

ABORTO, DERECHO E IDEOLOGÍA

ABORTION, LAW AND IDEOLOGY

*Claudia Escobar García**

Resumen: Este trabajo intenta demostrar que los discursos, que se oponen a la penalización del aborto y rechazan las normas constitucionales que protegen la vida, son una construcción ideológica artificialmente elaborada para justificar el aborto, y ocultar las relaciones asimétricas del poder entre la mujer y el no nacido. Para tal efecto, dichos argumentos son identificados y sometidos a un análisis crítico, que demuestra su carácter puramente emotivo y falta de fundamentos.

Palabras clave: Derecho a la vida, aborto, a favor del aborto, a favor de la vida, ideología

Abstract: *This work explains that the discourses opposing the criminalization of abortion and that reject the constitutional rules that protect human life, are an artificially constructed ideology made only to justify abortion, and hide the asymmetrical relations of power between women and the unborn. In order for this purpose, these arguments are identified and subjected to critical analysis, demonstrating that it is purely emotional and lacking fundaments.*

Key words: *Right to live, abortion, pro choice, pro life, ideology*

* Ganadora del II Concurso de Investigación Jurídica, premio Juan Larrea Holguín. Abogada y filósofa por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). Tiene experiencia laboral en derecho constitucional y administrativo. cescobar@uasb.edu.ec

Fecha de recepción: 28-02-2007

Fecha de aceptación: 15-05-2007

1. INTRODUCCIÓN

Mientras en noviembre de 2006 nació en Estados Unidos un bebé de tan solo 21 semanas, que hoy en día se encuentra vivo y saludable (Ramirez de Castro, 2006), en Colombia un juez de tutela ordenó el aborto en una mujer con alrededor de 28 semanas de embarazo, por una malformación fetal¹. Dada la edad gestacional, el método abortivo consistió en un parto parcial mediante el cual el bebe fue sacado del vientre de la madre por los pies, de modo que cuando salió la cabeza, se atravesó la nuca con unas tijeras y, mediante una sonda, se succionó la masa encefálica². Esta decisión respondió a una sentencia de la Corte Constitucional, que despenalizó el aborto en tres circunstancias específicas³. En el Ecuador se sigue una trayectoria similar a través del Congreso, pues se encuentra en trámite un proyecto de ley a través del cual se realiza una despenalización parcial del aborto.

La retórica que sustenta este tipo de decisiones se orienta a señalar la oposición entre la penalización del aborto y las normas constitucionales. Se considera que la descriminalización total o parcial constituye una exigencia de orden constitucional, frente a la cual la mayoría de los países latinoamericanos se encuentran en

¹ *Primer aborto por malformación*, en *Orientevirtual*, www.orientevirtual.org.

² Cfr. <http://www.anael.org/aborto/fotos.htm>.

³ Se trata de la sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentarías y Clara Inés Vargas Hernández. Se despenaliza el aborto cuando el embarazo es el resultado de incesto, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo o de transferencia de óvulo fecundado no consentido, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando existe grave malformación del feto.

mora. En este contexto, lo que en un principio comenzó como una lucha política, hoy se configura como una de las más grandes batallas jurídicas de nuestros días.

En este trabajo me propongo mostrar que los discursos que sustentan la idea de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto son tan solo una construcción teórica ficticia que pretende avalar esta práctica y encubrir las auténticas relaciones asimétricas de poder que existen entre la mujer y el no nacido.

Para tal efecto, se sigue el siguiente procedimiento:

Primero, se identifican los argumentos que soportan la idea de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto. Estas justificaciones intentan demostrar que la criminalización es incompatible con el derecho internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, de los derechos humanos de las mujeres, y de la existencia de Estados laicos y defensores de la tolerancia y el pluralismo.

Segundo, se someten a un análisis crítico los razonamientos anteriores, poniendo en evidencia sus contradicciones, inconsistencias y vacíos, demostrando que de las Cartas Políticas latinoamericanas no se desprende el deber constitucional de despenalización total o parcial. Se hará especial referencia a las Constituciones colombiana y ecuatoriana, que son ejemplos representativos de la realidad jurídica latinoamericana.

Por último, a partir del análisis anterior, se demuestra que la supuesta contradicción entre la penalización del aborto y las Constituciones Políticas, es tan solo una creación ideológica que carece de sustento jurídico.

2. LA RETÓRICA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ABORTO⁴

2.1. El argumento de la oposición entre la penalización del aborto y el derecho internacional

2.1.1. Contenido del argumento

Se sostiene que, como las normas de derecho internacional que forman la parte del denominado “bloque de constitucionalidad” prohíben tácita o expresamente la penalización del aborto, su criminalización es inconstitucional.

Este razonamiento parte de dos premisas: primero, se supone que las normas del derecho internacional tienen rango constitucional y que, por consiguiente, cualquier violación de este derecho constituye una violación de la Carta Fundamental misma. En segundo lugar, supone que el derecho internacional prohíbe la criminalización del aborto.

En cuanto al primero de estos supuestos, usualmente se utilizan normas constitucionales que otorgan un rango superior a las normas internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, los artículos 17 y 18 de la Constitución ecuatoriana disponen que el Estado tiene el deber de garantizar el goce de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, y el artículo 163 dispone que los tratados internacionales promulgados en el Registro Oficial forman parte del ordenamiento, y que prevalecen sobre las leyes y normas de menor jerarquía. En el caso colombiano, el artículo 93 dispone que los instrumentos internacionales de derechos humanos prevalecen en el orden interno, y que sirven como criterio interpretativo en materia de derechos y deberes constitucionales.

⁴ Existe abundante bibliografía en este sentido. Sin embargo, un excelente resumen de este tipo de planteamientos se encuentra en la Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia, donde se exponen los principales argumentos que sostiene la tesis de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto.

En cuanto al segundo supuesto, usualmente se utilizan dos tipos de fuentes: los tratados internacionales de derechos humanos, y las recomendaciones e informes de los comités encargados de su vigilancia.

Con respecto a los tratados, se acude a las convenciones sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para la Prevención y el Castigo de todas las Formas de Violencia contra las Mujeres (Convención de Belem do Pará), la Declaración de Beijing y el Estatuto de Roma, entre otros.

Se argumenta que estos instrumentos consagran derechos humanos de los cuales se desprende una prohibición a cargo de los Estados de criminalizar el aborto. A partir de los derechos de primera generación, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autonomía personal, la igualdad, la dignidad y la libertad de conciencia, se concluye que el Estado incumple sus obligaciones frente a la comunidad internacional cuando prohíbe a la mujer tomar la decisión de abortar. Se ha llegado a sostener, por ejemplo, que como el Estatuto de Roma considera el embarazo forzado como un crimen de lesa humanidad, tácitamente consagra la obligación de legalizar el aborto.

Como ratificación de esta tesis, se utilizan distintas recomendaciones e informes de los organismos internacionales encargados de vigilar el cumplimiento de los respectivos tratados, que establecen un nexo entre la penalización del aborto y la violación de los derechos humanos de las mujeres. Se acude entonces a las recomendaciones de los comités de monitoreo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la

CEDAW y de la Convención sobre Derechos del Niño, entre otros.

2.1.2. Análisis crítico del argumento

2.1.2.1. Pronunciamientos explícitos de la comunidad internacional

De manera explícita, la comunidad internacional ha rechazado la despenalización total o parcial del aborto, y ha dejado al legislador nacional la potestad discrecional de regulación.

En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo realizada en 1994 en El Cairo bajo el auspicio de las Naciones Unidas, expresamente se rechazó obligar a los Estados a la despenalización. Por el contrario, en el respectivo informe se expresó que “en ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos (...) a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud, se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional”.

