de discriminación sexual, el hombre es la referencia implícita para lo humano, la masculinidad la medida del derecho a la igualdad. En esta interpretación general, esta ley es neutral: da a las mujeres poco que no pueda dar también a los hombres, manteniendo la desigualdad entre los sexos pareciendo que la resuelve. El género,

*elaborado y apoyado de esta forma por la ley, se mantiene como división de poder*⁸⁹.

Ahora bien, a pesar de que Mackinnon sostiene que mientras las mujeres vivan en sociedades patriarcales no van a poder contar con su propio punto de vista, desde el cual puedan construir una teoría del estado feminista, trata de reconstruir epistemológicamente el Estado feminista a través del derecho, por ello, de entrada se avizora que Mackinnon entra en una contradicción: por una parte se opone al Estado Liberal y por otra parte termina utilizando sus herramientas legales para lograr sus fines. Empero, en lugar de argüir en contra de esta contradicción, simplemente se tratará de esbozar la sentencia que podría proferir Mackinnon como juez hipotética ante un caso de aborto.

Y al efecto, cabe advertir que Mackinnon se separaría de los argumentos esbozados en las decisiones liberales tomadas a favor de éste derecho al no considerarlas correlativas con sus planteamientos⁹⁰. Por ello, ante todos los casos de aborto, se enfocaría explícitamente a relatar el contexto en el cual la mujer ha quedado embarazada, para así demostrar que el embarazo no es objeto de control de la mujer, pues es un producto del sexo involuntario –obligatorio- que la mujer ha sostenido con el hombre en condiciones de desigualdad. Con esto, dejaría claro de que el embarazo no es un acto de irresponsabilidad sexual femenina⁹¹.

En ese orden de ideas, justificaría el hábito de las mujeres a no utilizar un método anticonceptivo precisamente por su significado social. Toda vez, que la mujer al utilizar un método de control de natalidad reconocería la propia disponibilidad sexual, la planeación de la posibilidad del coito y la previa preparación para las incursiones masculinas aún sin desearlas.

Igualmente, señalaría sin reconocer que el feto sea una persona o que tenga que ser tratado como una persona, que es una forma de vida. Está vivo (...) Más que una parte del cuerpo pero menos que una persona, dónde ésta es en gran parte qué es. Desde el punto de vista de la mujer embarazada, es al mismo tiempo yo y no yo. El feto 'es' la mujer embarazada en el sentido de que está en ella y es de ella, y es más de ella que de cualquier otro. Él 'no es' ella en el sentido de que ella no es todo lo que hay allí”.

En tal virtud, Mackinnon, solamente le concedería el derecho o la elección de abortar a la mujer, la cual primaría en todas las circunstancias sobre la vida del

⁸⁹ *Ibíd.* p. 7-13.

⁹⁰ La sentencia *Roe v. Wade*, mediante la cual se despenaliza el aborto, y se lo conceptualiza como un derecho a la privacidad no encaja con su teoría del estado feminista, pues no tiene en cuenta las nociones feministas.

⁹¹ Mackinnon crítica la el derecho actual, porque éste “*imagina que la relación que precede a la concepción es totalmente voluntaria, sólo para instar a la abstinencia, como si el sexo dependiera de la mujer*”. Y en segundo lugar porque defiende el dominio masculino al incluir el deber de esposa de tener sexo con su esposo. MACKINNON, Catherine. *Hacia una teoría del Estado. Aborto: lo público y lo privado* Op. Cit., p. 330.

feto que la invade⁹². Sólo la mujer puede decidir si quiere soportar o no la violación material y esporádica de su cuerpo, es decir, sólo ella puede determinar si acaba o no con la violación profunda y existencial de su intimidad, de sus proyectos de vida y de la servidumbre sexual a la que se haya sometida al albergar un intruso conocido como feto.

De éste modo, concluiría diciendo que el aborto debe ser gratuito y de fácil acceso, pues es un derecho que le corresponde a todas las mujeres en tanto colectivo, que de no entenderse así supone la negación de la base social conformada por mujeres que justifica el aborto como una necesidad y que constituye un prerrequisito para una vida decente sin limitaciones por motivos de clase social⁹³.

3.2 EL ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA MODERADA DE ROBIN WEST

Por su parte, Robin West como representante de la corriente feminista moderada, y en el intento de construir una teoría feminista del derecho, en su texto “Género y Teoría del Derecho”⁹⁴ al contrastar el ser humano edificado y descrito por la teoría masculina del derecho, con el ser humano edificado y descrito por la teoría feminista (no jurídica), propone una alternativa paralela estructural y no sustantiva de la caracterización de la diferencias existentes en la teoría del derecho (entre la teoría legal del liberalismo y la teoría crítica del derecho), para encontrar las diferencias estructurales existentes al interior de la teoría feminista (entre la teoría feminista cultural y la teoría feminista radical), es así como manifiesta que subyacente en las prenotadas teorías feministas se encuentra una concepción del estado existencialista de la mujer, que está fundamentada en su potencial de “conexión” física y material a la vida humana⁹⁵. Según la autora en estudio las divisiones entre el feminismo radical y el feminismo cultural tienen su origen en las descripciones divergentes de la experiencia subjetiva del estado de conexión.

Y al efecto sostiene:

“La tesis de la conexión” es simplemente está: las mujeres están real o potencialmente conectadas a otra vida humana. Los hombres no. Este hecho material tiene consecuencias existenciales. Mientras que para los hombres puede ser verdad que el individuo es “epistemológica y moralmente anterior a la colectividad”, esto no es verdad para las mujeres. El potencial de conexión

⁹² MACKINNON, Catherine Reflections on Sex Equality Under Law, 1316, citado por DWORKIN, Ronald, El DOMINIO DE LA VIDA. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Ariel S.A. 1994 p. 357

⁹³ Catherine Mackinnon, reniega del liberalismo al darse cuenta que las desigualdades sociales impedían el acceso del derecho al aborto, pues con la sentencia Harris V. McRae se consagraron restricciones para la financiación pública de abortos, toda vez que el estado no se hacía responsable de las desigualdades sociales, y su fundamento fue precisamente que el derecho al aborto era un derecho individual y privado. Op. Cit., p. 34.

⁹⁴ WEST, Robin, Op. Cit., p. 89

⁹⁵ Igualmente, para Robin West la concepción del estado existencial del hombre para la teoría del derecho está fundamentada en la inevitabilidad de la separación física del hombre respecto a la especie. *Ibíd.*, p. 90.

material con el otro define el estado subjetivo, fenomenológico y existencial de las mujeres, tan ciertamente como la inevitabilidad de la separación material respecto del otro define el estado existencial de los hombres... En efecto, es este redescubrimiento de las múltiples implicaciones de la diferencia material entre hombres y mujeres lo que ha vigorizado (y dividido) en esta década, tanto al feminismo radical como al cultural (y son esos descubrimientos los que han distinguido tanto al feminismo cultural como al radical del feminismo liberal)... Así, lo que unifica a la teoría feminista cultural y a la radical (y lo que las distingue a las dos del feminismo liberal) es el descubrimiento, o redescubrimiento, de la importancia de la fundamental diferencia material de las mujeres respecto a los hombres”.

“De acuerdo con los relatos de las feministas culturales acerca de la subjetividad de la mujer, las mujeres valoran la intimidad, desarrollan una capacidad de sustentar la vida y una ética de cuidado por el “otro” con el que estamos conectadas, así como aprendemos a temer la separación con respecto a él. Las feministas radicales cuentan una historia muy diferente. Según el feminismo radical, la conexión de las mujeres con el “otro” es por encima de todo un acto de invasión y de intrusión: el potencial de “conexión” material de las mujeres invita a la invasión de la integridad física de nuestros cuerpos y a la intrusión en la integridad existencial de nuestras vidas. Aunque es posible que las mujeres valoremos “oficialmente” la intimidad de conexión, de manera “no oficial” tememos la intrusión que ésta inevitablemente acarrea y anhelamos la individualización e independencia que la liberación de ese estado de conexión permitiría... Llamaré a estas dos descripciones “la historia oficial y la no oficial del feminismo” respecto de la experiencia subjetiva de conexión física de las mujeres.⁹⁶

West, después de hacer un breve relato de los fundamentos teóricos de las historias del feminismo con respecto al tema de la maternidad, concluye que la historia del feminismo oficial se contrapone a su historia no oficial desde la experiencia subjetiva de conexión, toda vez que por un lado, las feministas culturales celebran el embarazo, el nacimiento y la crianza del niño como una fuente de valor moral, y por el otro, las feministas radicales consideran que dichas prácticas como fuente de opresión deben condenarse más no celebrarse⁹⁷.

Así mismo, sostiene que la diferentes apreciaciones de las teorías feministas sobre la conexión de la mujer, se deben precisamente a que la mujer en su esencia es abiertamente contradictoria, pues pese a que una parte de su ser

⁹⁶ *Ibíd.* P. 91

⁹⁷ Según Robin West es “el argumento radical -que el embarazo es un peligroso abuso al cuerpo, psíquicamente agotador, existencialmente inoportuno y físicamente invasivo, lo que a su turno conduce a un peligroso, agotador, inoportuno e invasivo asalto al sentido de la identidad de la madre- 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 por qué las mujeres deben tener el derecho de ponerle fin”. *Ibíd.* P. 114

valore la intimidad con el otro, la otra, la considera opresiva. Y al respecto sostiene textualmente que:

“Aunque es posible que, en efecto, las mujeres valoren “oficialmente” la intimidad, lo que ellas ansían de manera no oficial es la autonomía y la integridad físicas, así como el celibato: en una palabra la exclusividad física. En el campo moral las mujeres valoramos oficialmente una reflexión moral contextual, relacional, de cuidado, pero secretamente deseamos que todo el mundo se vaya al diablo para poder continuar nuestros propios proyectos: aborrecemos la intrusión que la intimidad acarrea.”⁹⁸

De otro lado, Robin West al tratar de mostrar que el ser humano descrito por la teoría del derecho excluye a la mujer descrita por el feminismo, expone las divergencias existentes entre la teoría liberal del derecho, la teoría cultural feminista, la teoría crítica del derecho y la teoría radical feminista, así:

“De acuerdo con la teoría liberal, los seres humanos responden agresivamente a su estado natural de relativa igualdad física. En respuesta a los grandes peligros planteados por sus mutuas agresiones en el estado natural, se guían por una moralidad intensamente antinaturalista basada en la autonomía, los derechos y las esferas individuales de libertad que se proponen y hasta cierto punto logran, refrenar esas agresiones. Respetan un estado civil que imponga esos derechos contra las más atroces infracciones. La descripción de la subjetividad de las mujeres según el feminismo cultural es completamente lo opuesto. De acuerdo con ésta, las mujeres viven en el reino de la desigualdad natural. Son físicamente más fuertes que el feto y que el niño. Las mujeres no responden con una agresión a su desigualdad natural respecto a ellos, sino con su crianza y su cuidado. Esa respuesta natural y de crianza evoluciona hacia una moral natural del cuidado, que es consistente con la respuesta natural de las mujeres. Por ello, las morales sustantivas que resultan de estas dos historias son también, de forma no sorprendente, diametralmente opuestas. La autonomía que valoran los seres humanos y los derechos que necesitan para restringir su hostilidad natural hacia el igual y separado otro, contrastan intensamente con la intimidad que valoran las mujeres y con la ética del cuidado que, en lugar de representar una limitación, es una extensión de la respuesta natural de las mujeres, que es la de alimentar y criar al dependiente y conectado otro”.

