

Ana Patricia Pabón Mantilla

**El debate en torno a la liberalización de la interrupción voluntaria del
embarazo: una propuesta desde la democracia consensual**

Tesis de Grado

Director: Óscar Mejía Quintana

Universidad Libre

Facultad de Derecho

Instituto de Posgrados

Doctorado en Derecho

Bogotá, D. C., Colombia

2016

RESUMEN: La tesis que se presenta partió del problema acerca de ¿cómo debe resolverse la tensión en torno a la decisión de interrumpir un embarazo de manera voluntaria y el conflicto con los posibles derechos del no nacido, a partir de los postulados de Rawls en el marco del Estado constitucional democrático? Se consideró valiosa la perspectiva orientadora de la Filosofía de Rawls, por considerar que en el fondo esta cuestión se puede abordar siguiendo una de las preguntas claves de su filosofía: “¿cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí?” (1995, p. 13). La investigación tuvo como hipótesis de trabajo que Colombia, como Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que acepta la existencia de un pluralismo razonable, como lo propone su Constitución, ha adoptado, desde sus fundamentos constitucionales, una concepción política de justicia, de manera que sus instituciones deberían actuar conforme a dichos fundamentos. En nuestro contexto, existen diversas concepciones sobre la forma en que se debe regular la IVE. Muchas de ellas no pueden ser valoradas como concepciones políticas y, por la tanto, sus argumentos no pueden ser tenidos en cuenta en las discusiones institucionales en la esfera de la organización del Estado. La concepción política de justicia se debe construir a partir del reconocimiento de que las mujeres constituyen una minoría discriminada, que participan con una visión onmicomprensiva en el debate al interior de la regulación de la IVE y, en esa medida, su visión debe ser tenida como protagonista de la elección de los principios. La regulación en materia de IVE involucra las esencias constitucionales en tanto incorpora la discusión acerca de la protección a la vida, la libertad y la igualdad de las mujeres. La Corte Constitucional, representante de la razón pública, ha propuesto unas subreglas para regular, en parte, la constitucionalidad de la no penalización de algunos eventos en que las mujeres pueden acceder a la IVE actuando de manera legítima y amparando su decisión en argumentos de razón pública. Sin embargo, dicha decisión es insuficiente y el legislador o inclusive la misma Corte, deberían asumir la regulación de la IVE para garantizar el acceso a procedimientos legales, por lo menos durante el primer trimestre del embarazo, siguiendo los avances que desde la neurología y genética se han propuesto sobre funciones neuronales del no nacido, con el fin de garantizar los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales; pues de lo contrario, se continuaría, como hasta ahora, en un déficit de protección de derechos para las mujeres, atribuibles a criterios sospechosos en razón del género y la forma en que se ha configurado la organización familiar, ligada a preceptos no políticos como los que imponen, por ejemplo, preceptos religiosos, imperantes aun en el contexto colombiano.

PALABRAS CLAVES: Interrupción voluntaria del embarazo, Democracia consensual, Razón pública, Consenso traslapado, mujeres.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
1. TENSIONES EN TORNO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE).....	26
1.1. Normativa en torno a la IVE: el caso de Colombia frente a otras legislaciones	27
1.1.1. Legislación penal que sanciona la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia	28
1.1.2. Tipos de legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo	29
1.1.3. Normas internacionales en materia de IVE en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos	33
1.1.4. Desarrollo jurisprudencial en Colombia.....	42
1.2. Entre la protección a la vida y la garantía de los derechos de las mujeres.....	54
1.2.1 Doctrina a favor de la limitación de IVE: los argumentos pro vida y de la limitación de la voluntad de las mujeres frente a la decisión de IVE	55
1.2.2 Doctrina pro libertad frente a la decisión de IVE.....	63
1.2.3 Doctrina moderada a favor de los plazos o causales de exclusión de responsabilidad penal: los argumentos que distinguen la vida biológica de la vida humana y defienden la libertad de las mujeres con algunas restricciones	68
1.2.4 Discusiones alrededor de la IVE en el derecho penal	85
1.2.5 La IVE como problema de salud pública	89
1.2.6. La IVE como un derecho constitucional fundamental y como un derecho humano.....	92
1.2.7. Feminismos e IVE	96
1.3. El debate sobre la IVE desde la perspectiva de los actores.....	100
1.4. Conclusiones del capítulo	121
2 LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UNA FORMULACIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DE J. RAWLS ..	124
2.1. El papel de la filosofía política: ¿por qué Rawls?.....	125
2.2. La justicia como equidad como concepción política de la justicia	130
2.3. El consenso constitucional: la idea de consenso entrecruzado y razón pública.....	139

2.3.1. La idea de un consenso traslapado de doctrinas comprensivas razonables	141
2.3.2. Del consenso constitucional al consenso traslapado.....	143
2.3.3. La idea de razón pública.....	148
2.4. Sobre las esencias constitucionales.....	158
2.4.1. Los valores en conflicto en la IVE.....	162
2.4.2. Los valores políticos en conflicto desde la perspectiva del Liberalismo Político.....	163
2.4.3. La cuestión del equilibrio de valores frente a la IVE.....	174
2.4.4. Elementos relevantes en la toma de decisiones sobre cuestiones divisivas	177
2.5. Fraser y Habermas: Debates con Rawls.....	182
2.5.1. Las mujeres como contra públicos.....	182
2.5.2. La distinción entre esfera pública y esfera privada	186
2.6. Conclusiones del capítulo	189
3. LA REGLAMENTACIÓN DE LA IVE EN COLOMBIA: UNA LECTURA DESDE RAWLS.....	192
3.1. El estado constitucional en Colombia: ¿consenso traslapado o modus vivendi?.....	194
3.1.1. La existencia de un pluralismo razonable y la adopción de una concepción política de justicia	199
3.2. . La visión onmicomprensiva de la mujer en materia de IVE.....	201
3.2.1. La superación de las críticas a la idea de razón pública: concepciones públicas y no públicas en torno a la IVE.....	211
3.3. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ORIENTADORAS DEL DEBATE EN MATERIA DE LA IVE: EL CASO DE ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA.....	217
3.3.1. La jurisprudencia en materia de IVE en la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América:.....	217
3.3.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español	227
3.3.3. Decisiones tomadas en el Sistema Interamericano en materia de IVE	233
3.4. Sentencia C-355 de 2006	244

3.4.1. La insuficiencia de la decisión de la Corte frente a la garantía de los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales	248
3.5. La prevalencia de argumentos políticos en el debate: una solución compatible con el Estado Constitucional a partir de los argumentos que deberían prevalecer en un consenso sobre la IVE	252
3.5.1. La razonabilidad de la IVE a partir del criterio de viabilidad del feto	254
3.5.2. El déficit de protección de derechos para las mujeres atribuibles a criterios sospechosos en razón del género y a la forma en que se ha configurado la organización familiar. La activación del segundo principio de justicia en virtud de la condición de desventaja en que se encuentran las mujeres	256
3.5.3. La protección de los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales y su proyecto de vida: la prioridad de la libertad.....	257
3.6. Conclusiones del capítulo	261
CONCLUSIONES.....	264
BIBLIOGRAFÍA.....	283

INTRODUCCIÓN

Eli Johana, una niña de 13 años residente en Los Patios, municipio de Cúcuta, Norte de Santander, fue víctima de abuso sexual. Como producto de la violación quedó en estado de embarazo. La madre de la niña solicitó a la Empresa Prestadora de Servicios de Salud (EPS) un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Sin embargo, ni la EPS, ni los jueces de instancia en Cúcuta autorizaron el procedimiento. La administradora de salud y los administradores de justicia desconocieron el precedente de la Corte Constitucional del 2006; la razón, no hubo violación, porque valoraron que la fecha de la denuncia no coincidía con la del embarazo (Corte Constitucional, Sentencia T-279 de 2009). Ninguno de los intervinientes tuvo en cuenta la presunción de que todo acto sexual en menor de 14 años es considerado un acto sexual abusivo y que, detrás de la solicitud, estaba en juego la vida y los derechos de una niña.

Así, como lo señala Dworkin (1994), al referirse al emblemático caso de la jurisprudencia norteamericana *Roe Vs Wade*, Roe tiene nombre, su nombre es Johana, como la Eli Johana colombiana, la controversia sobre la IVE tiene nombres, nombres de mujeres y niñas. Sin embargo, la percepción y la visión de las mujeres, no necesariamente ha sido escuchada en un debate en el que los hombres han definido, mayoritariamente, las reglas jurídicas para regular los cuerpos de las mujeres.