Un año más tarde, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Beijing, se rechazó igualmente la posibilidad de considerar al aborto como un derecho de la mujer y se ratificó la potestad discrecional del Estado de legislar en esta materia: “La aplicación de las medidas que se han de adoptar contenidas en la sección relativa a la salud son un derecho

soberano de cada país y deben ajustarse a las leyes nacionales y las prioridades de desarrollo, respetar plenamente los distintos valores religiosos y éticos y las tradiciones culturales de sus poblaciones”.

Y en el año 2000, en la Quinta Conferencia de Beijing, se rechazó la posibilidad de obligar a los Estados a legalizar el aborto, permitiendo que el problema fuese resuelto discrecionalmente por los legisladores nacionales.

2.1.2.2. Inexistencia de obligación implícita de despenalizar el aborto

Ningún tratado o instrumento internacional consagra implícitamente la obligación de despenalizar el aborto, ni ésta se desprende del reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres.

Por un lado, la tipificación en el Estatuto de Roma del embarazo forzado como crimen de lesa humanidad, no puede ser entendida como un deber tácito de los Estados de despenalizar el aborto. No se cumplen las condiciones exigidas en su artículo 7 relativas a la concepción forzada, confinamiento de la mujer e intención de modificar la composición étnica de la población. Segundo, el propio Estatuto de Roma aclara que el embarazo forzado en ningún caso “*afecta las normas de derecho interno relativas al embarazo*”. Por último, derivar una obligación a cargo del Estado a partir del Estatuto supone confundir la naturaleza jurídica de este instrumento, pues el tratado está encaminado a criminalizar a las personas naturales que cometan las conductas descritas en el tratado, mas no a crear obligaciones para los Estados. Por consiguiente, el Estatuto de Roma no puede servir de fundamento para crear este tipo de deberes estatales.

Tampoco es aceptable el planteamiento según el cual la obligación de despenalización se desprende de los derechos humanos de las mujeres. Tal como se expondrá en el acápite siguiente, del reconocimiento de estos derechos no se infiere la

obligación de los Estados de despenalizar el aborto y, en muchos casos, la supuesta incompatibilidad entre derechos es tan solo una creación ficticia para justificar jurídica y éticamente el aborto.

2.1.2.3. Deber de protección de la vida humana intrauterina

Existen normas de derecho internacional que consagran el deber de los Estados de proteger la vida intrauterina, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969 y la Convención de Derechos del Niño, que reconocen el derecho a la vida del ser humano en general, sin limitar la protección a la vida fuera del útero.

De manera explícita, el artículo 4 del Pacto de San José ordena la protección de la vida humana a partir de la concepción. Y el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño dispone que la vida de éste debe ser protegida tanto antes como después del nacimiento, y el artículo 1 aclara que por “niño” se entiende todo ser menor de dieciocho años de edad, independientemente de que esto ocurra antes o después del nacimiento.

De acuerdo con esto, no puede interpretarse que los Estados tienen el deber jurídico de despenalizar el aborto, cuando el derecho internacional mismo los obliga a proteger la vida humana tanto antes como después del nacimiento. Una conclusión en este sentido supondría la negación de los principios básicos de la interpretación jurídica, pues al restar y negar eficacia a estos preceptos, se desconoce la interpretación sistemática, el principio *pro homine* y el principio hermenéutico del efecto útil.

*2.1.2.4. Los informes y recomendaciones no declaran la incompatibilidad entre la penalización del aborto y los derechos humanos de las mujeres*⁵

Los informes y recomendaciones de los organismos internacionales, por regla general, no declaran la incompatibilidad entre la penalización del aborto y el derecho internacional.

En estos informes se encuentran los siguientes tipos de declaraciones:

- Consideraciones generales sobre la situación de las mujeres o sobre la salud reproductiva en los países de Latinoamérica: “El comité observa que la violencia contra las mujeres sigue siendo una amenaza grave contra las mujeres y que es preciso ocuparse seriamente de esta cuestión” (Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1997): “El Comité ha pedido a los Estados que incluyan la educación en salud sexual y reproductiva en los programas de estudios de las escuelas, para que los adolescentes puedan contribuir a protegerse del VIH/SIDA y otras infecciones transmisibles sexualmente (ITS), reducir las tasas de embarazo adolescente y de aborto, y tener libre acceso a servicios de atención a la salud reproductiva” (Comité de Vigilancia del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, 2004). “El Comité ha señalado que son consecuencia de la múltiple discriminación contra la mujer, el embarazo resultante de violación motivada por prejuicio racial, la esterilización forzada y la incapacidad de las mujeres para tener acceso a servicios de atención a la salud reproductiva por razón de la raza, etnia u origen nacional de las mujeres, situaciones que

⁵ La totalidad de recomendaciones hechas a Colombia y al Ecuador por todos los comités encargados de la vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos, se pueden recuperar en: <http://www.unhchr.ch>

constituyen violaciones del tratado cuando se ocasionan por acción u omisión de los Estados Partes” (Comité de monitoreo de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1999)⁶; “El Comité contra la tortura considera que la violencia contra las mujeres, especialmente la violación y otras formas de violencia sexual, son actos de tortura basados en el género. La CCT codifica el compromiso actual de erradicar y garantizar la protección de todas las personas contra las formas de tortura y otros tratos y castigos crueles, inhumanos y degradantes, incluida la violencia de género” (Comité de Monitoreo de la Convención contra la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes)⁷.

Este tipo de observaciones no guardan ninguna relación con la cuestión de la compatibilidad de la penalización del aborto con el derecho internacional, sino con problemas como la violencia contra la mujer, la educación sexual y reproductiva y la discriminación basada en el género.

- Consideraciones sobre el alto índice de mortalidad materna, como consecuencia de abortos practicados en

⁶ En igual sentido, Comité de monitoreo de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se encuentran las recomendaciones al Ecuador del (2003).

⁷ Esto mismo acontece con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y especialmente con el Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia del 26 de febrero de 1999. Ninguna de las recomendaciones sugiere la despenalización del aborto, sino que, por el contrario, se refiere a cuestiones como la difusión de la Convención de Belém de Pará, el cumplimiento de la legislación nacional referente a la violencia contra la mujer, el establecimiento de trámites administrativos y judiciales que repriman los delitos sexuales, la creación de programas de salud sexual y reproductiva y la eliminación del analfabetismo, etc.

condiciones de clandestinidad y por fuera de los estándares médicos vigentes: “El comité expresa su preocupación por la alta tasa de mortalidad de las mujeres a consecuencia de abortos clandestinos” (Comité de Derechos Humanos encargado de monitorear el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1997); “preocupan también al Comité las elevadas tasas de mortalidad materna y de embarazo de adolescentes, así como el insuficiente acceso de éstas a los servicios de asesoramiento y de educación en materia de salud reproductiva. A este respecto, es inquietante que la práctica del aborto sea la principal causa de mortalidad materna” (Comité de Derechos del Niño/a, encargado de monitorear la Convención por los Derechos del Niño, 2000)⁸. “El Código Penal vigente en Colombia tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal. Según la información suministrada a la Comisión, a pesar de las normas citadas, en Colombia se verifican unos 450.000 abortos inducidos por año, la criminalización del aborto, unida a las técnicas anticuadas y a las condiciones antihigiénicas en que se realiza esta práctica, hacen que la misma constituya la segunda causa de muerte materna en Colombia). Según estadísticas presentadas por el Estado, el 23% de las muertes maternas en Colombia son resultado de abortos mal practicados” (Comité Interamericano de Derechos Humanos, 1999).

En estos casos, los informes observan que aunque existe una prohibición legislativa del aborto, éstos son practicados en condiciones de clandestinidad, y que debido a las condiciones de insalubridad y de falta de técnica, constituyen una fuente significativa de mortalidad materna.

⁸ En igual sentido se encuentran las recomendaciones al Ecuador (cfr. Comité de Derechos del Niño, 2005).

En estas hipótesis existe una preocupación por el alto índice de mortalidad materna, mas no una condena *per se* a la penalización del aborto.