“Las descripciones subterráneas de la subjetividad que surgen de las historias no oficiales del feminismo radical y de la teoría crítica del derecho, más que compararse, también se contrastan. De acuerdo con los teóricos críticos del derecho, los seres humanos no responden a su estado natural de separación física con agresiones, temor y sospecha mutua – como lo

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 122

sostiene el liberalismo-, sino con nostalgia. Los hombres sufren de un perpetuo horror al aislamiento y a la alineación, temen el rechazo, y abrigan el ansia de comunidad, de conexión y de asociación. Las mujeres, por contraste, según el feminismo radical, responden a su estado natural de conexión material con el otro con un anhelo de individualización y un desprecio por la invasión. De manera igualmente clara, el temor clandestino de la alineación que sienten los hombres (de acuerdo con la teoría crítica del derecho) contrasta marcadamente con el temor clandestino que tienen las mujeres de la invasión y de la intrusión (de acuerdo con el feminismo radical)".

"la subjetividad descrita por la teoría crítica del derecho –el anhelo de conexión y el temor de alienación- no es la subjetividad descrita por el feminismo cultural- la capacidad de intimidad, la ética del cuidado y el temor de separación-... La diferencia puede ser explicada de forma gráfica: la intimidad que valoran las mujeres se refiere a un compartir el territorio intersubjetivo que preexiste al esfuerzo hecho para identificarlo. La conexión que sospecho que los hombres intentan conseguir no preexiste al esfuerzo, y no es un compartir espacios"

"la descripción hecha por las feministas radicales de la naturaleza subjetiva de las mujeres, de sus aspiraciones y temores, no es la misma que la descripción de la "naturaleza humana" que usa el liberalismo"...el terror de invasión y de intrusión que sienten las mujeres respecto del potencial de penetración y de impregnación del otro conectado a ella, no es el mismo que el temor de aniquilación y de frustración que sienten los hombres frente al otro. El mayor temor de los hombres es ser exterminados – asesinados-. El temor de invasión sexual y fetal es el temor de ser ocupadas desde adentro, no de ser aniquiladas desde afuera, de que el yo sea vencido, no acabado, de que la vida física y material de una se vea tomada por la apremiante presión física del otro, no acabada por los intereses conflictivos de otro, de ser en breve apropiada, ocupada, desplazada, e invadida, no asesinada."

"De manera similar, la individualización apreciada por el feminismo radical no es lo mismo que la autonomía que proclama el liberalismo, aunque pueda ser una precondition para ésta. La "autonomía" alabada por el liberalismo es el derecho que uno tiene a perseguir sus propios fines. La "individualización", como es entendida por el feminismo radical, es el derecho a ser la clase de criatura que puede tener, y luego perseguir, "sus" propios fines. El anhelo de individualización de las mujeres es el anhelo de un estado trascendente del ser individual que se enfrenta a lo que es internamente contrario, dado, fundamental y primero".⁹⁹

⁹⁹ Al respecto Robin West, afirma que la causa por la cual los seres humanos y las mujeres, niegan sus deseos clandestinos, es por la del temor legítimo al rechazo o la violencia de la cultura dominante. *Ibidem.*, p. 123 - 131

Corolario de lo anterior, Robin West discute la posibilidad de construir una teoría del derecho verdaderamente feminista al demostrar que la teoría del derecho es masculina¹⁰⁰, para lo cual sostiene que es necesario la abolición virtual del patriarcado como una condición previa para la viabilidad política de una teoría sin género, en la cual se revele y no esconda el origen distintivo existencial y material de las mujeres.

Es así, como desde el proyecto mal denominado “teoría feminista del derecho”, que pretende una “teoría reactivista del derecho”¹⁰¹, West, hipotéticamente como juez, proyectaría su sentencia utilizando un lenguaje directo que sea fiel a la experiencia subjetiva de las mujeres, que no deje beneficio de la duda y que sea ante todo racional frente a la corriente dominante¹⁰².

En consecuencia, explicaría que el embarazo no deseado –obligatorio- es un peligro¹⁰³, que implica la invasión del cuerpo por el feto y la intrusión en la vida de la madre después del nacimiento e igualmente que: “El daño que causa un feto no deseado no es el de la aniquilación...: no es un asalto, ni una paliza, ni un contrato quebrantado, ni un acto de negligencia. Un feto no es un igual en el estado de naturaleza, y el daño que puede causar no es de ningún modo análogo a ese daño”¹⁰⁴.

En razón de lo anterior, Robin West concluiría diciendo que “el feto es “otro”, y es perfectamente razonable buscar un “derecho” liberal sólido de protección contra el mal que causa” con el objeto de respaldar el aborto como un “derecho a la defensa contra una particular invasión física y existencial” de la mujer”¹⁰⁵.

3.3 SUMARIO

Finalmente, después de haber tratado de fundamentar las sentencias hipotéticas, que pudieran fallar Catherine Mackinnon y Robin West en la investidura de un juez, se hace necesario tomar partido en pro o en contra de las posiciones asumidas por las autoras en estudio para un mejor análisis del presente trabajo.

¹⁰⁰ Robin West. Sostiene que la teoría del derecho es masculina porque trata sobre leyes cuyos beneficiarios y autores son masculinos. *Ibíd.*, p. 158

¹⁰¹ Al no haberse abolido el patriarcado, la condición para la creación de una teoría sin géneros es prácticamente imposible, por ello Robin West, afirma que la teoría feminista del derecho ha sido llamada inexactamente así, y en su lugar considera que simplemente existen dos proyectos feministas del derecho, por una parte el que trata de desenmascarar y criticar el patriarcado, oculto tras el derecho, y por otra, la rearticulación desde el feminismo de los derechos concedidos a las mujeres, de una manera que revelen y no escondan la diferencia existencial y material de las mujeres, a lo cual denomina teoría reactivista del derecho. *Ibíd.*, p. 158 -159

¹⁰² Afirmamos que debe ser racional, por cuanto la meta de la teoría reactivista del derecho es volver racional la reforma feminista, toda vez que dichas reformas siempre han pasado por desproporcionadas e irracionales por tratar de proyectarse en las categorías que reflejan la naturaleza masculina y ocultan la naturaleza subjetiva femenina.

¹⁰³ Vale la pena reconocer que West, toma en parte el aporte del feminismo radical por el cual se considera el embarazo como una lesión para desarrollar su propia conclusión sobre el aborto.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 172

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 173

Y al efecto, se advierte que con el presente estudio no se pretende establecer ninguna nueva definición legal para el reconocimiento del derecho al aborto. Se estaría en desacuerdo con la posición dominante en cuanto que reflejada en leyes, jurisprudencia y doctrina, de que los casos de aborto a excepción de aquellos que interrumpen el embarazo como resultado de una conducta delictiva, como peligro para la vida de la madre o como malformación del feto, sean susceptibles de sanción penal. Pero esta crítica no va dirigida hoy por hoy a un cambio de modelo legal, como intenta Mackinnon, sino que se manifiesta como una crítica constitucional hacia la sentencia C -355 de 2006, en la cual se despenaliza el aborto para los precitados tres casos taxativos. Quienes defienden los criterios por los cuales se despenaliza el aborto para los mentados casos especiales no les importa a costa de proteger un derecho ficticio para el nasciturus, la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad de las demás mujeres. Por ello, en el presente trabajo, se intentará someter el tipo penal del aborto como medida que limita derechos fundamentales a un test estricto de control constitucional, para determinar que tan imperioso, adecuado, necesario y proporcional puede llegar a ser en contraposición al derecho que restringe. En resumidas cuentas, necesitaremos ajustar nuestras afirmaciones a un marco legal.

Al moverse en éste terreno, el presente trabajo está a favor de la afirmación por la cual Robin West, dice necesitar buscar un “derecho” liberal sólido para defender el aborto, empero, disiente con respecto a la supuesta condición previa de abolición virtual del patriarcado para la creación de una teoría sin género, toda vez que cualquier política o teoría que se aplique sin analizar previamente la situación de hombres y mujeres en la sociedad tendrá distinto impacto sobre la población masculina y femenina, y, por tanto, un sesgo sexista. No hay políticas neutras; si se plantean como tales, reforzarán los roles tradicionales de hombres y mujeres.

A modo de conclusión, si las corrientes feministas tienen deficiencias, el Estado Social Democrático de Derecho Colombiano también las mantiene, porque a pesar de reconocer que las mujeres son iguales ante la ley no les otorga la potestad y libre ejercicio de su personalidad para abortar. Simplemente se ha encargado de legislar y judicializar subjetivizando y moralizando las conductas que se consideran normarles desde el punto de vista de la mayoría de las mujeres que no quieren y no desean un embarazo. Es así como, se puede estar en contra de la mayor parte de las aproximaciones teóricas feministas y del modo en que se aplica e interpreta el derecho, y sin embargo, estar a favor de los derechos que les corresponden a las mujeres y de las herramientas jurídicas para lograr el reconocimiento y acceso a aquellos derechos, sin cambiar el orden de lo normal y demeritar a la mujer.

CAPITULO CUARTO

4. DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ABORTO EN COLOMBIA

4.1 EVOLUCIÓN LEGAL DEL TRATAMIENTO PUNITIVO DEL ABORTO EN COLOMBIA

El Estado Colombiano, en uso de su libertad de configuración legislativa o política criminal, ha sancionado penalmente el aborto, para proteger la vida del nasciturus, históricamente de la siguiente forma:

En 1837, sancionó el aborto consentido y no consentido, admitiendo al mismo tiempo el aborto terapéutico. Previsión que fue acogida en su totalidad por el Código de Enjuiciamiento Penal de 1873.

Por su parte, el artículo 640 del Estatuto Penal de 1890, autorizó el aborto terapéutico, siempre y cuando fuera absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer, y excluyó de la imposición de la pena a todo aquel que obrare con esa motivación¹⁰⁶. Dicho Código también incluyó el llamado "aborto honoris causa", que disponía que la pena podía ser reducida en el caso de la "mujer honrada y de buena fama" cuando el móvil de la actuación fuere el de "encubrir su fragilidad".

Posteriormente, la Ley 109 de 1922 que nunca entró a regir, pretendió reformar el código penal de 1890, a través de un extraño y sugerente cambio normativo, en el que se eliminaba el aborto terapéutico y conservaba el aborto honoris causa.