La cuestión sobre la regulación de la IVE sigue siendo una cuestión divisiva en el marco de las democracias contemporáneas. En el mundo se ha logrado estimar que se dan 210 millones de embarazos anuales, 80 millones de estos embarazos no son planeados y 46 millones de estos (el 58%) se interrumpen. 19 millones de esos 46 millones de embarazos, se producen en países donde interrumpir un embarazo es ilegal, lo que hace que esas mujeres acudan a procedimientos inseguros que acarrearán riesgos para su vida, su integridad y su salud. (Ministerio de Salud y Protección Social / Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2014, p. 12)

En América Latina, la realización de procedimientos inseguros para interrumpir un embarazo es la causa del 17% de las muertes maternas, según la Organización Mundial de la Salud, pese a que existen condiciones médicas y científicas para eliminar esta causa (Ministerio de Salud y Protección Social / Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2014, p. 12). La regulación normativa no ha sido suficiente para resolver el problema de fondo frente a la IVE. De ahí que siga siendo pertinente responder la pregunta sobre la forma en que debe resolverse dicha tensión, en un asunto en donde existe un amplio pluralismo de concepciones y posiciones al respecto.

Una de las tensiones que se puede evidenciar en la vida de una sociedad, está referido al problema que se ha propuesto analizar que consiste en la tensión entre el reclamo de las mujeres, amparadas en un esquema que asegura su libertad, por su derecho a decidir sobre la interrupción o no de un embarazo, por un lado, y los argumentos de quienes defienden un discurso a favor de la protección del derecho a la vida del no nacido, por el otro.

De ahí que se planteará como problema de investigación la pregunta: ¿cómo debe resolverse la tensión en torno a la decisión de interrumpir un embarazo de manera voluntaria y el conflicto con los posibles derechos del no nacido, a partir de los postulados de Rawls en el marco del Estado constitucional democrático?

Este problema parte del supuesto de que resulta pertinente abordar preguntas como ¿quiénes pueden tomar decisiones sobre la IVE y bajo qué procedimientos se pueden legitimar dichas decisiones? ¿De qué forma pueden tomarse decisiones en un asunto como la IVE, que causa profundas divisiones en una sociedad orientada por distintas visiones políticas, religiosas y morales? ¿Cómo se llega a la identificación de los valores en conflicto en el debate en torno a la interrupción voluntaria del embarazo?

La perspectiva de Rawls resulta orientadora desde la formulación que haría el filósofo acerca de “¿cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y

justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí?” (1995, p. 13).

El objetivo general de la investigación busca construir los argumentos que permitan resolver la tensión alrededor de la decisión de interrumpir un embarazo de manera voluntaria y el conflicto con los posibles derechos del no nacido, a partir de los postulados de Rawls en el marco del Estado constitucional democrático.

Se partió de la consideración de que la obra de Rawls ofrece elementos para la discusión en relación con la tensión de derechos que se identifican en el problema de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de un sistema democrático consensual en los Estados Constitucionales.

Para ello, se tuvo como objetivos específicos, en primer lugar, establecer la fundamentación que permite sustentar la posición según la cual el derecho a la libertad de las mujeres incluye la libertad de decidir interrumpir de manera voluntaria un embarazo, conforme al esquema de libertades básicas, amparadas en el primer principio de justicia.

En segundo lugar, se propuso examinar los argumentos que defienden la tesis de que la libertad de las mujeres debe limitarse frente a la decisión de interrumpir un embarazo puesto que colisiona con derechos del no nacido, por lo que interrumpir un embarazo es una decisión que no atañe únicamente a la mujer gestante y debe limitarse.

Finalmente, como último objetivo, se propuso dar una respuesta a la tensión entre los argumentos en conflicto, sostenible a partir del concepto de consenso trasladado.

La investigación tuvo como hipótesis de trabajo que Colombia, como Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que acepta la existencia de un pluralismo razonable, como lo propone su Constitución, ha adoptado, desde sus fundamentos constitucionales, una concepción política de justicia, de manera que sus instituciones deberían actuar conforme a dichos fundamentos.

En nuestro contexto, existen diversas concepciones sobre la forma en que se debe regular la IVE. Muchas de ellas no pueden ser valoradas como concepciones políticas y, por la tanto, sus argumentos no pueden ser tenidos en cuenta en las discusiones institucionales en la esfera de la organización del Estado.

La concepción política de justicia se debe construir a partir del reconocimiento de que las mujeres constituyen una minoría discriminada, que participan con una visión onmicomprensiva en el debate al interior de la regulación de la IVE y, en esa medida, su visión debe ser tenida como protagonista de la elección de los principios.

La regulación en materia de IVE involucra las esencias constitucionales en tanto incorpora la discusión acerca de la protección a la vida y la libertad de las mujeres.

La Corte Constitucional, representante de la razón pública, ha propuesto unas subreglas para regular, en parte, la constitucionalidad de la no penalización de algunos eventos en que las mujeres pueden acceder a la IVE actuando de manera legítima y amparando su decisión en argumentos de razón pública. Sin embargo, dicha decisión es insuficiente y el legislador o inclusive la misma Corte, deberían asumir la regulación de la IVE para garantizar el acceso a procedimientos legales, por lo menos durante el primer trimestre del embarazo, siguiendo los avances que desde la neurología y genética se han propuesto sobre funciones neuronales del no nacido, con el fin de garantizar los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales; pues de lo contrario, se continuaría, como hasta ahora, en un déficit de protección de derechos para las mujeres, atribuibles a criterios sospechosos en razón del género y la forma en que se ha configurado la organización familiar, ligada a preceptos no políticos como los que imponen, por ejemplo, preceptos religiosos, imperantes aun en el contexto colombiano.

Para defender la tesis propuesta se tuvo como referente los presupuestos de la investigación aplicada, al reconocer que para abordar el objeto de estudio fue necesario valorar la forma en que se configuró el Estado Constitucional Democrático en Colombia, a partir de las consideraciones propuestas por la filosofía de Rawls. Con base en dicha valoración, se establecieron las categorías orientadoras de la discusión con miras a resolver la tensión

entre la libertad y la vida, en la cuestión divisiva de la regulación de la IVE. Partiendo de la base de que la forma en que se debería resolver dicha tensión debía estar dada por el logro de un consenso que facilite disminuir el conflicto.

La investigación propone identificar los elementos característicos del problema jurídico, y analizarlos a partir de los conceptos más relevantes de Rawls como referente teórico. La investigación se abordó desde un enfoque cualitativo, siguiendo el paradigma interpretativo/comprendido. Dicho trabajo hermenéutico partió de la interpretación de las normas, discursos y valores que confluyen en la discusión en torno a la IVE.

La investigación tuvo como base fuentes documentales secundarias: libros, informes, artículos científicos y de prensa y fuentes normativas. Como técnicas para el abordaje de la información se partió, básicamente, de la revisión documental de autores alrededor del problema planteado a partir de la construcción de pautas de análisis documental con base en los criterios de análisis propuestos.

Para cumplir con los objetivos, primero se realizó una reconstrucción a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario del estado de la discusión sobre la tensión entre los derechos del no nacido y los derechos de las mujeres frente a la opción por interrumpir de manera voluntaria un embarazo.

Para esto se partió de la revisión documental y bibliográfica a través de bases de datos académicas, páginas oficiales como la de la Corte Constitucional y Secretaría del Senado y bibliotecas y se realizó un análisis documental de los hallazgos de esta primera parte con el fin de establecer todos los elementos de la discusión. Los criterios que orientaron la búsqueda y posterior análisis se centraron en los valores en conflicto identificados: la vida del no nacido y de las mujeres, los derechos de las mujeres y las obligaciones del Estado para garantizar unos y otros. Con base en esos tres conceptos se caracterizaron las distintas tesis sobre los derechos de las mujeres, la protección al no nacido y las obligaciones del Estado. Esta caracterización permitió presentar las respuestas al problema en tres grupos:

tesis extremas a favor de la protección de los derechos de las mujeres y del no nacido y una tesis intermedia. En segundo lugar, se hizo una revisión de la obra de Rawls y algunos de sus críticos, con el fin de reconstruir los conceptos fundamentales en materia de protección de las libertades y conflictos entre valores en el marco del Estado constitucional.

La lectura de Rawls, permitió identificar los elementos claves de su propuesta y establecer las categorías de análisis desde la teoría para el problema propuesto. Para ello, se acudió a la técnica de análisis documental a partir de una pauta de análisis que tuvo como finalidad la interpretación de su obra. Esta revisión permitió identificar dos momentos del desarrollo de la obra de Rawls, el primero ligado a la publicación de *Teoría de la Justicia*, y el segundo, a partir de los escritos posteriores que responden a las críticas que recibió la primera formulación de su propuesta teórica. Las preguntas orientadoras de este análisis estuvieron ligadas a la forma en que se toman decisiones en sociedades profundamente divididas por asuntos relacionados con esencias constitucionales, como el caso de la IVE.

Finalmente, se aplicaron las categorías de análisis establecidas desde la obra de Rawls al problema concreto de la colisión de valores en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, para proponer la forma en que debía resolverse la tensión, tomando como caso de referencia el debate en el Estado colombiano.