- Por último, existen algunos informes que explícitamente recomiendan la revisión legislativa del aborto: “El comité nota con preocupación que la criminalización legislativa de todos los abortos puede llevar a situaciones en las cuales las mujeres tengan que someterse a abortos clandestinos de alto riesgo y, en particular, le preocupa que las mujeres que hayan sido víctimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo puedan ser procesadas por haber incurrido en tales procedimientos. El Estado parte debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descritos no constituyan una ofensa penal” (Comité de Derechos Humanos encargado de monitorear el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 2004). “El Comité nota con gran preocupación que el aborto, que es la segunda causa de muertes maternas en Colombia, es castigado como un acto ilegal. No existen excepciones a esta prohibición, ni siquiera cuando la vida de la madre está en peligro; es necesario para salvaguardar la salud física o mental de la madre, o en casos en que la madre ha sido violada. Al Comité también le preocupa que las mujeres que buscan tratamientos de aborto inducido, las mujeres que buscan un aborto ilegal y los doctores que las practican sean procesados penalmente. El comité cree que la normatividad sobre el aborto constituye una violación a los derechos a la salud y vida de las mujeres y al artículo 12 de la Convención. El Comité hace un llamado al gobierno para que tome las acciones inmediatas que deroguen esta

legislación”(Comité encargado del monitoreo de la CEDAW, 1999)⁹.

Aunque de manera explícita se solicita la revisión de la legislación sobre el aborto, en realidad no existe una declaración de incompatibilidad entre su penalización y el derecho internacional de los derechos humanos. Nuevamente, lo que preocupa a estos comités es el alto índice de mortalidad materna, y la recomendación de despenalización deriva de esta situación de mortalidad. Por consiguiente, si un Estado logra erradicar la mortalidad materna a través de otros mecanismos, no incurre en una violación del derecho internacional¹⁰.

⁹ En el mismo sentido se encuentran las recomendaciones al Ecuador (cfr. Comité encargado del monitoreo de la CEDAW, 1994).

¹⁰ Cabe aclarar que en la famosa Recomendación Nro. 24 del Comité de la CEDAW, que constituye la herramienta fundamental de estos discursos, nunca se sostiene que la penalización del aborto sea por sí misma una negación de los derechos humanos de las mujeres. Por el contrario, en ella se tocan los siguientes puntos:

- Se reitera la obligación que tienen los Estados de brindar a los hombres y a las mujeres los servicios de salud y la atención médica que requieran: “Es un deber de los Estados parte asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica”.

- Se conmina a los Estados a brindar buenas condiciones de salud a las mujeres durante el embarazo, el parto y el puerperio: “Los Estados partes deben indicar en qué medida prestan los servicios gratuitos necesarios para garantizar que los embarazos, los partos y los puerperios tengan lugar en condiciones de seguridad. Muchas mujeres corren peligro de muerte o pueden quedar discapacitadas por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de los recursos económicos para disfrutar de servicios que resultan necesarios o acceder a ellos, como los previos y posteriores al parto y los servicios de maternidad”.

- Se reitera la obligación de los Estados de prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer: “Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado parte a prever la

Adicionalmente, tal como se desprende de la redacción misma de los textos, se trata únicamente de preocupaciones, sugerencias o recomendaciones, mas no de manifestaciones de voluntad directamente encaminadas a crear normas de derecho internacional. Estas sugerencias, por tanto, pueden ser acogidas o no por los Estados, sin que su rechazo pueda ser considerado como un incumplimiento del derecho internacional.

2.1.2.5. No obligatoriedad de los informes y recomendaciones de los comités de monitoreo de los tratados internacionales

Por regla general, los informes de los comités de monitoreo de los tratados internacionales no son obligatorios.

De acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos, la competencia de dichos comités se limita a evaluar el grado de cumplimiento del respectivo instrumento y a presentar observaciones y sugerencias, mas no a crear nuevas normas de derecho internacional.

Así sucede, por ejemplo, con el comité encargado de monitorear la CEDAW. Según los artículos 17 a 24 de la Convención, este órgano tiene por objeto examinar los progresos realizados en la aplicación del tratado y hacer recomendaciones generales a los Estados. Y en el artículo 23 explícitamente se dispone que las sugerencias del comité no tienen la potencialidad de afectar la legislación vigente de los Estados ni los demás tratados internacionales en vigor¹¹. Lo mismo ocurre con las

prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”.

- Se insiste en que las muertes maternas por abortos inseguros niegan el derecho a la vida de las mujeres.

¹¹ Los artículos de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer disponen lo siguiente:

recomendaciones del Comité de vigilancia de la Convención de los Derechos del Niño, que en virtud del propio artículo 45 del instrumento, no tienen fuerza vinculante.

2.1.2.6. Los informes y recomendaciones no forman parte del bloque de constitucionalidad

Aunque en términos generales las Constituciones latinoamericanas otorgan un valor y jerarquía especial al derecho internacional dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las recomendaciones de los comités de vigilancia de los tratados no forman parte del denominado “bloque de constitucionalidad”. Por consiguiente, su rechazo de estos informes a la penalización del aborto no implica la inconstitucionalidad de la norma respectiva.

En el caso ecuatoriano, por ejemplo, los artículos 17 y 18 de la Carta disponen que el Estado garantiza la vigencia de los derechos humanos establecidos en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Por su parte, el artículo 163 dispone que los tratados y convenios internacionales promulgados en el Registro Oficial prevalecen

Art. 17. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité) (...).

Art. 21. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados partes (...)

Art. 23. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de:

- a) La legislación de un Estado parte; o
- b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

sobre las leyes. Por último, el artículo 274 se refiere a la inaplicación de normas por inconstitucionalidad, que puede ocurrir por su oposición a los preceptos contenidos en tratados y convenios internacionales. De acuerdo con esto, únicamente los instrumentos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, pero en ningún caso, los informes y recomendaciones de los comités de monitoreo.

Algo similar ocurre en Colombia, donde únicamente los tratados de derechos humanos, cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción, forman parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, y donde los tratados de derechos humanos en general son parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*¹².

2.1.2.7. Recapitulación

Lo que se infiere de las consideraciones anteriores es que la criminalización total o parcial del aborto no es contraria al derecho internacional. Por el contrario, los instrumentos internacionales de derechos humanos protegen de modo general la vida humana y, en algunas ocasiones de manera explícita, protegen la vida humana intrauterina, tal como ocurre con el Pacto de San José. Además, la comunidad internacional ha rechazado expresamente la posibilidad de obligar a los Estados a legalizar el aborto. Y las recomendaciones de los comités encargados de realizar el monitoreo de los tratados, que no son obligatorias, no han establecido una contradicción entre el derecho internacional y la penalización del aborto.

¹² Art. 93 de la Constitución Política de Colombia. Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: C-225 de 1995, C-578 de 1995, C-358 de 1997, C-191 de 1998, C-400 de 1998, C-708 de 1999, T-483 de 1999, C-1022 de 1999, C-038 de 2004 y T-979 de 2004.

2.2. La oposición entre la penalización del aborto y los derechos humanos de las mujeres

La estrategia discursiva más utilizada y con más eco ha consistido en apelar a la incompatibilidad de la penalización con los derechos humanos de la mujer. En este contexto, la lucha por la despenalización es presentada como una lucha a favor del género femenino, y la legalización de esta práctica, como una de las últimas conquistas del género dentro del proceso de liberación femenina. Por el contrario, la criminalización del aborto se presenta como una medida encaminada a perpetuar las condiciones de explotación del género femenino por parte del masculino.

