

sesión 24 29

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Colección
DERECHO Y SOCIEDAD

Director fundador
César Rodríguez Garavito

Coordinadora
Laura Rico Gutiérrez de Piñeres

Grupo IDEAS (Investigación, Derecho y Acción Social)
Facultad de Derecho Universidad de los Andes
Bogotá, Colombia

Mujeres, cortes y medios:
la reforma judicial del aborto

Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Tatiana Alfonso Sierra

Favor no escribir ni subrayar
los libros y revistas Gracias
Sistema de Bibliotecas
Universidad de los Andes



Siglo del Hombre Editores

 Universidad de
los Andes

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina
Mujeres, corpes y medios: la reforma judicial del aborto /Isabel Cristina Jaramillo, Tatiana Alfonso.
- Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

308 p.; 21 cm.
Incluye bibliografía.

1. Aborto - Aspectos sociales - Colombia 2. Aborto - Legislación - Colombia 3. Mujeres - Aspectos
jurídicos - Colombia 4. Mujeres - Legislación - Colombia I. Alfonso, Tatiana II. Tít.

363.46 cd 21 ed.
A1176154

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© Isabel Cristina Jaramillo Sierra
© Tatiana Alfonso Sierra

La presente edición, 2008

© Siglo del Hombre Editores
Cra. 31A N° 25B-50, Bogotá D.C.
PBX: 337 77 00 Fax: 337 76 65
www.siglodelhombre.com

© Universidad de los Andes-Facultad de Derecho
Cra. 1 N° 18A-10, Bogotá D.C.
PBX: 339 49 49 - Ext. 2382 • Fax 281 21 30
www.uniandes.edu.co

Diseño de carátula
Alejandro Ospina

Diseño de la colección y armada electrónica
Ángel David Reyes Durán

ISBN: 978-958-665-116-5

Impresión
Panamericana Formas e Impresos S.A.
Calle 65 No. 95-28, Bogotá D.C..

Impreso en Colombia-Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes,
ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por
ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier
otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

JE
344.04192
J161
E.2

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	13
PRÓLOGO	15
César Rodríguez Garavito	
PREFACIO	19
Mónica Roa	
INTRODUCCIÓN	23
Capítulo 1. EL PROYECTO LAICIA.....	35
INTRODUCCIÓN	35
I. ANTECEDENTES DE LAICIA	36
A. El proyecto de aborto legal.....	36
B. Gender justice	39
II. WOMEN'S LINK WORLDWIDE.....	41
III. EL PROYECTO LAICIA.....	44
A. Objetivos del proyecto	45
B. Estrategia legal	48
1. Acciones previas a la presentación de la demanda :.....	48
2. La demanda	52

Por último, una aclaración importante. Este análisis, como se explicó, partió exclusivamente del archivo de prensa. Dadas las características de la prensa escrita, y de su audiencia prototípica, es más sensato asumir con escepticismo los triunfos y las derrotas que se tengan en este medio de comunicación. Es absolutamente necesario restringir su alcance a la audiencia que tiene acceso cotidiano a este medio de comunicación en particular, y analizar el impacto de otros medios de acuerdo con sus respectivas audiencias.

Capítulo 4 EL DERECHO COMO DISTRIBUCIÓN Y LEGITIMACIÓN

INTRODUCCIÓN

En el campo de lo jurídico podría entenderse que LAICIA perseguía tanto un cambio legal con impacto en la distribución de recursos —en cuanto la liberalización de la ley penal estaría relacionada con las tasas de mortalidad y morbilidad asociadas al aborto inseguro— como un cambio en la manera en la que habitualmente venía describiéndose el problema jurídico de la penalización del aborto, en cuanto se buscaba que la construcción local del problema tuviera en cuenta los desarrollos en el campo jurídico internacional y se buscaba que además del argumento del libre desarrollo de la personalidad o autodeterminación se aludiera al argumento de la igualdad.

En esta sección discutiremos en qué sentido se puede afirmar que LAICIA logró o no estos objetivos, y propondremos una interpretación de esta evaluación desde los supuestos de lo que hemos llamado el derecho como distribución y legitimación (DDL). Empezaremos haciendo una síntesis del conjunto de supuestos sobre la relación entre el cambio legal y el cambio distributivo al que nos referimos como el marco del derecho como distribución y legitimación (DDL). Luego, a la luz de este marco de supues-

ros, discutiremos cómo se podrían interpretar los cambios legales y discursivos logrados por LAICIA.

I. EL DERECHO COMO FACTOR DE DISTRIBUCIÓN Y COMO FACTOR DE LEGITIMACIÓN (DDL)¹

En este acápite defenderemos la idea de que entender los límites y posibilidades de nuestros proyectos políticos supone asumir que el derecho es un factor que interviene en la distribución de recursos y poder, y, al mismo tiempo, es un discurso que impide modificar sustancialmente dicha distribución. Presentaremos primero las premisas básicas de cada una de estas propuestas teóricas y sus implicaciones metodológicas. Luego explicaremos cómo esta aproximación difiere de la visión liberal y de la visión progresista del litigio sobre derechos, y cuáles son algunos de los costos y beneficios de adoptar cada una de ellas. Finalmente presentaremos nuestra propuesta sobre cómo interpretar a LAICIA desde el marco teórico del derecho como factor de distribución y como factor de legitimación (DDL).

A. Supuestos teóricos del DDL

La idea de que el derecho es un factor que interviene en la distribución de recursos y poder parte de varios supuestos. El primero es que los individuos están diferentemente situados en lo que hace a los recursos y el poder que controlan: unos tienen más y otros tienen menos. El segundo es que a esta situación contribuyen las reglas jurídicas, tanto las que prohíben ciertas acciones como las

que permiten que algunos causen daño a otros sin la obligación de compensarlos (Hohfeld 1968)² —ya sea porque no existen reglas que prohíban la acción, ya sea por la ausencia de mecanismos para garantizar el pago, o bien porque los funcionarios encargados de hacer cumplir la prohibición no tienen los recursos o la voluntad para hacerlo. El tercero es que si se cambian algunas de las reglas que permiten que se cause daño, se puede cambiar el poder relativo de las partes en conflicto.³

Metodológicamente, esto implica hacerse y contestar las siguientes preguntas:

- Primero. ¿Quiénes son los involucrados en la situación de distribución que se quiere estudiar y qué es lo que está en juego? Aunque elegir una situación de distribución implica tener ya una idea sobre quiénes se enfrentan y quiénes están perdiendo, y una lealtad con alguno de los lados, contestar a esta pregunta implica entender que no todos los que ganan, ganan lo mismo, ni todos los que pierden, pierden lo mismo: no todos los individuos valoran de igual manera aquello que está en juego.⁴

- Segundo. ¿Cuáles son los recursos, ventajas, habilidades y atributos que permiten que una de las partes se imponga sobre la otra y cuáles los que permiten que el perdedor resista, de ma-

¹ Estas ideas fueron parcialmente desarrolladas por Isabel C. Jaramillo en su tesis doctoral *A History of Family Law in Colombia* —copias disponibles en Lewis International Law Center and Langdell Library, Harvard Law School—, y han sido enriquecidas con su trabajo en los cursos de teoría jurídica de la maestría en derecho de la Universidad de los Andes, en las discusiones con la profesora Helena Alviar a propósito de varios proyectos sobre los impactos distributivos de la reforma legal y en las discusiones con Tatiana Alfonso en el marco de este proyecto.

² En este sentido es clave el trabajo de Hohfeld cuando define como conceptos fundamentales en el derecho no sólo el binario derecho/obligación, sino también los binarios privilegio/no-derecho, poder/inmunidad y potestad/responsabilidad.

³ El papel del derecho en la distribución de recursos y poder es generalmente obviada tanto por abogados, que prefieren explicar la desigualdad a partir de la ineficacia del derecho y no de su eficacia, como por economistas y científicos sociales. La perspectiva que defendemos ha sido inspirada, entre otros, por los siguientes trabajos: Hale (1923 y 1943), Kornhauser y Mnookin (1979), Llewellyn (1928) y, particularmente, Kennedy (1993 y 1998).

⁴ Aquí es importante tener en cuenta que los recursos son valorados en cuanto partes de paquetes que incluyen no sólo objetos sino también la fuerza laboral, la capacidad física y los poderes y privilegios legales (véase, en particular, Kennedy 1998).

nera que de cada negociación surja un compromiso en lugar del aniquilamiento del perdedor? Contestar a esta pregunta supone tener alguna hipótesis sobre los factores que estuvieron en juego en el proceso de llegar a la situación de equilibrio o crisis que se pretende estudiar. Algunos de estos factores podrían ser: el entrenamiento en técnicas de negociación de una de las partes, la cantidad de funcionarios públicos que una de las partes logró sobornar, la amenaza de destruir algo preciado para la otra parte, o el carisma del líder de una de las partes.

• Tercero. ¿Cuáles son las reglas jurídicas que abiertamente se relacionan con la situación de distribución en cuestión? Los abogados estamos especialmente entrenados para esto. Por ejemplo, si se trata de violencia "normal" entre desconocidos, sabemos que las reglas relevantes son las del derecho penal; si se trata de violencia "política", sabemos que las reglas relevantes son las del derecho de guerra; si se trata de violencia entre "familiares", sabemos que las reglas relevantes son las del derecho de familia y concretamente las que contemplan las leyes que aluden directamente a la violencia intrafamiliar.

RCO * • Cuarto. ¿Cuáles son las reglas jurídicas que hacen que lo que aparece como recursos, ventajas, habilidades y atributos "naturales", "sociales" o "económicos" del ganador se impongan y el perdedor resista en la situación en cuestión? Contestar a esta pregunta implica rastrear las prohibiciones y autorizaciones que hacen que cada factor sea un poder en la situación específica. Lo que los realistas llamaron "*foregrounding the background rules*" (relevar las normas que no son obvias para la solución del caso, pero que lo afectan) (Kennedy 1993).

AN • Quinto. ¿Cuáles cambios en las reglas llevarían a equilibrios incremental o significativamente distintos? Esto supone persuadir al lector de que reglas distintas podrían producir efectivamente equilibrios distintos, esto es, proponer alternativas que ilustren hasta qué punto las reglas identificadas son definitivas para moldear la situación en cuestión.

Aunque estas premisas y preguntas parecen simples, obvias y rutinarias, no lo son precisamente porque el derecho, en cuanto discurso, legitima la distribución existente, ya sea representándola como necesaria, ya sea representándose como impotente. La legitimación ocurre mediante argumentos habituales en el modo de pensar lo jurídico.⁵ Los más importantes de ellos podrían agruparse bajo los siguientes rótulos: naturalización; compartimentación; individualización; excepcionalización; huida a la forma/procedimiento/competencia; y escasez de recursos.⁶

→ * La naturalización es la operación por la cual se defiende un cierto conjunto de reglas y sus consecuencias acudiendo a una representación de la "realidad" que se proclama como verdadera (Gordon 1986). Así, la naturalización implica, por un lado, afirmar que ciertas categorías son necesarias o inevitables al momento de pensar en lo jurídico y, por otro, afirmar que a partir de dichas categorías se puede deducir definitivamente el contenido de las reglas. La naturalización legitima porque oculta lo contingente que es cada categoría y porque oculta las incertidumbres involucradas en pasar de la categoría abstracta a la decisión concreta (Gordon 1986). La compartimentación es la operación por la cual se determina que ciertas reglas tienen mayor afinidad con unas que con otras, y por eso deben ser estudiadas en conjunto.⁷

⁵ Queremos enfatizar que al escoger el adjetivo "habitual" buscamos eludir un cierto tipo de naturalización que se produce cuando se universaliza y descontextualiza históricamente alguna descripción. La genealogía de cada uno de estos "hábitos", sin embargo, sobrepasa los límites de lo que podemos hacer en esta breve descripción. El ejercicio que hacemos a continuación puede servir para ilustrar hasta qué punto estas prácticas pueden revelarse como habituales entre nosotros y en este sentido el marco teórico puede resultar persuasivo. Dos textos que podrían servir para empezar a pensar la genealogía de estos hábitos, en nuestra opinión, son López (2004) y Kennedy (2003).

⁶ Decidimos incluir aquí una lista para subrayar que esta crítica de la legitimación no tiene pretensiones sistemáticas porque parte del supuesto mismo de que la legitimación no ocurre en marcos referenciales coherentes, completos o únicos.

⁷ La compartimentación como hábito en el pensamiento jurídico tiene una relación importante con los proyectos de codificación, en cuanto se pro-

Aunque generalmente la compartimentación implica algunas naturalizaciones —en el sentido que acabamos de mencionar—, lo específico de esta operación es que dificulta ver las relaciones entre los distintos compartimientos y relega la pregunta sobre por qué tenemos los compartimientos que tenemos. La compartimentación legitima porque oculta las relaciones de cada parte con las otras y con el todo (Kennedy 2001).⁸

→ La individualización es la operación por la cual se niega la posibilidad de reparar o indemnizar un daño a alguien señalando que quien lo padece podría haberlo evitado. En este sentido, la individualización implica negar el conflicto distributivo alegado y hacer a cada uno responsable de su suerte (Freeman 1977-1978).

→ La excepcionalización implica eludir la aplicación de la regla general cuando quien la invoca es el perdedor. La excepcionalización tiene efectos de legitimación porque oculta las razones del ganador al mantener la regla general y ubicar las razones del perdedor como insuficientes para reclamar la aplicación de la regla general.

La huida a la forma/procedimiento/competencia consiste en invocar que aun si las reclamaciones del perdedor son adecuadas, no se pueden satisfacer porque se ha elegido la forma, procedimiento o instancia equivocada. En este caso se sostiene que proteger las formas/procedimientos/competencias implica garantizar también las posibilidades del perdedor en el futuro. Este tipo de argumentos legitiman porque ocultan el hecho de que las reglas sobre formas/procedimientos/competencias son tan manipulables como las demás (Kennedy 1976) y que el iniciar un nuevo proceso de reclamación tiene costos tan altos que generalmente el perdedor se abstiene de hacerlo (Gallanter 1974-1975).

ponen incluir todo el derecho relevante en una determinada área y clasificarlo u organizarlo armónicamente, así como con lo que se ha llamado el proyecto conceptualista.

⁸ Kennedy propone que el mostrar que las partes tienen una relación de definición con el todo, o que lo que parece un todo puede verse como una parte de un todo, es una de las formas de la crítica.

→ El argumento de la escasez de recursos le facilita al ganador la justificación de las asignaciones de recursos existentes porque sostiene que en todo caso no habría suficientes.

Preguntarse por la legitimación, en este sentido, implica identificar cuáles son los principales argumentos que se utilizan para justificar la situación concreta del perdedor en la situación de distribución en cuestión. Esto supone contar con alguna interpretación del debate jurídico y de la relación entre este debate y los que se propician de manera relativamente autónoma al debate jurídico.

Ahora bien, si por un lado la crítica posibilita el análisis distributivo mismo porque revela lo contingente de la distribución de recursos existentes y la manera en la que el derecho participa en mantenerla, el comprometerse con el análisis distributivo, por el otro, implica producir argumentos que legitimen una distribución que, si bien es distinta, supone en todo caso que unos pierden y otros ganan. Es decir, que adherir a la idea de que el conocimiento es un ejercicio de poder para efectos de la crítica, implica hacerse cargo del poder que uno mismo ejerce cuando produce conocimiento y renunciar a la "verdad" o a la "realidad" como justificación del proyecto propio (Halley 2005).

B. Aproximaciones al litigio sobre derechos

El litigio sobre derechos es un modo particular de movilización legal que implica reclamar ante los estrados judiciales la protección de un derecho que ha sido negado por las actuaciones de funcionarios públicos a pesar de estar garantizado por la Constitución (McCann 1994).⁹ Este tipo de litigio se inscribe específicamente en el campo de lo constitucional —aunque el tribunal en el que se litigue no sea uno especializado en esta materia— y se articula mediante el discurso de los derechos. El discurso de los derechos es el que concretamente se refiere a los derechos liberales (Marx

⁹ Así lo ha sido definido McCann, considerado uno de los autores más importantes en el campo.

1978)¹⁰ y reclama que dichos derechos reflejen verdades morales sobre lo que significa ser humano.¹¹

El litigio sobre derechos se convirtió en un tema de intenso debate en la academia de los Estados Unidos a partir del uso que hizo de él el Movimiento de los Derechos Civiles; desde entonces se ha convertido progresivamente en un paradigma global de movilización legal (Kennedy 2006; McCann 1994). En cuanto estrategia de movilización legal, y a pesar de sus críticas, el litigio sobre derechos ha sido defendido desde dos puntos de vista: el liberal y el progresista. En esta sección presentaremos sumariamente los principales supuestos teóricos de cada una de estas aproximaciones, sus implicaciones metodológicas y las críticas que se les han formulado.

1. El litigio sobre derechos desde el punto de vista liberal¹²

Desde el punto de vista liberal, el litigio sobre derechos es un mecanismo para garantizar que los derechos consagrados constitucionalmente sean respetados por las autoridades públicas.

Este punto de vista entiende los derechos como mecanismos para proteger las esferas de acción de los individuos, así como

¹⁰ En el sentido de que se trata de derechos que se enmarcan en las divisiones público/privado, Estado/sociedad civil, que son propias del liberalismo y que se consignan en documentos especiales de carácter constitutivo, fundacional o refundacional.

¹¹ Como parte de la herencia del iusnaturalismo de Francisco de Vittoria y Hugo Grocio, y del contractualismo de Hobbes, Locke y Rousseau. Véanse De Vittoria (1998); Grotius (2005); Hobbes (1994); Locke (1955); Rousseau (1998). La manera en la que en el discurso contemporáneo los derechos operan como verdades morales ya ha sido desarrollada (Kennedy 2006).

¹² Nuestra reconstrucción del litigio de los derechos desde el punto de vista liberal se inspira tanto en el estudio juicioso de los autores clásicos (De Vittoria, Grotius, Hobbes, Locke, y Rousseau) como en las representaciones de este punto de vista para su crítica por Duncan Kennedy (Kennedy 1979 y 2007). Pensamos que esta interpretación es también coherente con las lecturas de autores contemporáneos como Ronald Dworkin y Robert Alexy.

para defender a cada individuo de los demás y del Estado. Para establecer cuáles deben ser esos derechos se acude a reflexiones sobre qué es lo *natural* en el ser humano y cuáles son las *necesidades* de la convivencia.

Para que los derechos constituyan verdaderas esferas de protección, por otra parte, se propone que es preciso que puedan ser determinados con exactitud y antes de imponer cualquier sanción a una acción. Esto implica que en cada caso concreto debe ser posible encontrar una y solo una respuesta dentro del derecho. Implica también una división estricta de la creación, aplicación y ejecución de las reglas que establecen los derechos.

Estos supuestos representan al derecho como mediando dos tipos de tensiones a través de los derechos. En primer lugar, se plantea una tensión entre la necesidad de ser protegido por el Estado frente a las agresiones de otros individuos y la necesidad de ser protegido de las agresiones del Estado contra uno. Esta tensión se resuelve, por una parte, por la exactitud de los derechos, que permite a cada uno reconocer los límites de su acción y los límites de la acción del Estado, y que autoriza el despliegue despreocupado de las potencialidades del individuo dentro de dichos límites exactos; y, por otra parte, por la confianza en que a través de la razón dichos límites son discernibles, pues de este modo cada individuo dentro de la comunidad política, en tanto dotado de razón, es capaz de discernir los límites y posibilidades de su acción. También es fundamental, sin embargo, que la creación, aplicación y ejecución de las normas dentro del Estado sea dividida entre cuerpos con esferas de acción claramente delimitadas. Esto garantiza que el individuo participe en la elaboración de las reglas que determinan derechos y obligaciones (mediante la elección de sus representantes) y que las reglas a las que es sometido sean anteriores a la acción que las aplica o ejecuta.

En segundo lugar, se plantea una tensión entre una tendencia *natural* del ser humano al conflicto cuando vive en sociedad, fundada en un egoísmo innato, y una necesidad *natural* del ser humano de vivir en paz. Esta tensión se resuelve planteando el derecho como un mecanismo completamente eficaz para resol-

ver los conflictos, y por lo tanto para garantizar la paz, en tanto al mismo tiempo responde a lo *natural* en el ser humano y es capaz de regularlo.

Metodológicamente, estos supuestos se traducen en dos tipos de preguntas: 1) ¿Están suficiente y adecuadamente delimitadas las esferas de acción de cada uno de manera que todos sean igualmente libres? 2) ¿Las acciones de las autoridades públicas y de los particulares son respetuosas de los límites establecidos por los derechos?