Con el fin de presentar los resultados de la investigación, se construyeron tres capítulos: El primero, cuyo objetivo es defender la subhipótesis de que la regulación de la IVE sigue siendo una cuestión divisiva en las sociedades contemporáneas; lo anterior se evidencia en la discusión normativa, doctrinaria y en las tesis de los actores actuales del debate.

En el segundo capítulo, se construye un marco teórico con base en la obra de Rawls, con el fin de defender la subhipótesis de que frente a la solución de conflictos en materia de cuestiones divisivas, la concepción política de justicia, la idea de consenso traslapado y de razón pública, permiten orientar la discusión con el fin de disminuir los desacuerdos.

En el tercer capítulo, se convalida la tesis a partir del análisis de la discusión sobre la regulación de la IVE en Colombia. Finalmente, se presentan las conclusiones generales.

El itinerario seguido para la presentación del primer capítulo expone, en primer lugar, los diferentes elementos que integran la tensión alrededor de los derechos de la mujer y los posibles derechos del no nacido, en los casos en que las mujeres defienden su derecho a decidir libremente sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Tener claridad sobre los argumentos alrededor de dicha tensión permitirá ampliar la comprensión del problema de investigación que se desarrolla, así como dar cuenta del estado del arte de la discusión.

La descripción de los elementos del debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo partieron de la subhipótesis de que la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el Estado constitucional colombiano y en las sociedades contemporáneas, sigue configurando una cuestión divisiva que causa profundas divergencias entre los ciudadanos y ciudadanas en distintos escenarios de discusión. Desarrollar este supuesto permite fortalecer la hipótesis central que parte de defender que la cuestión sobre la regulación de la IVE debe discutirse en el marco de un sistema democrático consensual, con el fin de disminuir los desacuerdos.

Con el ánimo de reconstruir el estado de la discusión, se partió de responder a preguntas como: ¿qué tipos de legislaciones existen en el mundo en materia de IVE? ¿Qué tipo de legislación ha adoptado Colombia? ¿Qué normas internacionales contienen argumentos que permiten defender la tesis de la liberalización de la IVE o limitarla? ¿Cómo debe interpretarse la protección de la vida desde las normas internacionales de Derechos Humanos? Y, ¿cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial en materia de IVE en Colombia? Responder a estas preguntas supuso reconstruir el marco normativo y jurisprudencial en materia de regulación a la interrupción voluntaria del embarazo. El resultado de dicha indagación permitió evidenciar la tensión existente entre los valores en conflicto.

En la reconstrucción del estado de la discusión, fue preciso indagar también acerca de las tesis propuestas desde la doctrina. Para esta reconstrucción se tomaron como categorías de

análisis, el valor que se otorga a la vida del no nacido, los derechos de las mujeres y las obligaciones del Estado. Con base en dichos criterios se identificaron tres grupos de doctrinas: uno que puede considerarse conservador o pro vida, un grupo liberal radical pro libertad, ambos con tesis opuestas y un tercer grupo de tesis moderadas o intermedias.

La doctrina también ha abordado la discusión en materia de IVE desde otros aspectos: desde el abolicionismo penal y la política criminal también se han incorporado argumentos a la reflexión sobre los valores en conflicto, sobre la eficacia de las medidas punitivas y sobre la relación entre discriminación y penalización a la IVE.

Esta perspectiva interdisciplinaria incorpora argumentos que también son expuestos por la visión que analiza la penalización como un factor que hace de la IVE un problema de salud pública, lo cual permite incorporar cuestiones de derechos humanos y derechos fundamentales de las mujeres como directas afectadas por la consagración penal: esto con el ánimo de responder a la pregunta de si el derecho a decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo puede ser considerado como un derecho humano.

Finalmente, se responde la pregunta acerca de ¿cuáles han sido las tesis de las mujeres, en torno a la IVE, expresadas desde el feminismo? Responder esta pregunta, parte de reconocer que existen diversas configuraciones teóricas y que no existe un sólo feminismo, de ahí que existan varias respuestas al problema propuesto.

El último aspecto a desarrollar en la reconstrucción de las diferentes posturas sobre la regulación en materia de IVE, fue el de los actores actuales del debate, en un momento en que la regulación de la IVE ha sido objeto de discusión pública en Colombia.

La revisión realizada permitió observar que existen tres actores de la discusión agrupados según la respuesta al problema: el primer grupo, defiende una respuesta al problema a partir de la defensa de la prioridad de la libertad de las mujeres, como consecuencia la protección

de los derechos a la libertad reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad¹, lo que les permite defender la eliminación de las sanciones penales por IVE; el segundo grupo, parte de argumentos que dan prioridad a la protección de la vida del no nacido, entendiendo que esta constituye un valor que debe protegerse. Los argumentos más radicales en materia de prevalencia de la protección de la vida del no nacido están en buena parte relacionados con argumentos de tipo religioso que le dan un valor superior a la vida, y le otorgan una dimensión sagrada elevada a un rango casi absoluto de protección. Por último, un tercer grupo de actores, proponen argumentos que pueden ser considerados tesis intermedias. Estos reconocen los derechos de las mujeres pero también la protección que se debe dar al no nacido. Con base en dicha consideración, proponen plazos o condiciones en los que es legal interrumpir un embarazo, y otras en los que debe darse protección al no nacido.

El debate partió de valorar las diversas posturas en materia de regulación de la IVE desde el plano normativo positivo, hasta las teorías que en la doctrina han hecho discusiones sobre el problema de investigación. Se destaca el debate sobre la prevalencia de la libertad y la igualdad que sustentan buena parte de la posición del feminismo liberal acerca de la interrupción voluntaria del embarazo. La IVE, desde esta perspectiva es vista como parte de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, sobre los cuales no debe intervenir el Estado con medidas punitivas. Esta puede leerse como una visión que ocupa uno de los extremos de la tensión. Para esta posición, el reconocimiento a la persona humana supone la garantía de la autonomía y libertad individual, lo que impone al Estado el deber de asegurar que cada persona pueda decidir sobre su propia vida. Estos supuestos permitirían defender una opción de libertad frente a la interrupción voluntaria del embarazo.

¹ En el debate colombiano, la Corte Constitucional ha señalado en torno al libre desarrollo de la personalidad que esta constituye un elemento de (...) la libertad "*in nuce*", porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. (Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994 y reiterado en las Sentencias: T- 407 de 1996 y C-510 de 1997)

La posición del feminismo liberal defiende la postura de que, no obstante se puede hablar de algunas batallas ganadas en el campo de la protección de los derechos de las mujeres (el derecho al voto, la garantía de ocupar cargos de poder, la estabilidad laboral en el empleo frente a la maternidad), existen campos en donde aún se desconocen los derechos de las mujeres y sigue imperando una visión de Estado proteccionista, patriarcal y confesional y no la visión liberal que han incluido las Constituciones contemporáneas. Es lo que sucede frente a tipos penales como el que sanciona la interrupción voluntaria del embarazo, que limitan las libertades sexuales y reproductivas y continúan inclinando la balanza hacia la garantía de los posibles derechos del no nacido, en detrimento de los derechos de la mujer gestante.

Por su parte, la posición de quienes defienden la protección a la vida, la ubican como un valor que también ha sido protegido por el Estado y que limita por sí solo la libertad de las mujeres. Los argumentos expuestos a partir de esta visión, centran el debate en la superioridad de la vida frente a cualquier otro valor como la libertad. Defienden la tesis de que la vida es un derecho desde la concepción y cuya disposición no puede estar en manos de ninguna persona. Desde ahí, se justifican inclusive medidas punitivas para sancionar los atentados contra la vida y la prohibición de interrumpir el embarazo en cualquier circunstancia. Esta última sería la versión más extrema de esta línea de discusión.

La reconstrucción descrita, permite sostener que la IVE es una cuestión divisiva que toca con las esencias constitucionales, lo cual hace pertinente formular la pregunta acerca de la forma en que debe resolverse la tensión alrededor de la regulación de la IVE en el Estado constitucional y democrático. La respuesta a esta pregunta se abordará en el segundo capítulo, en lo que constituye el marco teórico de la investigación.

El desarrollo teórico expuesto en el segundo capítulo, parte de la premisa de que la filosofía política cumple un papel determinante como parte de la cultura política y permite orientar la solución de cuestiones divisivas. Las ideas fundamentales planteadas por Rawls, permiten establecer unas categorías de análisis para abordar los elementos que integran ese

debate, bajo el supuesto de que en una sociedad democrática debe poder construirse un consenso que tenga en cuenta las diversas consideraciones sociales razonables que puedan colisionar frente a un problema en donde existen diferentes visiones. En razón a lo anterior, Rawls constituye un referente para analizar los derechos en tensión y responder a la pregunta de investigación propuesta.