Esta retórica de género presenta básicamente las siguientes razones:

*2.2.1. El aborto frente al derecho a la vida y a la salud de la mujer*¹³

Se sostiene que la prohibición del aborto impide a las mujeres el acceso a los servicios de salud, y las obliga a realizarlo en la clandestinidad y sin el cumplimiento de los protocolos médicos y las reglas de higiene, lo que pone en peligro su vida y su salud. Para respaldar este argumento se acude a numerosas estadísticas que ponen en evidencia el alto índice de mortalidad materna por esta causa. En Colombia y en el Ecuador, por ejemplo, el aborto es la segunda causa de mortalidad materna. Y según la Organización Mundial de la Salud, cincuenta millones de mujeres en el mundo se someten a un aborto cada año, de los cuales el 40% ocurren en condiciones deficientes, y de éstos, 78.000 terminan en muerte materna y en muchas incapacidades, enfermedades y lesiones, usualmente en los países en desarrollo (Organización Mundial de la Salud, 2004).

¹³ Numeral 1 del artículo 23 y los artículos 42 a 46 de la Constitución Política del Ecuador, y artículo 11 de la Constitución Política de Colombia.

En el caso específico del aborto terapéutico, se señala que la prohibición del aborto equivale a imponer una pena de muerte a la mujer, pues por obligar a continuar un embarazo peligroso, se pone en riesgo la vida y la salud de la madre por una simple expectativa de vida.

Este planteamiento es insostenible por las siguientes razones:

Primero, todo aborto supone un riesgo para la vida y la salud de la mujer, independientemente de las condiciones en que se practique. Muertes y otras complicaciones como hemorragias, perforaciones uterinas, infecciones genitales, esterilidades permanentes, embarazos ectópicos, aperturas permanentes del cuello uterino y perforaciones de los intestinos, ocurren incluso cuando el aborto es realizado fuera de la clandestinidad y con el cumplimiento de los estándares médicos. Por consiguiente, no puede entenderse que toda muerte materna producto de un aborto es atribuible a su penalización.

Segundo, no es cierto que existe una relación de causalidad entre la penalización del aborto y el alto índice de mortalidad materna. Aunque a nivel normativo existe una prohibición, esta práctica es tolerada y admitida por la sociedad y el Estado, hasta tal punto que se trata tan solo de una prohibición simbólica sin eficacia real. En realidad, el alto índice de mortalidad se encuentra relacionado con otro tipo de causas más profundas y estructurales, que tienen que ver con las grandes diferencias sociales, culturales y económicas que existen en los países latinoamericanos. Los abortos de las mujeres que cuentan con recursos económicos son por lo general seguros y normalmente no conducen a la muerte. En cambio, los realizados por mujeres insolventes son abortos inseguros, realizados con técnicas y en condiciones inadecuadas, que obviamente ponen en peligro la vida y la salud de las mujeres. Como en ambas hipótesis el aborto se ha realizado a pesar de la prohibición legal, debe admitirse que el alto índice de mortalidad materna no es producto de la penalización de éste.

Tercero, no resulta legítimo pretender despenalizar el aborto en general a partir de casos excepcionales, como ocurre con el denominado aborto terapéutico. Y para estas hipótesis excepcionales, el sistema jurídico cuenta con herramientas para proteger la vida de la mujer, como ocurre con la figura del “aborto indirecto” o con el “estado de necesidad”.

*2.2.2. El aborto frente a la autonomía de la mujer*¹⁴

Con respecto a este derecho humano se presentan tres tipos de justificaciones.

Primero, se aduce que como el aborto involucra el propio cuerpo, la decisión es parte de la esfera íntima de la mujer, dentro de la cual ni el Estado ni la sociedad pueden tener injerencia. La prohibición del aborto, por tanto, constituye una violación del núcleo esencial del derecho a la autonomía.

Segundo, se sostiene que como los derechos de la mujer en materia reproductiva suponen la facultad de decidir si se tienen hijos o no, su número y el momento de tenerlos, la penalización impide adoptar este tipo de determinaciones, en perjuicio de la autonomía.

Por último, se afirma que como la reproducción tiene un impacto sobre todo el proyecto de vida de las mujeres, la prohibición del aborto no solo implica obligarlas a continuar con un embarazo no deseado, sino también a cambiar sus ideales y proyecto vital, en franco desconocimiento del libre desarrollo de la personalidad.

Este razonamiento es insostenible por las siguientes razones:

Primero, se parte de una premisa falsa, pues no es cierto que la decisión del aborto sea sobre el propio cuerpo. Independientemente de la posición que se asuma sobre el *status* del embrión y el feto, e independientemente de la discusión sobre

¹⁴ Art. 23.5 de la Constitución del Ecuador, y art. 14 de la Constitución de Colombia.

si se trata de un ser humano o de una persona, lo cierto es que son seres ontológica y genéticamente distintos a sus madres, y no meramente de un tejido o un órgano¹⁵.

Aun en gracia de la discusión, y suponiendo que el no nacido es una parte más del cuerpo de la madre, ni los Estados ni la comunidad internacional han reconocido al individuo un derecho incondicional y discrecional sobre el cuerpo y, mucho menos, el derecho a la auto-mutilación. En estricto sentido, los individuos únicamente pueden disponer de tejidos muertos, tales como el cabello, las uñas y el tejido adiposo. Pero no existe libertad de disposición sobre las demás partes del cuerpo, ni siquiera sobre aquéllas que no resultan necesarias para la conservación de la vida. En estas circunstancias, aun aceptando que el embrión/feto no se diferencia de la madre y que constituye una parte más de su cuerpo, no podría concluirse que la mujer tiene libertad de disposición.

Tercero, no es cierto que el aborto sea un asunto propio del fuero interno de la mujer, pues involucra derechos e intereses legítimos de otros sujetos, que deben ser tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico, tales como los del propio embrión/feto, los de su padre y, en general, los de la sociedad y el Estado. Cuestiones como el derecho a la vida, el derecho a la paternidad, los derechos sexuales y reproductivos del padre, entre otros, no pertenecen a la esfera íntima de la mujer y que por tanto, pueden ser objeto de intervención y de regulación por parte del Estado.

Cuarto, los derechos sexuales y reproductivos no implican el derecho al aborto, pues el derecho a decidir sobre la reproducción se restringe en el momento de la concepción, que por regla

¹⁵ “By prenatal life we mean the period of human life extending from implantation until de birth or the extraction of the fetos (...) An embryo is a new human life. It is a living human being with a new genetic identity. While the fetus cleaves within another body for its existence until birth, it is genetically distinct from its human host. Every discussion about pregnancy, therefore, is also a discussion about a new human life” (Devettere, 1995, p. 290).

general es el resultado de un acto voluntario. Una vez que se presenta el embarazo, la maternidad se convierte en un hecho cumplido, sin que el aborto pueda revertir esta condición. En los casos excepcionales en que la concepción es involuntaria, el aborto no tiene la potencialidad de restaurar, reparar o compensar los derechos reproductivos, pues tanto la violación a dichos derechos como la maternidad, son hechos cumplidos y consumados.

Por último, aunque la continuación del embarazo tiene impacto en la totalidad de la vida de la madre, el problema de aborto no debe analizarse de manera abstracta, sino en un contexto más amplio donde se replantee el papel del padre, la sociedad y el Estado en la crianza y educación de los menores.

*2.2.3. El aborto frente al derecho a la igualdad*¹⁶

Se sostiene que la penalización implica una doble discriminación:

Primero, una discriminación entre géneros, pues se trasladan a las mujeres de manera injustificada y poco razonable, las cargas propias de la educación y la crianza de los hijos, se eluden las responsabilidades propias de otros actores, como el hombre-padre y el propio Estado y se obliga a la mujer a asumir unos roles basados en estereotipos de género que no necesariamente coinciden con sus aspiraciones vitales. Además, aunque hombre y mujer dieron lugar al nuevo ser, únicamente la mujer es castigada al practicarse el aborto.