Si la respuesta a la primera pregunta es negativa, entonces lo procedente es propiciar un cambio constitucional o legal para que los derechos efectivamente traduzcan lo que es *natural* en el ser humano y las necesidades de la convivencia social. Si, por el contrario, es la segunda pregunta la que se contesta negativamente, entonces lo procedente es propiciar un litigio para obligar el respeto de los derechos.

La aproximación liberal a los derechos ha sido criticada en general por su énfasis en lo formal, por su falsa pretensión de universalidad, y por la confianza que se deposita en las herramientas conceptuales para proveer respuestas correctas (Jaramillo 2004).¹³ En particular, se ha señalado que el resolver las tensiones sociales mediante la figura de los derechos despolitiza la tensión sin resolverla, individualiza el daño volviéndolo moral o privado y legitima el estado de cosas existente dando la apariencia de haberlo cambiado.

La crítica a "lo formal" dentro del liberalismo tiene dos aspectos. En primer lugar se refiere al acento en la construcción de un ser humano abstracto al que se le faculta para ser libre en una esfera en la que debe comportarse como si nada en él fuera particular. Esto es, la libertad es una libertad para que lo que cada individuo es sea irrelevante y no una libertad para ser como

¹³ Lo que presentamos aquí como crítica al modelo liberal de litigios sobre derechos reproduce en buen grado la parte correspondiente en Jaramillo (2004: 19-23).

individuo (Duguit s.f.; Marx 1978).¹⁴ En segundo lugar se refiere a que el modelo no considera cómo las diferencias en cuanto a los recursos que las personas controlan determinan sus posibilidades de encontrar alguna utilidad en las libertades que el liberalismo imagina.¹⁵

La falsa universalidad a la que invita el liberalismo ha sido motivo de objeciones que se construyen dentro de una lógica de mujer/hombre, Oriente/Occidente, África/Europa o colonias/imperio. Al liberalismo se lo ha acusado de basarse en supuestos que sólo son verdaderos respecto de culturas muy específicas, y por eso de reproducir institucionalmente esas culturas bajo la pretensión de que los supuestos son universales (Anghie 2006; Kymlicka 1995; Said 1994; Spivak 1999; Taylor 1993).

Tanto lo formal del liberalismo como sus pretensiones de universalidad se relacionan con el énfasis liberal en la capacidad de la razón para llegar a respuestas correctas. En particular, los autores liberales han propuesto que las ideas políticas y morales, y por lo tanto el derecho, pueden ser reducidas a unos conceptos básicos que forman un sistema unitario y coherente a partir del cual se pueden obtener respuestas a las preguntas abstractas y concretas que surgen en el campo de la política y la moral.

Los derechos mediante los cuales el liberalismo resuelve las tensiones que plantea en su comprensión de la política, a su vez, han sido acusados de despolitizar, individualizar y legitimar las situaciones a las que se refieren. La despolitización, de acuerdo con los críticos, tiene que ver con el volver los disentimientos meras opiniones protegidas por la libertad y la privacidad, y por lo tan-

¹⁴ León Duguit hizo una extensa crítica del individuo abstracto de los liberales y sus efectos perversos en la manera de pensar la relación entre el Estado y las personas.

¹⁵ Esta crítica se encuentra ya en las reflexiones de Locke y Rousseau sobre el contrato social. En efecto, ambos autores plantean que el contrato realmente sólo tiene sentido en cuanto se busca proteger la propiedad. Rousseau profundiza la importancia que se le da a la propiedad afirmando que frente a grandes diferencias de propiedad la injusticia es tal que el contrato no tiene sentido. Véanse Locke (1955); Rousseau (1998); Marx (1978).

to con la desarticulación de las posibilidades de ver a otros como poseedores de las mismas opiniones. La individualización se refiere al impacto de los derechos sobre la evaluación del daño que causan ciertas acciones e implica que cada situación se estudie separadamente y se justifique también separadamente. La legitimación tiene que ver con la posibilidad que existe de manipular el lenguaje de los derechos para no cambiar nada aunque parezca que todo ha cambiado (Brown 2004; Freeman 1977-1978; Gabel 1984; Duncan Kennedy 2002; Klare 1978; Williams Crenshaw 2006).

Ahora bien, a pesar de estas críticas, el liberalismo sigue siendo atractivo al menos por tres razones. Primero, porque permite traducir muy diversos tipos de necesidades en derechos que impliquen obligaciones correlativas. Así, las críticas al liberalismo por su falsa pretensión de universalidad, por ejemplo, se han convertido en razones para la proliferación de nuevos derechos —el derecho a la cultura, por ejemplo— que responden a las necesidades que se proponen como excluidas. Las críticas al formalismo del liberalismo, de otro lado, han dado lugar a los derechos económicos y sociales.

Segundo, porque cuando se logra traducir una necesidad en un derecho, el reclamo se reviste de la autoridad que le dan las razones naturales que lo respaldan y la verdad moral que revela. Es decir, el reclamo deja de ser la pretensión política de alguien y se convierte en una *verdad* sobre las necesidades humanas y en una *verdad* sobre la manera como deben ser atendidas.

Tercero, porque al traducir una necesidad en derecho se puede invocar el poder de la fuerza pública a través de los jueces. Si los jueces no favorecen las pretensiones de quien reclama el derecho, por otra parte, se los puede acusar de no hacer un uso correcto de la razón o de no conocer suficientemente la ley.

2. El litigio sobre derechos desde el punto de vista progresista¹⁶

Desde el punto de vista progresista, el litigio de derechos es un recurso político importante para los movimientos sociales: por una parte, porque puede desestabilizar algunas de las nociones implicadas en la subordinación que el movimiento ataca y, por otra, porque le da fuerza a los participantes del movimiento al permitirles asumirse como sujetos de derechos.

El punto de vista progresista parte de tres supuestos básicos. Primero, que distintos grupos controlan distintas cantidades de poder y recursos en cada sociedad. Segundo, que cambiar la distribución de recursos y poder depende de las posibilidades que tengan los individuos de los grupos subordinados de organizarse para cambiar la situación existente. Tercero, que el derecho contribuye a mantener una cierta distribución de recursos y poder, especialmente cuando excluye a los individuos de grupos subordinados del disfrute de los derechos.

El punto de vista progresista se distingue del liberal, entonces, en varios sentidos. Por un lado, parte de una concepción de la sociedad en la que los individuos están diferentemente situados y por eso tienen distintas capacidades de acción. Las necesidades a las que se refieren no son por esto las de los individuos *naturales* o pensados de manera abstracta, sino las de los individuos situados en posiciones de subordinación. Por otro lado, parte de la idea de que las necesidades de los individuos, y en consecuencia el contenido de los derechos y su delimitación, no pueden apprehenderse mediante el mero uso de la razón sino que deben ser formuladas desde la experiencia de la subordinación y la práctica de la resistencia. Finalmente, no confía en que la consagración de un determinado derecho garantice que los funcionarios pú-

¹⁶ Esta versión de litigio sobre derechos desde el punto de vista progresista fue inspirada, entre otros, en los siguientes trabajos: Bartholomew y Hunt (1990-1991); Matsuda (1987); McCann (1994); Schneider (1986); Williams (1987-1988).

blicos actúen de tal manera que las necesidades que el derecho traduce sean satisfechas.

Los progresistas, sin embargo, creen que la movilización legal en torno a los derechos no necesariamente implica la despolitización, individualización o legitimación del estado de cosas existente. Argumentan que, de hecho, la movilización legal en torno a derechos ha dado nueva vida a algunos movimientos sociales al permitir que individuos de grupos subordinados se sientan actores principales en la actividad política porque pueden reclamar del Estado la satisfacción de sus necesidades porque son tan humanos como los demás. Con esta nueva fuerza los movimientos pueden desplazar algunas de las ideas que reproducen su subordinación y obtener algunas ganancias sustantivas respecto de la satisfacción de sus necesidades.

Metodológicamente, esto implica hacerse y contestar las siguientes preguntas: 1) ¿Está el litigio sobre derechos respaldado por un movimiento social que ha identificado las necesidades que el litigio quiere convertir en derechos? y 2) ¿ha sido el movimiento social capaz de elevar la conciencia de quienes lo conforman para que se sientan titulares de los derechos declarados en la sentencia obtenida?

Esta aproximación al litigio sobre derechos puede ser criticada por darle demasiado protagonismo a los movimientos sociales al pensar el cambio social, por sus reclamos en torno a la verdad de la experiencia y por su énfasis en las ganancias simbólicas por oposición a las ganancias distributivas.

La idea de que los movimientos sociales deben ser los agentes del cambio social ha sido criticada por no dar cuenta de las dinámicas de poder que se reproducen al interior de los movimientos, por no dar cuenta de sus propias exclusiones, por no dar cuenta de las maneras en las que la permanencia institucional de los movimientos afecta sus agendas políticas, y por ser incapaz de explicar ganancias simbólicas o distributivas que no se relacionan con la acción de los movimientos sociales.

Aunque los progresistas, dada su intención de hacer reclamos sobre la realidad del litigio de derechos, introducen múltiples aco-

taciones y señalan los límites de sus propias conclusiones, sus estudios reclaman que la estrategia estudiada se relaciona con movimientos sociales. Es decir, que al escoger el caso ya introducen un sesgo respecto a cuáles son movimientos sociales y cuáles no. Entre ellos los más estudiados son el movimiento de derechos civiles y políticos —como el movimiento de los negros—, el movimiento de mujeres, el movimiento de trabajadores y el movimiento indígena.

Lo peculiar en las aproximaciones es que pocas veces se revelan los conflictos al interior de los movimientos respecto a la manera en la que se definen y respecto a los objetivos que deben perseguir, de modo que se oculta que las estrategias de litigio son habitualmente preferidas por ciertos sectores y actores dentro del movimiento que, en virtud de los estudios mismos, terminan “representando” al movimiento mismo.

Por otra parte, los estudios pocas veces resaltan la manera en la que la institucionalización necesaria para sostener en el tiempo las estrategias de litigio terminan produciendo necesidades de financiación que afectan las agendas políticas de los movimientos en el tiempo y las identidades profesionales cuyos saberes específicos buscan reproducirse más allá de lo que resulte útil o conveniente para el movimiento (David Kennedy 2002).

La idea de que este punto de vista recoge mejor que las críticas la “realidad” del litigio ha sido cuestionada tanto cuando la aproximación a la “realidad” pretende basarse en los métodos “científicos” de la sociología o la antropología, como cuando la aproximación a la “realidad” pretende basarse en la experiencia de quienes participan del movimiento. En el primer caso, se han reiterado las críticas frente a los reclamos disciplinarios sobre la neutralidad del método y su capacidad de dar cuenta de la “realidad” sin mediación de decisiones políticas (Trubek 1984); pero también han acusado a los progresistas de no ser lo suficientemente científicos (Rosenberg 1996). En el segundo caso, las críticas han acusado a los progresistas de ser poco reflexivos sobre la manera en la que los individuos, en posiciones subordinadas, construyen su experiencia (Scott 1991).

Finalmente, las críticas han señalado que al hacer énfasis en las ganancias simbólicas de los litigios sobre derechos, los progresistas dejan de lado o vuelven insignificantes las ganancias distributivas y reproducen la fe liberal en el sujeto racional, libre y autónomo.

A pesar de las críticas, la aproximación progresista sigue siendo interesante al menos por tres razones. Primero, porque reivindica una interpretación de los movimientos sociales de las décadas de los años sesenta y setenta, en los que éstos resultan ser una fuerza transformadora que lleva al cambio sin la revolución. Segundo, porque reivindica la "voz" de los activistas y de los subordinados. Tercero, porque permite utilizar el modelo liberal, aprovecharse de los efectos simbólicos del litigio de derechos tal y como los representa el modelo liberal, y al mismo tiempo distanciarse de él reclamando que su uso es meramente estratégico.

3. El DDL y el litigio sobre derechos

A diferencia de la aproximación liberal y de la aproximación progresista al litigio sobre derechos, el DDL no centra la preocupación por el derecho en los derechos. Esto no quiere decir, sin embargo, que rechace intervenciones "incrementales" o "reformistas", o que desprecie por principio las iniciativas de reforma del derecho adelantadas por los movimientos sociales. Más bien → implica centrar las consideraciones sobre los efectos distributivos de los cambios legislativos que se proponen o efectúan, y pensar críticamente en las maneras en las que el papel del derecho en la distribución es ocultado por nuestras formas habituales de plantear el problema.

Así, en lugar de preguntarse si la estrategia adelantada por un particular, un grupo o un movimiento logró el "reconocimiento de un derecho" o "reafirmó los derechos" de alguien, se preguntaría concretamente qué fue lo que ordenó el juez y cómo esta regla modifica el balance de poder anteriormente existente.

Esto supone, de una parte, renunciar a la creencia de que el reconocimiento de una necesidad como derecho, en el sentido

de una atribución político-moral, inevitablemente implica que se hayan conferido todos los poderes que podrían alterar la situación de distribución en la que se enmarca la necesidad convertida en derecho. Por ejemplo, una lectura del fallo de la Corte Constitucional colombiana sobre la ley de cuotas para mujeres en altos cargos de dirección y manejo (Corte Constitucional 2000a)¹⁷ podría enfatizar que la Corte reconoció el derecho de las mujeres a una igualdad de resultado en la participación política. A partir de esto se podría concluir que siempre que se verifique que hay menos mujeres que hombres en un cuerpo de representación popular o en un organismo de la rama Ejecutiva o Judicial se viola dicho derecho, y que si los jueces deciden el caso de otra manera se equivocan, ya sea por ignorantes o prejuiciosos.

El DDL haría énfasis en que el caso ordenó que, en la medida de lo posible, el Presidente de la República debería nombrar mujeres como ministros de Estado, superintendentes y directoras de departamentos administrativos hasta alcanzar al menos un 30% de los cargos; que el Presidente de la República debería incluir al menos una mujer en las ternas para elegir magistrados a la Corte Constitucional; y que las autoridades locales y regionales deberían seguir reglas similares en aquello que son similares. Haría énfasis, por otra parte, en que esto asegura que las hojas de vida de las mujeres profesionales de élite serán consideradas por el Presidente de la República para la terna de la Corte Constitucional; en los demás casos, tanto el Presidente como las autoridades locales podrán abstenerse del ejercicio y simplemente alegar que hicieron lo posible sin tener que demostrarlo. Luego se preguntaría de qué manera este cambio en la distribución de poder entre hombres y mujeres de elite afecta la distribución de poder entre hombres y mujeres y entre individuos de la elite e individuos que no pertenecen a ella.

¹⁷ En esta sentencia la Corte analizó la constitucionalidad de la ley 581 de 2000, "por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40, 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones".

Supone, de otra parte, renunciar a reclamar que la creación de nuevos derechos o nuevos sujetos de derechos implica siempre o generalmente debilitar los mecanismos de legitimación de las actuales distribuciones. En este sentido, y para seguir con el mismo ejemplo, en lugar de presumir que presentar el problema de subordinación de las mujeres como uno de falta de igualdad de resultados en la participación política ya permite cambiar sustancialmente dicha subordinación, nos obliga a pensar cuál es la relación de esta definición con otras que coexisten con ella y cuáles son los límites de lo que podría ganarse con esta definición del problema.

Finalmente, supone renunciar a la convicción de que "los" movimientos sociales tienen algún acceso privilegiado a la verdad o tienen una capacidad única para modificar determinadas distribuciones. De esta manera, en lugar de sospechar de iniciativas que no son visiblemente adelantadas por "los" movimientos, se plantea agnóstico frente al agente sin renunciar a la idea de que algunas reformas incrementales probablemente requieran esfuerzos organizados y prolongados en el tiempo.

Renunciar a estas creencias tiene algunos costos. El primero y más evidente es que, si habemos de creerles a los progresistas, se pierde la posibilidad de fortalecer los movimientos sociales en torno a la idea de derechos. Esto es, que se pierde la posibilidad de animar a las personas a seguir con sus esfuerzos de transformación y resistencia desde la posición de "sujetos de derechos reconocidos" por el ordenamiento (por el Estado). El segundo, importante sobre todo para las organizaciones no gubernamentales del tercer mundo que trabajan con recursos de cooperación internacional, es que se pierde la posibilidad de seguir mostrando la coherencia o la sintonía de las agendas locales con el movimiento internacional de derechos humanos o con las agendas de derechos humanos propuestas por organismos multinacionales como el Banco Mundial, la Unión Europea o la Fundación Ford. El tercero es que "los" movimientos sociales pierden el monopolio sobre el poder de representación de las necesidades de los individuos.

Pero los beneficios de asumir el DDL como punto de vista, en nuestra opinión, superan los costos. El primer beneficio es que se tienen mejores herramientas para entender por qué una determinada reforma incremental es mejor que otra, pues la mirada no está puesta en la gran ganancia simbólica en términos del lenguaje de derechos sino en la pequeña reforma incremental. El segundo es que se gana alguna confianza en el poder distributivo del derecho, y en ese sentido en su poder de transformación, por oposición a la desazón en el largo plazo que resulta de verificar que los "derechos" han sido "ineficaces" para cambiar la situación. El tercero es que se tienen mejores herramientas para reclamar políticamente la responsabilidad de quienes asumen la representación de un grupo de individuos por sus omisiones y exclusiones. Este tipo de responsabilidad se oscurece en las aproximaciones liberal y progresista al litigio sobre derechos, pues ellas suponen que no se puede causar ningún daño cuando se obtiene la declaración de un derecho: los derechos reflejan verdades morales, y en ese sentido el daño que causan es justificado siempre, y los derechos de cada uno sólo se extienden hasta donde llegan los de los demás. El cuarto es que se suspende la sospecha sobre los agentes del cambio legal, y en este sentido se amplía el conjunto de "aliados" que se pueden tener para adelantar ciertas reformas.

→ II. LAICIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DDL

El proyecto LAICIA, según nuestra lectura, buscaba liberalizar la legislación penal sobre el aborto para reducir el número de abortos inseguros y consecuentemente la mortalidad y morbilidad asociadas al aborto en Colombia, y buscaba cambiar ese debate jurídico en el país en dos sentidos: quería que las recomendaciones de los comités de monitoreo de tratados internacionales sobre derechos humanos se consideraran vinculantes en la jurisprudencia constitucional sobre derechos sexuales y reproductivos, y que el aborto se relacionara no solamente con el derecho a la libertad sino también con el derecho a la igualdad.

En este acápite interpretamos el primero de estos objetivos como un objetivo en términos de distribución y el segundo como un objetivo en términos de legitimación desde el punto de vista del DDL, y proponemos una versión sobre qué se logró con LAICIA y por qué. Empezamos explicando lo que está en juego en la regulación del aborto y cómo el derecho afecta esta distribución. Luego sugerimos algunas maneras en las que se oculta el papel del derecho en la distribución. Finalmente damos nuestra interpretación sobre la intervención de LAICIA en el campo jurídico colombiano.

A. Lo que está en juego en la regulación del aborto

En el debate en torno a la regulación del aborto existen al menos tres posiciones que niegan que éste sea un tema principalmente de distribución y dos interpretaciones que compiten en su explicación sobre lo que está en juego en la regulación del aborto.

El aborto no es un asunto de distribución para quienes sostienen que implica sacrificar una vida humana,¹⁸ que la prohibición del aborto impide a las mujeres ser ciudadanas plenas (Cornell 2002) o que su prohibición es principalmente un problema de salud pública. En cada uno de estos casos, una cierta regulación del aborto se vincula a la realización de un fin que es bueno en sí mismo sin que sea importante quiénes ganan o quiénes pierden en cada escenario.

En el primer caso, la protección del producto de la concepción es un fin que se reclama como “superior” y “natural”, como vinculado al proyecto de una comunidad política en la que nadie tiene el poder para quitar la vida a un ser humano que es “inocente” en el sentido de que él mismo no ha amenazado o vulnerado, por su voluntad, los derechos de nadie. Aquí el posible conflicto entre el producto de la concepción y la portadora se anula por la

¹⁸ Así ha enmarcado el debate la derecha católica en Colombia. Su posición, como explicaremos más adelante, se refleja en las intervenciones que hicieron en contra de la demanda de Mónica Roa.

vía de la invocación de la superioridad del interés en la protección de la vida inocente.¹⁹

En el segundo caso, la plenitud de la ciudadanía de las mujeres es también un fin que se reclama como “superior”, vinculado al proyecto de una comunidad política en la que todos los participantes son iguales en la medida de su plena individualidad. En este caso, se argumenta que la prohibición del aborto en cualquiera de sus formas implica un “desmembramiento” de las mujeres que les impide reconocerse políticamente como individuos al someterlas a entenderse como vientres ambulantes (Cornell 2002). El conflicto que se imagina es entre las mujeres y el Estado, que les impediría su plena individualidad. El conflicto se anula al reclamar este fin como uno que es superior a cualquier otro.