En esta revisión fue necesario responder la cuestión de en qué medida una concepción política de justicia, como idea organizadora de una sociedad, permite disminuir la brecha de los desacuerdos en cuestiones divisivas en el marco del Estado Constitucional democrático. La concepción política de justicia está orientada a definir los principios de justicia que guiarán a las instituciones básicas de la sociedad. Esta concepción supone la idea de ciudadanos como personas morales, libres e iguales.

Rawls sugiere para la discusión, en una nota a pie de página, tres valores políticos en conflicto alrededor de la interrupción voluntaria del embarazo: el respeto a la vida humana, la reproducción ordenada y la familia y la igualdad de las mujeres respecto de los hombres, en su condición de ciudadanas (1995, p. 230).

Ahora, ¿cómo se llega a la identificación de esos valores en conflicto en el debate en torno a la interrupción voluntaria del embarazo? La investigación no tuvo como objetivo identificar la postura de Rawls frente a la interrupción voluntaria del embarazo, sino establecer desde sus postulados, pensados para una sociedad que alberga pretensiones de justicia en el marco de la democracia y, a partir de una organización, con base en una Constitución, qué consideraciones deben tenerse en cuenta para decidir institucionalmente una cuestión divisiva, de tal manera que se respete el mayor número de intereses posibles y las garantías que permitan asegurar la justicia. Esta teoría se valida a pesar de las críticas, así como los puntos de acuerdo de Rawls con Habermas y Fraser, autores que se citan con el fin de apoyar la propuesta de Rawls acerca del tipo de argumentos que se deben incorporar en la discusión de cuestiones divisivas.

La concepción de la justicia como equidad que Rawls desarrolla a lo largo de diversos artículos, se concreta en *Teoría de la Justicia* (1971), parte de la base de que ciudadanos libres e iguales pueden adoptar unos principios de justicia. Estos buscan asegurar a las personas un esquema básico de libertades y derechos, y que sólo se aceptan las desigualdades de riqueza y poder, con el fin de beneficiar a los menos favorecidos en el marco de un esquema de cooperación.

Las críticas al modelo propuesto en *Teoría de la Justicia* no se hicieron esperar. La obra de Rawls revistió especial trascendencia, debido a que situó en la esfera de la discusión el problema de la justicia en las sociedades contemporáneas. Estas críticas motivaron a que el propio Rawls propusiera una reformulación a principios de 1990, periodo en el que de forma simultánea desarrolló *Liberalismo político* (1995). Aunque la reformulación no incluyó cambios sustanciales, se refuerzan ideas fundamentales como la razón pública. La obra es reconocida por su autor como un intento por “rectificar los defectos más serios de *Teoría de la Justicia*, defectos que han oscurecido las principales ideas de la justicia como equidad”. (Rawls, 2001)

Uno de los elementos que se propone esclarecer es la idea de consenso entrecruzado, idea que cobra especial relevancia en *Liberalismo Político*, donde plantea la cuestión sobre la estabilidad de las sociedades en las que conviven diversas visiones del mundo. Esta cuestión cobra especial importancia en el marco del Estado Constitucional.

Rawls resalta como problema del liberalismo político, la convivencia de diversas concepciones que convergen en una concepción de justicia política, en el marco del Estado Constitucional Democrático. La diversidad de cosmovisiones sobre problemas que debe resolver una sociedad, permiten sostener la idea de que es necesario reconciliar de manera razonable las posiciones antagónicas existentes, con el fin de garantizar la estabilidad de la sociedad.

A partir de esta idea fundante, es preciso caracterizar el consenso entrecruzado como un instrumento procedimental para alcanzar la convivencia política democrática, partiendo de reconocer que no existen doctrinas razonables aceptadas por todos los ciudadanos, lo cual

lleva a la existencia de desacuerdos por las diferentes valoraciones que cada uno hace de lo que debe ser considerado fundamental. ¿Cómo se logra llegar al consenso que permita alcanzar la convivencia política? Los pasos hacia el consenso traslapado suponen, en primer lugar, alcanzar un *modus vivendi* como condición inicial para hacer el tránsito hacia un consenso constitucional y, de ahí, hacia un consenso traslapado.

Como parte del marco teórico, se caracteriza la forma en que se da el tránsito que facilita llegar al consenso, pues a pesar de las visiones omnicomprendivas existentes, los ciudadanos pueden acordar una concepción de justicia política común. Esta idea requiere la noción de razón pública como garantía, y en esa medida se puede leer como la etapa final del proceso que conduce al consenso entrecruzado.

La idea de razón pública es esencial para responder a la pregunta de ¿cómo es posible que en aquellos casos en los que se definen cuestiones constitucionales esenciales y asuntos de justicia básica, los ciudadanos respeten la estructura del régimen democrático y las leyes? Esta cuestión se formula teniendo en cuenta, desde luego, el hecho del pluralismo razonable, en donde los ciudadanos están facultados para defender concepciones políticas y religiosas que pueden resultar irreconciliables.

La respuesta a esta pregunta tiene como base la idea de ciudadanos razonables, que en su condición de libres e iguales y vinculados a un sistema de cooperación social, están dispuestos a aceptar justos términos de cooperación social a partir de la concepción política de justicia que resulte más razonable. Los ciudadanos actuarán de esta forma, a pesar de que tengan que admitir decisiones que resulten contrarias a sus concepciones, siempre que los otros ciudadanos actúen de manera recíproca.

La razón pública tiene como objeto cuestiones de justicia fundamental, así como las referidas a las esencias constitucionales. Uno de sus objetivos es limitar los desacuerdos frente a cuestiones políticas atinentes a las esencias constitucionales, entendidas como los elementos fundamentales del acuerdo político, bajo el supuesto de que los ciudadanos

deben llegar a acuerdos sobre los principios fundamentales que determinan la estructura del gobierno y del sistema político, y el esquema de derechos y libertades básicos.

¿Cómo orientan estas ideas la determinación de los valores en conflicto en la interrupción voluntaria del embarazo? Rawls propone algunos valores en conflicto frente a la cuestión de la IVE. Las ideas fundamentales planteadas por Rawls, permiten proponer un marco teórico, interpretativo y argumentativo para analizar los elementos que integran el debate sobre la regulación de la IVE, bajo el supuesto de que en una sociedad democrática debe poder construirse un consenso que tenga en cuenta las diversas consideraciones sociales razonables en conflicto. Bajo esta premisa se interpretaron los valores y derechos en tensión, con el fin de responder a la pregunta de investigación.

¿Cómo debe resolverse la tensión en torno a la decisión de interrumpir un embarazo de manera voluntaria y el conflicto con los posibles derechos del no nacido, a partir de los postulados de Rawls en el marco del Estado Constitucional Democrático?

La interrupción voluntaria del embarazo constituye uno de los conflictos que suscitan controversias en las sociedades contemporáneas, configuradas bajo el esquema de Estados constitucionales. Algunas democracias contemporáneas aún no han encontrado una respuesta que permita satisfacer los intereses de las partes en disputa, como permiten evidenciarlo algunos rasgos del debate en el caso de Colombia.

Abordar el problema de investigación desde la propuesta de Rawls, permite trazar un camino para el análisis y la discusión en relación con una cuestión divisiva como es la tensión entre los derechos del no nacido y la mujer gestante, en el contexto de una democracia constitucional pluralista en la que existen doctrinas y cosmovisiones distintas.

En la revisión de la literatura se identificaron cuatro antecedentes que abordan el problema de la IVE a partir de la perspectiva de Rawls: el primero de ellos es el trabajo de los médicos y expertos en temas de salud sexual y reproductiva, los investigadores chilenos

Aníbal Faúndes y José Barzelatto (2005), quienes exponen diversas posturas acerca de la interrupción voluntaria del embarazo y la protección de la vida, que van desde los testimonios de las mujeres hasta la posición de grupos religiosos. En el texto se exponen las estadísticas sobre procedimientos de IVE realizados y sus consecuencias en términos de salud pública, una realidad que supera las percepciones de los actores del debate. Finalmente, los autores invitan a construir un consenso entrecruzado frente a la solución del problema en mención. En dicho apartado se citan algunas consideraciones acerca del *Liberalismo político* de Rawls, en lo que se configura en una reflexión sobre el problema y las posiciones en tensión.

El trabajo de Faúndes y Barzelatto constituye un aporte significativo en la identificación de los diversos actores y sus argumentos sobre el debate, lo cual permite reconocer la tensión entre diversas posiciones como un asunto cuyo trasfondo supera lo teórico y tiene implicaciones en el ámbito social.

Un segundo antecedente relevante es el trabajo del profesor Francisco J. Urbina, titulado *Rawls y una disputa sobre derechos* (2008). El autor propone analizar la teoría de John Rawls, con el fin de realizar una posible aplicación para el caso de un problema considerado de alta relevancia moral y política como es la IVE.