Segundo, se generan discriminaciones entre las mismas mujeres, basadas en la edad, la condición socio-económica y la etnia. Así, por ejemplo, mientras las mujeres solventes pueden recurrir a abortos seguros, las de escasos recursos ponen en riesgo

¹⁶ Arts. 23.3 y 34 de la Constitución del Ecuador, y art. 13 de la Constitución colombiana.

su vida, al practicarse abortos que no cumplen con las condiciones técnicas y sanitarias.

Este tipo de razonamientos son inaceptables por las siguientes razones:

Primero, existe una contradicción cuando, por un lado, se pretende acabar con las discriminaciones basadas en el género, y cuando por otro se justifica la despenalización del aborto aduciendo argumentos que aceptan y avalan dichas discriminaciones. Cuando se sostiene que el aborto debe ser despenalizado porque la mujer es quien debe asumir la responsabilidad por sus hijos y alterar, modificar y abandonar su proyecto de vida para asumir este rol de madre, se admite, respalda, promueve y se es cómplice del estado de cosas que se pretende superar y cambiar. Si se luchara en contra de las situaciones sociales, culturales, económicas y políticas que constituyen el móvil de los abortos, entonces la discusión sobre la despenalización sería asumida desde otra perspectiva.

Segundo, aunque se propugna la igualdad entre los géneros, los razonamientos utilizados parten de la premisa contraria. Mientras por un lado se busca el acceso de la mujer a los roles tradicionalmente masculinos, por otro se niega la igualdad entre la mujer y el hombre, impidiéndole a éste intervenir en la decisión de terminar o no con el embarazo, y otorgándole a aquélla la facultad para decidir de manera discrecional sobre su continuación¹⁷.

Tercero, no es cierto que únicamente la mujer es penalizada por el aborto, pues con las figuras tradicionales del derecho penal, tales como la determinación y la coautoría, es posible penalizar al

¹⁷ Los casos en que existe un potencial conflicto entre los deseos del padre y de la madre con respecto a la continuación del embarazo, no son pocos. En 1980, por ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos revisó un caso ocurrido en el Reino Unido en el que un hombre se oponía a los deseos de su esposa de terminar con el embarazo (Caso Patton v. Reino Unido, Nro de aplicación 8416/78, Comisión Europea de Derechos Humanos).

hombre/padre y a los demás sujetos que participan o determinan la práctica abortiva.

Cuarto, aunque ciertos grupos de mujeres, por razón de la edad, la etnia o la condición socio-económica, llevan la peor parte en la realización de abortos, ello no es consecuencia de la criminalización sino de las condiciones económicas, sociales y culturales que afectan a ciertos grupos especialmente vulnerables. Únicamente cuando se eliminen las condiciones que dan lugar a la discriminación, se eliminarán las diferencias en el género femenino.

Quinto, aun suponiendo que existe un conflicto de derechos, una correcta y adecuada ponderación¹⁸ y una aplicación del denominado “test de proporcionalidad,”¹⁹ permiten justificar la penalización (cita):

- La protección de la vida humana intrauterina constituye un fin legítimo, a la luz de los preceptos constitucionales.
- La medida adoptada es útil e indispensable para obtener este fin. Aunque usualmente se argumenta que la penalización no es idónea para proteger la vida del no nacido, por cuanto, a pesar de ella las mujeres acuden masivamente a este “tratamiento”, esta realidad se presenta, no porque la medida no sea idónea para proteger la vida del no nacido, sino precisamente porque no se aplica y porque se trata de una prohibición legal que no tiene eficacia real.
- Existe proporcionalidad entre el beneficio obtenido y el sacrificio de derechos. Aunque usualmente se sostiene que la medida no aporta ningún beneficio y que, en cambio, sí causa enormes perjuicios a la vida, la salud, la libertad y

¹⁸ Sobre la ponderación y conflictos de derechos puede consultarse la siguiente bibliografía: Guastini, 2001; Prieto Sanchis, 1998 y 2003; Robert, 1994; Vigo, 2003. Cfr. también sentencia T-425/95 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁹ Sobre el “test de proporcionalidad” puede consultarse la sentencia C-022/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

la dignidad de las mujeres, en realidad la lesión a estos derechos proviene de la inaplicación de la prohibición y no porque tenga la potencialidad de vulnerarlos, tal como se explicó anteriormente.

- La medida no se puede lograr a través de otros mecanismos (proporcionalidad estricta). Aunque normalmente se sostiene que la protección de la vida del no nacido se puede obtener a través de otros medios, tales como la educación sexual y reproductiva y los incentivos económicos y tributarios, en realidad los mecanismos persuasivos no pueden ser equiparados con los mecanismos represivos del Estado, razón por la cual, tanto unos como otros, resultan indispensables para proteger este derecho.

Por último, aunque las Constituciones Políticas latinoamericanas propugnan por la igualdad de géneros²⁰, de allí no se infiere el derecho constitucional de la mujer a abortar. En las Asambleas Constituyentes respectivas se llegó a discutir de manera explícita el problema del aborto y en el momento de la votación se negó la posibilidad de consagrar esta práctica como un derecho constitucional o como una derivación de los derechos humanos de la mujer.

²⁰ En la Constitución ecuatoriana diversas disposiciones tienden a garantizar la igualdad de géneros. El artículo 34 dispone que “el Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad”. Por su parte, el artículo 41 de la Constitución Política del Ecuador dispone lo siguiente: “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”.

El artículo 43 de la Constitución colombiana dispone que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (...)”.

En el caso colombiano, por ejemplo, en el acta de la reunión de la Sesión Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del 28 de junio de 1991, se expresa lo siguiente:

–He terminado Señor Presidente (...) Perdón, hay una adición que evidentemente fue presentada a tiempo que dice cómo la mujer es libre de elegir la opción de la maternidad (...) Se propone la opción de la mujer embarazada en los términos de la Ley. Puede ser que el Legislador autorice a la mujer elegir en cualquier caso o circunstancia o que sólo permita hacerlo en los casos restringidos y específicos de violación o grave peligro para la vida de la madre o seria enfermedad congénita. Que se determine lo mejor para el país.

–Constituyente Zafra.

–Yo quisiera que el doctor Iván Marulanda nos volviera a aclarar si el sentido de la norma es el de permitir el aborto (...)

–Señor Presidente, hay una propuesta de la Presidencia para que hablen las compañeras, las mujeres, que aquí no han tenido ninguna posibilidad, aquí estamos hablando de abortos, de cómo se siente el parto, y la mayoría de los que estamos aquí somos hombres, y no hay la mujer que tiene el derecho de hablar aquí, hay una propuesta para que hablen (...)

–No se entiende muy bien, doctor Marulanda, usted es un hombre claro, por qué no nos dice a los Asambleístas (...) Si usted es un hombre tan claro por qué no le dice a la Asamblea si está proponiendo el aborto o no (...)

–Se va a iniciar la votación (...)

–¿Cuál es el resultado de la votación?

–Nos permitimos informar que el resultado de la votación ha sido el siguiente: 25 votos afirmativos, 40 votos negativos, 3 abstenciones:

2.2.4. El aborto frente a la dignidad de la mujer

Se afirma que la penalización del aborto desconoce la dignidad de la mujer, al convertirla en un instrumento de la reproducción al margen de sus intereses, aspiraciones y proyecto de vida. Es decir, la prohibición del aborto equivale a “cosificar” a las mujeres. Esta violación es especialmente grave en las hipótesis

de embarazo no consentido, pues se instrumentaliza a la mujer para satisfacer los deseos del violador, y en las hipótesis de grave malformación fetal, pues se obliga a la madre a vivir un sufrimiento extremo y desproporcionado.

Al igual que en los casos anteriores, el planteamiento es improcedente.

La dignidad implica reconocer que todo individuo de la especie humana, independientemente de toda circunstancia o condición, constituye un fin en sí mismo y que, por tanto, no puede ser utilizado como medio para la consecución de los fines de otros.