En el tercer caso, la salud y vida de las mujeres es un fin que se reclama como “superior” en el mismo sentido que la defensa de la vida en gestación se propone como fin “superior”. El problema se define como uno en el que la negligencia del Estado lleva a la muerte de mujeres por causas perfectamente remediabiles (Grimes y otros 2006). El asunto de la distribución no aparece porque se presume que todos los problemas de salud pública son de interés y que el que las vidas o la salud de la mujer estén en peligro no implica que alguien gane algo.

¹⁹ La posición de los católicos se ha fundado en las dos encíclicas que sobre el tema ha promulgado el Vaticano: *Humanae Vitae* (1968) y *Evangelium Vitae* (1995). La idea de un conflicto de derechos en relación con la interrupción del embarazo, sin embargo, es mucho más importante en la segunda. En ella se afirma: “Todo hombre abierto sinceramente a la verdad y al bien, aun entre dificultades e incertidumbres, con la luz de la razón y no sin el influjo secreto de la gracia, puede llegar a descubrir en la ley natural escrita en su corazón (cf. Rm 2, 14-15) el valor sagrado de la vida humana desde su inicio hasta su término, y afirmar el derecho de cada ser humano a ver respetado totalmente este bien primario suyo. En el reconocimiento de este derecho se fundamenta la convivencia humana y la misma comunidad política”. Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, disponible en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html (visitada el 10 de diciembre de 2007).

La regulación del aborto se entiende fundamentalmente como un asunto de distribución en dos perspectivas feministas que generalmente se agrupan bajo el rótulo de feminismo radical. En la primera de ellas, que llamaremos feminismo reproductivo, la regulación del aborto es parte del conflicto sobre poder y recursos entre hombres y mujeres porque la posibilidad de autodeterminación de las mujeres pasa fundamentalmente por su poder para controlar la reproducción (Firestone 1970). En la segunda de ellas, el feminismo sexual, la regulación del aborto es parte del conflicto sobre poder y recursos entre hombres y mujeres porque permite a los hombres controlar la sexualidad de las mujeres (MacKinnon 1984; MacKinnon 1987).

1. Feminismo reproductivo

Tal vez la autora más influyente del feminismo reproductivo sea Shulamith Firestone. *The Dialectics of Sex*, su libro de 1970, propone que usando el método del materialismo histórico para estudiar la opresión de las mujeres se puede concluir que el sustrato material de esta opresión yace en los siguientes hechos fundamentales, "aunque no inmutables":

1. Que las mujeres a lo largo de la historia, antes de la llegada del control de natalidad, estuvieron siempre a merced de su biología —la menstruación, la menopausia, las "enfermedades" de mujeres, constantes y dolorosos partos, lactancia y cuidado de niños—, todo lo cual las hace dependientes de los hombres —ya sea su hermano, su padre, su esposo, su amante, su clan, su gobierno, o la comunidad en general— para su supervivencia física.
2. Que los infantes humanos se toman un mayor tiempo para crecer que los animales, que por lo tanto son incapaces, y que al menos por un corto período son dependientes de los adultos para su supervivencia.
3. Que la interdependencia básica de madre e hijo ha existido en alguna forma en cada sociedad, del pasado y del presente,

y por lo tanto ha moldeado la psicología de cada mujer madura y de cada niño.

4. Que la diferencia reproductiva natural entre los sexos llevó directamente a la división de trabajo en los orígenes de la clase, así como produjo un paradigma de casta —de discriminación basada en características biológicas—. (Firestone 2000) (traducción libre)

Para Firestone, en la medida en que lo humano es la superación de la naturaleza, en lugar de sugerir que estos hechos naturales sean "acomodados" o "tenidos en cuenta" para que las mujeres puedan disfrutar de ventajas sociales como el empleo remunerado, lo procedente es luchar por el control de los medios de reproducción: "no sólo la completa restauración de la propiedad de las mujeres sobre sus cuerpos sino su (temporal) control de la fertilidad humana —la nueva biología de la población así como las instituciones sociales de procreación y crianza de niños—" (Firestone 2000) (traducción libre). La completa superación de la diferencia sexual, en su opinión, se produciría cuando:

La reproducción de la especie por uno de los sexos para el beneficio de ambos fuera reemplazada (al menos con la opción de) por la reproducción artificial: los niños nacerían de ambos sexos por igual, o independientemente de ambos, como quiera que uno quiera verlo; la dependencia del niño hacia la madre (y viceversa) se reemplazaría por una dependencia mucho más corta frente a un pequeño grupo de otros, de modo que la inferioridad física de los niños respecto de los adultos se vería compensada culturalmente. (Firestone 2000) (traducción libre)

En este sentido, para el feminismo reproductivo el control total de las mujeres sobre la reproducción implicaría tanto una completa despenalización del aborto, acompañada de métodos de procreación que no involucraran exclusivamente el cuerpo de las mujeres, como una transformación de las prácticas de crianza que las "desfeminizara".

Si bien en esta versión el derecho juega un papel en el control de la reproducción, un análisis de la “maternalización” de las mujeres más cercano al del DDL lo provee Mary Joe Frug en su “Manifiesto Jurídico Feminista Posmoderno” (Frug 2006). Frug propone que el derecho, efectivamente, “maternaliza” los cuerpos de las mujeres cuando “las obliga o anima a [...] tener hijos y a asumir responsabilidades desproporcionadamente mayores a las de los hombres en la crianza de los niños”.

Frug identifica tres grupos de normas como directamente involucrados con la “maternalización” de las mujeres: las relacionadas directamente con el control de la fertilidad y la reproducción, las relacionadas con la custodia y el pago de alimentos y las relacionadas con el mercado laboral. En el primer conjunto de normas identifica las siguientes:

- Las que prohíben, restringen u obstaculizan el acceso al aborto y las normas que prohíben o impiden el uso o la distribución de instrumentos para el control de la natalidad (Frug 2006).
- Las normas relativas a la protección fetal, las decisiones judiciales que obligan a mujeres a someterse a cesáreas indeseadas, y las normas que facilitan la esterilización involuntaria en algunas circunstancias (Frug 2006).
- Las normas sobre custodia, que determinan que las mujeres deben ser preferidas a los hombres, y sobre alimentos, que obligan sólo a los padres a pagarlos, ya sea por decisión legislativa o judicial (Frug 2006).
- Las normas jurídicas que validan la desigual remuneración de trabajos segregados de acuerdo con el sexo, que autorizan que a las mujeres embarazadas o fértiles se les impida trabajar en ciertos empleos, que canalizan a los hombres a empleos mejor remunerados, que niegan beneficios por desempleo a mujeres que dejan su trabajo para dedicarse a la crianza, entre otras (Frug 2006).

2. Feminismo sexual

El feminismo sexual ha sido articulado y defendido como el “verdadero feminismo”, principalmente a partir de los trabajos de Catharine MacKinnon. MacKinnon, usando también el método marxista del materialismo dialéctico, propone que si bien la familia es la institución a través de la cual se ejecuta la opresión de las mujeres, lo que determina el control de los hombres sobre las mujeres es su capacidad para expropiarlas de la sexualidad. En este sentido, y categóricamente, en el párrafo más famoso de su obra la autora afirma:

Hay un paralelo implícito en la teoría feminista: la modelación, dirección y expresión de la sexualidad organiza a la sociedad en dos sexos —mujeres y hombres—, división que subyace a la totalidad de las relaciones sociales. La sexualidad es aquel proceso que crea, organiza, expresa y dirige el deseo, creando los seres sociales que conocemos como hombres y mujeres, así como sus relaciones crean sociedad. Tal como lo es el trabajo para el marxismo, la sexualidad es para el feminismo algo socialmente construido pero que, a la vez, construye; universal como actividad pero históricamente específica, compuesta conjuntamente por materia y mente. Así como la expropiación organizada del trabajo de algunos para el beneficio de otros define una clase —los trabajadores—, la expropiación organizada de la sexualidad de unos para el uso de otros define el sexo, mujer. La heterosexualidad es su estructura, el género y la familia sus formas concretas, los roles sexuales son sus cualidades generalizadas para la persona social, la reproducción es una de sus consecuencias, y el control es su tema. (MacKinnon 2006)

La primacía de la expropiación de la sexualidad en la opresión de las mujeres lleva a la autora a cuestionar la premisa que considera básica en el debate sobre el aborto, y es que las mujeres controlan su sexualidad de modo significativo. En este sentido denuncia tanto el argumento que atribuye a los liberales de acuerdo

con el cual la mujer debe tener la opción de abortar “como si la mujer simplemente le pasara al feto”, y el argumento que atribuye a los conservadores de que como el sexo es generalmente voluntario, la abstención es una opción de control de la fertilidad para las mujeres, y la falta de control derivada del sexo involuntario puede resolverse con excepciones para casos de violación o incesto (MacKinnon 1987).

Para la autora, el que la discusión sobre la reproducción obvie el problema de la expropiación de la sexualidad implica que perdemos la perspectiva sobre cómo la regulación de la reproducción, y en particular la liberalización del aborto, puede reproducir los intereses masculinos. En este sentido afirma que “la disponibilidad del aborto enmarca, y es enmarcada por, las condiciones que los hombres logran acordar para darle legitimidad a las mujeres para controlar las consecuencias reproductivas del sexo” (MacKinnon 1987). Más aún, afirma que:

Mientras las mujeres no controlen el acceso a su sexualidad, el aborto facilita la disponibilidad sexual heterosexual de las mujeres. En otras palabras, en condiciones de desigualdad de género, la liberación sexual en este sentido no libera a las mujeres, libera la agresión sexual masculina. La disponibilidad del aborto remueve la única razón legítima que las mujeres han tenido para rehusarse a tener sexo además del dolor de cabeza. (MacKinnon 1987) (traducción libre)

MacKinnon, sin embargo, está más interesada en señalar las maneras en las que la liberalización del aborto puede no conducir a la completa emancipación de las mujeres o puede ser cooptada por intereses masculinos, que en denunciar la liberalización del aborto en todos los casos y en cualquier contexto. Su trabajo denuncia en particular la manera en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió enmarcar la decisión del aborto como una cobijada por la privacidad y los recortes que se han hecho a la posibilidad de abortar en sentencias sucesivas que reafirman la necesidad de obtener el consentimiento del padre, del esposo

o de un consejero y que niegan la inclusión de este servicio en el plan básico de salud (MacKinnon 1987).

B. Una mirada feminista a la regulación del aborto en Colombia antes de la sentencia C-355 de 2006

Aunque el enfrentamiento entre el feminismo reproductivo y el feminismo sexual es fructífero en muchos sentidos, pensamos que una mirada feminista puede ser consciente de las tensiones entre el primero y el segundo sin asumir ninguno de los dos como explicación total. Por esta razón, entendiendo el derecho como un factor de distribución de recursos entre hombres y mujeres en razón de la reproducción y la sexualidad, planteamos un marco en el que el conflicto es construido por normas legales que pertenecen a muy diversos ámbitos, sin darle prioridad absoluta a ningún conjunto de reglas y sin aspirar a que si se cambian todas ellas al mismo tiempo —la solución del “Código”— pueda resolverse el problema de una vez y para siempre (Kennedy 1998).

En esta sección sostendremos en particular que desde una perspectiva feminista es importante la libertad que las mujeres puedan tener sobre su sexualidad y reproducción, así como sus posibilidades de controlar los riesgos asociados a la maternidad. Aunque ambas son aspiraciones feministas, para obtener logros en uno de los sentidos no es necesario, en nuestra opinión, cambios radicales en el otro, y por eso se pueden estudiar o pensar de manera aislada aunque con la perspectiva del todo.

Nuestra propuesta sobre cómo el derecho distribuye recursos en materia de sexualidad y reproducción, y el papel de la legislación penal sobre aborto en este panorama empieza con una somera descripción de las prácticas de aborto en Colombia a partir de los estudios de investigadores nacionales e internacionales. Luego presentaremos una versión sobre la manera en la que opera el derecho penal en la acción y la influencia del derecho laboral, de familia, y de seguridad social en estas prácticas.

1. Prácticas del aborto en Colombia antes de 2006

Aunque todos los estudios ponen de presente las dificultades de estudiar el aborto en contextos en los que es ilegal, existen datos que más o menos dan una idea de las prácticas relacionadas con el aborto. En Colombia el estudio más importante analiza datos de 1994 (Zamudio 1999) y arrojó los siguientes resultados (Zamudio 1999):

- La edad promedio de las mujeres que abortan es de 24,8 años.
- El 42% de las mujeres eran solteras en el momento de realizar el aborto y el 54,5% se encontraban casadas o en unión.
- La proporción de mujeres con aborto varía de acuerdo con el número de embarazos y no con el número de hijos, lo que es indicativo del uso del aborto para controlar el tamaño de la familia.
- En el 78,4% de los casos el embarazo no deseado fue resultado del no uso de métodos anticonceptivos.

Un estudio del Alan Guttmacher Institute sobre el aborto en Latinoamérica (Hawker, Ferrando y Llera 1994), de otro lado, indica que las principales razones para abortar en Colombia son la presión del compañero o la familia y la percepción del momento (Hawker, Ferrando y Llera 1994). El estudio encontró que en un 33% de los casos de las mujeres que informaron a sus compañeros, éstos las presionaron para abortar. También encontró que las mujeres de estratos bajos interrumpen sus embarazos por presiones económicas, mientras que las de estratos medios lo hacen por la presión familiar cuando son solteras, porque no es aceptable ser madre soltera, y las mujeres de estratos altos tienen más en cuenta la posible interrupción de su proyecto de vida (Hawker, Ferrando y Llera 1994).

En relación con la incidencia de abortos, la Encuesta de Demografía y Salud de 2005 elaborada por Profamilia señala que sólo un 46% de los embarazos ocurridos en los últimos cinco años fue deseado, con el 27% de los embarazos no deseados reportados

como meramente inoportunos y el 27% como definitivamente no deseados. Para 1989 se estimaba que del total de embarazos, un 26% terminaba en aborto inducido, cifra que es bastante similar a la que se reporta para el 2005 como embarazos definitivamente no deseados.

Los datos sobre incidencia de aborto y abortos inseguros del Alan Guttmacher Institute son reveladores: en Colombia se habrían realizado alrededor de 288.400 abortos en 1989 y hubo 57.680 hospitalizaciones por abortos mal practicados.

Incidencia de aborto en seis países de Latinoamérica

País/año	Número de abortos por año	Tasa por cada 1000 mujeres	Promedio por mujer
Brasil, 1991	1.433.350	36,5	1,3
Chile, 1990	159.650	45,4	1,6
Colombia, 1989	288.400	33,7	1,2
República Dominicana, 1992	82.500	43,7	1,5
México, 1990	533.100	23,2	0,8
Perú, 1989	271.150	51,8	1,8

La misma entidad provee los siguientes datos sobre abortos inseguros en estos países:

Abortos inseguros en seis países de Latinoamérica (Wulf 1996)

País/año	Número de hospitalizaciones
Brasil, 1991	288.670
Colombia, 1989	57.680
Chile, 1990	31.930
República Dominicana, 1992	16.500
México, 1990	106.602
Perú, 1989	54.230

Los análisis del Alan Guttmacher Institute y otros investigadores, por otra parte, tienden a concluir que la prohibición penal total y moderada del aborto no influye ni en el número de abortos realizados ni en la mortalidad materna asociada al aborto. En el caso colombiano es significativo que un estudio sobre las percepciones en torno al aborto hubiera encontrado que “Aunque las mujeres saben que el aborto está penalizado, tienen un reconocimiento muy débil de su carácter delictivo” (Ministerio de Protección Social y Universidad Nacional de Colombia 2007). Así mismo, es importante señalar que a pesar de tener una de las legislaciones “más restrictivas” en América Latina, el aborto inseguro es la tercera causa de mortalidad materna en el país y no la primera o la segunda, como en la mayoría de los países de Latinoamérica —ver tabla sobre legislación penal y mortalidad asociada al aborto en América Latina— (Boada y Cotes Benítez 2005).²⁰ Cabe mencionar también que los investigadores del Alan Guttmacher Institute han encontrado que en Latinoamérica se ha reducido la mortalidad materna asociada al aborto inseguro, de acuerdo con los profesionales médicos entrevistados, por razones que no tienen que ver directamente con la legislación sobre aborto:

La mayor parte de los profesionales de la salud opinan que en América Latina, hoy en día hay menos riesgo de tener complicaciones relacionadas con el aborto inducido que en el pasado. Las razones para la reducción del riesgo son las siguientes:

- ① más mujeres tienen acceso a procedimientos médicos seguros;
- ② más mujeres están conscientes de la necesidad de buscar tratamiento médico rápidamente cuando surge una complicación;
- ③ y más agentes proveedores —aun aquellos que no tienen capacitación médica— rutinariamente les recetan antibióticos a sus pacientes. (Wulf 1996)

²⁰ Las autoras estiman que el 16% de las muertes maternas se asocian al aborto, pero que de éstas sólo un 60% son abortos inducidos.

La organización nicaragüense SÍ-Mujer, a partir de los datos del Fondo de las Naciones Unidas para las Poblaciones, resume la situación latinoamericana en el 2004 de la siguiente manera:

Legislación penal y mortalidad materna asociada al aborto en América Latina

País	Legislación	TMM	Importancia del aborto en la TMM
Argentina	Permite el aborto en casos de violación y cuando se trata de una mujer “idiota o demente”	82 por 100.000 nacidos vivos	Primera causa de mortalidad
Bolivia	Permite el aborto cuando el embarazo resulta de violación, rapto seguido de no matrimonio, estupro, incesto, y cuando hay riesgo para la vida o salud de la mujer	420 por 100.000 nacidos vivos	Primeros lugares entre causas de mortalidad
Brasil	Permite el aborto cuando el embarazo resulta de violación o cuando hay riesgo para la vida o salud de la mujer.	260 por 100.000 nacidos vivos	Cuarta causa de mortalidad materna
Colombia	Está prohibida toda forma de aborto	130 por 100.000 nacidos vivos	Es la segunda causa de mortalidad materna
Costa Rica	Permite el aborto para salvar la vida o salud de la madre	43 por 100.000 nacidos vivos	12,4% de las muertes maternas entre 1990 y 1994
Chile	Está prohibida toda forma de aborto	31 por 100.000 nacidos vivos	Primera causa de mortalidad
Ecuador	Permite el aborto cuando el embarazo resulta de violación o estupro contra mujer “idiota o demente” y cuando hay riesgo para la vida o salud de la mujer	130 por 100.000 nacidos vivos	s.d.
El Salvador	Está prohibida toda forma de aborto	150 por 100.000 nacidos vivos	Una de las primeras causas
Guatemala	Permite el aborto para salvar la vida de la mujer	240 por 100.000 nacidos vivos	9,5% de las muertes maternas por aborto provocado
Honduras	Está prohibida toda forma de aborto	110 por 100.000 nacidos vivos	Segunda causa de egreso hospitalario

País	Legislación	TMM	Importancia del aborto en la TMM
México*	Permite el aborto cuando la vida de la madre está en riesgo y por razones eugenésicas en 32 estados	83 por 100.000 nacidos vivos	Tercera o cuarta causa de mortalidad materna
Nicaragua**	Permite el aborto terapéutico pero exige consentimiento del cónyuge o pariente cercano	250 por 100.000 nacidos vivos	Primera o segunda causa de mortalidad
Panamá	Permite el aborto por razones "éticas, terapéuticas y eugenésicas"	160 por 100.000 nacidos vivos	Tercera causa de mortalidad
Paraguay	Permite el aborto terapéutico	170 por 100.000 nacidos vivos	Primera causa de mortalidad
Perú	Permite el aborto terapéutico	410 por 100.000 nacidos vivos	Segunda causa de mortalidad
Puerto Rico	Aborto legal	25 por 100.000 nacidos vivos	s.d.
República Dominicana	Está prohibida toda forma de aborto	150 por 100.000 nacidos vivos	s.d.
Uruguay	Permite el aborto por razones "terapéuticas, éticas y sociales"	27 por 100.000 nacidos vivos	25% de las muertes maternas es por aborto

Fuente: SI-Mujer (2004).

*El 25 de abril de 2007 la Ciudad de México aprobó una ley autorizando la interrupción del embarazo en las primeras 12 semanas de gestación a solicitud de la mujer. Fuente: *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, No. 70, Decimaséptima época, 26 de abril de 2007, pp. 2-4.