El problema de la interrupción voluntaria del embarazo es visto como un conflicto para las sociedades democráticas que debe ser resuelto a partir de una discusión pública en donde las concepciones plurales puedan ser presentadas. Para el autor, uno de los problemas fundamentales que debe resolverse consiste en determinar si el que ésta por nacer debe recibir el *estatus* de persona. Una vez resuelto el problema, surge la discusión sobre el presunto conflicto suscitado entre el no nacido y la mujer gestante. Esta disputa de intereses se analiza desde la perspectiva de las libertades básicas.

El autor concluye, que existen varios argumentos desde la filosofía de Rawls que permiten señalar que el no nacido tiene un estatus de persona, lo cual le otorga una consideración

moral que refuerza la protección que debe dársele, de donde se derivan argumentos a favor de la prohibición del aborto. Para el autor, al atribuirle el estatuto de persona moral al no nacido se le hace sujeto de protección a partir de los principios de justicia, así como la titularidad de iguales libertades básicas, entre las que se cuenta la protección del derecho a la vida, la cual sólo podría ceder ante otra libertad de mayor valor, caso que no es identificado por el autor.

A pesar de que el no nacido merece protección y consideración moral, esta posición no permite dar una respuesta a la forma en que debe resolverse la tensión de las libertades en conflicto. Como se verá más adelante, se sostendrá la tesis de que no es posible defender desde Rawls que pueda asignarse al no nacido el *estatus* de persona, y que incluso si lo fuera, constituiría una carga desmedida hacer que sus eventuales derechos prevalezcan.

El tercer antecedente lo constituye la tesis de maestría del profesor Andrés Balcázar González, titulada “La despenalización del aborto en una sociedad liberal: El caso colombiano” (2010). Para el profesor Balcázar, desde su lectura de Rawls, en una sociedad liberal, el cierre del debate sobre la IVE no debería estar en manos de la Corte Constitucional como se dio en el caso colombiano. La tesis se centra en el análisis de los argumentos de la Corte Constitucional a partir del liberalismo de Rawls.

El autor expuso el debate de la interrupción voluntaria del embarazo desde la filosofía política, entendiendo el problema de la IVE como un asunto moral y bajo el supuesto de que en las democracias occidentales, uno de los problemas claves para resolver el debate acerca de la liberalización de la interrupción voluntaria del embarazo, está relacionado con la distinción sobre el órgano político que detenta la facultad para decidir acerca de la legalidad o no de esta acción. Para el autor, la legalidad de la interrupción voluntaria del embarazo se configura como un problema que genera polémica, en la medida en que están en juego diversas concepciones en tensión, lo cual obliga a que deba establecerse con claridad quién es el órgano competente para resolver el conflicto.

El profesor Balcázar analiza en su tesis la decisión de despenalizar el aborto en las circunstancias que lo hizo la Corte Constitucional de Colombia. En su cuestionamiento tiene en cuenta la teoría de la justicia de Rawls, en los aspectos referidos a la justicia del procedimiento, las personas que promovieron la acción de constitucionalidad y la decisión de la Corte Constitucional. Para ello, toma como concepto clave de la filosofía de J. Rawls la idea de consenso traslapado, y defiende que en el contexto jurídico colombiano, es inaceptable que la Corte Constitucional actúe como un órgano legitimado por el sistema democrático para decidir por la legalidad o no de la interrupción voluntaria del embarazo.

Contrario a lo propuesto por el profesor Balcázar, sostendremos que la Corte Constitucional es un escenario legítimo para dirimir cuestiones divisivas que tocan con las esencias constitucionales, como es el caso de la regulación en materia de IVE.

Finalmente, el reciente trabajo del profesor argentino Daniel Busdygan, *Sobre la despenalización del aborto* (2013) analiza cuáles serían las razones para decidir la regulación en penal en materia de IVE. El autor advierte que el trabajo es un acercamiento al problema de la IVE desde la filosofía de Rawls.

Estos antecedentes arrojan luces sobre la forma en que se ha integrado la propuesta de Rawls a la reflexión sobre la IVE. La relevancia del tema está ligada a la actualidad de la discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo, discusión que ha oscilado entre la penalización, la regulación y la despenalización absoluta. En los Estados constitucionales, la forma en que se debe resolver este conflicto supone la garantía de los derechos de quienes se consideran interesados en dicho asunto y esperan una decisión que promueva los valores de la justicia.

Como producto de la revisión teórica se pueden identificar argumentos aplicados a las distintas sociedades, que desde el marco del nuevo constitucionalismo han incorporado la discusión sobre la justicia, introduciendo principios constitucionales para garantizar dicha pretensión que terminan institucionalizándose a través del Derecho. Más allá de las

discusiones en materia penal o de política criminal, el debate se aborda desde los principios del constitucionalismo democrático y en un nivel más abstracto desde una posición que permita justificar a nivel *ius* filosófico una respuesta deseable al problema.

Una vez identificados los presupuestos teóricos que permiten proponer una alternativa para dirimir el conflicto de la IVE en el Estado constitucional colombiano en el tercer capítulo se pasó a la defensa de la tesis propuesta.

La construcción del itinerario del tercer capítulo implicó sistematizar las siguientes preguntas, con el fin de caracterizar la noción del Estado colombiano vinculado a una concepción política de la justicia: En primer lugar se interrogó acerca de si el Estado constitucional en Colombia había alcanzado un consenso traslapado, o apenas podía hablarse de un *modus vivendi*. Este análisis permitió considerar la tesis de que el desarrollo del proceso constitucional que dio como resultado la promulgación de la Constitución de Colombia en 1991, apenas había permitido configurar un acuerdo de mayorías como el que se alcanza en un *modus vivendi*. Esto a pesar de que en Colombia existe un pluralismo razonable, lo cual supone la adopción de una concepción política de justicia. Para responder a esta pregunta se partió del análisis documental de autores que se refieren al proceso constituyente del 91.

Posteriormente se cuestiona sobre qué concepciones comprensivas existen en Colombia sobre la IVE y si la visión onmicomprensiva de la mujer, como minoría política ha sido tenida o no en cuenta en el debate constitucional. De igual forma se valora la incidencia de la participación de las mujeres descrita en el proceso constituyente de 1991.

Una vez Identificadas las visiones onmicomprensivas, se parte de la idea de que las concepciones de los sujetos/actores que participan en la discusión razonada en materia de IVE son caracterizadas como públicas, lo cual supuso indagar acerca de qué concepciones públicas o no, participan en el debate en Colombia.

Teniendo como referente teórico que las Cortes y Tribunales constitucionales actúan como escenarios de la razón pública, se cuestionaron las respuestas dadas por otros tribunales al problema, por lo que se tomó como base la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América y del Tribunal Constitucional español, por tener alguna influencia en la discusión en Colombia; el primero, por ser el modelo analizado por Rawls, y el segundo por la similitud que a nivel de diseño institucional y de la Constitución se dan entre Colombia y España. Esta revisión documental se realizó a partir de la búsqueda en las páginas oficiales de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norte América y del Tribunal Constitucional español. Esta cuestión se extendió a las decisiones tomadas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de IVE, por constituir un referente hermenéutico para la definición de derechos.

Para finalizar, este apartado abordó el caso colombiano a partir del análisis de la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, con el fin de determinar los valores en cuestión.

De lo anterior se pudo concluir, que deben prevalecer argumentos políticos en el debate público, con el fin de construir una solución compatible con el Estado constitucional. Para ello se tuvo en cuenta en primer lugar, la consideración de la práctica de la IVE como algo razonable a partir del criterio de viabilidad del feto, aplicado en el contexto norteamericano y que parte de presupuestos objetivos. En segundo lugar, una penalización absoluta configura un déficit de protección de derechos para las mujeres, atribuibles a criterios sospechosos en razón del género y a la forma en que se ha configurado la organización familiar. Frente a este argumento, en algunos asuntos se ha adoptado por la activación del segundo principio de justicia para corregir la condición de desventaja en que se encuentran las mujeres. En tercer lugar, se considera cómo la protección adecuada de los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales y la valoración de sus proyectos de vida, permiten justificar la prioridad de la libertad, por lo menos antes de que el feto sea viable.

La presente investigación, contribuye a la forma en que se ha analizado el problema de la regulación de la IVE en Colombia, a partir de la filosofía política, no sin antes haber

considerado las valoraciones de los actores del conflicto en diversos escenarios. La perspectiva presentada, pone de relieve la necesidad de integrar la visión de las mujeres como visión omnicomprensiva del problema y la necesidad de proponer caminos de solución viables, para disminuir los niveles del conflicto en una cuestión en donde se observan profundos desacuerdos.