Sin embargo, impedir el aborto no implica negar el valor intrínseco de las mujeres ni utilizarlas como herramientas para la consecución de otros fines. El Estado, al prohibir el aborto, no persigue un fin específico diferente al de la conservación de la vida del no nacido, de modo que no puede entenderse que existe una instrumentalización de la mujer.

Pero además, la dignidad humana implica también el reconocimiento del valor intrínseco del no nacido, cuya vida, por consiguiente, no puede quedar sujeta a circunstancias variables como los proyectos de vida de otros individuos o las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se produjo la concepción.

En los casos en que la concepción ha sido el producto de un acto involuntario, efectivamente se ha lesionado la dignidad de la mujer. Sin embargo, el aborto no tiene la potencialidad de reparar el daño efectivamente causado, pues el embarazo constituye un hecho cumplido que no puede ser “borrado” a través de la muerte del hijo. Por otro lado, la prohibición del aborto no está encaminada a satisfacer los deseos del violador, que por otro lado son desconocidos y pueden ser totalmente distintos a la mera reproducción de la especie.

Cuando existe una grave malformación fetal, el reconocimiento de la dignidad humana exige aceptar al no nacido y de otorgarle valor en sí mismo, independientemente de su

condición particular. Los defectos estructurales o anatómicos, o las alteraciones fisiológicas no conllevan la indignidad del no nacido. Por el contrario, implica un deber de solidaridad especial por parte de la sociedad y del Estado, encaminado a posibilitar una calidad de vida. No podría aducirse que el aborto se asimila a la eutanasia voluntaria, pues en esta hipótesis se encuentra de por medio el consentimiento informado y libre del sujeto pasivo, que por razones obvias no puede prestar el no nacido.

2.3. La oposición entre la penalización del aborto y los postulados de tolerancia y pluralismo²¹

Por último, se sostiene que la penalización desconoce las bases fundamentales de las Constituciones Políticas contemporáneas: el pluralismo, la tolerancia y el carácter laico y no confesional del Estado.

Se argumenta que las normas que penalizan el aborto se sustentan en creencias políticas, religiosas y morales particulares, que consideran la vida en términos biológicos como un valor absoluto y, a la mujer, como un ser esencialmente reproductor. La penalización del aborto pretende imponer estas creencias morales y religiosas a toda la sociedad, desconociendo el deber de neutralidad del Estado frente a las diversas ideologías. El Estado deja de actuar frente a un problema de salud pública y se convierte en un defensor de concepciones particulares y de modelos de vida que la totalidad de la población no comparte. Se confunde entonces el derecho con la religión, la ética y la moral.

De igual modo, se sostiene que la despenalización no implica obligar a realizar esta práctica, sino únicamente permitirla a quienes lo desean, por lo que en ningún momento se desconocen las creencias políticas, religiosas y morales de los demás. Quien de acuerdo con sus convicciones desea abortar, puede hacerlo en

²¹ Art. 1 de la Constitución colombiana y ecuatoriana.

condiciones de legalidad. Quien no lo desea por motivos personales, o por sus creencias religiosas, libremente puede continuar con su embarazo. En estas circunstancias, la despenalización del aborto constituye la medida más idónea para garantizar los postulados fundamentales de los Estados contemporáneos: el pluralismo, la tolerancia y el carácter laico del Estado.

Este razonamiento tampoco logra justificar la despenalización.

Primero, la tolerancia no significa que cada quien puede hacer lo que a bien tenga. Entender las cosas de este modo implicaría negar que existe una conducta mínima que todos los ciudadanos deben respetar. Implicaría no solo la imposibilidad de penalizar el aborto sino también cualquier otro homicidio y cualquier otra conducta lesiva de cualquier bien jurídico: secuestros, hurtos, lesiones, daños al medio ambiente, etc. Implicaría, en definitiva, negar el derecho mismo, pues precisamente los sistemas jurídicos plasman estos acuerdos mínimos que van más allá de las creencias religiosas y morales.

Segundo, aunque de hecho la prohibición del aborto coincide con las creencias religiosas, políticas y morales de ciertos grupos sociales, de allí no se infiere que el fundamento de la prohibición sea el respaldo a dichas convicciones. Por el contrario, la penalización persigue la defensa de la vida del no nacido, de acuerdo con los postulados constitucionales de protección de la vida humana en general.

Tercero, en una sociedad pluralista y tolerante se debe dar espacio a las ideas y a las creencias de todos sus integrantes, de modo que también la posición de los denominados “grupos religioso-conservadores” debe ser tenida en cuenta y no puede ser desacreditada por el solo hecho de ser defendida por estos sectores.

Cuarto, no es cierto que exista una posición “objetiva”, “neutral” y libre de prejuicios ideológicos que defiende la

despenalización del aborto por consideraciones objetivas relativas a la “salud pública”, frente a una posición sesgada y parcializada que defiende la vida del no nacido. Tanto en la defensa de la penalización, como a la defensa de la despenalización, subyacen presupuestos ideológicos y políticos y un sistema de valores. En un caso, por ejemplo, se valora la vida del no nacido por encima de las aspiraciones personales de la mujer en un momento de su vida. Y en el otro caso, se asume otro sistema de valores al hacer prevalecer la supuesta dignidad, libertad y autonomía de la mujer por encima de la vida del no nacido. En otras palabras, ineludible e inexorablemente, detrás de cualquiera de las dos posiciones, existe un compromiso político e ideológico del Estado y, más aun, cuando desde la propia Carta Fundamental se definen una serie de principios y valores que deben orientar la actividad de la sociedad y del Estado mismo.

3. LAS ESTRATEGIAS ARGUMENTATIVAS UTILIZADAS PARA DEFENDER LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO

Hasta el momento se ha demostrado que a partir de las Constituciones Políticas contemporáneas no se desprende un deber de despenalización del aborto. La pregunta que surge inmediatamente es la razón por la que los planteamientos que sostienen la tesis contraria han tenido tanta acogida. A continuación se intenta poner al descubierto las estrategias argumentativas que explican el “éxito” de este tipo de discurso y, al mismo tiempo, su ilegitimidad.

Las principales maniobras argumentativas a las que apelan estos discursos son las siguientes (Escobar, enero-febrero 2006):

Primero, antes que demostrar la necesidad constitucional de permitir el aborto, o la insuficiencia de los argumentos a favor de la despenalización, estos discursos se encaminan a descalificar a

los defensores de las ideas contrarias. La maniobra consiste en identificar la penalización con la iglesia católica y con los sectores sociales y partidos políticos conservadores, para luego inferir su ilegitimidad. Como estos grupos se encuentran desacreditados en nuestro medio, la táctica genera de manera casi automática el rechazo hacia la penalización.

Segundo, se utilizan estrategias totalizantes, excluyentes e intolerantes, que pretenden hablar en nombre de la objetividad, del género femenino, de las estadísticas, de la ciencia y de la humanidad entera, para defender puntos de vista particulares, tan cuestionables y discutibles como los puntos de vista contrarios. Así, por ejemplo, se habla de la mujer en general, pero únicamente se expresan las experiencias, necesidades, intereses y creencias de un sector de mujeres, desconociendo las de muchas otras. De igual modo, se habla en nombre de la tolerancia y el pluralismo, pero sistemáticamente se desconoce cualquier tipo de oposición.

Tercero, el problema del aborto se plantea de tal modo, que los puntos de vista defendidos se encuentran inmunizados por principio y de antemano. Como se sostiene que la penalización del aborto es la expresión de un Estado y de una sociedad confesional, conservadora y atada a convicciones religiosas y morales ya superadas, cualquier argumento en contra carece de valor, pues constituye simplemente una expresión de estas formas de anacronismo. Esta manera de plantear el problema impide la argumentación racional y la reflexión crítica y, en cambio, da lugar a la elección arbitraria y emotiva.