**En diciembre de 2007 Nicaragua aprobó una reforma al Código Penal que derogó el aborto por razones terapéuticas. Fuente: Ley 641 de diciembre de 2007. Publicada en *Gaceta*, Nos. 83-87, 5-9 de mayo de 2008.

➔ Aunque ninguno de estos datos se puede considerar definitivo —el dato sobre la legislación, entre otras, compara simplemente los textos y no tiene en cuenta los elementos formativos que determinan la operación de la legislación en cada contexto—,²¹ el resumen permite proponer dos hipótesis. La primera es que no parece haber ninguna relación entre el número de excepciones

²¹ Sobre el papel de los elementos formativos en los ejercicios de derecho comparado, véase Sacco (1991a y 1991b).

consignadas en la legislación penal sobre aborto y la importancia del aborto entre las causas de la mortalidad materna. En todos los países latinoamericanos, salvo Puerto Rico, el aborto es una de las primeras causas de mortalidad materna. En algunos países, sin embargo, el aborto está totalmente prohibido mientras que en otros hay muchas excepciones y en otros hay unas pocas.

② La segunda es que no parece haber ninguna relación entre la legislación vigente sobre aborto y las tasas de mortalidad materna en general. Así, aunque las legislaciones penales sobre aborto en Colombia, Chile y República Dominicana son similares, la tasa de mortalidad materna de Colombia es de 130 por 100.000 nacidos vivos, mientras que la de Chile es de 31 y la de República Dominicana es de 150. Bolivia, que permite el aborto cuando el embarazo es producto de violación, incesto, estupro, rapto no seguido de matrimonio, y cuando la vida o la salud de la mujer peligran, tiene una tasa de mortalidad materna de 420 por 100.000 nacidos vivos.

De hecho, los estudios que comparan las regiones enfatizan que en términos de la relación entre legislación penal sobre aborto y aborto inseguro sólo existen diferencias importantes entre la legislación restrictiva y la legislación que permite el aborto por motivos socioeconómicos o lo legaliza. Al respecto, Berer (2004) ha señalado que

✂ [...] la mayoría de los abortos se vuelven seguros principalmente o únicamente cuando las razones de las mujeres para abortar y las excepciones legales coinciden, esto es, no sólo cuando se permite [el aborto] para proteger la vida y la salud de la mujer o por malformaciones fetales, sino por razones socioeconómicas y, lo que es más importante, por la mera solicitud de la mujer.²²

Adicionalmente subrayan que incluso cuando la legislación es muy permisiva, la calidad general de los servicios de salud afecta

²² Traducción libre de las autoras.

la mortalidad y morbilidad asociada al aborto (Berer 2004; Sedgh y otros 2007; World Health Organization 2007).

2. El papel del derecho en la modelación de las prácticas del aborto antes de 2006

Las breves consideraciones sobre la práctica de abortos en Colombia y la percepción de la relación entre legislación penal y aborto, en nuestra opinión, revelan que la decisión de las mujeres colombianas sobre si terminar o no un embarazo, así como su capacidad para controlar las consecuencias del aborto inducido, dependen no solamente de la legislación penal sobre el aborto sino también de la legislación sobre el secreto profesional de los médicos, laboral, de familia y de seguridad social. Sugerimos que entender esta interrelación de las normas permite comprender mejor el papel del derecho en la modelación de las prácticas de aborto que la simple idea de que la legislación penal es ineficaz. Así mismo proponemos que determinar cuál es el derecho aplicable depende de integrar la lectura de la legislación con la de jueces, doctrinantes y destinatarios.

a. La legislación penal sobre aborto antes de la sentencia C-355 de 2006 en la acción

El Código Penal colombiano regula el aborto en los artículos 122 a 124. Antes de la sentencia C-355 de 2006, éstos disponían que “la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo causare” incurriría en una pena de uno a tres años de prisión, al igual que quien se lo causare (artículo 122); que quien realizara un aborto en menor de 14 años o sin el consentimiento de la mujer incurriría en prisión de uno a cuatro años (artículo 123); y que en caso de violación o inseminación artificial no consentida, la pena se reduciría en tres cuartas partes (artículo 124) o no se aplicaría si la mujer se encontrara en “condiciones extraordinarias anormales de motivación” (artículo 124 parágrafo).

El texto legal fue interpretado como uno de prohibición del aborto en todas las circunstancias, por lo que Colombia aparece-

ría como uno de los países con las legislaciones más restrictivas del mundo (Women's Link Worldwide 2005c). A esta conclusión se llegaba tras constatar que el tipo penal consignado en el respectivo Código no incluía ninguna circunstancia en la que se realizara un aborto y la conducta fuese atípica. Si bien en casos de violación e inseminación artificial no consentida la pena era reducida, y se contemplaba la posibilidad de que el juez eximiera de responsabilidad a la mujer y al médico involucrados si se presentaban circunstancias excepcionales de motivación, el aborto se encontraba tipificado.²³ Esta posición fue ampliamente difundida por el Centro de Derechos Reproductivos (CRR) a través de mapas que situaban a Colombia entre los países cuya legislación prohibía el aborto totalmente.²⁴

Este significado de la legislación penal se vería corroborado por la doctrina penal nacional, que al discutir el tipo penal de aborto se limitaba a justificar la existencia del tipo a partir de elaboraciones de las cláusulas constitucionales y de derecho internacional relacionadas con el derecho a la vida (Pabón 2002; Pérez 1974).²⁵ La ausencia de fallos judiciales relativos al delito de aborto hacía que esta interpretación fuera la única con algún tipo de autoridad.

Para entender cómo funcionaba la legislación penal en la práctica, sin embargo, proponemos tener en cuenta otras normas de derecho penal colombiano y las prácticas de la comunidad médica, incluyendo la aproximación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud al tema del aborto.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal colombiano, el titular de la acción penal es el Estado, que la ejerce a través de la Fiscalía General de la Nación (artículo 26). La Constitución

²³ Artículo 124, Código Penal colombiano.

²⁴ Por ejemplo, Center for Reproductive Rights, “Mapa de leyes sobre aborto en el mundo, 2005” (afiche, copia en poder de las autoras).

²⁵ Algunos autores, sin embargo, han introducido la importante distinción entre la concepción y la anidación del óvulo fecundado, y han sostenido que la vida que se protege es la que empieza con la anidación. Véase Gómez y Urbano (2003).

política define el papel de la Fiscalía, adicionalmente, señalando que es su deber investigar y ejercer la acción penal cuando conozca de hechos delictivos por querrela, denuncia, petición especial o de oficio (artículo 250). Para que la acción penal sea procedente en el caso del aborto, no se requiere querrela (artículo 35 del Código de Procedimiento Penal) ni petición especial (artículo 36 del Código de Procedimiento Penal), por lo que la Fiscalía puede iniciarla cuando se entera de los hechos de oficio o por denuncia. El Código de Procedimiento Penal, sin embargo, excluye del deber de denuncia a los particulares que se enteren de la comisión del delito en ejercicio de actividades protegidas por el secreto profesional (artículo 28). La ley de ética médica, ley 23 de 1981, prevé específicamente que los médicos deben guardar el secreto profesional (artículo 38).

De otro lado, el Código de Procedimiento Penal establece que la investigación puede precluirse cuando se encuentre que existe una causa excluyente de responsabilidad —ya sea por falta de culpabilidad o por falta de antijuridicidad— (artículo 39) y, que en general, cuando se trata del delito de aborto (artículo 357), la detención preventiva no procede. Adicionalmente, el Código Penal prevé que la ejecución de la pena se puede suspender cuando el delito tenga una pena de cárcel inferior a tres años (artículo 63), como en los casos de aborto que contemplan los artículos 123 y 125.

Este entorno de las normas penales sobre aborto podría contribuir a explicar por qué la prohibición se implementa tan débilmente: por una parte, los que más información tienen sobre la práctica de abortos o bien son ellos mismos sujetos activos del delito —las mujeres y los médicos, enfermeras y proveedores no calificados—, o bien tienen el deber legal de guardar secreto sobre la información y no tienen el deber de denunciar el delito —los médicos que atienden complicaciones sobre abortos—; por otra parte, la pena consagrada es tan baja que no aplica la detención preventiva y se puede solicitar la ejecución condicional de la pena o libertad condicional. La Fiscalía, por lo tanto, tiene pocas

posibilidades de acceder a la información y pocos incentivos para iniciar de oficio la investigación de este delito.

Las prácticas de la comunidad médica, de su lado, revelaban una interpretación de la normatividad en la que ésta no implicaba una prohibición total sino una prohibición con excepciones para los casos de peligro inminente y grave para la salud o vida de la madre y malformaciones fetales que hicieran imposible la vida extrauterina. Por una parte, se discutían abiertamente procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo en los casos de malformaciones que hacían inviable la vida extrauterina,²⁶ de peligro para la vida de la madre y de peligro grave e inminente para la salud de la madre (Saldarriaga e Isaza 2005).²⁷ De hecho, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante el acuerdo 00306 del 16 de agosto de 2005, había establecido que incluso las mujeres afiliadas al plan obligatorio de salud subsidiado tendrían derecho a cobertura en los casos en los que su vida o la del feto estuvieran en riesgo, incluyendo el legrado obstétrico:

2. Cobertura de servicios de segundo y tercer nivel de complejidad. El POS-S cubre:

2.1 Atención del proceso de gestación, parto y puerperio. Atención ambulatoria por ginecobstetricia y atención hospitalaria quirúrgica (incluyendo el legrado obstétrico) y/o no quirúrgica, por la especialidad médica que sea necesaria, del proceso de gestación, parto y puerperio en los casos identificados como de mediano y alto riesgo obstétrico, incluyendo las afecciones

²⁶ En este artículo médico especializado se reseñan cuatro casos de malformaciones del feto que hacen inviable la vida extrauterina. En los cuatro casos se indica que los fetos fueron "expulsados" prematuramente. En el último se anota, además, que ante la eclampsia presentada por la madre, se adelantó una cesárea en la semana 31 de gestación.

²⁷ Así describe un artículo médico especializado la interrupción de embarazo en dos ocasiones anteriores en una mujer de 26 años que se presenta con una complicación llamada "placenta percreta": "Como antecedentes de importancia, la paciente había presentado en las dos gestaciones anteriores preeclampsia y se había desembarazado por cesárea en ambas ocasiones". Véase Urbina y Aguilar (2006).

relacionadas o complicaciones del embarazo, parto y puerperio y de las enfermedades que pongan en riesgo el desarrollo y culminación normal de los mismos, o que signifiquen un riesgo para la vida de la madre, la viabilidad del producto o la supervivencia del recién nacido. (Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud 2005)

Por otra, no se reportaban casos en los que, en estas circunstancias, los médicos competentes se hubieran abstenido de realizar el aborto. El caso de Martha Solay González, que Women's Link defendió como caso emblemático,²⁸ más que un caso típico parecía un caso realmente extraño.

La legislación penal colombiana en la acción, pues, ya admitía la interrupción del embarazo cuando la vida de la mujer corría peligro, cuando éste era grave e inminente para la salud de aquélla y cuando las malformaciones del feto hacían inviable la vida extrauterina. Para los penalistas, estas prácticas eran conformes con una interpretación de la causal de justificación de estado de necesidad.²⁹ En el campo de la seguridad social y de la responsabilidad médica, no había dudas al respecto, ya que de otra manera no se explicaría el texto del acuerdo citado en el párrafo anterior.

En conclusión, la legislación penal sobre aborto, en la letra de los artículos 122 a 124 del Código Penal, se podía considerar una legislación muy severa, pero en la práctica autorizaba la conducta contraria al no facilitarle a la Fiscalía el conocimiento de los hechos y al no incentivarla para que investigara y procesara los casos; al imponerles a los médicos el secreto profesional y liberarlos del deber de denuncia, autorizándolos así a prestar atención a las mujeres con complicaciones derivadas de abortos mal practicados; y al permitirle a los médicos que realizaran legrados como

²⁸ Presentaciones 746.

²⁹ La sentencia C-355 de 2006, de hecho, tuvo que referirse al estado de necesidad y explicar que aunque se podía entender que las conductas mencionadas estaban cobijadas por esta causal de justificación, la destipificación era necesaria para evitar cualquier duda al respecto.

un servicio del plan obligatorio de salud cuando la salud o la vida de la mujer o del feto estuvieran en riesgo.

b. Normas relacionadas con el aborto por razones "socioeconómicas"

Las mujeres colombianas, como ya lo señalamos, explican que en muchos casos toman la decisión de abortar por falta de recursos económicos o porque sienten que sus proyectos de vida se verían truncados por tener un hijo o un hijo más del que tienen. Queremos sugerir que estos factores socioeconómicos son modelados por las normas jurídicas al menos en tres sentidos: primero, las normas colombianas sobre seguridad social consideran que los gastos de crianza deben estar a cargo exclusivamente de los padres de familia; segundo, las normas sobre inasistencia alimentaria son ineficaces; tercero, las normas sobre sociedad conyugal, alimentos y custodia, así como las normas laborales, incentivan a las mujeres que tienen hijos a hacerse cargo de su crianza.

En sentido estricto, el derecho colombiano entiende que hacen parte de la normativa de seguridad social solamente las reglas sobre pensiones por vejez e invalidez, accidentes de trabajo y riesgos profesionales, licencias de maternidad y salud. Este núcleo básico de la seguridad social se caracteriza porque el principal sujeto asegurado es el trabajador —ya sea que se encuentre en relación de subordinación o sea independiente—, que con sus contribuciones³⁰ genera los recursos necesarios para el cubrimiento de los diversos riesgos. A través de él se garantiza lo mínimo para su familia nuclear en el sentido de que la pérdida del salario en casos de muerte o pérdida de la capacidad para trabajar se le "reemplaza", y de que su compañero o compañera e hijos

³⁰ Aunque el empleador también debe contribuir directamente a la seguridad social, se puede entender que en últimas toda la contribución es del trabajador, porque de otra manera los recursos del empleador podrían ir al trabajador directamente. De hecho, la cotización al Régimen Contributivo de Salud es del 12,5% del salario base de cotización, del cual el 8,5% está a cargo del empleador y el 4% a cargo del trabajador (ley 1122 de 2007, artículo 10).

pueden ser incluidos como beneficiarios del trabajador dentro del sistema de salud. En este régimen, se considera que el salario del trabajador es el que debe usarse para sufragar los gastos relacionados con la manutención del núcleo familiar y particularmente la crianza de los hijos.

Las insuficiencias de este aseguramiento social, que excluye a los desempleados y trabajadores "informales", así como las precariedades del salario mínimo que devenga la mayoría de los trabajadores colombianos, son mínimamente corregidas por un conjunto de medidas a través de las cuales el Estado entrega recursos directamente a los más pobres. Entre ellas se incluyen el cubrimiento en salud obligatorio para los niños menores de un año,³¹ el cubrimiento en salud a través del régimen subsidiado³² y del régimen para no afiliados o meramente vinculados,³³ los subsidios y preferencias para mujeres cabeza de familia³⁴ y desplazados o víctimas del conflicto interno,³⁵ los jardines infantiles del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar—incluyendo los dirigidos por madres comunitarias—,³⁶ los planes de entrega de alimentos

³¹ Constitución, artículo 50. Reglamentado por el artículo 157, literal b de la ley 100 de 1993.

³² Ley 100 de 1993, artículo 257, literal a, numeral 2, y artículo 211 y subsiguientes.

³³ Ley 100 de 1993, artículo 157, literal b.

³⁴ Constitución, artículo 43. Desarrollado por el artículo 157, literal b de la ley 100 de 1993. El artículo de la Constitución no solamente cubre el caso de mujeres cabeza de familia, sino también la especial protección a madres gestantes y un año después del parto, y además un subsidio alimentario si durante ese período se encuentran desempleadas o desamparadas.

³⁵ Ley 387 de 1997; ley 418 de 1997, artículo 19; ley 975 de 2005, artículo 37 y subsiguientes. Los desmovilizados también reciben algunos beneficios como los contemplados en el artículo 158 de la ley 100 de 1993, el cual establece que por el mero hecho de desmovilizarse se tiene derecho a ser beneficiario del régimen subsidiado.

³⁶ Ley 70 de 1968, artículo 53, literal c, y artículo 55; ley 7 de 1979, artículo 21; decreto 1137 de 1999, artículo 16, numeral 2, y artículo 17, numeral 15.

a través de instituciones educativas para los niños más pobres,³⁷ el sistema público de educación,³⁸ los programas de vivienda social³⁹ y el programa de familias en acción que entrega subsidios a familias con hijos menores mientras demuestren que cumplen con el plan de vacunación y envían a sus hijos a la escuela (Departamento Nacional de Planeación 2000a; Departamento Nacional de Planeación 2005).

Aunque este conjunto de medidas se orienta principalmente a garantizar las necesidades más básicas de las familias en relación con el bienestar de los niños—salud, educación y nutrición—, está lejos de representar una fuente de recursos significativa para la crianza al menos por tres razones. Primero, la necesidad básica de cuidado de los niños entre 0 y 3 años, incluyendo el acompañamiento de los niños y la atención de su alimentación e higiene, así como su vestido y vivienda, está casi completamente insatisfecha, de modo que son los individuos, como padre o madre, los que deben garantizarla dejando de trabajar o consiguiendo que un pariente desempleado o desocupado lo haga (Peña-Parga y Glassman 2004). Segundo, el cuidado y acompañamiento de los niños mayores sólo se garantiza en las horas en las que se encuentran en el jardín o en el colegio, de modo que las familias con hijos mayores de 3 años deben también conseguir a alguien que permanezca con los niños las demás horas del día. Tercero, la cobertura de cada uno de estos programas es deficiente tanto en la cantidad de personas que abarca como en la capacidad del programa para satisfacer realmente las necesidades que busca suplir.

El sistema de seguridad social del país, entonces, exige que las familias se organicen de tal manera que al mismo tiempo haya adultos involucrados en el mercado laboral y adultos desocupados que cuiden de los niños o que los salarios del mercado laboral sean suficientemente altos como para contratar el cuidado de

³⁷ Ley 715 de 2001, artículo 2, parágrafo 2, y artículo 76, numeral 17; ley 70 de 1968, artículos 50 y 51; decreto 1137 de 1999, artículos 17 y 18, y decreto 139 de 1941.

³⁸ Constitución, artículo 67. Reglamentado por la ley 115 de 1994.

³⁹ Constitución, artículo 51. Reglamentado por la ley 281 de 1996.

los niños en el mercado. Aun en este segundo caso, sin embargo, hay labores de cuidado que escapan a lo que se puede contratar —llevar los niños al médico, seleccionar y supervisar a la niñera, asistir a los eventos de padres en los colegios, entre otros— y que algún adulto desocupado o con mayor flexibilidad laboral debe satisfacer. La primera es la manera en la que con más frecuencia se acomodan las clases bajas y medias-bajas en el país, mientras que la segunda es la más frecuente entre las clases medias altas y altas.⁴⁰ En ambos casos, son las mujeres y no los hombres las que salen del mercado laboral o ven reducidas sus posibilidades laborales por el nacimiento del primer hijo o de un hijo más (DANE 2007).⁴¹ El derecho de familia y el derecho laboral participan en moldear esta decisión de las parejas al presumir que las mujeres son las llamadas a cuidar de los niños y mantener una menor remuneración del trabajo femenino en el mercado laboral.

Las normas del derecho de familia colombiano refuerzan la idea de que el principal vínculo de los niños es con la madre de varias maneras. En primer lugar, determinan que el vínculo legal entre un hijo y su madre se presume siempre por el hecho de su nacimiento,⁴² pero que el vínculo legal entre un hijo y su padre sólo se presume si el hijo nace dentro del matrimonio o unión estable de sus padres.⁴³ En los casos en los que el hijo no nace dentro del matrimonio o dentro de la unión estable de sus padres, el padre debe reconocer al hijo mediante un acto voluntario formalizado ante las autoridades,⁴⁴ o la madre, en nombre propio o de

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ De acuerdo con la Gran Encuesta Integrada, la Tasa Global de Participación en el mercado laboral fue de 71,3% para los hombres y 45,4% para las mujeres. El 14,7% de las mujeres resultaron ser desempleadas, y en esta condición sólo el 8,6% de los hombres. Esto a pesar de que las mujeres constituyen el 53% de la población en edad de trabajar.

⁴² Artículo 1 de la ley 45 de 1936.

⁴³ Artículo 214 del Código Civil colombiano modificado por el artículo 1 de la ley 1060 de 2006.