El artículo 386 del Código Penal de 1936, que rigió hasta 1980, estableció el tipo principal de aborto consentido y contempló otros tres tipos penales referidos al aborto: el del aborto sin consentimiento, un tipo penal con agravante punitivo para el médico, cirujano, farmacéuta o partera que interviniera en la realización del aborto y, finalmente, conservaba la atenuante para el aborto honoris causa¹⁰⁷.

Esta normatividad fue reemplazada por los artículos 343 y 345 del Decreto 100 de 1980, en los cuales se penalizó el aborto en similares términos a los incluidos en

¹⁰⁶ Código Penal de 1890: "ARTÍCULO 641. No se incurrirá en pena alguna 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 u eximir de pena al que con rectitud y pureza de intenciones crea autorizado para acudir a dichos medios".

¹⁰⁷ Código Penal de 1936. "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 perdón judicial."

la codificación actual que entró a regir por virtud de la Ley 599 de 2000, en la cual se tipifica el aborto en sus artículos 122, 123 y 124¹⁰⁸.

4.2 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL ABORTO

Ahora bien, con respecto a la evolución jurisprudencial tenemos que a partir de la expedición de la Constitución política de 1991, se han presentado cinco demandas importantes en contra de las normas que penalizan el aborto en Colombia, frente a las cuales, la Corte Constitucional denegó a cuatro de ellas sus pretensiones de forma total.

En efecto, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-133 de 1994¹⁰⁹, declaró la exequibilidad del artículo 348 del Decreto 100 de 1980, cuyo tipo penal del aborto, se reitera, es prácticamente idéntico al contenido en el artículo 122 de la Ley 599 de 2000. Dicho proveído para desestimar los cargos por vulneración de libertad procreativa, conciencia y cultos, centró su principal argumento en el criterio sagrado de la vida y la primacía dogmática de la protección de la vida del nasciturus, al establecer que la Constitución Nacional protege no sólo el fruto de la concepción, sino el proceso mismo de gestación de la vida humana a pesar de que el nasciturus no tenga la condición de persona.

Pues al efecto sostiene que:

“El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la Carta Política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos”.

“Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus,

¹⁰⁸ LEY 599 DE 2000: “ARTICULO 122. ABORTO. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

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

ARTICULO 123. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses

ARTICULO 124. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION 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.

PARAGRAFO. 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”.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994 Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.

En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento”.

“La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.”

“El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte”.

“La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado”.

“En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de "todas las personas", y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.”

“Las disposiciones constitucionales reseñadas, al igual que todas aquellas relativas a los derechos fundamentales, encuentran un refuerzo y complemento en el inciso 2° del artículo 93, en cuanto permite incorporar a la Constitución Política, lo dispuesto en materia de derechos humanos en los tratados y convenios internacionales vigentes, el cual actúa igualmente, como un dispositivo jurídico, que tolera el ofrecimiento de pautas interpretativas idóneas para fijar los alcances de los derechos fundamentales. Es así como esta norma señala, que "los derechos y deberes consagrados

en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Dicho fallo, concluyó interpretando que la penalización del aborto no vulnera el derecho de la pareja a determinar el número de hijos, bajo el entendido de que éste derecho sólo puede predicarse hasta antes del momento de la concepción, e igualmente que cualquier eventual conflicto entre los derechos de la embarazada y los derechos del nasciturus, debían ser resueltos por el Legislador al diseñar la política criminal.

Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-013 de 1997¹¹⁰, declaró exequibles varias disposiciones contenidas en el Decreto 100 de 1980, referidas a la muerte, el abandono, el abandono seguido de lesión o muerte de hijo fruto de acceso carnal no consentido o abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidos, así como de la atenuación punitiva respecto del aborto practicado ante las mismas circunstancias descriptivas de los tipos anteriores¹¹¹.

En este nuevo fallo, se insiste en el carácter sagrado de la vida, y en su protección constitucional desde el momento mismo de la fecundación. Así mismo, se advierte que, en virtud del artículo 94 de la Constitución Nacional, se encuentra el sustento para la protección del derecho a la vida del nasciturus cuando se admite la existencia de derechos no enunciados en el texto constitucional.

Igualmente, La Corte determinó que no había vulneración del derecho a la dignidad de la mujer al ser obligada a continuar con el embarazo forzado sobre su voluntad y cuerpo ante la atenuación punitiva del aborto en los casos de violación o inseminación artificial no consentida. Pues consideró que la maternidad, independientemente de las condiciones en que se produce, sólo puede enaltecer y dignificar a la madre.

Y en efecto expresamente sostuvo que:

“El aborto, a juicio de la Corte, es un acto en sí mismo repudiable, que, en cuanto cercena de modo irreparable la vida de un ser humano en formación, lesiona gravemente el derecho constitucional fundamental del que se trata y exige del Estado la consagración de normas que lo repriman y castiguen, si bien la ley tiene autonomía para prever causales de justificación o exculpación, como ocurre con todos los delitos, o, en consideración a circunstancias como las contempladas en el artículo 345 del Código Penal, atenuar, por razones de justicia, la pena que haya de imponerse.”

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 013 del 23 de enero de 1997, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹¹ La Corte en esta oportunidad determinó que no es competente para evaluar atenuaciones punitivas, salvo en los casos de evidente irrazonabilidad o desproporcionalidad. Idid.

“Ningún criterio de distinción es aceptable, a la luz del Derecho, para suponer que esa protección constitucional tenga vigencia y operancia únicamente a partir del nacimiento de la persona, o que deba ser menos intensa durante las etapas previas al alumbramiento”.

“Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto. Su naturaleza humana no se adquiere de un momento a otro mediante la ruptura del cordón umbilical sino que acompaña al fruto de la concepción desde el principio. Resultaría artificial y carente de todo respaldo científico la teoría que sostuviera que, con antelación al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz no era vida o que no correspondía a un ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica.”

“Dedúcese de lo dicho que, si la defensa de la vida humana en todos sus estadios es obligación y responsabilidad de las autoridades (Preámbulo y artículos 2 y 11 de la Constitución Política), es plenamente legítima y constitucional la decisión del órgano competente en el sentido de penalizar el aborto provocado en cuanto, en esencia e independientemente de las motivaciones subjetivas de quien lo ocasiona -las cuales, desde luego, pueden dar lugar a la disminución de la pena y al establecimiento de causales de justificación del hecho o de exculpación, como en todos los delitos-, es agresión, ataque, violencia contra un ser vivo, de tal magnitud que, al perpetrarse, corta definitivamente, de modo arbitrario, el proceso vital y representa, ni más ni menos, la muerte de la criatura.”

“resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor, es decir, que espíe la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir”.

“La Corte desecha también el argumento según el cual la penalización -aun leve- de la voluntaria interrupción del embarazo en los eventos anotados afecta o degrada la dignidad de la mujer. Se confunde así el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene.

Pero, aun admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer”.

Más adelante, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 647 de 2001¹¹², decretó la exequibilidad del parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, por el cual se faculta al juez a prescindir de la imposición de la pena en el caso del aborto en su versión atenuada, cuando obran "circunstancias anormales de motivación".

En dicho evento, la Corte se limitó a reiterar su doctrina en relación con la potestad configurativa reconocida al Legislador en materia de política criminal, y se sostuvo en la tradición de la institución de la exclusión de punibilidad en el ordenamiento penal colombiano, exclusión que encontró válida al ser establecida por el Legislador, como causa personal en relación con el tipo de aborto atenuado, así:

“La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”.

“La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas.”

De igual forma, la Corte en la sentencia C -198 de 2002¹¹³, se volvió a pronunciar sobre la referida causal de atenuación punitiva, aunque esa vez tanto el cargo como el fallo se limitaron a supuestos vicios de forma, que la Corte declaró infundados.

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia C- 647 del 20 de junio de 2001. Mp. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C -198 de 19 de marzo de 2002. Mp. Clara Inés Vargas Hernández

Finalmente, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-355 de 2006¹¹⁴ al abordar el examen de constitucionalidad sobre los artículos 122, 123, 124 de la ley 599 de 2000, declaró ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; y por oposición Inexequibles el artículo 124 y la expresión contenida en el artículo 123 "...o en mujer menor de catorce años".

En dicho proveído, la Corte inicialmente hace referencia a la vida como un bien constitucionalmente relevante susceptible de protección estatal, que se diferencia del derecho fundamental a la vida, en cuanto éste supone la titularidad para su ejercicio en la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición. En palabras de la Corte:

"la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. (Subraya fuera de texto).

En virtud de lo anterior, aquella sentencia deja claro que el nasciturus independientemente de si es persona o no, es una vida en gestación y por lo tanto debe gozar de protección no absoluta e incondicional¹¹⁵, sino que debe ser ponderada con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución nacional de 1991 y con otros instrumentos del derecho internacional humanitario.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 355 de 10 de mayo de 2006, Magistrados Ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

¹¹⁵ "Determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del nasciturus". Ibíd.

Por otra parte, después de hacer un análisis a las normas constitucionales e internacionales, la Corte sostiene que:

“no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en éste ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio”.(subraya fuera de texto)

De otro lado, la Corte al analizar la autonomía personal como elemento esencial del derecho fundamental de la dignidad humana, sostiene que respecto a la mujer, no sólo le asegura frente al Estado y los particulares el respeto de su autonomía reproductiva, y la protección contra la asignación de roles de género estigmatizantes sino que también se constituye en un límite para la configuración penal del legislador aún cuando trate de proteger bienes constitucionales relevantes como la vida. Y al efecto sostuvo que:

“En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”. (Subraya fuera de texto).

Así mismo, sostiene que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad no sólo en los específicos casos de libertad consagrados por la Constitución¹¹⁶ sino también en el ámbito de autonomía individual, se constituye al igual que el derecho fundamental de la salud¹¹⁷, los tratados internacionales que se encuentran integrados en el bloque de constitucionalidad¹¹⁸ y los principios de

¹¹⁶ libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas.

¹¹⁷ La Corte Constitucional ha señalado a través de las sentencias T - 300 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T- 484 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), T- 491 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T576 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T - 419 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) que el derecho a la salud, si bien no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Carta Política cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuandoquiera que se encuentre en relación de conexidad con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad.

¹¹⁸ De los tratados internacionales que cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto y que dejan un margen de configuración al legislador son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

proporcionalidad y razonabilidad¹¹⁹, en un claro límite a la potestad del legislador en el ejercicio de su potestad sancionatoria.