1. TENSIONES EN TORNO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE)

El presente capítulo tiene como finalidad, dar cuenta de los diferentes elementos que integran la tensión alrededor de los derechos de la mujer y los posibles derechos del no nacido, en los casos en que las mujeres defienden su derecho a decidir libremente sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Tener claridad sobre los argumentos alrededor de dicha tensión, permitirá ampliar la comprensión del problema de investigación, así como dar cuenta del estado del arte de la discusión.

La descripción de los elementos del debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo, parte de la subhipótesis de que la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el Estado constitucional colombiano y en las sociedades contemporáneas, sigue configurando una cuestión divisiva que enfrenta diversas posturas. Desarrollar este supuesto, permite fortalecer la hipótesis central de esta investigación que parte de la consideración de que la defensa de la regulación de la IVE, debe ser discutida en el marco de un sistema democrático consensual, con el fin de disminuir los desacuerdos que surgen frente al problema.

Con el fin de ordenar la indagación, se partió del desarrollo argumentativo sobre los valores políticos en conflicto propuestos por Rawls en *Liberalismo político*, como es “el respeto a la vida humana, la reproducción ordenada y la familia y la igualdad de las mujeres respecto de los hombres, en su condición de ciudadanas” (1995, p. 230). Este enunciado integra, más que la libertad, el problema de la igualdad y permite proponer una reflexión que va un paso adelante de lo que Tribe (2012) nominó para el caso de la disputa en los Estados Unidos, como una “guerra de absolutos” entre la vida y la libertad. Estos supuestos se tomaron como criterios orientadores del análisis en cuestión.

Para dar cuenta de las tensiones existentes entre valores y derechos, se propuso como itinerario, en primer lugar, la exposición del análisis normativo de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) a partir de la normatividad existente en Colombia y algunos Estados

que regulan la IVE. De igual modo, se abordan las normas internacionales en materia de IVE en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos vinculantes para Colombia, y la forma en que la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado.

Un segundo momento, da cuenta de las tesis doctrinales acerca de la regulación de la IVE. Este análisis parte de dos posturas enfrentadas que giran alrededor de la protección a la vida y la garantía de los derechos del producto de la concepción, de un lado, y la protección y garantía de los derechos de las mujeres a decidir sobre la continuación o no de un embarazo, de otro. En este apartado se incluyen los debates propuestos desde la política criminal y el abolicionismo penal, así como los aportes desde la óptica de la salud pública, la perspectiva de los derechos humanos y las tesis feministas.

Finalmente, un tercer momento describe las tesis de los actores que participaron en el debate sobre la regulación de la IVE en Colombia y en el proceso de inconstitucionalidad del tipo penal en el 2006.

1.1. Normativa en torno a la IVE: el caso de Colombia frente a otras legislaciones

La interrupción voluntaria del embarazo ha sido objeto de criminalización en el Estado colombiano. La política criminal había mantenido entre sus objetivos, desde el siglo XX, sancionar la interrupción voluntaria del embarazo, inclusive en los casos que fueren resultado de un acceso carnal violento². Esta situación se mantuvo sin grandes variaciones hasta la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, cuando Colombia hacía parte de los Estados que no consagraban razones de exclusión de responsabilidad penal frente a la IVE en ninguna circunstancia.

² La doctrina ha identificado de la revisión de la legislación penal en Colombia en materia de aborto, que la legislación del siglo XIX era más permisiva que la del siglo XX. La legislación del siglo XIX incluyó por ejemplo la IVE por razones terapéuticas y de honor. El profesor Carlos Mario Molina valora que este escenario obedece a que “la Iglesia Católica no le prestaba tanto interés a los derechos del *nasciturus* y, al mismo tiempo, porque las leyes votadas provenían de un sistema mucho más laico que el que conoció el país después de la Constitución de 1886” (2006, p. 19).

1.1.1. Legislación penal que sanciona la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia

El legislador centró la discusión alrededor de la interrupción voluntaria del embarazo en la penalización. Las propuestas legislativas en materia de liberalización de la IVE no lograron mayores avances, hasta el punto de que ninguno de los nueve proyectos de ley presentados entre 1975 y 2005 superó los debates necesarios. Los proyectos apenas incluían circunstancias que constituían excepciones a la pena. Entre estos aspectos se encontraban la violación, malformaciones del feto, peligro para la vida de la madre y razones de orden socio económico. (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 24)

En el 2000 no se produjeron mayores cambios en la legislación penal; la Ley 599 de 2000 (Código Penal) en el Título I consagra los delitos contra la vida y la integridad personal, y tipifica la interrupción voluntaria del embarazo en su artículo 122 “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”. A la misma sanción estaría sujeto quien con o sin el consentimiento de la mujer, realizara un procedimiento que interrumpiera un embarazo. Del mismo modo, el artículo 124 el Código Penal establece las circunstancias de atenuación punitiva: “La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”.

El legislador contempla, en el parágrafo del artículo 124 del Código Penal, que cuando la interrupción del embarazo se realice “en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

Para la Corte Constitucional, el fundamento de la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo “radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en

gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

En ese sentido, el examen de la norma permite determinar que la prohibición penal resulta coherente con el artículo 91 del Código Civil colombiano, que faculta al legislador para proteger la vida del que está por nacer.

Del análisis estructural del tipo penal de aborto, se sigue que la interrupción del embarazo como conducta a partir de la cual se configura el delito debe ser dolosa y debe caracterizarse por la intención de querer interrumpir el embarazo; por esa razón, no existe en la legislación colombiana la interrupción culposa del embarazo, producto del actuar negligente, imprudente o falta de pericia del profesional de la salud o de la mujer gestante.

Resulta interesante resaltar el hecho de que el legislador contemplara, en el tipo penal, la posibilidad de que el juzgador no considerara necesaria la pena en casos taxativamente señalados (embarazo producto de acceso carnal o acto sexual no consentido, abusivo o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido) dando con ello la facultad al juez de prescindir de la pena.

Pese a lo anterior, la legislación penal en Colombia seguía estando entre las más restrictivas en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Los movimientos surgidos a mediados de los años sesenta que abogaron por incluir modificaciones en las legislaciones de varios países occidentales, en asuntos relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo; hasta entonces no habían logrado generar cambios significativos en la legislación colombiana, pese al avance en otras legislaciones, en tanto la realización de prácticas clandestinas con el fin de interrumpir embarazos, se convirtió en un grave problema de salud pública en Colombia.

1.1.2. Tipos de legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo³

³ En esta descripción seguiremos a Singh, Wulf, Hussain, Bankole, & Sedgh, G. (2009, p. 14 y ss) y el texto sobre la situación legal del aborto en el mundo, preparado por Women’s Link Worldwide, (s.f).

En el mundo se pueden identificar por lo menos ocho tipos de legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo, como se describe:

1. Prohibición total: legislaciones restrictivas que prohíben la interrupción voluntaria del embarazo en cualquier circunstancia. En este tipo de legislaciones se contempla delitos que acarrear sanciones para quien presta los servicios médicos para la intervención y para la mujer que los solicita. En América Latina, antes de la Sentencia de la Corte Constitucional de 2006, Colombia era un Estado que hacía parte de este tipo de legislación. En la actualidad, según el Centro Internacional de Derechos Reproductivos, sólo Chile, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, El Vaticano y Malta, tienen este tipo de legislación.

2- Interrupción voluntaria del embarazo para salvar la vida de la mujer: algunas legislaciones permiten la interrupción voluntaria del embarazo como medida terapéutica para salvar la vida de la mujer embarazada. Algunos de ellos son Colombia (después de 2006), Panamá, Paraguay y Venezuela.

3- Interrupción voluntaria del embarazo por malformación o daño del feto: algunos países con leyes restrictivas han incluido como excepción para la prohibición de interrumpir un embarazo, cuando se diagnostican malformaciones del feto que son incompatibles con la vida o lo hacen inviable.

4- Interrupción voluntaria del embarazo para prevenir daños en la salud de la mujer gestante: Este tipo de legislación, además de permitir la interrupción voluntaria del embarazo, necesaria para salvar la vida de la mujer, la autorizan para prevenir el riesgo de daño de la salud (física y mental) de la mujer embarazada. Se incluyen excepciones a la prohibición en los casos de violación, incesto o malformaciones fetales. Algunos de los países que contienen disposiciones en este sentido son Polonia y Perú.

5- Interrupción voluntaria del embarazo autorizada por razones socioeconómicas: en algunos países se permite hacer excepciones a la prohibición, teniendo como justificación la falta de recursos económicos de la mujer, su edad, estado civil y número de hijos. Algunos países que contienen disposiciones en este sentido son Australia, Gran Bretaña, India y Japón.

6- Interrupción voluntaria del embarazo con restricciones de tiempo y formalidades para la solicitud: Se permite la interrupción voluntaria del embarazo bajo el cumplimiento de algunas condiciones. Este tipo de legislación se encuentra en países que comprenden aproximadamente 41.4% de la población mundial. La restricción puede estar en función del periodo de gestación, la viabilidad del feto, la autorización de terceras personas como los padres o esposo de la mujer, o por periodos de espera. Algunos países con estas disposiciones son Canadá, Italia, Estados Unidos, Francia y Sur África. La interrupción voluntaria del embarazo está regulada como otros procedimientos médicos y nunca se promueve como método de planificación familiar.