⁴⁴ Artículo 2 de la ley 45 de 1936, modificado por el artículo 1 de la ley 75 de 1968.

su hijo, debe acudir a los estrados judiciales para que se declare la paternidad.⁴⁵ En la práctica, estas reglas sobre la filiación hacen que exista un alto número de mujeres cabeza de familia o madres solteras (DANE 2005).⁴⁶

En segundo lugar, y para los casos en los que la filiación paterna está determinada, el derecho de familia convierte a las mujeres en las cuidadoras principales a través de la ineficacia del régimen para reclamar alimentos y de la presunción de que el pago de alimentos debe hacerlo el padre, y el cuidado de los hijos en caso de ruptura de la pareja debe hacerlo la madre.

La obligación de pago de alimentos está definida en la legislación civil como una obligación de ambos padres, sujeta a sus posibilidades de pago.⁴⁷ Se prevé además que el juez puede embargar hasta el 50% del salario del trabajador para garantizar el pago de la cuota alimentaria,⁴⁸ y que puede perseguirse penalmente a los deudores.⁴⁹ Estas garantías, sin embargo, dependen excesivamente de la capacidad que tenga la madre de disponer de tiempo y recursos para “perseguir” constantemente al deudor por medio de mecanismos judiciales o policiales, y tienen una baja implementación por parte de las autoridades que deben actuar de oficio. El hecho de que las mujeres no se encuentren generalmente vinculadas al mercado laboral, por razones que explicaremos más

⁴⁵ Artículos 8 a 12 de la ley 45 de 1936.

⁴⁶ De acuerdo con el Censo de 2005, del total de los hogares colombianos el 29,9% tienen jefatura femenina y sólo en un 6,7% de los casos las jefes de hogar tienen cónyuge mientras que en todos los casos los hombres jefes de hogar tienen cónyuge.

⁴⁷ Código Civil colombiano, artículo 411, Código de Procedimiento Civil, artículo 444, numeral 4, literal c; Sentencia de mayo 14 de 1987, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

⁴⁸ Código del Menor, artículo 130, numeral 1. El numeral 2 de ese mismo artículo complementa el numeral anterior: contempla que para garantizar el pago de la obligación, cuando no es posible el embargo del salario y de las prestaciones, el juez puede decretar medidas cautelares sobre bienes patrimoniales (bienes muebles e inmuebles, cuando se demuestre su titularidad).

⁴⁹ Código Penal colombiano, artículo 233.

adelante, hace que estos procesos sean todos dirigidos a hombres a pesar de la neutralidad aparente de la norma.

La obligación de cuidar a los hijos también está presentada de modo neutral en las normas pertinentes. No obstante, los jueces han defendido fuertemente la prioridad e importancia de la relación de los hijos con sus madres no solamente en los casos de custodia, sino también en los casos que han llegado a la Corte Constitucional (Motta 1998).⁵⁰

El derecho laboral colombiano incentiva de varias maneras el que las mujeres asuman el rol de cuidadoras y no los hombres. En primer lugar, consagra la licencia de maternidad a favor de las mujeres,⁵¹ con la posibilidad de que se le asigne al padre sólo una semana.⁵² Esta licencia no sólo es de cortísima duración —doce semanas—, pues coincide casi totalmente con el tiempo de recuperación física que implica un parto normal de un solo hijo (Angarita, Borre y Rodríguez 2002),⁵³ sino que además no existe la posibilidad de que la mujer vea garantizado su empleo si solicita una licencia no remunerada adicional.⁵⁴ Así, las mujeres que no

⁵⁰ A manera de ejemplo: Corte Constitucional (2001d), mediante la cual la Corte protege de manera especial la relación madre-hijo frente a la orden de aislamiento del joven decretada por parte de la jurisdicción especial indígena; en otra ocasión la Corte protege el vínculo materno filial de una madre invidente pobre, frente a la solicitud del ICBF de mantener la custodia de la menor; Corte Constitucional (1995b), mediante la cual se protege el vínculo materno de la madre biológica de una hija entregada en adopción que posteriormente reclama su derecho de madre. Véase Motta (1998).

⁵¹ Código Sustantivo del Trabajo, artículos 236 y 238; decreto 956, artículo 1.

⁵² Ley 755 de 2002.

⁵³ Las hemorragias anormales son uno de los problemas más frecuentes que tienen las madres en el período postparto. Éstas pueden devenir en anemia, en otras patologías y causar incluso la muerte. La preeclampsia es otro problema de las madres en el período postparto, y una de las principales causas de la mortalidad materna en Colombia. Véase Angarita, Borre y Rodríguez (2002).

⁵⁴ En Argentina, la Ley de Contrato de Trabajo N° 20744, artículo 183, establece la figura del "estado de excedencia", mediante el cual la mujer

pueden contratar a alguien más para que cuide a su hijo a partir de la semana doce del nacimiento deben abandonar sus empleos o esperar que sus maridos lo hagan.

En segundo lugar, y a pesar de la importancia constitucional del principio de igual remuneración por igual trabajo y no discriminación en el empleo, estos principios no se han implementado de manera contundente y los jueces los han interpretado restrictivamente,⁵⁵ de tal manera que las mujeres colombianas terminan segregadas horizontal y verticalmente en empleos de menor remuneración y recibiendo salarios distintos incluso cuando se trata del mismo empleo.⁵⁶ Las menores posibilidades laborales de

trabajadora puede pedir una licencia no remunerada posterior a la de maternidad, de tres a seis meses, siempre y cuando la relación laboral tenga un vínculo mínimo de un año. En Brasil, la Ley de Trabajo establece en su artículo 392 que se puede prorrogar la licencia de maternidad por dos semanas más en caso de enfermedad. En Paraguay, el Código del Trabajo en su artículo 135, inciso 2, dispone que se podrá prorrogar la licencia todo el tiempo que sea indispensable. En Uruguay, la ley 1584, reglamentada por el decreto 227 de 1981, establece que se podrá otorgar a la madre una licencia suplementaria por enfermedad, máximo por seis meses. Finalmente, en Chile el Código del Trabajo menciona en el artículo 199 que la licencia suplementaria por enfermedad es de doce semanas, y que se otorgará a la madre un subsidio suplementario en caso de que el hijo sea menor de seis meses de edad.

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional 2000b; 2002e; 2007), entre otras. La Corte estableció en estas sentencias, primero, que la tutela por discriminación salarial debe ser concedida solamente en casos excepcionales y que para determinar la discriminación salarial se debe probar que tanto formal como materialmente —mediante comparación de las funciones en el papel y las funciones efectivamente realizadas— son similares. Después de este riguroso examen se concedió la tutela, por ejemplo, en el caso de la sentencia T-245 de 1999 (Corte Constitucional 1999).

⁵⁶ La remuneración de la mujer en Colombia tiene una diferencia del 19% en relación con la de los hombres. Por cada \$100 que gana un hombre, una mujer recibe \$81 (base de datos de Fecode presentada por Florence Thomas). Estudios e indagaciones realizadas para América Latina, tanto por la CEPAL como por la OIT, señalan que en ocupaciones de similares condiciones, la brecha de menores salarios que obtienen las mujeres, en relación con los hombres, es entre el 20% y el 30% (Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer 2005: 7). La Comisión ha recibido infor-

las mujeres hacen que, si ha de decidirse si es el hombre o la mujer el que debe dedicarse al cuidado de los hijos, lo más racional sea que la mujer se dedique al cuidado porque el hombre puede recaudar mayores recursos para la pareja.

En conclusión, aunque parecería que "naturalmente" las parejas o las mujeres no querrían tener hijos por el impacto económico que esto acarrea o por los sacrificios en términos del proyecto de vida de las mujeres que esto implica, el derecho participa en producir las restricciones económicas y laborales que la reproducción tiene para las parejas y para las mujeres a través de las normas de seguridad social, de derecho de familia y de derecho laboral. Cambiar algunas de estas normas podría contribuir a que la decisión de tener hijos sea más "libre", que es lo que podría desearse desde un punto de vista feminista.

c. Normas relacionadas con el aborto por "presión del compañero" o de los padres

Aunque el derecho ubica primordialmente las cargas en materia de recursos y tiempo en cabeza de las mujeres, es interesante que un 30% de las mujeres colombianas afirmen que solicitaron un aborto por presión de sus "compañeros" cuando eran casadas o se encontraban en unión estable, o de los padres siendo solteras.

→ Atribuyeron esta presión a las cargas económicas que la reproducción implica para el hombre, dada la masculinización del rol de proveedor, y los padres, que son responsables económicamente por la manutención de sus hijas solteras y socialmente de garantizarles una opción matrimonial que se dificulta cuando son madres solteras.

El derecho contribuye a que los compañeros y los padres puedan ejercer efectivamente una presión sobre las mujeres en varios sentidos. En primer lugar, como lo explicamos, el derecho de familia y laboral, que incentiva a las mujeres a ser dependientes

mación que indica que la tasa de desempleo femenino en septiembre de 1995 era del 12,6%, comparada con el 6,5% de los hombres (Informe de la Comisión Colombiana de Juristas de 1996: 162).

económicamente de sus compañeros y padres, restringe su poder de negociación frente a ellos. En segundo lugar, el derecho refuerza la disponibilidad sexual completa y exclusiva de las mujeres frente a sus compañeros a través de la presunción de paternidad matrimonial y la baja persecución de los delitos sexuales que ocurren entre adultos que tienen una relación estable. En tercer lugar, el derecho refuerza el poder de los hombres sobre sus compañeras y esposas a través de un régimen débil de protección contra la violencia doméstica.

La presunción de la paternidad matrimonial en el derecho colombiano se basa en la idea de que la fidelidad marital y la disponibilidad sexual de las mujeres en el matrimonio garantizan que los hijos habidos por la esposa son del esposo. Esta presunción se asocia a la presión de los esposos para que las mujeres no utilicen métodos anticonceptivos que las autorizarían a tener sexo con otros hombres sin correr el riesgo de quedar en evidencia con un embarazo que no se pueda atribuir al marido.⁵⁷ La prohibición de usar anticonceptivos que se impone a las mujeres casadas o en unión explicaría por qué si el 94% de las mujeres colombianas tiene información sobre anticoncepción, menos del 50% usa métodos de control de la fertilidad, y por qué el 58% de las mujeres que abortan son casadas.⁵⁸

La punibilidad de la violencia sexual entre cónyuges tiene una corta trayectoria en el derecho colombiano. Aunque los doctri- nantes de familia desde la década de los años sesenta manifies- tan que el débito conyugal no autoriza la violación (Valencia Zea 1966), no existe ningún caso en el que se haya condenado a un esposo por violencia sexual. La ley 294 de 1996, de hecho, estable- ció la violación sexual entre cónyuges como una forma atenuada

⁵⁷ En el año 2000, el 77% de las mujeres en unión utilizaban métodos anti- conceptivos; el 6% de las mujeres unidas utiliza el ritmo como método de anticoncepción, y el 6,3% el retiro. El 68% de estas mujeres sabe cuál es el momento de su ciclo menstrual en el que existe un mayor riesgo de embarazo (Profamilia 2000).

⁵⁸ El 43,8% de las mujeres entre 19 y 49 años utilizan métodos anticoncep- tivos modernos (Profamilia 2000).

de violación sexual para tratar de darle algún efecto a la prohibición.⁵⁹ La forma atenuada fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional colombiana, con el argumento de que ésta atenuación implicaba la esclavitud sexual de las mujeres (Corte Constitucional 1997b). Sin embargo, la misma Corte Constitucional omitió pronunciarse sobre la violencia sexual entre cónyuges como un hecho de especial significación cuando hace parte de un complejo de prácticas violentas (Jaramillo 1998). Desde la sentencia de la Corte Constitucional, en 1997, no ha habido ningún caso de implementación de la prohibición de la violencia sexual entre cónyuges a pesar de su alta prevalencia.⁶⁰

El derecho colombiano regula la violencia doméstica mediante varios tipos de normas: normas penales que prohíben las lesiones personales,⁶¹ normas de familia que autorizan el divorcio por malos tratos,⁶² normas constitucionales que entienden el maltrato familiar como una manera en la que se pone a las mujeres en situación de indefensión y por lo tanto de necesidad de una especial protección por parte de las autoridades (Jaramillo 1998), y normas especiales sobre la violencia doméstica que establecen instituciones y funcionarios especializados en su atención y sanciones pecuniarias para los agresores.⁶³

La protección que este régimen ofrece a las mujeres es débil por varias razones. En primer lugar, la punibilidad de las lesiones personales está relacionada con el grado en el que afectan la salud, de modo que las sanciones a las lesiones que no originan una incapacidad laboral son casi irrelevantes, o al menos insuficien-

tes para proteger a la mujer de acciones futuras o de retaliación.⁶⁴ En segundo lugar, el régimen de acumulación de penas limita el impacto de denunciar el carácter reiterado del delito.⁶⁵ En tercer lugar, las normas suponen que sea la mujer la que inicie la acción ante las autoridades, de modo que la expone a las acciones de retaliación de su cónyuge. En cuarto lugar, el Estado no ofrece ningún tipo de protección reforzada para las mujeres que se exponen a la retaliación en su contra o en contra de sus hijos. En quinto lugar, los jueces y funcionarios públicos eximen de la calificación de violencia doméstica de interés para el Estado aquella en la que el esposo o compañero ha tenido un motivo legítimo, como el de garantizar la fidelidad de sus esposas o castigarlas por su desobediencia y rebeldía (Jaramillo 1998); o las mujeres han tenido medios para defenderse, como huir a otra ciudad o responder a los golpes con otros golpes (Jaramillo 1998). Finalmente, los jueces condenan por homicidio a las mujeres que matan a sus cónyuges o compañeros alegando defensa propia (Jimeno 2004).

d. La manera en la que el sistema de salud protege a las mujeres de los riesgos asociados a la maternidad

Un último elemento que queremos mencionar sobre la manera en la que el derecho moldea las decisiones reproductivas de las mujeres es el de la configuración del sistema de salud y su capacidad general para proteger a las mujeres de los riesgos asociados a la maternidad. Esto es relevante, en nuestra opinión, porque da luces sobre qué se podría ganar en un escenario de legalización del aborto en términos de reducción de riesgos asociados a la mortalidad y morbilidad por aborto inseguro.

⁵⁹ Ley 294 de 1996, artículo 25.

⁶⁰ Once de cada 100 mujeres que han vivido en unión afirman haber sido violadas por su esposo o compañero (Profamilia 2000).

⁶¹ Código Penal, artículo 111 y subsiguientes.

⁶² Código Civil, artículo 154, numeral 3.

⁶³ Ley 294 de 1996; ley 575 de 2000, artículo 2; decreto 1276 de 1997 (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer); decreto reglamentario 652 de 2001; ley 882 de 2004.

⁶⁴ Código Penal, artículo 112 (penas relativas a la incapacidad para trabajar o enfermedad como consecuencia de las lesiones).

⁶⁵ Código Penal, artículo 117: "[...] si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad". Así mismo, el artículo 79 del nuevo Código de Procedimiento Penal faculta al juez a acumular las penas en caso de existir diversas sentencias condenatorias.

El sistema de salud en Colombia, con la aprobación de la ley 100 de 1993, se concibió a partir de la idea de la generalización del seguro.⁶⁶ La ley creó dos regímenes: uno contributivo, financiado con los aportes de los asalariados y los trabajadores independientes, y uno subsidiado, financiado con aportes de los asalariados, de los trabajadores independientes y del Estado. Se mantuvo una provisión de salud en emergencias para personas no afiliadas a ningún régimen,⁶⁷ pero con incentivos claros en la ley para eliminar esos casos mediante una extensión del aseguramiento.⁶⁸

La reforma no ha logrado muchos de los objetivos que se proponía. De hecho, en el 2001, menos de un 60% de los colombianos estaban afiliados al régimen de salud (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001).⁶⁹ Peor aún, a pesar de un incremento inaudito en el gasto social en salud y de los aumentos en el aseguramiento, las tasas de tratamiento se redujeron (Vélez y Foster 2002), al igual que el número de médicos por cada cien habitantes y el de camas de hospital disponibles.

De acuerdo con los indicadores de gasto, servicios y uso en salud preparados por el Banco Mundial (World Development Indi-

⁶⁶ El artículo 5 de la ley 100 de 1993 es claro en cuanto al propósito de tener un sistema integral: "En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, organízase el Sistema de Seguridad Social Integral cuya dirección, coordinación y control estarán a cargo del Estado, en los términos de la presente Ley".

⁶⁷ El artículo 157 de la ley 100 de 1993 establece la diferencia de clasificación entre personas afiliadas al régimen y personas vinculadas. Las personas vinculadas serían las que reciben atención en salud sin estar afiliadas.

⁶⁸ El inciso del artículo 157 de la ley 100 de 1993, que preveía que para el 2000 todos los colombianos estarían afiliados al régimen de salud, fue derogado por el artículo 113 de la ley 715 de 2001, en vista de la evidente incapacidad del Estado para cumplir la meta señalada.

⁶⁹ Las estadísticas de la Superintendencia de Salud para noviembre de 2000 indican un cubrimiento en aseguramiento equivalente al 54% (lo que indicaría una reducción si se compara con el reporte del Banco Mundial, que en 1997 era del 58%). De acuerdo con la Encuesta Social de Fedesarrollo, en septiembre de 2000 el 56,5% de la población de las ocho grandes ciudades estaba asegurada.

cators, HNP Stats, World Bank 2001),⁷⁰ el gasto público en salud representa un 5,2% del PIB; el gasto privado en salud representa un 4,2% del PIB y el gasto total en salud representa un 9,3% del PIB; el número de médicos por cada mil habitantes era 1,1 para el período de 1990-1998, y el número de camas en hospitales era de 1,6 por cada mil habitantes para el período de 1980-1990, y de 1,5 por cada mil habitantes para el período de 1990-1998 (Hanson y Berman 2001).⁷¹

Si bien en términos del gasto en salud el país se ubica muy por encima del promedio de los países de medianos a bajos ingresos —para los que el gasto total en salud fue de un 4,7% del PIB—, y del promedio para Latinoamérica y el Caribe —el gasto total en salud en la región fue de un 6,5% del PIB en promedio—, el rezago en el número de médicos por mil habitantes y de camas en hospitales por cada mil habitantes es significativo. Entre 1990 y 1998, el promedio de médicos por mil habitantes en los países de medianos a bajos ingresos era de 1,9 y en la región de Latinoamérica y el Caribe era de 1,6. En los países de medianos a bajos ingresos el promedio de camas hospitalarias por mil habitantes aumentó de 3,4 a 3,5 entre 1980 y 1998, y en la región de Latinoamérica y el Caribe fue de 2,2 entre 1990 a 1998.

Por otra parte, ya desde el 2001 se viene señalando que el sistema de seguridad social en salud sufre una profunda crisis financiera. La presentación del número 14 de *Debates en Coyuntura Social*, revista publicada por Fedesarrollo, se hace la siguiente pregunta sobre la situación del sector salud en Colombia:

Éste es el momento más crítico que ha enfrentado la reforma en salud. La cobertura se ha estancado desde 1998. Las Ins-

⁷⁰ Informe disponible en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/DATASTATISTICS/0,,contentMDK:20535285~menuPK:1192694~pagePK:64133150~piPK:64133175~theSitePK:239419,00.html> (visitada el 1 de diciembre de 2006).

⁷¹ De las 1,5 camas de hospital por mil habitantes, 0,26 son camas privadas de sociedades con ánimo de lucro, y 1,3 son camas de hospitales públicos.

tituciones Prestadoras de Servicios, IPS, se encuentran en la peor situación de iliquidez, la subcuenta de compensación del Fosyga presenta un balance negativo que ha tenido que ser financiado con los excedentes de años anteriores y algunas cajas de compensación han anunciado su retiro del régimen subsidiado. ¿Son estos factores indicadores de crisis en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) o son el reflejo de la coyuntura económica? (Ordóñez 2001)

Algunos datos sobre la coyuntura económica de finales de la década de los años noventa son pertinentes para contextualizar la evaluación que se hace del funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, que hasta 1997 parecía estar funcionando bastante bien, aun si se tienen en cuenta los traumatismos que necesariamente introdujo la reforma de la ley 100 de 1993 (Departamento Nacional de Planeación 1995; Departamento Nacional de Planeación 1997; Vélez y Foster 2002).⁷²

De acuerdo con los indicadores del Banco Mundial, el ingreso nacional bruto de 2003, medido en dólares, se redujo de 100,3 billones a 81,6 billones entre 1997 y el 2001; el ingreso nacional bruto per cápita en dólares de 2003 se redujo de 2.500 a 1.890 entre 1997 y el 2001; el producto interno bruto en dólares de 2003 se redujo de 106,7 billones en 1997 a 82,4 billones en el 2001, y el crecimiento anual del producto interno bruto fue de un 3,4% en 1997, 2,6% en el 2000 y 1,4% en el 2001.⁷³

El año más difícil en términos macroeconómicos, de acuerdo con los analistas, fue 1999 (Ordóñez 2001). El balance macroeconómico de ese año, publicado en el documento Conpes 3061, señala como causas externas de la crisis los desajustes del sistema

financiero en la región, y las recesiones de Ecuador y Venezuela (Departamento Nacional de Planeación 1999); como causas internas coyunturales, el terremoto del eje cafetero y el lento crecimiento del crédito en la economía (Departamento Nacional de Planeación 1999); y como causas internas estructurales, "factores como la desaceleración económica, la débil situación del sector financiero, la incertidumbre en el campo jurídico-económico, [y] la asociada con el conflicto armado" (Departamento Nacional de Planeación 1999). Ese año, el crecimiento real del producto interno bruto fue de -5,00% (Departamento Nacional de Planeación 1999), el déficit del gobierno nacional central como porcentaje del PIB fue de -5,3% y el desempleo en las siete principales ciudades del país llegó al 18,1% (Departamento Nacional de Planeación 1999).