Colorario de todo lo anterior, y al no encontrar un precedente que permita determinar si el legislador está transgrediendo los márgenes de su potestad sancionatoria y por tanto vulnerando los derechos fundamentales de la mujer al tratar de proteger la vida del nasciturus bajo cualquier circunstancia, la Corte aplicó un juicio de proporcionalidad, mediante el cual sostuvo que pese a que el tipo penal del aborto resulta ajustado a la constitución, su penalización en todas las circunstancias, resulta ser inconstitucional por cuanto comprende el sacrificio absoluto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

Es así, como la Corte Constitucional declara que ante la desproporción de los derechos de la madre para algunos casos, resulta inconstitucional la atenuación punitiva del aborto¹²⁰, e igualmente el aborto consentido para proteger la vida de la madre¹²¹ o por malformación del feto¹²², y la expresión “o en mujer menor de catorce años” del artículo 123 de la ley 599 de 2000¹²³.

Finalmente, la Corte determinó que imponer ciertos requisitos previos para que la mujer pueda abortar, tales como la presentación de un certificado médico o una denuncia penal según sea el caso, era constitucional, en la medida que tales regulaciones no sean barreras que impidan la práctica del aborto.

4.3 CAMBIO JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, después de haber hecho un breve relato de la evolución histórica del tratamiento punitivo del aborto en Colombia, se procederá a analizar el cambio jurisprudencial que brindó la sentencia C-355 de 2006 en el objeto del presente estudio.

Y al efecto, es necesario advertir que la Corte Constitucional, a través de la precitada sentencia, rompió el precedente por el cual sin explicación alguna y lejos de hacer un ejercicio de ponderación, protegía absolutamente mediante juicios de valor, la vida del nasciturus pese al sacrificio de los derechos fundamentales de la

¹¹⁹La medida legislativa del derecho penal no puede ser una medida perfeccionista que pretenda imponer un modelo de conducta a los asociados ni tampoco puede comprometer el sacrificio de principios y derechos constitucionales.

¹²⁰ La atenuación punitiva para los casos contemplados en el artículo 124 de la ley 599 de 2000 y por incesto es desproporcionada, bajo el entendido de que afecta gravemente los derechos a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada.

¹²¹ Para la Corte Constitucional es excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación.

¹²² “*el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entraña la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debe soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable*”. Ver sentencia C- 355 de 2006. Op. Cit., p. 274.

¹²³ La Corte en ésta sentencia declara inconstitucional la expresión “o en mujer menor de catorce años”, porque anula los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y dignidad de la menor embarazada y por no resultar adecuada para la consecución de los fines que se propone.

madre en gestación, toda vez que logró establecer que la vida no tiene el carácter de un derecho absoluto.¹²⁴

Igualmente, se avizora que la Corte cambió su jurisprudencia en cuanto a la concepción del inicio de la vida humana y al alcance de la dignidad de la mujer, pues anteriormente establecía que la vida existía desde la formación del cigoto y que la dignidad de la mujer jamás podría prevalecer sobre la vida del nasciturus, sin embargo, ahora, considera que no es competente para establecer el momento exacto a partir del cual se inicia la vida e igualmente que en determinados casos la dignidad de la mujer prevalece sobre la vida del no nacido.

En virtud de lo anterior, pese a que la Corte Constitucional a través del cambio jurisprudencial logró un triunfo en materia de interpretación de los derechos femeninos, todavía deja algunas controversias sin resolver, entre las cuales se destaca la posible vulneración al núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la mujer que decide abortar por razones diferentes a las consideradas constitucionales. Controversia que se tratará de dilucidar en el capítulo VI del presente trabajo.

¹²⁴ Ver MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. ABORTO EN COLOMBIA DEMANDAS Y DECISIONES: La consistencia de los argumentos. En: Revista Foro universitario. Editorial Universidad de Nariño. Pasto, No. 23, 2006. 149 y ss.

CAPITULO QUINTO

5. DISQUISICIONES TEORICAS DEL ABORTO

El controvertido tema del aborto, a lo largo de la historia mundial ha generado todo un espiral de posiciones, unas a favor y otras en contra, de las cuales muchos teóricos del derecho han tomado partido para desarrollar sus elementos de juicio, para el caso que nos ocupa, es de especial importancia comprender la discusión que se suscita no sólo al interior de la Corte Constitucional sino también a nivel doctrinal, es por ello, que en el desarrollo del presente capítulo se sintetizaran los principales argumentos asumidos por Ronald Dworkin y por los magistrados que salvaron su voto en las diferentes sentencias constitucionales.

5.1 UNA DISCUSIÓN TEÓRICA ACERCA DEL ABORTO Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL POR RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin, a través de su publicación titulada el “EL DOMINIO DE LA VIDA” construye un original argumento acerca de cómo debería interpretarse la discusión en torno al aborto para poderle brindar una verdadera solución jurídica, y al efecto sostiene que constituye un error concebir la controversia como relativa a un conflicto de derechos – objeción de carácter derivado¹²⁵-, pues en realidad gira en torno a la satisfacción de un valor generalmente compartido, el cual es el valor intrínseco de la vida –objeción de carácter autónomo¹²⁶- . Discusión que para Dworkin resulta ser congruente con la gran tradición de libertad de conciencia de las democracias modernas pluralistas, toda vez que es posible creer que el aborto es inmoral pero al mismo tiempo que no es de la incumbencia del Gobierno intentar sancionarlo a través de la ley penal¹²⁷.

A la luz de los anteriores argumentos, para Dworkin no es posible entender la controversia constitucional en torno al aborto, especialmente la que surge de la

¹²⁵ Según está objeción el abortar es inmoral porque viola el derecho a la vida del nasciturus, partiendo del presupuesto de que los fetos tienen iguales derechos e intereses que los seres humanos. Controversia que para Dworkin a todas luces resulta ser falaz, al no tener sentido la suposición de que el feto sea persona o tenga interés o derecho propio en seguir viviendo desde el momento mismo de su concepción pues carece de sustrato neural necesario que le permita desear vivir hasta algún momento tardío de su gestación, en otras palabras, el aborto no es inmoral porque sea contrario a los intereses del feto cuya vida se extingue sino porque supone la destrucción deliberada de la vida de un organismo humano. Dworkin, Ronald, Op. Cit., p. 19. y 28.

¹²⁶ Según está objeción el aborto es inmoral porque insulta el valor intrínseco – el carácter sagrado- de cualquier etapa o forma de vida humana. Quien acepte esta objeción y arguya que el aborto debería ser prohibido por la ley, cree que el Gobierno tiene una responsabilidad de carácter autónomo de proteger tal valor intrínseco. *Ibíd.*, p. 20.

¹²⁷ Tanto la opinión liberal como la conservadora, presuponen que la vida humana tiene en sí misma un significado moral intrínseco, por lo que es un principio inmoral extinguir una vida incluso cuando no están en juego los intereses de nadie. No obstante, para Dworkin es perfectamente coherente sostener desde cualquiera de las posiciones que el aborto es moralmente incorrecto, y sin embargo creer que la decisión de poner fin o no a una vida humana debe dejarse a la conciencia de la mujer embarazada, pues es titular de los intereses en juego. *Ibíd.*, p. 24.

sentencia *Roe vs. Wade*, si se la interpreta como si versara primordialmente sobre los derechos e intereses del feto, pues según sus propias palabras:

*“En todas partes se supone que la cuestión crítica en *Roe vs. Wade* es la cuestión de si los estados tienen el poder constitucional de tratar al feto como una persona; pero si esto fuera cierto, entonces *Roe* sería una sentencia obviamente correcta, de forma casi indiscutible, y la gran oposición a la misma por parte no sólo de activistas contrarios al aborto, sino también de algunos constitucionalistas famosos, sería completamente inexplicable. Lo que estaba realmente en juego en ese importante caso era si los legisladores estatales tienen el poder constitucional de decidir qué valores intrínsecos deben respetar todos los ciudadanos, y si los legisladores pueden prohibir el aborto por esta razón y cómo”¹²⁸.*

En tal caso, para Dworkin el aborto es inmoral no porque viole los derechos del feto o perjudique sus intereses, sino porque pueden ser violados a pesar de que el feto no tenga derechos o intereses¹²⁹.

Igualmente, para él la vida humana es intrínsecamente importante, porque su valor es independiente de lo que las personas quieren, disfrutan, necesitan o consideran como algo bueno para ellas. Dicho en otras palabras, la vida humana, es importante por sí misma y no sólo porque las personas la deseen o la disfruten, lo que de contera implica que el aborto sea ya un problema¹³⁰.

Y al efecto, ante el carácter problemático del aborto y a menudo moralmente incorrecto, Dworkin señala como criterio para medir la gravedad de la pérdida de vida humana, el de la frustración que es directamente proporcional a la inversión significativa de la vida perdida, es así como ninguna frustración se produce cuando nacen menos seres humanos, al no realizarse ninguna inversión creativa¹³¹.

En conclusión, para Dworkin es posible una mejor comprensión sobre los desacuerdos acerca del aborto si se los toma como reflejos de profundas diferencias acerca de cuál es la importancia moral relativa de las contribuciones natural y humana a la inviolabilidad de las vidas humanas individuales. De hecho, se puede entender mejor el espectro de opiniones acerca del aborto, desde las

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 38.

¹²⁹ Aserto que corrobora al afirmar que *“La gran mayoría de las personas que tienen opiniones enérgicas sobre el aborto- tanto liberales como conservadoras- creen, al menos intuitivamente, que la vida de un organismo humano tiene valor intrínseco en cualquiera de las formas que adopte, incluso la forma extremadamente poco desarrollada de un embrión recién plantado”*. *Ibíd.*, p. 94.

¹³⁰ Para Dworkin la creencia de que la vida de cualquier organismo humano, incluido el feto, tiene un valor intrínseco – un carácter sagrado- con independencia de que pueda tener además un valor instrumental o personal, hace que el aborto sea problemático, en la medida de que la vida humana existente, es inviolable. *Ibíd.*, p.100.

¹³¹ *“La gente cree que el aborto, cuanto más avanzado sea el estado de embarazo en que se práctica, no es sólo más difícil emocionalmente, sin también moralmente peor...La mayor parte de la gente cree que el aborto es moralmente peor en el segundo trimestre –mucho antes de que sea posible la sensibilidad- que en el primer trimestre”*. *Ibíd.*, p. 119.

más conservadoras a las más liberales, teniendo en cuenta las opiniones acerca de la gravedad relativa de las dos formas de frustración¹³² y situándolas en una escala, entre dos extremos:

“desde la opinión que considera que cualquier frustración de la inversión biológica es peor que cualquier posible frustración de la inversión humana, pasando por opiniones que sugieren equilibrios más moderados y complejos, hasta la opinión que sostiene que frustrar la inversión meramente biológica a penas importa y que frustrar una inversión humana es siempre peor”¹³³.

Ahora bien, después de haber explicado la forma en que se debe entenderse el debate constitucional sobre el tema del aborto, Dworkin defiende la posición asumida por el juez Blackmun al proferir la sentencia en el caso de Roe contra Wade, mediante la cual declaró que:

“una mujer embarazada tiene un derecho constitucional a la privacidad en materia de procreación, y que este derecho general incluye el derecho al aborto si ella y el médico deciden a favor del mismo. Añadió que las razones que pueda tener un estado para anular este derecho criminalizando el aborto no constituían razones imperativas durante los dos primeros trimestres del embarazo, y concluyó que un estado no podía prohibir el aborto durante este periodo”¹³⁴.