Cuarto, el análisis se concentra en el componente normativo del derecho, desconociendo el estructural y el político-cultural.

Tal como lo ha expuesto Alda Facio (1999, pp. 108-111), un análisis integral del derecho exige tener en cuenta sus tres componentes y las relaciones que se presentan entre ellos²².

²² El *componente normativo* hace referencia al conjunto de normas que hacen parte del ordenamiento jurídico, ya sea la Constitución Política, los distintos *Ius Humani*, v. 1 (2008/9), p. 38

Concentrarse en uno de estos elementos, desconociendo los demás, o negar o desentenderse de las relaciones entre éstos, conduce inexorablemente a un análisis fragmentario y parcializado del derecho.

Los discursos analizados, al concentrar su análisis en el componente normativo y al desconocer que desde el punto de vista político-cultural y estructural se permite la práctica del aborto, concluyen que existe un nexo causal entre la penalización del aborto y la mortalidad materna, y proponen la despenalización como mecanismo para garantizar la vida y la salud de la mujer. Un análisis agudo de la cuestión, que tuviera en cuenta los tres componentes del fenómeno legal, y el entorno y el contexto en el cual se produce el aborto, conduciría a un replanteamiento del problema.

Quinto, se asume un único modelo o patrón de mujer a partir del cual se construyen las justificaciones sobre la ilegitimidad de la penalización del aborto. Sin embargo, se desconocen las diferencias que de hecho existen en el interior del género femenino y de los propios movimientos feministas.

En estricto sentido no existe “la mujer” sino muchas mujeres concretas que responden a contextos, situaciones, necesidades, convicciones y proyectos de vida distintos. Así, por ejemplo, en razón de la edad el tema del aborto puede resultar irrelevante, mientras que otras temáticas pueden adquirir relevancia (como por ejemplo, el derecho pensional, el régimen de seguridad social en

tipos de leyes, los tratados internacional incorporados al derecho interno, los reglamentos, los decretos y las resoluciones, etc.

El *componente estructural* hace referencia al contenido que los operadores jurídicos (jueces, autoridades administrativas, etc.) le otorgan efectivamente a las normas jurídicas al seleccionarlas, interpretarlas y aplicarlas a los casos concretos.

El *componente político cultural* hace referencia al contenido que las personas y la comunidad en general otorgan a las normas jurídicas, a través de la doctrina jurídica, las costumbres y tradiciones, las actitudes hacia el derecho y las reglas implícitas.

salud relativo a las enfermedades asociadas a la menopausia, etc.). Del mismo modo, existen testimonios de vida de mujeres, cuya realización y dignidad no se ha visto afectada por el hecho de concebir hijos con malformaciones congénitas o por continuar embarazos involuntarios. Sin embargo, este tipo de discursos desconoce esta diversidad de género y habla en nombre de una mujer abstracta que asocia con determinadas temáticas y problemáticas, y con cierta forma particular de resolverlas.

Del mismo modo, no existe un “feminismo” sino muchos feminismos: “El feminismo (...) es tanto un movimiento político como un campo teórico de análisis (...) Su definición subraya la diversidad de la teoría feminista (...) No cabe duda de que muchas geógrafas hablan ya de los ‘feminismos’ y las ‘geografías femeninas’, con una preferencia por el plural que manifiesta la diversidad de enfoques y perspectivas” (McDowell, 1999, p. 22). En realidad, el único denominador común del feminismo es la idea de que “dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, la idea de que las sociedades son patriarcales, es decir, aquéllas en las que existe una supremacía de lo masculino” (Jaramillo, 2000, p. 33). Como el género como objeto de análisis por sí mismo no implica defender ciertas respuestas concretas a las preguntas sobre éste, es un error suponer que sólo se es feminista si es partidario de la despenalización del aborto, o que si se defiende lo contrario se protegen intereses opuestos a los del género femenino.

En otras palabras, se desconoce el feminismo de la diferencia y se crea un discurso unitario que no responde a la diversidad del género (Jaramillo, 2000, pp. 45-46).

Sexto, se trata de discursos descontextualizados o abstractos que se plantean el problema al margen de la realidad concreta en la que se insertan.

Tal como lo ha expresado claramente Alda Facio, el análisis de género del fenómeno legal debe tener presente el contexto concreto al que responden las instituciones y normas jurídicas

(Facio, 1999, pp. 105-120). Sin embargo, los discursos analizados plantean el problema erradamente.

En algunas ocasiones, los discursos responden a realidades pasadas o parcialmente superadas. Así, por ejemplo, el tema del derecho al aborto surgió en un contexto donde la mujer era asociada a la reproducción y donde sólo le era asignado un espacio en la vida privada. Hoy en día, sin embargo, esta realidad es parcialmente diferente y, en muchas ocasiones, las condiciones económicas y laborales de las sociedades actuales le impiden ejercer su derecho a la maternidad. Sin embargo, estos discursos parecen responder a esa otra realidad, que hoy en día es mucho más compleja y diversa.

En otras ocasiones, el problema del aborto se plantea de manera abstracta, sin tener en cuenta el contexto ni las realidades en las cuales se inscribe. Por ejemplo, se plantea un derecho abstracto de la mujer al aborto, sin tener en cuenta las responsabilidades que el Estado y el hombre/padre han ido progresivamente asumiendo a lo largo del tiempo. La discusión se plantea al margen de los planes gubernamentales de adopción, al régimen legal sobre alimentos, los subsidios alimentarios, los programas de educación infantil, etc.

Séptimo, se asume un feminismo esencialista, que se desentiende de los otros factores que atraviesan los problemas de género (Jaramillo, 2000, p. 48). Aunque el “género” constituye una problemática propia, un correcto diagnóstico y análisis de estas temáticas debe conectarse con otros factores, tales como la edad, la raza, la etnia, la situación económica²³, la orientación sexual, la clase social, y los demás ejes de diferenciación social.

²³ “En síntesis, debemos encontrar una manera de combinar la lucha por un multiculturalismo antiesencialista con la lucha por la igualdad social. Solamente entonces podremos desarrollar un modelo de democracia radical que inspire credibilidad y una política adecuada para nuestra época. Un lema prometedor para este proyecto sería: ‘No hay reconocimiento sin redistribución’” (Fraser, 1997).

No obstante, estos discursos generan una problemática autónoma y separada, que analiza el aborto como una cuestión de género, sin conectarla con las demás categorías explicativas²⁴.

Octavo, existe una visión simplista sobre la manera de alcanzar la igualdad entre los géneros. En algunos casos se logra con la simple igualdad de trato ante la ley. No obstante, en muchos otros se requiere, además, la eliminación de las leyes e instituciones que se estructuran alrededor de los modelos y patrones de vida de los hombres e incluso la implementación de acciones afirmativas (Williams, 1999, pp. 75-99).

Sin embargo, los planteamientos sobre el aborto parten de una visión simplista sobre la discriminación entre géneros y la manera de eliminarla; se limitan a proponer medidas como el aborto, sin vislumbrar estrategias que eliminen las bases de la discriminación. Sin duda, si se planteara radicalmente el problema de la desigualdad, identificando las causas de la discriminación que dan lugar al y las maneras de eliminarla, seguramente el problema desaparecería: “La perspectiva desde la cual las feministas han tratado el aborto ha estado moldeada y constreñida por las mismas condiciones de desigualdad entre los sexos que han convertido el acceso al aborto en el problema que es” (Mackinnon, 1995, p. 332). Según Rich, “en una sociedad en la que las mujeres iniciaran una relación voluntariamente (...) no existiría el problema ‘el tema del aborto’ (...) El aborto es violencia (...) Es el resultado de una violencia más general y prevalente (...)” (Mackinnon, 1995, p. 329).