7. Interrupción voluntaria del embarazo producto de violación o inseminación artificial no consentida: en algunos países se puede solicitar la interrupción del embarazo cuando este es producto de una violación, inseminación o transferencia de óvulo no consentido. La solicitud contempla la afirmación de la mujer de haber sido accedida carnalmente y no requiere que el juez penal emita un fallo sobre el hecho de la violación. Este es el caso de Colombia después de 2006.

8- Interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones: finalmente, las leyes sobre aborto menos restrictivas son aquellas que permiten la interrupción voluntaria del embarazo sin que exista ninguna condición relacionada con la causa del mismo. Este es el caso de Cuba. La Interrupción voluntaria del embarazo es un servicio médico como cualquier otro, sin embargo, la IVE no se promueve como método de planificación familiar.

La prohibición y sanción penal busca evitar la interrupción de embarazos, sin que se logre obtener significativos niveles de eficacia. Para la Comisión Asesora de Política Criminal del Ministerio de Justicia de Colombia:

(...) los datos comparados muestran que las leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados. Y es que la prohibición absoluta del aborto no los evita. Por el contrario, hace que estos se realicen en condiciones precarias de clandestinidad. Por ejemplo, la tasa de abortos es de 29 por cada 1,000 mujeres en edad de gestación en África y de 32 por cada 1,000 en América Latina, donde el aborto tiende a estar fuertemente penalizado en la mayor parte de países. En cambio, esta tasa es de 12 por 1,000 mujeres en Europa Occidental donde el aborto es generalmente permitido en la mayor parte de países. La razón explicativa de esa diferencia es la amplitud de las políticas de salud sexual y reproductiva en Europa Occidental, con un amplio uso de métodos contraceptivos en esos países, que tiene como consecuencia que el número de embarazos no deseados es más bajo que en América Latina y África (2012, p. 75).

La penalización absoluta genera condiciones inseguras para las mujeres que se ven avocadas a interrumpir embarazos de forma clandestina. Bajo estas circunstancias, interrumpir un embarazo se convierte en un problema de salud pública y en una importante causa de mortalidad y morbilidad que afecta la salud de las mujeres. En los países cuyas legislaciones han flexibilizado las sanciones por interrumpir un embarazo, los índices de riesgos se reducen significativamente.

Los sistemas jurídicos que incluyen sanciones penales por interrumpir el embarazo se enfrentan a problemas de salud pública y a las consecuencias discriminatorias que acarrear las sanciones penales, pues las mujeres que carecen de recursos económicos se enfrentan a embarazos no deseados y acuden a prácticas clandestinas e inseguras para interrumpir el embarazo. En Colombia, según informes del Instituto Guttmacher que desde 2009 es colaborador oficial en salud reproductiva de la OMS (Organización Mundial de la Salud):

(...) cada año, un total estimado de 132.000 mujeres sufren complicaciones que pueden ser muy riesgosas debido al aborto clandestino. Esto representa un 30% de las mujeres que abortan en esas condiciones, pero ese porcentaje llega a 53% en el caso de las mujeres rurales pobres y es menor (“sólo” 24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres (Citado por Comisión asesora de política criminal, 2012, p. 75).

Pese a que después de la Sentencia de 2006, Colombia no hace parte de las legislaciones que restringen de manera absoluta la interrupción voluntaria del embarazo, su legislación penal sigue siendo bastante restrictiva. La Constitución de 1991 consagra principios, derechos y valores que permitirían sustentar una mayor ampliación de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. En el mundo se han adoptado diversas medidas como la del plazo gestacional, que establece libertad para interrumpir un embarazo hasta la semana 12 (Bélgica, Italia o Dinamarca), semana 14 (Francia o Alemania), 18 semanas (Suecia) o 24 (Holanda o Singapur), el criterio de la viabilidad del feto en Estados Unidos o un sistema de circunstancias que permiten motivar las razones para interrumpir el embarazo, como las de tipo socioeconómico. Sobre este punto, la comisión asesora en política criminal señaló que “es indudable que para evitar los abortos clandestinos y amparar los derechos de las mujeres, Colombia requiere una despenalización mucho más amplia que la que actualmente existe de la interrupción voluntaria del embarazo” (Comisión asesora de política criminal, 2012, p. 76).

¿Qué normas internacionales contienen argumentos que permiten defender la tesis de la liberalización? ¿Cómo debe interpretarse la protección de la vida desde las normas internacionales de Derechos Humanos? En lo que sigue, se dará cuenta de los elementos normativos en el orden internacional, vinculantes para Colombia.

1.1.3. Normas internacionales en materia de IVE en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos

La forma en que se incorporan compromisos en materia de Derecho Internacional en Colombia está dada por las directrices propuestas en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política. El artículo 93 de la Constitución consagra, la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Congreso y, en su inciso 2, señala que la interpretación de los derechos y deberes constitucionales se hará de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

A partir de estos supuestos, se ha construido la noción de “Bloque de constitucionalidad”, entendido de forma general como la unidad jurídica integrada “por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006). El artículo 93 constituye una remisión expresa que hace la Carta y es un criterio para la incorporación de normas al bloque.

La Corte ha determinado el alcance y naturaleza del bloque, así como la distinción entre el bloque en sentido estricto “conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006), y el bloque en sentido lato.

La doctrina que sigue la jurisprudencia de la Corte ha propuesto como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto:

(...) i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos

reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional (Uprimny, 2005, p. 34).

El bloque en sentido lato “se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

Pese a las dificultades para definir qué elementos normativos hacen o no parte del bloque de constitucionalidad, se puede aceptar sin mayor discusión que existen ingredientes normativos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto como “el propio texto constitucional, los convenios que delimitan el territorio colombiano, los tratados de derecho humanitario y las normas internacionales que regulan derechos humanos intangibles” (Uprimny, 2005, p. 26).

Para la Corte Constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos que son definidos por la jurisprudencia constitucional como parte del bloque de constitucionalidad, deben tener en cuenta la discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo, en la medida en que constituyen un límite a la potestad de configuración del legislador y permiten determinar los elementos del debate en torno a los derechos en conflicto.

En esa medida, hacen parte del bloque de constitucionalidad que orienta las decisiones en materia de sanciones penales por interrupción voluntaria del embarazo, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, siendo de especial relevancia los artículos 3 (“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”) y 6 (“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho

estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”) (ONU, 1996), **la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**, en especial el artículo 12.1 (“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”... “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto” (ONU, 1979); el **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales**, en especial en su artículo 12 (“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”) (ONU, 1966) y la **Convención Americana de Derechos Humanos**, en su artículo 4.1 (“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”) y 24 (Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”). (OEA, 1969)

Estas normas comprometen al Estado en la toma de medidas para proteger la vida y la salud de las mujeres: “La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

La Corte ha considerado que se deben tener en cuenta las recomendaciones de los órganos encargados del control y vigilancia del cumplimiento de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

Se resalta la recomendación emitida por el Comité que vigila el cumplimiento del **Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales**, en donde se llamó la atención sobre la responsabilidad en que incurre el Estado por violación del derecho a la

vida de las mujeres y el derecho a estar libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes frente a las tasas de mortalidad materna. El Comité recomendó al Estado revisar las normas que penalizan la interrupción voluntaria del embarazo con el fin de evitar que las mujeres sigan siendo víctimas de violación de sus derechos humanos, de igual forma recomendó al Estado Colombiano tomar medidas para evitar que las mujeres pierdan su vida como resultado de la legislación restrictiva.

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 a 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. (UN, Comité de Derechos Humanos, 2004, Párrafo 13)

Con relación a las observaciones emitidas en torno al cumplimiento del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, las observaciones del Comité en sus pronunciamientos sobre el derecho a la vida, como la Observación General N. 6 (ONU, 1982), señala que se “trata del derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (art. 4). Sin embargo, el Comité ha observado que con frecuencia la información aportada en relación con el artículo se ha limitado solamente a uno u otro aspecto de ese derecho. Se trata de un derecho que no debe interpretarse en un sentido restrictivo”. Frente a la determinación de la protección de los derechos del niño en la Observación General No. 17 (ONU, 1989) el Comité no establece que se deba proteger su vida desde la concepción. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ni el Comité se ha pronunciado sobre los derechos del no nacido, ni del Pacto se puede deducir la protección absoluta de su derecho a la vida:

(...) “por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir (Caso Artavia Murillo y otros, 2012).