Pues él defiende la idea en contraposición de las críticas proferidas contra dicha sentencia¹³⁵ de que la Corte Suprema al estar obligada a acoger el precedente mediante el cual se estableció que las personas tienen un derecho constitucional específico a tomar sus propias decisiones en materia de procreación¹³⁶, es competente para proteger el derecho al aborto como si hubiese sido seleccionado por la propia constitución estadounidense al ser una disposición de naturaleza abstracta¹³⁷.

¹³² Hay dos tipos de frustraciones para la vida, la primera es por la muerte prematura, que desaprovecha todas las inversiones naturales y personales realizadas previamente, y la segunda, por deficiencias físicas o psíquicas, o por otro tipo de fracasos sociales. *Ibíd.*, p.120

¹³³ *Ibíd.*, p. 123.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 140.

¹³⁵ Las críticas principales contra la sentencia insisten que el Juez Rehnquist, en su voto disidente tiene la razón al negar que las mujeres tuvieran un derecho constitucional específico a controlar su propia reproducción, pues para él las mujeres sólo tienen un interés de libertad, el cual es suficientemente importante para convertir en inconstitucional cualquier ley que prohíba el aborto aún cuando sea necesario para salvar la vida de la madre, sin embargo declaró que son legítimos los objetivos que un estado puede perseguir al prohibir el aborto practicado por otros motivos. *Ibíd.*, p. 141.

¹³⁶ La sentencia de 1965 en el caso *Griswold vs. Connecticut*, es el claro precedente por el cual la Corte decidió que un estado no puede prohibir la venta de anticonceptivos a personas casadas. La cual al ser considerada como una buena doctrina legal, permite aceptar que las mujeres, tienen, en efecto, “*un derecho constitucional a la privacidad que, en principio, ampara no sólo la libre decisión de engendrar hijos o de no engendrarlos, sino también la libre decisión de tenerlos o no*”. *Ibíd.*, p. 142.

¹³⁷ Las disposiciones constitucionales que ordenan el respeto a la libertad y a la igualdad son abstractas, motivo por el cual, las objeciones que establecen que las mujeres no tienen derechos constitucionales protegidos en relación a su autonomía procreativa, porque tal derecho no está mencionado en el texto de la Constitución, para Dworkin son equivocadas. *Ibíd.*, p. 173.

Igualmente, Dworkin está de acuerdo con la ratificación que dicha sentencia le dio al derecho constitucional de la mujer embarazada a la autonomía procreativa¹³⁸, al determinar que los estados no tiene el poder de prohibir el aborto. Pues tales argumentos le permitieron confirmar que la controversia constitucional no radica en determinar si un feto es una persona o no, conforme al significado de la Constitución, sino si los estados tienen un poder legítimo para determinar cómo los ciudadanos deben respetar el valor inherente a la vida.

Advierte, además que los estados tienen un legítimo interés para regular las decisiones de sus ciudadanos acerca del aborto, motivo por el cual para Dworkin la decisión de Roe es acertada en la medida que reconoce a los estados un interés legítimo para regular el aborto, y al respecto manifiesta que:

“Tanto en lo que respecta a Roe, como en otras decisiones judiciales, fue un misterio determinar cuál era ese interés, pero lo hemos identificado con el interés legítimo para mantener un entorno moral, en el que las decisiones acerca de la vida y la muerte se tomen cuidadosamente y sean tratadas como asuntos moralmente graves”

Así mismo, precisó que la decisión del juez Blackmun, mediante la cual eligió una etapa suficientemente tardía para permitirle al estado restringir el aborto, es la que le permite atender adecuadamente tanto sus intereses relativos a proteger los intereses del feto, como su propio interés autónomo de promover la responsabilidad¹³⁹, toda vez que esperar deliberadamente a practicar un aborto hasta después de la etapa en que aparece la viabilidad fetal, parece un desprecio al valor inherente de la vida humana, puesto que para Dworkin:

“Es una convicción casi universal que el aborto se hace resueltamente más problemático, desde el punto de vista moral, conforme el feto se transforma en un niño, esto es, cuando la diferencia entre el embarazo e infancia llega a ser más un asunto de ubicación del bebé que del estado de su desarrollo. La convicción extendida parece extraña en la medida en que creemos que la cuestión de si el aborto es inmoral depende sólo de si el feto es una persona desde el momento de la concepción. Pero esa convicción es, en cambio, poderosa una vez que vemos que el aborto es inmoral, cuando lo es, porque insulta la santidad de la vida humana. El insulto a ese valor es tanto mayor cuando la vida destruida se encuentra en una etapa más avanzada, cuando

¹³⁸ Para Dworkin la libertad de elección es materia de aborto es una consecuencia necesaria de la libertad religiosa garantizada en la primera enmienda, y que por tanto las mujeres tienen derecho a ésta libertad. En otras palabras: “El derecho a la autonomía procreativa ocupa un lugar importante no sólo en la estructura de la Constitución estadounidense, sino en general en la cultura política occidental. El rasgo más relevante de esa cultura es la creencia en la dignidad humana individual: esto es, que las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse, por sí mismas, a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vidas, respondiendo a sus propias conciencias y convicciones”. *Ibíd.*, p. 217.

¹³⁹ “Un estado podría aspirar a que sus ciudadanos trataran las decisiones acerca del aborto como un asunto de de importancia moral; que reconocieran que los valores intrínsecos fundamentales están en juego en esas decisiones y que decidieran reflexivamente, y no por una conveniencia mediata”. *Ibíd.*, p. 197, es así como sí se pretende responsabilidad, se debe conceder a los ciudadanos libertad para decidir lo que crean correcto.

la inversión creativa, natural y humana, sea mayor. El caso raro de una mujer que tuviera una genuina oportunidad de abortar tempranamente, cuando en la idea de casi todos el insulto a la vida es menor, pero que decidiera abortar cerca del final de su embarazo, podría muy bien constituir un supuesto de indiferencia por el significado moral y social del acto. La sociedad tiene el derecho, si sus miembros así lo deciden, de proteger su cultura de esa clase de indiferencia, en tanto el procedimiento que elija no infrinja los derechos de la mujer embarazada a la elección. Creo que al ser tratadas en conjunto, estas dos respuestas proveen una explicación convincente de por qué el Gobierno está autorizado a prohibir el aborto, sujeto a ciertas excepciones, superados lo seis meses de embarazo”¹⁴⁰.

Finalmente, concluye que entre los argumentos del mañana, los jueces al tener que decidir si algunas regulaciones del aborto albergan un propósito coercitivo deben tener en cuenta tres cosas:

“el grado en que se podría razonablemente esperar que la restricción haga que la deliberación de la mujer sobre el aborto sea más reflexiva y responsable, el riesgo de que se impida a abortar a algunas mujeres que lo hayan decidido responsablemente, y la posibilidad de que la mejora esperada en la responsabilidad de las decisiones pueda ser alcanzada de forma diferente y con consecuencias menos restrictivas”¹⁴¹.

5.2 SALVAMENTO DE VOTO DE LAS SENTENCIAS C- 133 DE 1994 Y C-013 DE 1997

De entrada se avizora que los magistrados Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez, salvaron su voto en las sentencias C -133 de 1994¹⁴² y C-013 de 1997¹⁴³, influenciados en cierta parte por los argumentos de Dworkin que líneas arriba se anotaron, pues delantadamente, manifiestan que pese a que comparten la posición mayoritaria en el sentido de que el Estado está constitucionalmente facultado para penalizar el aborto con el fin de brindar protección a la vida humana, discrepan en la medida de que las sentencias no contemplan los casos en que la continuación del embarazo no se constituye en una conducta jurídica constitucional exigible. Es por ello que sostienen que:

“La Corporación ha debido declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 343 del Código Penal y la inexequibilidad del artículo 345 ídem., y no simplemente la constitucionalidad de la norma acusada, ya que la

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 222.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 226.

¹⁴² Sentencia, C -133 de 1994. Salvamento de voto: Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez.

¹⁴³ Sentencia C-013 de 1997, Salvamento de voto: Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez.

*penalización **absoluta** del aborto, a nuestro juicio, es contraria a los preceptos constitucionales”.*

En virtud de lo anterior, en primer término, tratan de mostrar que la tesis sostenida por la posición mayoritaria de la Corte, por medio de la cual se equipara al no nacido con la persona humana, para efectos de hacerlo sujeto de derechos, es contradictoria y carente de fundamento constitucional al igual que la forma en que la Corte resuelve a priori y según una determinada concepción del valor de la vida, el conflicto de derechos e intereses entre el nasciturus y la madre, puesto que al fijar el alcance de la protección que otorga al valor intrínseco de la vida humana, la Corporación, termina por desconocer los derechos fundamentales de la mujer a la libertad de conciencia, religión, y la autonomía procreativa.

Y al efecto, como la discrepancia con la parte motiva de dos las sentencias es demasiado profunda, los magistrados disidentes tratan de controvertir la posición mayoritaria a través de los siguientes argumentos, que ahora simplemente se transcriben así:

*“La Corte no logra diferenciar la protección a la **vida del derecho fundamental a la vida** consagrado en el artículo 11 de la Carta. La vida humana es un valor que goza indiscutiblemente de protección constitucional... Cuestión diferente es la consagración del **derecho fundamental a la vida...**, del que sólo puede ser titular la persona humana nacida, esto es, aquel sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones”. “Lo anterior no significa que la **vida humana, latente** en las diferentes etapas del embarazo - cigoto, embrión, feto -, no sea merecedora de protección estatal. Sin embargo, dicha protección no debe necesariamente discernirse mediante el expediente de atribuir derechos fundamentales a quien no ostenta titularidad jurídica para su goce y ejercicio”.*

*“El nasciturus no es una persona en sentido constitucional. La Constitución no hace al nasciturus sujeto de derechos. Una interpretación de la constitucionalidad de la norma acusada con base en la legalidad - Códigos Civil y del Menor - o del derecho internacional - Convención Americana de Derechos Humanos -, como la que hace la mayoría, para concluir que el **nasciturus** tiene derechos, es invertir la jerarquía normativa, mediante la fijación del alcance del texto constitucional a partir de los dictámenes del legislador”.*

“El problema constitucional del aborto no versa sobre la naturaleza jurídica del nasciturus - si es persona o no, si es sujeto de derechos e intereses o no - sino sobre los límites del Estado para fijar e imponer el correcto significado de la santidad de la vida humana”.(subraya fuera de texto)

“Un Estado respetuoso de la libertad, en especial de las libertades de conciencia y de religión, no debe intervenir en defensa de una especial concepción de la vida, de forma que restrinja el derecho de las personas a adoptar sus propias decisiones morales. De hacerlo exclusivamente con fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, viola la libertad de conciencia y de religión consagradas en la Constitución”.