²⁴ “Por lo general se sobreentiende, erróneamente, que los estudios feministas abordan sólo el género y excluyen otro eje de constitución, lo cual añade un equívoco más. Como subraya Pollock (...) el género no es al feminismo lo que la clase al marxismo o la raza a la teoría poscolonial (...) en su amplitud y su pluralidad, los feminismos tratan de la complejidad y la textura de las configuraciones de poder del poder relacionadas con la raza, la clase, la sexualidad, la edad, la fuerza física (...)” (McDowell, 1999, pp. 23-24).

4. CONCLUSIONES

Los planteamientos anteriores proporcionan algunos elementos de juicio para analizar el problema de la constitucionalidad de la penalización del aborto.

El prototipo de explicaciones que establecen una tensión entre ésta y la parte dogmática de las Constituciones Políticas, son insostenibles.

Por regla general, estos artificios teóricos tienden a construir oposiciones que no tienen sustento real. Se argumenta que la penalización del aborto se encuentra prohibida por el derecho internacional, cuando explícitamente se ha dado una facultad discrecional a los Estados para regular el tema del aborto. Se sostiene que la penalización es contraria a los derechos humanos de las mujeres y a los postulados fundamentales de las constituciones contemporáneas, cuando en realidad la violación de estos principios, derechos y valores es el resultado de otros factores de tipo jurídico, político, social, cultural y económico. Se sostiene que la penalización quebranta el deber de neutralidad del Estado frente a las diferentes creencias e ideologías, cuando desde la Constitución misma, el Estado asume un compromiso político con ciertos postulados, valores y principios.

Y cuando de hecho existe un potencial conflicto de derechos, estos discursos parten de supuestos o razonamientos insostenibles para justificar jurídicamente el aborto. Se sostiene, por ejemplo, que la penalización no es proporcional porque para proteger una “simple expectativa de vida” se desconocen los derechos de la mujer, cuando en realidad el no nacido es un ser vivo en acto, y no un ser en potencia.

De este modo, una correcta interpretación constitucional impide validar este tipo de retórica. Dentro de una interpretación histórica, por ejemplo, es claro que los constituyentes, o bien rechazaron explícitamente la posibilidad de elevar a derecho constitucional el aborto, o bien dejaron al legislador un amplio margen de libertad de configuración legislativa. Dentro de una

interpretación sistemática encaminada a la máxima armonización y eficacia posible de los preceptos constitucionales, también resulta legítima la penalización, pues no solo se protege la vida del no nacido y se respeta la libertad de configuración legislativa, sino que también se observan los demás valores, principios y derechos constitucionales.

El “éxito” de estos discursos se explica entonces, no porque en sí mismos sean razonables y acertados, sino porque de manera inteligente enmascaran los problemas y conflictos subyacentes en el aborto. Bajo el estereotipo del género, de los derechos humanos, de la tolerancia y el pluralismo, se esconden las relaciones asimétricas de poder que existen entre dos tipos de seres humanos: los que por su condición de dependencia de otros no tienen la posibilidad de defender sus derechos e intereses legítimos, frente a otros que tienen el dominio en dichas relaciones. De esta manera, bajo el slogan de la igualdad se oculta la cuestión de la responsabilidad del Estado y la sociedad en la educación y crianza de los menores y en la prevención y represión de la violencia. Bajo el *slogan* de la dignidad y de la autonomía, se esconde la cuestión sobre la crueldad de los métodos abortivos. Bajo el *slogan* de la vida de la mujer, se esconden los nuevos conocimientos sobre la vida intrauterina. Bajo el *slogan* del pluralismo, se esconde la pregunta sobre las alternativas al aborto. Bajo la discreta terminología que habla en términos de “interrupción del embarazo”, se esconden los problemas *matar y morir*, involucrados en el aborto.

REFERENCIAS

- Devettere, R.J. (1995). *Practical decision making in health care ethics. Cases and concepts*. Washintong DC: Georgetown University Press.
- Escobar, C. (enero-febrero 2006). Acerca del aborto: Tragedia y farsa en un solo acto. *Revista Javeriana*, 721.
- Facio, A. (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En A. Facio & L. Fries (Eds.), *Género y derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM.
- Fraser, N, (1997). *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México DF: México.
- Jaramillo, I. C. (2000). La crítica feminista al derecho. Estudio preliminar. En R. West (Ed.), *Género y teoría del derecho* (pp. 33-34). Bogotá: Siglo del Hombre, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Uniandes, Instituto Pensar.
- Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Mc Dowell, L. (1999). *Género, identidad y lugar. Un estudio de las geografías femeninas*. Madrid: Ediciones Cátedra, Madrid.
- Nino, C.S. (2000). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Prieto Sanchis, L. (1998). *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson.
- Prieto Sanchis, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta.
- Ramirez de Castro, N. (2006). Una niña de 280 gramos sobrevive sin secuelas en EEUU. *Hoy Digital*. Recuperado de:

http://www.hoy.es/prensa/20070221/sociedad/nina-gramos-semanas-gestacion_20070221.html.

- Robert, A. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Vigo, R.L. (2003). *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Uniandes, Instituto Pensar.
- Williams, J. (1999). Igualdad sin discriminación. En A. Facio & L. Fries (Eds.), *Género y derecho*. Santiago de Chile: LOM.
- World Health Organization. (2004). *Unsafe abortion. Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000 (4a. edición)*. Ginebra: Autor.

Constituciones

Constitución Política del Ecuador.

Constitución Política de Colombia.

Instrumentos internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Convención de Derechos del Niño.

Convención Interamericana para la Prevención y el Castigo de Todas las Formas de Violencia contra las Mujeres (Convención de Belem do Pará).

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Declaración de Beijing.

Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994, El Cairo).

Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995).

Declaración de la Conferencia de Beijing (2000).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estatuto de Roma.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-225/95.

Sentencia C-425/95.

Sentencia C-578/95.

Sentencia C-022/96.

Sentencia C-358/97.

Sentencia C-191/98.

Sentencia C-400/98.

Sentencia C-708/99.

Sentencia T-483/99.

Sentencia C-1022/99.

Sentencia C-038/04.

Sentencia T-979/04.

Sentencia C-355/06.

La totalidad de providencias judiciales de la Corte Constitucional de Colombia se encuentran en www.constitucional.gov.co.

Recomendaciones de Comités internacionales.

Comité de Derechos del Niño. (13 de septiembre de 2005). *Recomendaciones al Ecuador*. Ginebra: Autor.

Comité de Derechos del Niño. (16 de octubre de 2000). *Recomendaciones a Colombia*. Ginebra: Autor.

Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. (5 de mayo de 1997). *Recomendaciones a Colombia*. Ginebra: ONU.

Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. (26 de mayo de 2004). *Recomendaciones a Colombia*. Ginebra: ONU.

Comité de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (2 de julio de 2003). *Recomendaciones al Ecuador*. Nueva York: ONU.

Comité de Monitoreo contra la Tortura y otros Tratos o Castigos crueles, inhumanos o degradantes. (s.f.). *Recomendaciones sobre la Convención contra la Tortura*. Ginebra: ONU.

Comité de Monitoreo de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (3 de febrero de 1999). *Recomendaciones a Colombia*. Ginebra: Autor.

Comité de Monitoreo de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (2 de julio de 2003). *Recomendaciones al Ecuador*. Ginebra: Autor.

Comité de Vigilancia del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. (7 de julio de 2004). *Recomendaciones al Ecuador*. Ginebra: ONU.

Comité Interamericano de Derechos Humanos. (26 de febrero de 1999). *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Washington: Organización de los Estados Americanos.

- Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW. (3 de febrero de 1999). *Recomendaciones a Colombia*. Nueva York: ONU.
- Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW. (12 de abril de 1994). *Recomendaciones al Ecuador*. Nueva York: ONU.
- Organización Mundial de la Salud. (2004). *Unsafe abortion. Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000 (4a. Edición)*. Ginebra: ONU.