El balance macroeconómico para el año 2000 presenta leves síntomas de recuperación de la economía, con un crecimiento real del PIB del 3% (Departamento Nacional de Planeación 2000b) y un crecimiento del ingreso per cápita de un 1,2%.⁷⁴ La tasa de desempleo para las siete ciudades más grandes del país, sin embargo, aumentó hasta alcanzar un 19,7% (Ordóñez 2001). Los logros en este período se atribuyen principalmente a la reducción del déficit fiscal a los niveles acordados con el FMI (Ordóñez 2001).

En el año 2001, los balances macroeconómicos fueron nuevamente desalentadores. En lugar del crecimiento del 2,4% en el PIB que se esperaba al finalizar el año anterior, éste sólo fue de un 1,5% (Departamento Nacional de Planeación 2001). Las causas de la crisis según la evaluación del Departamento Nacional de Planeación son bastante similares a las de la crisis de 1999: problemas en la economía mundial, lento crecimiento del crédito local, caídas en el precio del café, falta de confianza por los problemas de orden público y mal funcionamiento de la economía en años anteriores (Departamento Nacional de Planeación 2001). El de-

⁷² Ésta parece ser la posición de Vélez y Foster (2002). Se refleja también en las apreciaciones de los Informes de evaluación y seguimiento del Programa 1.7 de *El Salto Social*, contenidas en los documentos Conpes 2813 de octubre de 1995, y 2937 de julio de 1997.

⁷³ Perfil de Colombia disponible en <http://devdata.worldbank.org/external/CPPProfile.asp?SelectedCountry=Colombia&CCODE=COL> (visitada el 2 de agosto de 2003).

⁷⁴ Aunque el ingreso per cápita aún se sitúa por debajo del de 1994 (Ordóñez 2001).

empleo, por otra parte, se redujo al 16,4% en las principales áreas metropolitanas (Departamento Nacional de Planeación 2001).

El balance macroeconómico de 2002 tampoco fue esperanzador. El informe presentado ese año por el Departamento Nacional de Planeación al Conpes empieza de la siguiente manera:

La tasa de crecimiento económico para 2002 será cercana a 1,6%, valor ligeramente superior al registrado en el año 2001 (1,4%). Este comportamiento se explica por la lenta recuperación de la demanda interna, el desequilibrio fiscal, la difícil situación en los mercados internacionales —tanto de bienes como financieros—, y el persistente efecto negativo del conflicto armado. (Departamento Nacional de Planeación 2003)

La tasa de desempleo, por otra parte, se mantuvo constante (Departamento Nacional de Planeación 2003). Los principales programas de reactivación económica del gobierno se concretan en el aumento del impuesto del IVA, la reducción de los derechos pensionales, la reducción de los derechos laborales de los empleados de carrera, y la reestructuración de las más grandes entidades públicas (Telecom, ISS, SENA, INVIAS, ICBF) (Departamento Nacional de Planeación 2003).

El impacto de esta situación macroeconómica en el sistema de seguridad social en salud se calculaba en el 2001 así:

- Los recursos fiscales del sistema están un 30% por debajo de lo esperado (Londoño 2001).
- Los recursos de contribución están un 42% por debajo del potencial debido (Londoño 2001).
- Aumentó la relación entre cotizantes y beneficiarios, por lo que no sólo disminuyeron los ingresos, sino que se obtuvo un resultado deficitario en la subcuenta de compensación para el año 2000 (Ordóñez 2001: 39).
- La disminución de recursos en el régimen contributivo afecta al régimen subsidiado a través del punto de solidaridad. El régi-

men subsidiado se ve afectado, además, por la ausencia de pago por parte del gobierno del *pari passu* (Ordóñez 2001: 40).⁷⁵

Para los expertos, sin embargo, las causas de los problemas del sector salud en el 2001 no se reducen al impacto negativo de las variables macroeconómicas. Las siguientes son las “otras” causas en torno a las cuales parece haber algún consenso:

- Hay evasión y subdeclaración de aportes al régimen contributivo. Según la Encuesta Social de Fedesarrollo, la cobertura en aseguramiento en el estrato alto es del 84%, y debería ser cercana al 100%, y en el estrato medio es del 56%, y debería estar muy por encima de este número (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001).
- Las fallas en la aplicación del Sisben están haciendo que personas de estratos altos y medios se afilien al régimen subsidiado. El 3% de la población de estrato alto y el 7% de la población de estrato medio está afiliada al régimen subsidiado (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001).
- Hay un desequilibrio entre el valor del POS y el valor de la UPC. Este desequilibrio se originó en 1994 con la revisión que hizo el gobierno Samper, “que implicó una reducción de la financiación de por lo menos el 15%”. El desequilibrio no se ha corregido porque los ajustes en la UPC se han hecho de acuerdo con el IPC y el costo del POS ha aumentado por la ampliación de los procedimientos y medicamentos incluidos principalmente por vía de tutela (Paredes 2001).
- Las fallas en los sistemas de información que todavía existen impiden controlar los costos, la afiliación y la evasión (Paredes 2001).
- Las aseguradoras (EPS) están reteniendo recursos que se les debe a las IPS para aprovechar sus rendimientos financieros, incumpliendo las reglamentaciones legales que lo prohíben (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001).

⁷⁵ La deuda del gobierno ascendía a 531.000 millones de pesos en 1998.

- Algunas IPS privadas se excedieron en la inversión inicial de recursos, y con la revaluación del dólar han llegado a niveles de endeudamiento insostenibles (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001).

- Las IPS privadas no integradas a las EPS se han visto afectadas por la crisis financiera del ISS, pues éste era su mayor comprador de servicios (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001).

- Las IPS públicas tienen estructuras de costos muy inflexibles (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001).

Las Instituciones Prestadoras de Salud, clínicas y hospitales, por otra parte, se han visto gravemente afectadas por esta situación. La crisis de las IPS privadas y de los hospitales públicos ya era un hecho en el 2001.

Según la Superintendencia de Sociedades, diez clínicas privadas se han amparado en los beneficios de la ley de intervención económica. El valor de sus activos representa un 22% del valor total de los activos de las IPS que reportan a la Superintendencia Nacional de Salud. (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001)

Los problemas de las IPS privadas se manifiestan básicamente en la disminución de sus ingresos y el deterioro de sus carteras. "Entre 1998 y 1999 las ventas de las IPS privadas disminuyeron 15% en términos reales" (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001). La disminución en las ventas se debe tanto a la crisis económica en general como a las estrategias de las aseguradoras para contener los efectos de la crisis. La principal de estas estrategias ha sido el integrar verticalmente la prestación de servicios y la realización de "auditorías médicas a las facturas presentadas por [las] IPS cuando no son propiedad de la EPS" (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001). El deterioro de la cartera está relacionado tanto con el hecho de que el principal deudor de las IPS es el ISS, como a "errores en procesos de facturación, las estrictas auditorías médicas que aplican las EPS y, en algunas ocasiones, una estrategia financiera de las aseguradoras para quedarse con los recursos el

mayor tiempo posible para obtener rendimientos financieros" (Esguerra, Acosta y Nigrinis 2001).

Las IPS públicas (hospitales públicos y ESE), además de enfrentar los problemas generales del sector, asumen la atención de la mayoría de los vinculados y tienen mayores costos e inflexibilidad en términos de la administración y laboralmente.

En cuanto a los indicadores de salud, la situación es un poco mejor. Se ha reducido la mortalidad infantil y ha aumentado la expectativa de vida al nacer.⁷⁶ Los datos sobre mortalidad materna son objeto de intenso debate. De acuerdo con los estimados del Banco Mundial, las muertes maternas ascienden a 130 por 100.000 niños nacidos vivos. El número reportado por el país es de 78 muertes maternas por el mismo número de niños nacidos vivos. De acuerdo con las estadísticas del DANE, la mortalidad materna ascendía a 109,2 por 100.000 nacidos vivos en el 2002, con un aumento de la tasa de mortalidad por eventos prevenibles de 2,5 en el 2000 a 2,8 en el 2003.⁷⁷

C. El impacto distributivo de la sentencia C-355 de 2006

En la lectura de LAICIA que hemos propuesto, la liberalización de la legislación penal del aborto estaría relacionada con la reducción de la mortalidad y morbilidad, asociadas éstas, en su representación, a la prohibición total o completa de dicha práctica por la legislación penal colombiana. En este sentido se sostuvo que: 1) la ilegalidad del aborto no disuade a las mujeres de llevarlo a cabo (Women's Link Worldwide 2005a); 2) los abortos ilegales son inseguros en el sentido de que están asociados a tasas de mor-

⁷⁶ Véase <http://devdata.worldbank.org/wdi2005/Section2.htm> (visitada el 31 de octubre de 2006). Pero los datos de la ENDS revelan que la mortalidad infantil empeoró, en general, entre 1990 y el 2005. Véase http://www.asivamosensalud.org/areas/resultados_datos.htm#grafico_3 (visitada el 31 de octubre de 2006).

⁷⁷ Véase http://www.asivamosensalud.org/areas/resultados_datos.htm#grafico_3 (visitada el 31 de octubre de 2006).

talidad y morbilidad más altas que las que se presentan cuando el aborto es legal (Women's Link Worldwide 2005a).

Desde la interpretación feminista que presentamos anteriormente, esta manera de representar el papel que juega el derecho en moldear el aborto es restringida al menos en dos sentidos. En primer lugar, no tiene en consideración que el derecho limita las posibilidades de decidir *libremente* la maternidad no sólo mediante la legislación penal, sino también de la legislación de familia, laboral, y de seguridad social. En segundo lugar, no tiene en consideración que el sistema de provisión de salud no permite a las mujeres controlar adecuadamente los riesgos asociados a la maternidad en general.

A pesar de las limitaciones políticas y analíticas de la propuesta de LAICIA, y precisamente por las restricciones del contexto político y jurídico en el que tuvo que operar, vale la pena evaluar qué cabe esperar en términos distributivos del cambio legislativo que logró LAICIA mediante el litigio constitucional.

1. El cambio legislativo que introdujo la sentencia C-355 de 2006

Para determinar cuál fue el cambio legislativo que introdujo la sentencia C-355 de 2006 proponemos tener en cuenta inicialmente tres dimensiones: 1) la parte resolutive de la sentencia C-355 de 2006; 2) las aclaraciones sobre el sentido de la decisión que se incluyen en la parte motiva y no en la resolutive; 3) la legislación penal en la práctica antes de la sentencia C-355 de 2006.

La parte resolutive de la sentencia C-355 de 2006 hace cuatro declaraciones sobre las normas demandadas. En primer lugar, declara exequible el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal colombiano que establece el estado de necesidad como causal de antijuridicidad de la conducta. En segundo lugar, declara exequible 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: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (Corte Constitucional 2006)

En tercer lugar, declara inexecutable la expresión "en mujer menor de trece años" del artículo 123 del Código Penal. Finalmente, declara inexecutable el artículo 124 del Código Penal que establecía el aborto atenuado para casos de violación o inseminación artificial no consentida.

La sentencia de la Corte Constitucional, sin embargo, anticipa algunas de las dificultades que podrían presentarse en la implementación del cambio y aporta lineamientos fundamentales para entender el impacto distributivo que podría tener el cambio legislativo. La Corte se refirió expresamente a seis temas: los requisitos para la realización de un aborto en cada uno de los casos, la necesidad de obtener consentimiento paterno o del cónyuge, el término para solicitar el aborto en cada caso, la objeción de conciencia, los límites del legislador en materia de aborto y la vigencia de la transformación legal introducida por la sentencia.

En cuanto a los requisitos para la realización del aborto, la Corte destacó que:

- La excepción por peligro para la salud debe leerse teniendo en cuenta que el derecho a la salud implica "[el] goce del más alto nivel posible de salud" (Corte Constitucional 2006).
- El peligro para la salud de la mujer debe evaluarse teniendo en cuenta no sólo la afectación de la salud física sino también la de su salud mental:

En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica. (Corte Constitucional 2006)

- El peligro para salud o la vida de la mujer debe ser certificado por un médico, pero solamente uno y no necesita ser un especialista.
- Las malformaciones del feto que hagan su vida extrauterina inviable debe demostrarse también con certificación de un médico.
- El que la mujer hubiese sido víctima de violación, inseminación artificial no consentida o incesto sólo debe probarse con la denuncia ante la autoridad competente.
- Cada una de las hipótesis funciona de manera autónoma.
- La Corte agregó que el legislador no puede aumentar estos requisitos sin violar los derechos constitucionales de las mujeres:

[...] basta que se reúnan estos requisitos —certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso— para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado. En efecto, cada uno de estos eventos tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable. En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que de-

nunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada.

Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar, o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía esté convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres. (Corte Constitucional 2006)

En cuanto al consentimiento de mujeres menores de edad, la Corte aclaró que el legislador podría crear requisitos relacionados con la autorización de adultos responsables, pero que en la situación legislativa actual los menores no necesitan ese permiso:

En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años. (Corte Constitucional 2006)

La Corte se abstuvo, por otra parte, de indicar límites en términos de semanas para poner fin al embarazo en las circunstancias en las que destipificó el aborto. Expresamente indicó que no le correspondía a ella determinar cuándo empezaba la vida o desde cuándo debía ser más importante para el legislador:

Después de esto, el legislador podrá establecer los requisitos que considere necesarios.

Ahora bien, considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión. (Corte Constitucional 2006)⁷⁸

La Corte se refirió expresamente, sin embargo, al problema de la objeción de conciencia para señalar que:

- La objeción de conciencia es un derecho de las personas naturales y no de las personas jurídicas.
- El objetor de conciencia debe remitir inmediatamente a la paciente a un médico que pueda llevar a cabo el aborto.
- La decisión del objetor de conciencia puede ser evaluada a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

La Corte aclaró también que el legislador podría despenalizar completamente el aborto en el futuro y proteger la vida dependiente por medio de medidas distintas de las penales:

[...] acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como

⁷⁸ Se omitió la nota de pie de página que se encontraba al final del párrafo.

a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública. (Corte Constitucional 2006)

Finalmente, la Corte determinó que no sería necesaria reglamentación alguna para la aplicación del fallo y que debía operar el principio de favorabilidad en su interpretación. Añadió que podría haber una reglamentación encaminada al goce efectivo "en condiciones de igualdad y seguridad" del derecho:

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud. (Corte Constitucional 2006)

Las aclaraciones de la Corte, pues, sugieren una interpretación extensiva de la parte resolutive en cuanto limitan *ex ante* los argumentos que en otras jurisdicciones se han formulado para impedir la interrupción del embarazo: se aclara que sólo debe ser la certificación de un médico (otras jurisdicciones exigen la intervención de una junta médica o especifican un número superior de médicos que deben dar su consentimiento); que la denuncia del delito basta para que opere la causal relacionada con embarazos fruto de la violación, inseminación no consentida o incesto; que la mujer no necesita contar con la autorización de su marido o padre; que cualquier afectación de la salud física o mental autoriza la interrupción del embarazo; que las instituciones no pueden oponer objeciones de conciencia y en todo caso los objetores tienen el deber de garantizar la prestación del servicio remitiendo a otro; y que la aplicación del fallo no exige reglamentación.

Si se compara esta interpretación extensiva del cambio legislativo, ordenada por la misma Corte Constitucional, resulta que el derecho penal en la acción vigente antes de la sentencia fue modificado en el sentido de que se aumentaron las situaciones en las que se encontraba autorizado el aborto de tres maneras. En primer lugar, no sólo el peligro inminente y grave para la salud de la mujer autoriza la interrupción del embarazo, sino cualquier afectación de la salud física o mental de la mujer. En segundo lugar, se autoriza la interrupción del embarazo en casos de violación, inseminación artificial no consentida e incesto. En tercer lugar, se autoriza la interrupción del embarazo a menores de catorce años en las mismas circunstancias en las que se autoriza a las mayores de esta edad.

Adicionalmente, la Corte aclaró los requisitos para la interrupción del embarazo de manera que no queda al arbitrio del médico el tomar o no el riesgo de incurrir en una conducta delictiva.

2. El impacto distributivo del cambio legislativo

El impacto distributivo de la reforma puede evaluarse desde dos puntos de vista. Primero, cabe preguntarse qué tanto ganaron las mujeres en términos de la decisión *libre* en torno a la maternidad. Segundo, cabe preguntarse qué tanto ganaron las mujeres en cuanto al *control* de los riesgos asociados a la maternidad. En cada caso importa, de una parte, cuál fue el cambio legislativo en el papel y, de otra, cuál va a ser el cambio en las prácticas.

Varios elementos de la reforma introducida apuntan en el papel a un aumento de la decisión *libre* de la maternidad y varios más al *control* de los riesgos asociados a la maternidad. En cuanto a la decisión *libre* de la maternidad, hubo varias ganancias incrementales. La primera es que las mujeres menores de catorce años fueron autorizadas a tomar una decisión que antes no podían tomar en ninguna circunstancia. La segunda es que a partir de la sentencia, y mientras el legislador no se pronuncie en contrario, las mujeres menores no requieren autorización de sus padres, tutores o curadores, para interrumpir el embarazo en las circunstancias

específicamente destipificadas. La tercera es que las mujeres cuya salud se encuentre afectada por el embarazo pueden terminarlo contando solamente con la certificación de un médico. La cuarta es que las mujeres cuyos embarazos resultaren de violación, inseminación artificial no consentida e incesto, pueden terminar su embarazo. En cuanto al *control* de los riesgos asociados a la maternidad, al autorizarse la atención en el sistema de salud de más interrupciones del embarazo, efectivamente se aumentó el control de las mujeres colombianas sobre los riesgos asociados a la maternidad.

En la práctica, estas ganancias podrían verse restringidas de varias maneras autorizadas por el sistema legal vigente. En primer lugar, los médicos podrían alegar que sólo un especialista puede realizar el procedimiento y sólo los respectivos especialistas, reunidos en junta médica, pueden dar las certificaciones necesarias para que el procedimiento se lleve a cabo. Específicamente, los médicos colombianos han alegado que la interrupción del embarazo sólo puede ser realizada por un médico especializado en ginecología a la luz de las normas de ética médica.⁷⁹ El sistema de salud restringe el acceso a los médicos de esta especialidad de dos maneras. En primer lugar, los usuarios del plan de salud obligatorio contributivo y subsidiado sólo pueden acceder a un especialista con una remisión de un médico general. Luego la paciente debe, primero, conseguir una cita con un médico general y después esperar a obtener la cita con el especialista.⁸⁰ En segundo lugar, los especialistas no atienden en todas las instituciones prestadoras de

⁷⁹ Artículo 7 de la ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), de acuerdo con el cual un médico puede excusarse de atender a un paciente, no tratándose de una urgencia, cuando el caso no sea de su especialidad.

⁸⁰ Artículo 19 del decreto 1938 de 1994, que establece: "Para acceder a cualquiera de los niveles de complejidad del Plan Obligatorio de Salud, descritos en el presente Decreto, se consideran como indispensables y de tránsito obligatorio las actividades y procedimientos de consulta de medicina general y/o paramédica. Para el tránsito entre niveles de complejidad es requisito indispensable el procedimiento de Remisión definido en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos de que trata el artículo 16 del presente Decreto. Se exceptúan de lo anterior solamen-

salud, sino sólo en aquellas de nivel 3 dentro del sistema.⁸¹ Esto significa que los especialistas están concentrados en ciertos sectores de la ciudad.⁸² Estas restricciones se relacionan con la decisión del Ministerio de Protección Social de autorizar solamente abortos por aspiración o legrado, como ya lo venía haciendo, y no por medicamentos como el Misoprostol.⁸³

te las atenciones de urgencia". Reiterado en el artículo 11 del decreto 806 de 1998.