“El derecho a la autonomía procreativa se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener... y del derecho al libre desarrollo de la personalidad... Es igualmente artificioso afirmar que este derecho puede ejercitarse en unas circunstancias - antes de la concepción - más no en otras -, luego de la concepción -, sin fundamento constitucional que justifique dicha distinción. Con este argumento, la efectividad del derecho constitucional queda condicionada a la protección del valor que se le asigne a la vida, según la creencia religiosa que se adopte”. “La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios médicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa”. “En ciertas ocasiones, la obligación de tener un hijo - mediante la penalización del aborto -, impone una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en condiciones económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado”. “Para asegurar que la garantía constitucional de la libertad se extienda tanto a las mujeres como a los hombres, la Corte ha debido proteger la autonomía reproductiva de la mujer. Al no hacerlo, permite que se vulnere el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que el derecho a la igualdad de oportunidades”.

*“En el primer trimestre, el aborto se aproxima a la anticoncepción. Médicamente, ciertos actos abortivos son indistinguibles de los anticonceptivos. Es por este motivo que en los primeros noventa días, el derecho a la autonomía procreativa de la mujer ha sido admitido en diversos países en los que igualmente se protege el valor de la vida desde la concepción. Por otra parte, la ausencia de límites claros entre el primero y el segundo trimestre no debe ser un factor que permita el ejercicio del derecho a la autonomía más allá del momento en que el feto es capaz de sentir y sufrir”. “A partir del segundo trimestre, 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 absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona, entre ellas el continuar un embarazo que es producto de una violación, o teniendo que afrontar dificultades económicas extremas o pese al conocimiento de graves malformaciones físicas o mentales del futuro hijo. En estas condiciones, es difícil entender o aceptar el hecho de que la mujer que aborta sea considerada una delincuente”.

“La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente. Por lo tanto, no es compatible con la Constitución la exigencia hecha a la mujer de dar a luz a un hijo en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos - madre e hijo - a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana”.

“En un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la función del derecho debe ser acorde con el principio de mínima injerencia en la vida de los asociados. A la luz de esta concepción, el derecho penal debe ser un código de requisitos mínimos y básicos, necesarios para la convivencia social, y no debe pretender agotar los criterios de lo que es moral y lo que carece de esa connotación”.

“la sociedad y el Estado obran con una doble moral al ser complacientes y aceptar la impunidad del aborto, pero, a la vez, pretender encubrir esa actitud con una drástica y absoluta penalización formal de dicha conducta, a sabiendas de que las mujeres, ayunas de su apoyo, se ven forzadas por circunstancias insuperables - violación, incesto, malformación, peligro para la salud o la vida de la madre - a adoptar la decisión de abortar, justamente para aspirar a una vida digna”.

5.3 SALVAMENTO DE VOTO DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006

Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil, salvaron su voto ante la sentencia C-355 de 2006, al considerar que la posición mayoritaria de la Corporación además de ignorar el precedente mediante el cual se reconoce al nasciturus como sujeto de derechos desde el momento de la concepción, no

expuso una carga argumentativa científicamente comprobada que demostrara claramente que la vida humana no empieza en ese momento¹⁴⁴.

Y en efecto textualmente sostienen que:

“Los argumentos que utiliza la Sentencia son en extremo ambiguos. Consisten en reducir la vida humana, o por lo menos la vida humana del nasciturus, a la categoría de valor o bien abstracto, despojándola de su verdadera naturaleza: la de constituir para el ser humano viviente su mismo ser. Así pues, si la vida ya no es para el viviente su mismo ser, el titular de la misma, en este caso el nasciturus, queda reducido al mundo de las cosas, y por lo tanto, su protección constitucional se ve reducida frente a la de los demás sujetos titulares de cualquier otro derecho, considerados, éstos sí, como seres humanos vivientes”.

“A nuestro parecer, la vida humana que aparece en el momento mismo de la concepción constituye desde entonces y hasta la muerte un derecho subjetivo de rango fundamental en cabeza del ser humano que la porta, y en ningún momento del proceso vital puede ser tenida solamente como un “bien jurídico”, al cual pueda oponerse el mejor derecho a la vida o a la libertad de otro ser humano”.

“el llamado aborto terapéutico no supera el llamado test de proporcionalidad, básicamente porque no hay una proporcionalidad estricta entre el sacrificio de derechos del feto (muerte segura) y los beneficios obtenidos en la órbita de los derechos de la madre (evitar un riesgo o amenaza de muerte, es decir de una muerte eventual)”.

“debe estimarse que no es posible asimilar el homicidio pietístico justificado (eutanasia consentida) al aborto que se practica en caso de detección de malformaciones genéticas, pues en este último el sujeto pasivo de la acción (el feto), no ha dado su consentimiento ni está en condiciones de hacerlo, sin que tampoco pueda razonablemente entenderse que su progenitora puede consentir por él, en asunto tan fundamental como el concerniente a la disposición de su vida”.

“los suscritos descartan la idea de que el aborto pueda ser considerado como una forma justa de reparación de los daños materiales y morales causados a la mujer por los delitos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o

¹⁴⁴ Los magistrados que salvaron su voto están de acuerdo con la inexistencia de cosa juzgada material, no obstante, disienten en la motivación por la cual se desconoce el interés de proteger constitucionalmente al nasciturus desde el momento mismo de la concepción, toda vez que para ellos subsiste la ratio decidendi de la sentencia C-133 de 1994, por medio de la cual se había definido que la vida del nasciturus comienza desde la concepción y que desde ese momento merece protección estatal. Sentencia C-355 de 2006. Salvamento de voto: Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil.

abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, específicamente en el caso en que dichos delitos llevan al estado de embarazo”.

“Por todas las razones hasta aquí expuestas, los suscritos discrepan de la decisión de exequibilidad condicionada que se adoptó respecto del artículo 122 del Código Penal, así como de la decisión de inexecutable adoptada respecto el artículo 124 del mismo estatuto, determinada por el hecho de que las circunstancias de atenuación punitiva consignadas en esta última norma constituyen ahora situaciones en las cuales la conducta abortiva no se considera punible”.

5.4 CONCLUSIÓN

Visto lo anterior, solo resta concluir que el debate sobre el aborto es mucho más intenso y violento en la vida real, pues su causa radica en la paradójica ambivalencia de concepciones morales que se entremezclan con las cuestiones jurídicas, y que muchas veces hacen que se vulneren sorprendentemente derechos fundamentales ya reconocidos como en el caso del libre desarrollo de la personalidad de la mujer, por la defensa de simples axiomas o normas morales carentes de fundamentación sólida que impiden su eficacia jurídica, tal como la protección de la vida del nasciturus.¹⁴⁵ En el capítulo siguiente desde la perspectiva de género que inicialmente formulamos se explicará al lector a través de la recapitulación de conceptos doctrinales que diferencian los derechos fundamentales de los simples axiomas morales, el porqué de ésta apresurada conclusión.

¹⁴⁵ “Las normas morales son, en efecto, normas de conducta... y, a diferencia de las normas legales no tienen (no pueden, ni deberán nunca tener) una sanción coactiva estatal externa”. MERCHAN PRICE, Jorge. EL ENFOQUE DE UN MÉDICO: El Aborto: ¿Delito o Pecado? En: Revista Elementos de Juicio. Bogotá, 2007., p. 111.

CAPITULO SEXTO

6. ANALISIS JURIDICO SOBRE EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (AUTONOMIA PROCREATIVA DE LA MUJER) EN EL ABORTO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN COLOMBIA

6.1 EL NÚCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto de núcleo esencial de los derechos fundamentales, al no ser positivizado en la Constitución Política de Colombia de 1991, fue tomado por vía jurisprudencial de dos fuentes extranjeras, a saber, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 y la Constitución Española de 1978¹⁴⁶.

En la Ley Fundamental de Bonn, la teoría del núcleo esencial, se consagró en el artículo 19 – 2 como una garantía que limitaba el ejercicio del poder legislativo al respeto del “ámbito mínimo” o contenido irreductible de los derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán de la segunda posguerra, desarrolló el principio de “utilización moderada del poder (proporcionalidad= Verhältnismässigkeit)”¹⁴⁷, mediante el cual podía controlar cualquier acción proveniente del Estado, comprendido el poder legislativo, para resguardar el contenido esencial de los derechos fundamentales de toda acción que resultará innecesaria, inapropiada y excesiva.

Esta vía de restricción hermenéutica al poder legislativo germánico, fue acogida por la Constitución Española de 1978, quien determinó que los derechos fundamentales gozaban de una protección reforzada consistente en un “contenido esencial” o “núcleo duro”, que no podía ser tocado o restringido por algún poder público, constituyente o de mayorías.

En este orden de ideas, nuestro ordenamiento jurídico tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial ha determinado que los derechos fundamentales como imperativos axiológicos con fundamentación sólida y con aptitud jurídica para ser amparados en orden preferente dentro de un determinado ordenamiento jurídico, se

¹⁴⁶ El concepto de núcleo esencial de los derechos fundamentales encontró eco desde las primeras providencias de la Corte Constitucional (T- 002 de 1992 MP Martínez, T -426 de 1992 MP Cifuentes, entre otras).

¹⁴⁷ SCHLAICH, Klaus. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales: El tribunal constitucional federal alemán”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984., p. 134.

encuentran revestidos de un núcleo esencial que refuerza significativamente su eficaz reclamación jurídica.¹⁴⁸

Por ello, la Corte Constitucional en innumerables ocasiones ha definido el núcleo esencial, como *“el reducto medular invulnerable que no puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno”*¹⁴⁹

Sin embargo, al ser difícil de establecer en abstracto el contenido esencial de los derechos fundamentales o “límite de los límites”¹⁵⁰, los jueces constitucionales se han visto obligados muchas veces a través del principio de ponderación ha fijar sus dimensiones en razón de la limitación y la entidad del bien jurídico tutelado, toda vez que:

*“desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuaciones necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose, [pues] la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo... la interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución [de tal forma que la] ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio”*¹⁵¹

¹⁴⁸ Esta concepción de derechos fundamentales como imperativos axiológicos con nivel reforzado de garantía, ha sido incorporada a nivel nacional bajo el desarrollo de la filosofía jurídica más reciente anti-positivista o “nuevo derecho” -en palabras de Diego López Medina- a partir de los presupuestos teóricos transnacionales de Jhon Rawls, Ronald Dworkin, H.L.A Hart, Robert Alexy. A nivel nacional por Tulio Elí Chinchila Herrera, y a nivel local por Mónica Hidalgo e Isabel Goyes Moreno. Ver LÓPEZ MEDINA. Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis Editores-Ediciones Uniandes, 2002.p. 190. RAWLS, Jhon, Teoría de la Justicia, México, Fondo de Cultura Económica, 185.,p. 20. DWORKIN, Ronald, los derechos en serio. Barcelona, Edit. Ariel, 1984., p. 289 a 326. HART HEBERT, L.A. Postscriptum. Trad. de “*Postscript*” por Cesar Rodríguez. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 1997. p. 56. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993., p.484. CINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?. Bogotá. Editorial Temis S.A. 1999., p. 154. HIDALGO OVIEDO, MÓNICA. GOYES MORENO, ISABEL. Los principios del Derecho laboral como Derechos Fundamentales. En: Foro Universitario. Pasto, ejemplar 22, noviembre 2.004.