- ⁸¹ El artículo 21 del decreto 1938 de 1994 determina que se establecerán niveles de complejidad de acuerdo con el tipo de tecnología involucrada en la atención. Los especialistas en ginecología, así como el procedimiento del legrado obstétrico, se encuentran clasificados como de nivel III de complejidad. Decreto 2426 de 1996.
- ⁸² La red adscrita a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, por ejemplo, cuenta con veintidós Empresas Sociales del Estado conformadas por: cinco (5) hospitales de III nivel, siete (7) de II nivel y diez (10) de I nivel; actualmente cuenta con 142 puntos de atención en los que se ofrecen servicios de baja, mediana y alta complejidad. Véase <http://www.saludcapital.gov.co/Lists/Directorio%20Hospitales/AllItems.aspx> (visitada el 10 de diciembre de 2007).
- ⁸³ Decreto 4444 de 2006 y Resolución N° 4905 de 2006 del Ministerio de Protección Social. El Misoprostol era de libre circulación hasta el año 2005, cuando mediante la Resolución 4651 del Ministerio de Protección Social se estableció que el establecimiento que distribuya, venda o use este fármaco debe informar cada movimiento al Fondo Rotatorio de Estupefacientes o a la dependencia que haga sus veces. La fórmula médica es un requisito indispensable para poder comprar esta droga, ya que los médicos en ejercicio legal de su profesión son los únicos profesionales que podrán prescribir medicamentos de control especial en los recetas oficiales suministrados por los Fondos Rotatorios de Estupefacientes de las Secretarías o Direcciones Departamentales de Salud. La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá implementó un plan de visitas para supervisar que ese control se cumpliera. En el 2006, esa entidad realizó 3.682 operativos en todo Bogotá y se cerraron diez droguerías por venta ilegal de varios medicamentos, entre los cuales estaba el Cytotec, un medicamento cuyo componente principal es el misoprostol. Véase http://www.rgs.gov.co/items_areas_tematicas.shtml?cmd%5B63%5D=x-86-14932 o [http://www.rgs.gov.co/items_areas_tematicas.shtml?cmd\[63\]=x-86-14932](http://www.rgs.gov.co/items_areas_tematicas.shtml?cmd[63]=x-86-14932). No obstante lo anterior, mediante documento 7023192 radicado el 31 de mayo de 2007, el Ministerio de la Protección Social solicitó a la Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora del INVIMA la ampliación de la indicación del principio activo Misoprostol

Los médicos también han alegado que los riesgos para la salud de las mujeres deben ser certificados por especialistas (por ejemplo un psiquiatra en el caso de la salud mental, un oncólogo en el caso de cáncer, etcétera), así como la inviabilidad del feto. Esto implica que además del recorrido institucional para llegar hasta donde un ginecobstetra, ese recorrido se debe hacer para obtener la certificación médica sobre el peligro para la salud de la mujer o las malformaciones fetales. Nuevamente esta restricción se justifica a través del Código de Ética Médica.⁸⁴

Estas restricciones, aunque aparentemente justificadas porque se supone que garantizan la salud y la vida de la mujer, y la responsabilidad ética es consistente con la protección de la vida en gestación que la Corte Constitucional defendió en la sentencia, terminan operando en contra de las ganancias en materia de libre decisión de las mujeres y control de los riesgos asociados a la maternidad porque las mujeres no disponen de tiempo, y generalmente tampoco de recursos económicos para llevar a cabo los recorridos institucionales que para los médicos son indispensables para garantizar sus estándares éticos.

En segundo lugar, las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) privadas, que son la mayoría dentro del sistema,⁸⁵ están autorizadas a decidir autónomamente cuál es el portafolio

para el uso en los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en las circunstancias despenalizadas por la Corte Constitucional. Hasta el momento, el Ministerio no ha agregado el uso del Misoprostol en la norma técnica que regula la interrupción del embarazo.

- ⁸⁴ Artículo 7 de la ley 23 de 1981. Esta posición fue refrendada en una entrevista con un profesional de la salud, médico bioeticista, vinculado a una de las facultades de medicina reconocidas y acreditadas. Bogotá, 20 de noviembre de 2006.
- ⁸⁵ Para el año 2005, el Ministerio de Protección Social reportó el funcionamiento de 4.534 IPS públicas nacionales, y un total de 10.466 IPS privadas en todo el territorio colombiano. Véase Ministerio de Protección Social, Boletín Estadístico Sectorial 2005, consultado en <http://www.minproteccion-social.gov.co/VBeContent/NewsDetail.asp?ID=14419&IDCompany=3> (visitada el 15 de diciembre de 2006).

de servicios que ofrecen al público.⁸⁶ Esto puede llevar a que en la práctica las IPS privadas, sin tener que acudir a la figura de la objeción de conciencia, excluyan completamente la prestación de servicios asociados a la interrupción del embarazo. Esto implicaría reducir el acceso de las mujeres al sistema de salud en el sentido de que antes ninguna IPS había excluido de su portafolio la interrupción del embarazo en casos de peligro inminente para la salud de la mujer, peligro para su vida y malformaciones fetales.

En tercer lugar, el régimen penal colombiano castiga la falsa denuncia y obliga a la Fiscalía General de la Nación a perseguir todos los delitos de los que tenga conocimiento. Esto implica que las mujeres deben identificar fidedignamente al autor de la violación, de la inseminación no consentida o incesto y, por lo tanto, impone cargas muy altas a las mujeres que han sido violadas por su cónyuge, su compañero permanente, un conocido o un familiar cercano en el sentido de que para conseguir la interrupción del embarazo deben decidir terminar la relación sentimental o familiar involucrada y llevar el proceso penal hasta sus últimas consecuencias. La mayoría de las mujeres prefieren no hacerlo (Fiscalía General de la Nación 2004; Profamilia 2000).⁸⁷

Ahora bien, estas restricciones del derecho penal en la práctica no son necesarias y podrían modificarse en el sentido de que más casos de interrupción voluntaria del embarazo se tramitasen

⁸⁶ Los artículos 7 a 26 del decreto 1011 de 2006 establecen las condiciones de habilitación para la prestación de servicios de salud. El procedimiento implica que las instituciones demuestren su capacidad técnico científica y financiera. No hay, sin embargo, ninguna obligación de incluir ciertos servicios para obtener la habilitación. De acuerdo con el artículo 23 de la ley 100 de 1993, sin embargo, las Entidades Promotoras de Salud sí están obligadas a garantizar la prestación de todos los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

⁸⁷ De acuerdo con la Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2000-2005, un 12% de las mujeres colombianas afirman haber sido violadas por sus esposos o compañeros permanentes. Excluyendo estos casos, el 61% de las mujeres colombianas afirman haber sido violadas y sólo en un 21% de los casos fue por desconocidos. La Fiscalía General de la Nación ha establecido que sólo un 5% de los delitos sexuales son denunciados.

a través del sistema de salud. Pero implicaría transformaciones que por ahora no podemos predecir.

Lo que sí vale la pena recalcar es que algunos factores que han afectado el control de los riesgos asociados a la maternidad en general no tendrían por qué impactar los niveles de morbilidad y maternidad asociados al aborto. En particular queremos enfatizar que cuando el aborto se lleva a cabo en fases tempranas, no se requiere intervención quirúrgica (World Health Organization 2003),⁸⁸ cuya calidad se ve significativamente afectada por el número de camas de hospital disponibles o de médicos especialistas disponibles para realizar la intervención.

En conclusión, la reforma legislativa que introdujo la Corte Constitucional colombiana se puede calificar como una reforma estrictamente incremental en el sentido de que no autorizó el aborto por las razones que la mayoría de las mujeres colombianas buscan practicarse abortos —razones socioeconómicas y por interrupción del proyecto de vida— ni modificó las reglas jurídicas —penales, laborales, de familia, de seguridad social— que hacen que las mujeres colombianas no se sientan libres para decidir sobre su maternidad ni puedan controlar los riesgos asociados a la mortalidad materna. Sin embargo, la reforma sí posibilitó el aumento del número de abortos que se pueden solicitar a proveedores autorizados, y definió los límites dentro de los cuales los proveedores se pueden negar a prestar el servicio. En tanto los problemas del sistema de salud que afectan la mortalidad materna no alteren significativamente la atención de abortos, las ganancias en términos de libertad se reflejan en ganancias en términos de control sobre los riesgos asociados a la maternidad. Qué tantos abortos seguros van a realizarse en el marco de la nueva legislación dependerá de cómo evolucionen las prácticas. Como lo señalamos, actualmente hay varios factores que restringen la

⁸⁸ Como lo señalamos anteriormente, existen medicamentos que, como el Misoprostol, son seguros en la interrupción del embarazo. La Organización Mundial de la Salud, de hecho, ha recomendado la combinación de Mifepristone y Misoprostol como método que prefiere en casos de interrupción temprana del embarazo.

aplicación de la legislación, pero varios de estos factores, particularmente los relacionados con la intervención médica, pueden evolucionar positivamente.

En este sentido, Women's Link tendría justificación al reclamar, por una parte, que la liberalización del aborto puede efectivamente reducir la mortalidad y morbilidad asociada al aborto y, por otra, que este cambio requiere una vigilancia constante de las prácticas médicas que pueden volver más o menos restrictiva la aplicación de la nueva legislación.

III. LOS DISCURSOS DE LEGITIMACIÓN

Según nuestra lectura de LAICIA, el proyecto se proponía también que el debate legal sobre el aborto contemplara el derecho a la igualdad como un derecho vulnerado por la prohibición total del aborto en la legislación penal, y que se consideraran como vinculantes las recomendaciones de los comités de monitoreo de los tratados internacionales de derechos humanos. Aunque el logro de estos cambios se planteaba independientemente del cambio en la legislación, se vinculaban a este último en el sentido de que el cambio en el debate permitiría enfatizar el impacto distributivo de la legislación penal sobre aborto. En esta sección proponemos que, aun cuando la Corte Constitucional fue receptiva a los argumentos propuestos en la demanda, reiteró varios de los argumentos que en el derecho colombiano ocultan el impacto distributivo de la legislación penal sobre aborto.

Para esto empezamos por proponer una interpretación de la manera en la que ha sido entendida la legislación sobre aborto en el derecho penal y el derecho constitucional colombiano. Luego explicamos cómo la sentencia C-355 de 2006 se relacionó con estas líneas argumentativas y cómo efectivamente mantuvo una posición en la que el impacto distributivo del derecho en la decisión libre de la maternidad y en el control de las mujeres de los riesgos asociados a la maternidad se oscurece.

A. La representación del aborto en el derecho penal y constitucional antes de la sentencia C-355 de 2006

La construcción del tipo penal de aborto en el derecho penal y el derecho constitucional ha ocultado el impacto distributivo del derecho sobre la decisión libre de la maternidad y sobre el control de las mujeres de los riesgos asociados a la maternidad de varias maneras. En primer lugar, la elaboración doctrinal ha naturalizado el deber de protección de la vida en gestación, reclamando que este deber se relaciona con la protección al derecho a la vida. En segundo lugar, se ha hecho énfasis en que el problema, en últimas, es de competencias —las del legislador—, y por lo tanto la Corte se encuentra limitada en lo que puede decidir de fondo. En tercer lugar, el caso del aborto se ha vuelto excepcional en el sentido de que los argumentos que se consideran aplicables en casos similares se han considerado inaplicables en éste. En cuarto lugar, mediante la compartimentación, la Corte ha propuesto una interpretación más restringida de la legislación penal de la que se presenta en la práctica, y se ha abstenido de pronunciarse sobre las maneras en las que otras normas del régimen jurídico afectan la decisión libre de la maternidad y el control de las mujeres de los riesgos asociados al aborto.

1. La naturalización del deber de protección de la vida humana en gestación

El deber del Estado de proteger la vida humana en gestación se ha naturalizado en el derecho colombiano a través de la interpretación que los penalistas han hecho del tipo penal del aborto y por la manera en que, sin excepción, la Corte Constitucional ha estudiado el caso del aborto.

Los penalistas colombianos han naturalizado el deber de protección de la vida humana en gestación de dos maneras. En primer lugar, presentando el tipo penal del aborto como "necesario": ya sea porque la Constitución política incluye mención a la protección de la vida humana (artículo 11 de la Constitución polí-

tica), ya sea porque la protección de la vida humana es “derecho humano natural” (Pabón 2002; Pérez 1974)⁸⁹ en tanto que es la posibilidad para el ejercicio de cualquier otro derecho, o ya sea porque “la protección a la vida e integridad personal resulta obvia” (Pabón 2002). Los tratadistas están de acuerdo también en que la vida humana a la que se debe esta protección es aquella entendida “como un ciclo biológico que empieza en la concepción y termina en la muerte” (Gómez y Urbano 2003). Por esta razón distinguen la protección que el derecho penal debe a la “vida independiente” y la protección que el derecho penal debe a la “vida dependiente”, siendo esta última la intrauterina o fetal (Pabón 2002: 541). Algunos autores piensan que esta decisión del legislador debe ser explicada y no interrogada (Gómez y Urbano 2003), pero otros acuden a extensas explicaciones para dar fundamento a esta protección en el texto constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos (Gómez y Urbano 2003). En segundo lugar, explicando que la consideración de los derechos de las mujeres se refleja en las atenuaciones que se introducen a la pena cuando el embarazo no ha sido consentido (Gómez y Urbano 2003).

La Corte Constitucional, por su parte, ha naturalizado el deber de protección de la vida humana en gestación al hacer énfasis en que este deber se deriva de la Constitución política colombiana, y que por su importancia no cabe ponderar el derecho del nasciturus con ningún otro, y al rechazar formas alternativas de enmarcar el conflicto constitucional que involucra la legislación penal sobre aborto propuestas por demandantes e intervinientes en dos de los casos en los que se pronunció de fondo sobre el asunto antes de la sentencia C-355 de 2006.

En efecto, en dos ocasiones anteriores, la Corte Constitucional colombiana se refirió a la constitucionalidad del delito de aborto

por solicitud de ciudadanos colombianos que presentaron demandas de inconstitucionalidad contra los artículos del Código Penal correspondientes: sentencia C-113 de 1994 y C-013 de 1997.

En la sentencia C-113 de 1994, la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda presentada por Alexander Sochamandou contra el artículo 343 del decreto 100 de 1980, que establecía el delito de aborto simple. Sochamandou propuso tres argumentos como fundamento de su solicitud de declarar inexecutable la norma: 1) el no nacido no es persona y por lo tanto, en sentido estricto, no tiene derechos que deban ser ponderados con otros; 2) la sanción en este caso desconoce la libertad de conciencia, la libertad de cultos y la diversidad étnica y cultural que la Constitución protege; 3) la Constitución protege la libertad de las parejas para decidir el número de hijos.

La sentencia propuso que si bien la Constitución no se refería específicamente a la vida del que está por nacer, dado que la vida humana individual se inicia en la concepción y que el desarrollo desde el momento de la concepción hasta el momento del parto es necesario para que haya persona, se debe entender que la protección constitucional cubre el proceso de gestación desde la concepción. En palabras de la Corte:

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. (Corte Constitucional 1997a)

Para la Corte, la consecuencia de entender que la Constitución protege la vida humana desde la concepción es que el legislador

⁸⁹ Algunos autores, sin embargo, introdujeron la importante distinción entre la concepción y la anidación del óvulo fecundado, y defendieron que la vida que se protege es la que empieza con la anidación. Véase Gómez y Urbano (2003: 878-888).

tiene la obligación de prever sanciones para todo atentado contra esta persona en formación.

La Corte señaló, además, que no se violan la libertad de conciencia ni la libertad de cultos porque dichas libertades están limitadas por otros derechos, en este caso la vida del nasciturus, y que no se viola el derecho a decidir el número de hijos porque la pareja puede impedir que la concepción se produzca.

En la sentencia C-013 de 1997, la Corte se pronunció sobre la demanda de José Eurípides Parra, en el sentido de que el artículo que disponía una atenuación de la pena en casos de violación o inseminación artificial no consentida violaba el derecho a la igualdad del nasciturus porque la protección que se le daba a su vida en estos casos era menor. En este caso, la Corte hizo énfasis en que el fruto de la concepción es vida humana independiente y no propiedad de la mujer, acudiendo esta vez a la encíclica *Humana Vitae*, y explicó que aun si algún derecho de las mujeres pudiera verse lesionado, el derecho a la protección estatal de esta vida humana independiente debería prevalecer. En este sentido, la sentencia indicó: "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" (Corte Constitucional 1997d).

Vale la pena destacar que en ninguno de los dos casos la Corte Constitucional se refirió a la mortalidad materna asociada al aborto, a pesar de que al menos en el segundo caso tuvo acceso a la información, tal como lo refleja el salvamento de voto de la sentencia.

2. La huida a la forma / procedimiento / competencia

Además de empezar en cada caso por reafirmar la protección que constitucionalmente se debe a la vida en gestación, la Corte ha elaborado un complejo argumento para justificar por qué en el caso de la legislación penal sobre aborto sus poderes de revisión son limitados.

En la sentencia C-113 de 1994, cuando abordó por primera vez el estudio de la legislación penal sobre aborto, la Corte simplemente explicó que en razón de que la Constitución protege la vida desde la concepción, el legislador tiene la obligación de penalizar la conducta.

Esta posición, sin embargo, empezó a ser matizada en la sentencia C-013 de 1997, en la que la Corte estudió el aborto atenuado. En esta sentencia, después de señalar que en este caso las penas sí parecen ser benignas, la Corte se abstuvo de declarar la inconstitucionalidad de la norma indicando que la legislación penal solamente es inconstitucional cuando de manera objetiva vulnera la norma constitucional, esto es, cuando la contradicción no se deriva de otras normas o hipótesis no plasmadas en la norma penal; y cuando la desproporción o falta de razonabilidad de la sanción es manifiesta e innegable. En el caso bajo estudio no encuentra tal desproporción manifiesta ni la vulneración objetiva del texto constitucional.

En la sentencia C-647 de 2001, con ocasión de la demanda de Carlos Humberto Gómez Arámbula contra el parágrafo 124 de la ley 599 de 2000, que establecía la posibilidad de eximir de la pena a la mujer y al médico cuando, tratándose de un aborto atenuado concurren "extraordinarias condiciones anormales de justificación", la Corte explicó que el legislador penal está autorizado para no imponer ninguna sanción cuando ésta no es socialmente necesaria. En el caso concreto la Corte consideró que dadas las circunstancias a las que se refería el texto demandado, era razonable considerar que no se cumplirían las finalidades que hacen de la sanción penal una necesidad social y por eso el legislador podía autorizar al juez a exculpar a los sindicados a la luz de sus propios juicios de conveniencia y necesidad.

El énfasis en la discrecionalidad del legislador penal en este caso representa una verdadera "huida", pues le permitió a la Corte justificar decisiones contradictorias y porque el tipo de examen aplicado al caso del aborto no había sido aplicado a otros casos similares. Aunque la jurisprudencia de la Corte sobre la intensidad del control al que puede someterse al legislador está llena de

incoherencias, ésta ha sostenido de manera general que la libertad de configuración del legislador es más amplia cuando se trata de temas económicos en virtud del papel que la Constitución le concede al Estado en la dirección de la economía (Corte Constitucional 1994f; 2003), cuando el texto constitucional no contiene un mandato claro o preciso (Corte Constitucional 1993a; 1994a; 1998; 2002a; 2002b), y cuando no hay lugar a aplicar un escrutinio estricto.

Por otra parte, la Corte ha sostenido que hay lugar a aplicar un escrutinio estricto cuando se establece el goce de un derecho constitucional para algunos, cuando se hace una diferenciación sobre la base de un criterio sospechoso, cuando hay un mandato específico de igualdad y cuando hay debilidad manifiesta (Corte Constitucional 1995a; 1997c; 2001a). En los casos de escrutinio estricto, de acuerdo con la Corporación, el límite para el legislador no es simplemente el de una inconstitucionalidad manifiesta o el de una desproporcionalidad evidente sino que el legislador debe mostrar que los fines que se persiguen son una necesidad social imperiosa, que el trato diferenciado es necesario porque no hay ninguna medida alternativa que lograría el mismo propósito, y que no se vulnera ningún derecho o principio constitucional fundamental (Corte Constitucional 1993b; 1997c; 1998).

Lo curioso del caso del aborto es que parecería exigir un escrutinio estricto, ya fuera a favor de la vida en gestación o de los derechos de las mujeres, pero la Corte reiteradamente señala que la facultad de configuración del legislador es tan amplia que sólo hay lugar a declarar la inconstitucionalidad si la desproporcionalidad es evidente. Para la Corte, la desproporcionalidad no fue evidente en ninguna de sus sentencias anteriores a la C-355 de 2006.

3. El aborto como caso excepcional

La Corte Constitucional a través de sus decisiones también había convertido al aborto en un caso excepcional al advertir que el derecho a la vida, así fuera el de la vida en gestación, prevalece sobre cualquier otro derecho. Esta tendencia en la ponderación del

derecho a la vida no ha sido generalizada cuando se ha tenido que decidir sobre la guerra —prima la democracia sobre el interés de cada individuo en salvaguardar su vida— (Corte Constitucional 1993c; 1994e), sobre la muerte digna —prima la dignidad sobre la vida biológica— (Corte Constitucional 1994d), y sobre el uso de estupefacientes —prima la autonomía sobre la vida biológica— (Corte Constitucional 2007).

4. La compartimentación del debate sobre el aborto en el discurso jurídico

En su construcción sobre la legislación penal de aborto, la Corte ha compartimentado la discusión de dos maneras: primero, estudiando cada una de las normas demandadas de manera independiente; segundo, entendiendo las normas estudiadas en cada caso como si no tuvieran relación alguna con otras sobre las que se ha pronunciado para afirmar su importancia constitucional.

En efecto, cuando la Corte estudió en la sentencia C-113 de 1994 el tipo del aborto simple, subrayó que la penalización del aborto no violaba la cláusula constitucional de acuerdo con la cual las parejas pueden decidir libremente el número y el espaciamiento de los hijos (artículo 42), porque la penalización del aborto no limitaba su posibilidad de controlar la fertilidad antes de la concepción. Para concluir esto, la Corte no se tomó el trabajo de verificar si las parejas colombianas efectivamente podían acceder a todos los métodos anticonceptivos (no podían en 1994 de acuerdo con la normatividad de seguridad social vigente),⁹⁰

⁹⁰ Véanse los decretos 1938 de 1994 y 2423 de 1996, en los que en el Plan Obligatorio de Salud se incluyen solamente los anticonceptivos hormonales orales y la extracción, pero no la implantación de dispositivos intrauterinos. Los acuerdos 228 y 229 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ampliaron el rango de los métodos anticonceptivos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud a los anticonceptivos inyectables, la aplicación de dispositivos intrauterinos y métodos definitivos de anticoncepción como la ligadura de trompas y la vasectomía. No se incluyen, sin embargo, los métodos más costosos disponibles en el mercado.

ni explicar cuál era el nivel de eficacia de cada uno de ellos o los riesgos asociados a su uso (2002c; De Francisco 2000).⁹¹

⁹¹ Los anticonceptivos orales se han asociado a los siguientes efectos secundarios: "Los anticonceptivos pueden causar efectos secundarios. Dígame a su doctor si cualquiera de estos síntomas se vuelve grave o no desaparece: náusea, vómitos, retortijones o hinchazón en el abdomen, diarrea, constipación, gingivitis (inflamación de las encías), aumento o reducción del apetito, aumento o pérdida de peso, manchas oscuras en la piel, acné, crecimiento de pelo en lugares extraños, sangrado o manchado entre menstruaciones, cambios en el flujo menstrual, períodos dolorosos o pérdida de períodos, secreción, sensibilidad, aumento de tamaño de los senos, dificultad para usar lentes de contacto, hinchazón, enrojecimiento, irritación, ardor, o prurito (picazón) de la vagina, secreción vaginal blanca. Algunos efectos secundarios podrían llegar a ser graves. Los siguientes síntomas son poco comunes, pero si usted experimenta alguno de ellos, llame a su doctor de inmediato: dolor de cabeza intenso, vómitos intensos, problemas para hablar, mareos o debilidad, debilidad o adormecimiento de un brazo o pierna, dolor intenso o pesadez en el pecho, tos con sangre, respiración entrecortada, dolor, calor o pesadez en las pantorrillas, pérdida parcial o completa de la visión, visión doble, ojos hinchados, dolor de estómago intenso, coloración amarillenta de la piel o los ojos, pérdida del apetito, cansancio extremo, debilidad o falta de energía, fiebre, orina de color oscuro, heces de color claro, inflamación (hinchazón) de las manos, los pies, los tobillos o pantorrillas, depresión, especialmente si usted también tiene dificultad para dormir, cansancio, pérdida de la energía, o cambios de otro tipo en el estado de ánimo, hemorragia inusual, sarpullido (erupciones en la piel), sangrado menstrual inusualmente abundante o que dura más de siete días consecutivos. Los anticonceptivos orales pueden aumentar las posibilidades de desarrollar tumores al hígado. Estos tumores no son una forma de cáncer, pero pueden romperse y causar graves hemorragias dentro del cuerpo. Los anticonceptivos orales también pueden aumentar las posibilidades de que usted desarrolle cáncer de seno o hígado, o de que tenga un ataque cardíaco, un accidente cerebrovascular, o un grave coágulo sanguíneo". En cuanto a los anticonceptivos inyectables, Depo-Provera, se ha encontrado lo siguiente: "La mayoría de las mujeres tienen cambios en sus períodos menstruales mientras usan Depo-Provera; inclusive sangrado o manchado irregular e impredecible o un aumento o disminución en su sangrado menstrual, o no menstrúan del todo. Después de un año de uso cerca de dos de cada tres mujeres no menstrúan del todo. La ausencia de los períodos no es peligrosa y los períodos usualmente regresan a la normalidad después de que se interrumpe la Depo-Provera. Si ocurre un sangrado inusualmente fuerte o continuo usted debe visitar su médico. Otros efectos secundarios posibles incluyen el aumento de peso, dolores de cabeza, nerviosismo, malestar abdominal,

Más aún, la Corte se abstuvo de considerar que en el contexto de altos niveles de violencia sexual y física contra las mujeres difícilmente podría pensarse que ellas, las que se embarazan, tuvieran control sobre la concepción. Esto a pesar de que en 1994 su jurisprudencia ya había reconocido la violencia doméstica como una situación en la que las mujeres se encuentran "indéfensas", entre otras razones por la ineficacia de los mecanismos legales a su alcance para proteger su integridad y su vida.

El que la Corte haya omitido explicar las condiciones de una maternidad libre en el contexto colombiano se convirtió en un hecho grave cuando en la sentencia C-013 de 1997 decidió que la libre opción por la maternidad no era importante porque esta condición *siempre* dignifica a las mujeres. Para concluir esto, la Corte no se tomó el trabajo de explicar cómo las altas tasas de mortalidad materna, resultantes en buena medida de la configuración legal del sistema de salud en Colombia, y de la pobreza de las mujeres cabeza de familia relacionada entre otras razones con las normas de derecho familia y laborales, pueden ser consistentes con la idea de dignidad que la Corporación ha defendido en otros fallos.

La idea de que la maternidad es siempre libre y segura en Colombia fue fortalecida cuando, al estudiar el parágrafo del artículo 124 del Código Penal, la Corte se abstuvo de explicar cuáles serían las "extraordinarias circunstancias anormales de motivación" a las que el legislador se podría estar refiriendo. Semejante enunciado parecería referirse a los casos de peligro inminente para la salud y la vida de las mujeres que en la práctica y según la legislación de seguridad social se entendían como enmarcados dentro de la justificación de estado de necesidad. Al no aclarar cuáles serían las circunstancias a las que se refería la norma, la

vértigo y debilidad o fatiga". La OMS denunció que anticonceptivos de todo tipo están siendo introducidos en el mercado sin estudios especializados previos sobre sus efectos, y que en muchos casos estos estudios se realizan en países del Tercer Mundo.

Corte estaría concibiendo estos casos como no justificados sino meramente susceptibles de exculpación.

B. La sentencia C-355 de 2006

Aunque la sentencia C-355 de 2006 fue la primera sobre la legislación penal de aborto en la que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de alguna norma, el esquema argumentativo de la sentencia reprodujo los mecanismos de legitimación de las sentencias anteriores. El fallo empieza explicando que la Constitución política colombiana establece un deber estatal de protección de la vida en gestación y luego determina que el control que la Corte puede hacer de la legislación penal se limita a las contradicciones objetivas y manifiestas del texto legal con el constitucional. Aunque la Corte en este caso se refiere extensamente a su jurisprudencia anterior, se abstiene de justificar por qué éste no es un caso de escrutinio estricto, y reafirma la maternidad libre y segura como regla general al excluir los casos de violación, incesto e inseminación artificial no consentida como únicos casos en los que el embarazo puede haber sido resultado de una decisión no libre, y los casos de peligro para la salud o vida de la mujer como únicos casos en los que la maternidad no es segura.

1. El *nasciturus* como objeto de protección y no sujeto de derechos

La sentencia C-355 de 2006 reproduce el argumento sobre la ponderación de derechos que se había propuesto en la sentencia C-113 de 1994 y se aparta de la posición de la sentencia C-013 de 1997, de acuerdo con la cual no cabe ninguna ponderación del derecho a la vida con otros derechos. Aunque la Corte hace un esfuerzo mayor por justificar que efectivamente el ordenamiento colombiano impone la protección de la vida desde la concepción, y deja claro que la única manera de proteger la vida en gestación no es la de la legislación penal, refuerza la naturalización del deber del Estado de proteger la vida en gestación: 1) al plantear que la

legislación penal sobre aborto no se puede estudiar sin ponderar el deber del Estado de proteger la vida en gestación y otros derechos; 2) al deducir dicha protección de una interpretación de la jurisprudencia constitucional sobre la vida independiente en la que no se incluyen los casos en los que el derecho a la vida se ha considerado menos importante que otros derechos; y 3) al concluir que escapa a la órbita de sus competencias el definir cuándo comienza la vida humana que debe ser protegida.

En efecto, la demanda presentada por Mónica Roa proponía, como lo habían hecho ya otros demandantes e intervinientes, una manera de estudiar la legislación penal sobre aborto en la que la cuestión del deber estatal de protección de la vida en gestación no era central para entender la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma jurídica. La Corte, sin embargo, en lugar de contestar o evaluar los argumentos de la demanda por sus propios méritos, empezó por evaluar los argumentos de quienes intervinieron para oponerse a las pretensiones de la demanda alegando que el derecho a la vida del que está por nacer está reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica, tratado del que Colombia hace parte.

Pero si bien la Corte niega que los tratados internacionales suscritos por Colombia determinen claramente que el feto tiene derecho a la vida, y aclara que sólo se tienen derechos después del nacimiento, concluye que dado que el valor de la vida es central en el ordenamiento jurídico colombiano y es "uno de los valores fundantes del nuevo orden normativo", es obvio que el Estado tiene el deber de proteger la vida en gestación.

Para concluir que el "valor de la vida" es central en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte se refiere a las sentencias sobre la vida independiente en las que aquélla ha señalado que la vida aparece en la Constitución en tres sentidos: a) como valor fundante; b) como derecho de las personas; c) como determinante de una obligación positiva del Estado. La Corte se abstiene de incluir, sin embargo, los casos en los que la vida efectivamente se ha considerado un valor o un derecho menos importante que otros. Además, se abstiene explícitamente de explicar por qué lo

propuesto para la vida independiente es relevante para el caso de la vida en gestación, señalando simplemente que ésta es una cuestión en la que hay enormes diferencias de opinión y que la Corte no está en capacidad de resolver.

2. La huida a la forma / procedimiento / competencia

Después de establecer que de la Constitución colombiana se deduce que el Estado tiene el deber de proteger la vida en gestación, la Corte pasa a probar que las mujeres tienen derechos haciendo un recuento de los progresos legislativos nacionales e internacionales. Concluye, no obstante, que ninguno de los textos legales en vigor exige expresamente la despenalización del aborto y por eso procede, nuevamente, a plantear que el tema se debe estudiar teniendo en cuenta los límites que tiene la Corte cuando enfrenta la revisión constitucional de la legislación penal.

La Corte propone dos tipos de exámenes a lo largo de la sentencia. Empieza citando la sentencia C-939 de 2002, en la que la Corte estudió la constitucionalidad del decreto legislativo encaminado a enfrentar los daños a la infraestructura petrolera y los robos de hidrocarburos perpetuados por "organizaciones delincuenciales" y declaró inexecutable el decreto por establecer penas inútiles, en el sentido de que "no podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables" (Corte Constitucional 2006).

Más adelante propone que el examen de constitucionalidad de la legislación penal debe incluir los siguientes elementos: a) el legislador no puede imponer medidas perfeccionistas; b) el legislador no puede sacrificar por completo algunos valores para satisfacer otros por completo; c) la norma penal debe ser necesaria; d) la pena debe ser proporcionada al hecho punible, tanto en lo relacionado con la importancia del bien protegido como en lo relacionado con la gravedad de la afectación del mismo.

Los dos exámenes son distintos en cuanto a la intensidad del análisis que le permiten a la Corte, aunque el lenguaje es bas-

tante similar. Primero, mientras que el primer test enfatiza que no se pueden "desconocer" derechos fundamentales, el segundo subraya que no se pueden "sacrificar por completo" (pero sí parcialmente) algunos derechos fundamentales. Segundo, mientras que el primer test explica que las medidas no pueden ser irrazonables, el segundo sostiene que basta con que no sean perfeccionistas. Tercero, mientras que el primer test explica que las medidas deben ser idóneas, el segundo test indica que basta con que sean necesarias.

Lo más importante, sin embargo, es que en el caso de la sentencia C-355 de 2006, la Corte explica que no le compete a ella estudiar si las medidas adoptadas por el legislador son necesarias o no porque sólo el legislador puede apreciar esta circunstancia. En este sentido manifiesta que

[...] se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serían más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada. Al respecto cabe anotar que corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada e irrazonable. (Corte Constitucional 2006)

La huida a la forma / procedimiento / competencia opera entonces de dos maneras. En primer lugar, se defiende la decisión de fondo argumentando que la ponderación ha seguido un test objetivo y neutral, pero al mismo tiempo el test se cambia sucesivamente hasta hacerlo decir lo que es estrictamente necesario para justificar esta decisión en particular. En segundo lugar, se elimina del test la consideración de la eficacia (o idoneidad) de la norma penal, eliminando las "restricciones materiales" del

legislador penal que habían resultado relevantes en sentencias como la C-939 del 2002,⁹² en la que lo que estaba en juego eran intereses económicos respecto de los cuales supuestamente el legislador es más libre.

3. El aborto como caso excepcional

Además de las excepciones que la Corte construye para examinar las restricciones del legislador penal en el caso del aborto, que reiteran de manera más compleja las que ya se habían elaborado en sentencias anteriores, la Corte vuelve excepcional el aborto en la sentencia C-355 de 2006 al hacer énfasis en que el aborto se relaciona con aquello que hace a la mujer *esencialmente* diferente a los hombres y por eso se relaciona con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y no con el derecho a la igualdad.

En efecto, aunque al explicar que las mujeres tienen derechos la Corte empieza por describir una trayectoria legislativa nacional en la que el hilo conductor es la progresiva igualdad de derechos, procede a indicar que

[...] respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que las afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y su reproducción. (Corte Constitucional 2006)

A partir de esta revelación, la Corte se ubica en el plano internacional y explica el progreso en materia de derechos sexuales y reproductivos como progresos de las mujeres. Afirmaciones como la siguiente son sintomáticas del giro argumentativo de la Corte:

⁹² En esta sentencia el hecho de que los tipos penales creados por el decreto presidencial no tuviesen vocación de eficacia, en el sentido de que no podían impedir efectivamente que se realizaran las conductas y de que no podían garantizar la seguridad nacional, fue definitivo para declarar su inexequibilidad.

Finalmente, el derecho a la educación y su relación con los derechos reproductivos puede examinarse desde varios niveles: el acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de que ella logre el empoderamiento en su familia y su comunidad, y contribuya a que tome conciencia de sus derechos. Además, el derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable. (Corte Constitucional 2005b)

La Corte en este sentido vuelve excepcional el aborto al volver excepcionales los derechos sexuales y reproductivos, y la sexualidad y la reproducción como asuntos que conciernen solamente a las mujeres. Esta postura contrasta, de un lado, con el énfasis que ha hecho el derecho internacional en que “los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales”,⁹³ y en este sentido no son “distintos” de los derechos humanos ni necesitan un acto expreso de reconocimiento para operar (Berer 2000), y de otro lado, con la idea de que los derechos sexuales y reproductivos se relacionan con las mujeres no porque ellas sean las únicas que tienen sexualidad o que se reproducen, sino porque éstos son campos en los que se produce la subordinación de las mujeres (2006a).

4. La reiteración de la compartimentación

La sentencia C-355 de 2006 reiteró la compartimentación introducida en las sentencias anteriores al representar las situaciones en las que el aborto terminó destipificado como las únicas situaciones en las que *realmente* la maternidad no es libre o segura. Al contrario de las sentencias anteriores, sin embargo, en esta

⁹³ Plataforma de acción aprobada en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo celebrada en el Cairo, en 1994. Parágrafo 96, citado en la sentencia C-355 de 2006.

sentencia se identificaron muchas de las maneras en las que la maternidad en general no es libre ni segura en los apartados que se refirieron a los derechos de las mujeres en general. La Corte, así, explicó que la igualdad de las mujeres no es sólo una igualdad formal sino de resultados, que la violencia sexual y doméstica, así como la desigualdad laboral, afecta la vida reproductiva de las mujeres, que la falta de educación afecta el poder que las mujeres pueden ejercer en la familia y en la comunidad y que el Estado tiene la obligación positiva de proveer las necesidades de salud sexual y reproductiva de la población.

No obstante, al hacer el estudio de la constitucionalidad de las normas demandadas, la Corte no consideró la relación entre las circunstancias que llevaron a la promulgación de estos derechos y la legislación penal sobre aborto; se concentró en cambio en la manera en la que las normas penales sobre aborto en particular podrían ser “manifiestamente” violatorias del derecho a la dignidad humana y a la salud. El argumento común a las excepciones propuestas para el tipo simple de aborto es que cuando en estos casos se obliga a las mujeres a llevar adelante un embarazo, se les arrebató su dignidad porque se las convierte en meros instrumentos de reproducción y porque se les exige sacrificios heroicos para su salud que a nadie más se exige.

C. Los cambios en el debate legal sobre el aborto

En nuestra lectura del proyecto LAICIA, éste se proponía que la Corte estudiara la legislación penal del aborto desde el punto de vista de la igualdad de las mujeres y no sólo de su dignidad humana y su salud, y que las recomendaciones de los comités de monitoreo de los tratados internacionales ratificados por Colombia se utilizaran para señalar que las legislaciones muy restrictivas del aborto violan los derechos de las mujeres porque les impide acceder a los servicios de salud que sólo ellas necesitan, y que de esa manera se pone en riesgo su salud y su vida. Estos cambios en el debate legal sobre el aborto, en nuestra opinión, exigían que la Corte tomara en serio al menos el impacto distributivo de la le-

gislación penal del aborto al tener que explicar cómo se justifica que tantas mujeres mueran cada año en virtud de una prohibición que el Estado ni siquiera está dispuesto a implementar.

La Corte, sin embargo, se abstuvo explícitamente de incluir el derecho a la igualdad como un derecho que podría estar en juego en la ponderación entre el deber estatal de proteger la vida en gestación y los derechos de las mujeres, e hizo una sola referencia de pasada al argumento de la relación entre la prohibición penal del aborto y la mortalidad materna. Estas omisiones son evidentes cuando se examina el cuidado con el que la demandante sustentó el argumento de la violación al derecho a la igualdad y citó con referencias precisas las recomendaciones hechas al Estado colombiano sobre su legislación en materia de aborto. En contraste, la Corte no mencionó el derecho a la igualdad de las mujeres, y sobre las recomendaciones citadas por la demandante sólo explicó lo siguiente:

Igualmente han señalado los diferentes Comités, [sic] que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, [sic] que generan altas tasas de mortalidad materna.

No incluyó ninguna cita que acompañara el texto.

El fracaso argumentativo de LAICIA en estos dos casos específicos es importante no por lo que dice de las capacidades de la demandante de articular las razones para el cambio —la Corte sistemáticamente ha abordado el tema del aborto de la misma manera sin importar los argumentos de los demandantes e intervinientes—, sino por el impacto que los modos de legitimación de la distribución actual en materia de libertad y control de los riesgos asociados a la maternidad pueden tener en las prácticas.

En la medida en que los argumentos de la Corte minimizaron el papel del derecho en la modelación de esta distribución, pensamos que ésta ha contribuido a legitimar la distribución actual y que las prácticas serán menos subversivas de lo que podrían ser.