¹⁴⁹ Sentencia C-142 del 7 de febrero de 2001. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-473/98

De acuerdo con lo anterior, se colige que el núcleo esencial, establece un conjunto de exigencias para que las limitaciones, las restricciones o las modificaciones de los derechos fundamentales sean legítimas y no los tornen nugatorios. Estas exigencias hacen que mediante el test de proporcionalidad -en caso de conflicto con otros derechos o deberes fundamentales-, se resguarde indirectamente el contenido esencial de los derechos fundamentales, en la medida que permite establecer particularmente cuáles de las restricciones son justificadas o constitucionales (que protejan otro derecho o deber fundamental), razonables o necesarias (que no sean más gravosas para obtener un mismo fin), adecuadas (idóneas para lograr un fin) y proporcionales (que no sacrifiquen excesivamente el derecho objeto de la restricción)¹⁵².

6.2 LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional el derecho al libre desarrollo de la personalidad como libertad de acción, al poseer un contenido axiológico fuerte¹⁵³, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la dignidad humana y en ésta medida su núcleo esencial protege la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital de todas las personas. Así mismo, éste derecho postula al Estado *“como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado.”*¹⁵⁴

“Bajo ésta nueva óptica la autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo- cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad concentra la libertad in nuce, “porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella”. Se trata por lo tanto del derecho a la libertad general de actuación, que comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos”.

“No obstante, esto no quiere decir que se trate de un derecho que carezca de sustancia o cuyo contenido sólo sería posible delimitarlo a partir de sus

¹⁵² Sobre limitación de las libertades y núcleo esencial, véase las sentencias SU-257 de 1997, C-045 de 1996, T-472 de 1996, C-022 de 1996.

¹⁵³ La Corte Constitucional en la sentencia SU-648 de 1998 lo señaló como uno de los ejes axiológicos fundamentales del ordenamiento al calificarlo como una cláusula general de libertad que irradia todas las disposiciones constitucionales.

¹⁵⁴ Sentencia C-221 de 1994. MP Carlos Gaviria Díaz

*restricciones; por el contrario, el contenido del derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal*¹⁵⁵.

Por ello, la jurisprudencia constitucional también ha señalado, de manera reiterada, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un límite a la potestad de configuración del legislador en el ejercicio de su potestad sancionatoria, especialmente en materia penal. Es así como ha sostenido, en numerosas decisiones, que el legislador, sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el entendido que no puede tocar su núcleo esencial, pues de lo contrario lo tornaría en ineficaz.

En este sentido la sentencia C -309 de 1997 permitió establecer las precisiones que lograron diferenciar las medidas perfeccionistas de las medidas de protección, éstas últimas constitucionalmente legítimas en la medida que su finalidad es preservar bienes constitucionalmente relevantes. Sobre este extremo se consignó:

*"En Colombia, las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que etimológicamente significa precisamente la capacidad de la persona de darse sus propias normas. Por el contrario, las medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado"*¹⁵⁶.

En todo caso, la medida de protección que no es perfeccionista debe ser proporcionada y no suponer una excesiva restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad.

¹⁵⁵ En ese orden de ideas, se afirma en la sentencia C-355 de 2006 que a través de la sentencia C-616 de 1997 “la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad viene a ser como el colofón o la decisión complementaria que el constituyente adoptó como garantía de las libertades religiosa, de pensamiento y opinión y de conciencia”.

¹⁵⁶ Sentencia C -309 del 10 de mayo de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"Muy ligado a lo anterior, la Corte considera también que la sanción prevista por la vulneración de una medida de protección no puede ser exagerada en relación al interés que se pretende proteger, no sólo por cuanto la proporcionalidad de las sanciones es un principio que orienta siempre el derecho punitivo, sino además porque la previsión de penas que no sean excesivas es una garantía para evitar que una política de esta naturaleza se vuelva perfeccionista"¹⁵⁷.

En conclusión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad u autonomía no es un simple derecho, es un principio genérico y omnicomprendido cuya finalidad es cobijar aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes en su propia vida, cuya primera consecuencia que se deriva consiste en que es la propia persona quien debe darle sentido a su existencia y en armonía con ésta, un rumbo.

6.3 DERECHO A LA AUTONOMÍA PROCREATIVA DE LA MUJER PARA ABORTAR

La decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado -decisión que tiene que ver con su integridad -, es un asunto que sólo le concierne a ella en la medida que decide sobre su propio cuerpo. Así las cosas, penalizar ésta conducta no es coherente con la doctrina del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía como máxima expresión de la dignidad humana, pues la mujer al ser considerada como una persona autónoma y libre, como lo preceptúa la Constitución, hace inviable todas aquellas normas en donde el legislador desconoce su condición mínima como ser capaz de decidir sobre su propio rumbo y opción de vida.

Dicho en otras palabras, el legislador o cualquier autoridad pública –incluido el juez constitucional- respetuoso de la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como principios fundamentales de la Carta Política, no puede privilegiar, mediante la penalización una concepción particular sobre la vida y obligar a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados, pues de lo contrario se vería realmente vulnerado el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la mujer o su autonomía procreativa cuando el precepto penal la obliga a llevar a término la gestación, justificado en la exigencia legal y a costa de los costos biológicos de su embarazo.

Cabe advertir que en desarrollo del análisis constitucional de la sentencia C -355 de 2006 que se efectuó en el capítulo cuarto del presente estudio, se logró identificar una grave contradicción en que incurre la Corte Constitucional al

¹⁵⁷ *Ibíd.*

ponderar la vida del que está por nacer, con el derecho fundamental a la vida. Se afirma que es una contradicción porque no se está frente a la ponderación de derechos constitucionales fundamentales, toda vez que la única titular de los derechos fundamentales es la mujer más no el nasciturus. El nasciturus simplemente está amparado por un axioma moral carente de fundamentación sólida que le impide su protección eficaz. “La simple protección a la vida” de un posible “ser”, no se puede ser ponderada o sopesada con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad¹⁵⁸, puesto que el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad por el sólo hecho de catalogarse como fundamental está revestido de un rigor conceptual mucho más amplio que la simple protección a la vida, pues está reforzado de una garantía importantísima e invulnerable como lo es su núcleo esencial. Núcleo esencial que para el caso de la autonomía procreativa de la mujer se refiere entonces, no sólo a la decisión de ser madre sino también a no serlo.

En consecuencia, la regla que ha adoptado la Corte Constitucional para privilegiar una concepción de inicio de la vida para proteger el aborto, debería invertirse y la dignidad, la libertad y la autonomía de la mujer deberían primar sobre cualquier concepción moral de vida, y al mismo tiempo debería prohibirse constitucionalmente que el Estado, la familia, las instituciones o cualquier autoridad pública establezcan normas que coarten la libre decisión de una mujer que no quiera ser madre, bajo el argumento de que se está vulnerando la protección a la vida del no nacido.

Establecer una limitación al derecho fundamental de autodeterminación de la mujer en particular a que esta decida el número de hijos que desea tener, y obligarla a ser madre luego de un embarazo no deseado, no guarda consonancia con los deberes que el Estado y la sociedad tienen frente a la mujer. Estos deberes estatales, por lo tanto deberían implicar la garantía, protección y establecimiento de las condiciones para que en ejercicio de su autonomía, la mujer considere cuando es el momento oportuno y preciso para ser madre, de conformidad con el establecimiento de condiciones políticas, sociales, económicas, culturales y afectivas¹⁵⁹.

Una vez precisado lo anterior, teniendo como consecuencia dogmática que entre la protección de la vida del nasciturus y la autonomía de mujer no se ponderan

¹⁵⁸ La situación desde la perspectiva constitucional durante los primeros meses de embarazo, es que en ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más.

¹⁵⁹ La incapacidad del Estado y la sociedad para otorgar a la madre y al que está por nacer garantías de educación, salud, alimentación, recreación y seguridad, entre otros, no pueden convertirse en una carga o una obligación para las mujeres que no cuentan con las condiciones para tener hijos. Ese traslado de cargas y el establecimiento de control social a partir de un contexto de normas prohibitivas y coercitivas, son clara demostración de la incapacidad estatal para formar a las personas en educación sexual y reproductiva a través de la inclusión de políticas públicas para la protección y ampliación de los derechos sexuales y los derechos reproductivos.

derechos fundamentales, sólo resta concluir que la Corte debió verificar a través de un test estricto de proporcionalidad que la penalización del aborto es una medida inadecuada, innecesaria y desproporcionada frente a la restricción del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad (autonomía procreativa de la mujer).

La medida es inadecuada por que no garantiza la protección de la vida del nasciturus, es decir, su idoneidad en términos de eficacia no justifica constitucionalmente su imposición, en razón de que la tipificación del aborto, no ha conseguido los fines propuestos, por el contrario, ello ha llevado a que las titulares del derecho acudan a lugares clandestinos, carentes de condiciones mínimas de higiene en los que se practican abortos.

La tipificación de la conducta punible de aborto es innecesaria por no ser la medida indicada para conseguir el fin perseguido, puesto que existen medidas más razonables y menos limitativas de los derechos fundamentales de las mujeres que están siendo vulnerados, como puede ser la formación sexual y reproductiva, la planificación subsidiada o contemplada dentro del plan obligatorio de salud, etc.

En consecuencia, es claro que la medida no es proporcional a la restricción del derecho fundamental. El precio de la presunta protección de los derechos fundamentales, lleva a las mujeres a situaciones extremas. Obligar a las mujeres a tener un hijo que no desean o que no pueden mantener, es conducir las al extremo de arriesgar sus vidas y su salud.

Sumario de lo anterior, el deber del Estado de proteger la vida del que está por nacer, no se logra a través de instrumentos de control social de carácter represivo y sancionatorio basado en el miedo y la intimidación con la imposición de penas que no se compadecen con la conducta efectivamente realizada, pues desconoce los fines perseguidos por las sanciones penales como son la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Despenalizar el aborto no generará su incremento sino que obligará al Estado a emprender políticas públicas dirigidas a la formación sexual y reproductiva, al control de métodos de planificación y fertilidad, a la prevención y control de enfermedades de transmisión sexual, a promover una educación sexual diferenciada y de formación para el placer, otorgando la posibilidad de escoger opciones de vida basadas en el respeto por la diversidad sexual, y brindando una adecuada atención hospitalaria.

La despenalización del aborto en Colombia como libre ejercicio de la autonomía procreativa de la mujer, permitirá entonces que la mujer deje de ser considerada como ser determinado exclusivamente a la reproducción y en consecuencia se convertirá en un logro más de los derechos que ha adquirido por emancipación de género, toda vez que la conducta punible del aborto afecta directamente a la mujer por su calidad natural, al ser ella tomada como agente calificada por su condición natural de mujer.

CONCLUSIONES

En el primer capítulo al abordar el tema de la perspectiva de género, y después de conceptualizar el género desde las teorías feministas esencialistas de género, se logró determinar que la propuesta del presente trabajo, en su concepto de género, se acoge a la teoría jurídico feminista cultural, que partiendo de la diferencia biológica de los sexos permitió fundamentar teóricamente que el derecho a la autonomía para abortar está relegado solamente a la mujer, pues se concilia con su igualdad político- Jurídica con el hombre. Así entonces, después de analizar los diferentes postulados de las teorías feministas, se hizo necesario precisar que éstas no conllevan la condición de teorías sino de simples aproximaciones teóricas, toda vez que resultaba obligatorio establecer que las mujeres merecen ser tenidas en un plano de igualdad con los hombres que les sea reconocido a partir de su condición de seres humanos y no a partir de teorías que desnaturalicen lo que es natural, o que fuercen aspectos que necesariamente cambiarán en la medida en que las dinámicas sociales lo exijan.

Por ello, en el capítulo segundo se determinó que el reconocimiento de los derechos a la libertad e igualdad de las mujeres en los ámbitos de la educación, la familia, el sufragio, el trabajo, y la sexualidad no sólo ha sido producto de las luchas feministas sino que constituye todo un proceso socio económico, político y cultural que se ha desenvuelto día a día y que involucra también al sexo opuesto.

Con el capítulo tercero, se alcanzó a concluir que la crítica del presente estudio no va dirigida hoy por hoy a un cambio de modelo legal, como intenta Mackinnon o a la abolición del patriarcado como lo pretende Robin West, sino que se manifiesta como una crítica constitucional hacia la sentencia C -355 de 2006, en la cual se despenaliza parcialmente el aborto.

En el capítulo cuarto, se hizo un breve resumen de la evolución histórica del tratamiento punitivo y jurisprudencial del aborto en Colombia. En el quinto se analizaron los diferentes salvamentos de voto de algunas sentencias que fueron influenciados por el debate de Dworkin sobre el dominio de la vida.

Finalmente, en el capítulo sexto se determinó que la existencia del núcleo esencial de la autonomía de la mujer que decide abortar, no puede ser trasgredido por el legislador mucho menos cuando el aborto se sanciona como una medida inadecuada, innecesaria y desproporcional.

Ahora bien, concluir se hace ineludible. No sin antes recordar que la penalización del aborto es una norma moral elevada a rango legal y que por tanto debe declararse inconstitucional, bajo el entendido de que estamos en un Estado Pluralista que admite diversas concepciones de la vida y que por tanto no se puede obligar a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados sólo por un

capricho moral del legislador. La propuesta es simple: la mujer es dueña de su propio destino y puede decidir lo que mejor le parezca, y eso hay que respetarlo y hacerlo respetar a través del mismo derecho, que se erige como un limitante a toda concepción contraria y desviada que imponga condiciones al libre ejercicio de la procreación.

RECOMENDACIONES

La principal recomendación que se hace tiene como directas interlocutoras a las mujeres: no se debe pretender la identidad con el hombre. Las mujeres deben partir de la diferencia y ganar espacios para el reconocimiento de beneficios femeninos, toda vez que merecen ser tenidas en un plano de igualdad con los hombres que les sea reconocido a partir de su condición de seres humanos y no a partir de teorías que desnaturalicen lo que es natural, o que fuercen aspectos que necesariamente cambiarán en la medida en que las dinámicas sociales lo exijan.

Mujer entiende que el aborto, es simplemente una opción. Como dueña tú cuerpo y capaz de decidir sobre él, puedes o no optar por el aborto, no hay porque escandalizarse. Respeta y se tolerante. Vive y deja vivir.

BIBLIOGRAFIA

AMORÓS, Celia. Hacia una crítica de la razón patriarcal. Editorial Anthropos. Barcelona, 1985. p. 398.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993., p.484.

BACKHAUS Annette, Modernización del Estado, cambio institucional y género. En: Macroeconomía Género y Estado. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Capítulo 12., 2000. p. 251.

BOHEMER, Martín Federico. FEMINISMO RADICAL Y FEMINISMO LIBERAL. Pasos previos para una discusión posible. En: Revista Doxa. Madrid. Número 13, 1993., p. 179 - 190.

COOK, Rebecca. La responsabilidad del Estado según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer. En: Derechos humanos de la mujer: perspectivas nacionales e internacionales. Asociación Probienestar de la Familia Colombiana. Bogotá: PROFAMILIA 1997., p. 120.

CORRAL Will H. y PATAI Daphne. EL IMPERIO DE LA TEORIA. En: El mal pensante. HTML. <http://www.elmalpensante.com/61_imperioso.asp.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia C-013 del 23 de enero de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C- 647 del 20 de junio de 2001. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia C-198 de 19 de marzo de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia C- 355 de 10 de mayo de 2006. Magistrados Ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá. Editorial Temis S.A. 1999., p. 154.

DROZ, Jacques. Historia general del socialismo. Barcelona: Ediciones Destino, 1976. p. 56.

DWORKIN, Ronald. El DOMINIO DE LA VIDA. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Ariel S.A. 1994 p. 357

_____. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel S.A. 1984., p. 289 a 326.

DE BEAUVOIR, Simon. El segundo sexo. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 1970. 120 p.

DE FRUTOS, Mila. El feminismo socialista: Por una sociedad sin clases y sin género.2006.<http://biblio.upmx.mx/download/cebidoc/Dossiers/genero022.asp> shluan.

ECHOLS, Alice. Daring to Be Bad, Minneapolis: University of Minnesota Press. 1989., p.3.

ENCICLOPEDIA DE HISTORIA UNIVERSAL SALVAT. Tomo 1, p. 202.

FACIO, Alda. El Principio de Igualdad ante la Ley, En: Derechos Humanos de las Mujeres. Lima, 1996., p. 73.

FACIO, Alda y FRÍES Lorena, Feminismo, género y patriarcado. En: Género y Derecho. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 2000, p. 25.

_____. Hacia otra teoría crítica del Derecho. En: Género y Derecho. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 2000., p. 44.

FIRESTON, Shulamith. The Dialectic of Sex. New York: William Morrow, 1970, p. 12.

FISS, Owen. ¿QUÉ ES EL FEMINISMO? En: Revista Doxa. Madrid. Número 14. 1993., p. 319-335

GOLDBERG, Steven. El feminismo contra la ciencia. En: Nacional Review. HTML. 1991. 30 – 31 p. <http://www.geocities.com/adm_peru/femin03a.htm.

HART HEBERT, L.A. Postscriptum. Trad. de “*Postcript*” por Cesar Rodríguez. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 1997. p. 56.

HIDALGO OVIEDO, MÓNICA. GOYES MORENO, ISABEL. Los principios del Derecho laboral como Derechos Fundamentales. En: Foro Universitario. Pasto, ejemplar 22, noviembre 2.004.

JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. LA CRÍTICA FEMINISTA AL DERECHO: GÉNERO Y TEORÍA DEL DERECHO, Bogotá: Siglo del Hombre y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2000., p. 30.

LICHTHEIM, George. Breve historia del socialismo. 2 vols. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 43.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis Editores- Ediciones Uniandes, 2002.p. 190.

MACKINNON, Catherine. Feminismo, Marxismo, Método y el Estado: Hacia una Jurisprudencia Femenina. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995., p. 51.

_____. Hacia una teoría feminista del Estado. Valencia: Editorial Publ. Universitat, 1995. p. 26.

MERCHAN PRICE, Jorge. EL ENFOQUE DE UN MÉDICO: El Aborto: ¿Delito o Pecado? En: Revista Elementos de Juicio. Bogotá, 2007., p. 111.

MIGUEL ALVAREZ, Ana de. Alejandra Kollontay en: El conflicto clase género en la tradición socialista. HTML. 2001
<<http://www.malostratos.org/mujeres/kollontai.htm>.

MILLET, Kate. Política Sexual. México: Aguilar, 1969. p. 33.

MONTES DE OCA Ariel, Descentralización del Estado ¿Desconcentrar la desigualdad de género? En: de A.A.V.V. Macroeconomía Género y Estado. Capítulo 13., 2000, p. 271.

MOLLER OKIN, Susan. Desigualdad de género y diferencias culturales. En: Castell, Carmen (comp.), Perspectivas feministas en teoría política. Barcelona: Paidós, 1992., p. 235.

MUJERES COLOMBIANAS: Grandes protagonistas de la historia desde Policarpa hasta Shakira. Bogotá, Publicaciones Semana S.A. Edición 1.224; octubre, 2005; Edición 1.224, Publicaciones Semana S.A. 2005, p. 226.

MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. ABORTO EN COLOMBIA DEMANDAS Y DECISIONES: La consistencia de los argumentos. En: Revista Foro universitario. Editorial Universidad de Nariño. Pasto, No. 23, 2006. 149 y ss.

¿NATURALEZA O EDUCACIÓN?: The Guardian. En: El Mundo, 2004-05-2, <http://www.fluvium.org/textos/mujer/muj108.html>.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho. En: Identidad femenina y discurso jurídico. Buenos Aires: Biblos. 2000. p. 25.

POSADA, Adolfo. Feminismo. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994.

RAWLS, Jhon, Teoría de la Justicia, México, Fondo de Cultura Económica, 1985., p. 20.

ROJAS, María y CARO Elvira. Género y Estado: Entre el desencanto y la esperanza. En: Macroeconomía Género y Estado. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2000. p. 235 y ss.

SENDÓN, Victoria: ¿Qué es el feminismo de la diferencia? 2000. <http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria_sendonfeminismo_de_la_diferencia.html>

SHEAFFER Robert. FEMINISMO, LA MENTIRA NOBLE. En: Free Inquirí. HTML. 1995. <http://www.geocities.com/adm_peru/femin02a.htm-25k->

WEST, Robin. GÉNERO Y TEORÍA DEL DERECHO: traductor Pedro Lama Lama. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000. p. 178.

WILLS OBREGON, Maria Emma. Fifty Years Of Female Suffrage In Colombia 1954: For The Conquest Of The 2004 Vote: For The Extension Of Female Citizenship. *anal.polit.* [online]. jan. 2005, vol.18, no.53 [citado 12 Outubro 2007], p.39-57. Disponível na World Wide Web: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012147052005000100003&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0121-4705.