Por su parte la **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer/CEDAW**, en su artículo 12, compromete a los Estados a adoptar medidas idóneas con el fin de eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito del acceso y disfrute de los servicios médicos con el fin de garantizar su derecho a la igualdad. En ese sentido, impone a los Estados la obligación de asegurar “a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario...” (ONU, 1979).

Conforme a la facultad conferida al Comité encargado de la vigilancia de la Convención se han emitido tres recomendaciones generales, las números 19, 21 y 24. En la recomendación general N° 19 de 1992, el Comité insta a los Estados Partes a que adopten acciones para evitar medidas coactivas en relación con las decisiones que toman las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos, que hagan que las mujeres se vean obligadas a recurrir a procedimientos médicos riesgosos, tendientes a interrumpir voluntariamente un embarazo de forma ilegal, ante la ausencia de servicios médicos apropiados para el control de la natalidad.

La Recomendación General N° 21, que también se refiere al tema, señala la preocupación del Comité frente a los informes en relación con los derechos de las mujeres en los que se identifican prácticas coercitivas por parte de los Estados y que están relacionados con embarazo, aborto y esterilización forzada. (Comité de la CEDAW, 1994)

En el mismo sentido en la Recomendación General No. 24 sobre mujer y salud, el Comité señaló que penalizar procedimientos médicos que sólo requieren las mujeres, como son los procedimientos necesarios para interrumpir un embarazo, constituye una violación del

derecho a la igualdad. Esta es considerada una de las más importantes y contundentes, en donde se recomienda a los Estados parte, modificar la legislación que sanciona penalmente la interrupción voluntaria del embarazo. Esta recomendación permitiría afirmar que las medidas legislativas que sancionan la IVE constituyen una medida discriminatoria para las mujeres y por tanto violatoria de sus derechos humanos. (González, 2011)

En el informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer:

El Comité observa con gran preocupación que el aborto, segunda causa de mortalidad materna en Colombia, es sancionado como conducta ilegal. ... El Comité considera que esta disposición jurídica relativa al aborto constituye no sólo una violación de los derechos de la mujer a la salud y a la vida, sino también una violación del artículo 12 de la Convención [el derecho a servicios de salud sin discriminación]. (...) en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos. (1999)

En el informe sobre Colombia, el Comité recomienda al Estado adoptar medidas tendientes a garantizar el cumplimiento de las normas que le permitan a las mujeres la interrupción voluntaria del embarazo de forma legal, así como el acceso a servicios de calidad en el evento en que mujeres que acudan a procedimientos clandestinos e ilegales, puedan recibir tratamiento médico con el fin de frenar la mortalidad y morbilidad materna, producto de prácticas insalubres y riesgosas:

(...) son motivo de preocupación para el Comité la gran cantidad de abortos ilegales y en condiciones de riesgo que se practican y la mortalidad materna conexas, así como la posibilidad de que, en la práctica, las mujeres puedan no tener acceso a los servicios de aborto legalizados, o a la atención médica garantizada para el tratamiento de las complicaciones derivadas de los abortos ilegales y/o practicados en condiciones de riesgo (Comité de la CEDAW, 2007, párrafo 22).

El Comité ha dejado claro en muchas ocasiones que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación, exigen que en situación de colisión de derechos se deba privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. Sobre el particular se resalta el caso *L.C. vs. Perú*, en donde el Comité encontró al Estado peruano culpable de violar los derechos de una niña a quien se le negó una procedimiento quirúrgico vital, bajo la consideración de que en razón de su embarazo el procedimiento atentaba contra la vida del no nacido, privilegiando con ello la vida del no nacido por encima de la salud e integridad de la mujer gestante. En dicho caso, si la niña continuaba con el embarazo se generaba un grave peligro para su salud física y mental, razón por la cual el Comité concluyó que la negación de la interrupción del embarazo con fines terapéuticos y que la postergación en el tiempo para la realización de la intervención quirúrgica, constituía una discriminación de género y una violación de del derecho a la salud de la niña y del derecho a no ser discriminada. (2011)

De la **Convención de los Derechos del Niño** se destacan los artículos: 6. “1). Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2). Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”; Y 24. “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.” (ONU, 1989)

El término “niño” se define en el artículo 1 de la Convención como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. El Preámbulo a la Convención señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (ONU, 1989).

Ni el artículo 1 ni el 6.1 de la Convención se refieren de manera explícita a la protección del no nacido; su única mención se hace en el Preámbulo. En el análisis que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) de los trabajos preparatorios de la

Convención, encuentra que en esta frase no se hace extensiva al no nacido la protección dispuesta en el articulado de la Convención.

La expresión “tanto antes como después del nacimiento” que se incluye en el Preámbulo y que fue propuesta por el Vaticano, contó con la oposición de varios Estados. Finalmente, se acordó incluir dicha mención en el Preámbulo, en donde determina con menor fuerza la interpretación de la Convención.

Pese a que existe el Comité para los Derechos del Niño, el mismo no ha emitido observaciones de las que se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal. El Comité tampoco se ha referido a la interrupción voluntaria del embarazo de manera directa, pero sí ha reconocido la conexión entre la mortalidad materna y abortos ilegales e inseguros. En 1994, en su Observación Final, el Comité de los derechos del niño le señaló a Colombia que:

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 (2000).

Estas recomendaciones y observaciones constituyen criterios de interpretación de los derechos fundamentales, interpretación que debe estar orientada por el principio de maximización, que supone que debe acogerse la interpretación más protectora de los derechos humanos y que suponga un menor sacrificio de otros derechos.

Pese a que de los tratados ratificados por Colombia no se desprende la obligación de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, existe una tendencia en las normas internacionales hacia la flexibilización de las reglas que limitan ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y que generen situaciones discriminatorias, con lo que opera el principio de progresión de los derechos humanos (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). La libertad, la vida, la dignidad y el ejercicio de los derechos sexuales y

reproductivos de las mujeres genera obligaciones que vinculan al Estado, de manera que asegurar su eficacia, supone evaluar las normas que al interior del Estado limitan el ejercicio de estos derechos.

1.1.4. Desarrollo jurisprudencial en Colombia

En este apartado, se dará cuenta de los argumentos que se han propuesto alrededor del debate sobre la liberalización de las sanciones impuestas a la interrupción voluntaria del embarazo en la Corte Constitucional de Colombia.

Con el control de constitucionalidad, se abrió un nuevo escenario para la discusión sobre la liberalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

La primera decisión en este debate fue la Sentencia C-133 de 1994, en donde la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 348 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal de 1980) en donde se protege al no nacido como el fruto de la concepción y se considera como un bien jurídicamente tutelable. La Corte concluyó que el tipo penal de aborto simple que sancionaba la interrupción voluntaria del embarazo era ajustado a la Constitución.

Un segundo pronunciamiento se hizo en la Sentencia C-013 de 1997, en donde la Corte Constitucional falló a favor de la constitucionalidad de varias disposiciones del Decreto 100 de 1980 (Código Penal) referidas a la muerte, abandono seguido de lesión o muerte de hijo fruto de acceso carnal no consentido o abusivo, inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas y que traían como consecuencia la atenuación punitiva respecto del aborto. En esta decisión, se consideraron las razones que facultan al juez para otorgar penas menores en virtud de la situación que lleva a la mujer a interrumpir el embarazo, pues en la concepción no medió la libertad de su consentimiento. El juez constitucional consideró que imponer sanciones menores a las previstas para el aborto simple era ajustado a la Constitución.

Con el cambio de legislación penal en el 2001 se analizó mediante la Sentencia C-647 la exequibilidad del párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que faculta al juez a prescindir de la imposición de la pena en los casos en que se incurriera en aborto que fuese susceptible de atenuación. La Corte considera la norma ajustada a la Constitución.

Nuevamente en el 2002 la Corte se pronuncia en Sentencia C-198, sobre demandas promovidas en contra del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que regula las circunstancias de atenuación punitiva y exclusión de responsabilidad. La Corte se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma.

Finalmente, se produjo un nuevo pronunciamiento en la Sentencia C-1299 de 2005 en demanda contra la Ley 599 de 2000, en su Artículo 12. En dicha sentencia la Corte se declara inhibida.

Hasta aquí, el panorama no había permitido configurar una línea jurisprudencial que permitiera apoyar los argumentos pro libertad en torno a la sanción penal por interrupción voluntaria del embarazo, apenas se habían mantenido las distinciones que permitían atenuar algunos casos.

La Sentencia C-355 de 2006 pese a que constituye un hito en materia de liberalización de las sanciones para la interrupción voluntaria del embarazo, constituye apenas una mínima protección de los derechos de las mujeres frente al ámbito de sanción previstos en la legislación penal. La decisión de la Corte es valorada como coherente con los avances del derecho constitucional comparado y con el desarrollo del derecho internacional y los compromisos asumidos por Colombia en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, por esa razón es considerada:

(...) jurídicamente razonable pues logra, en sede judicial, un equilibrio entre el compromiso del Estado colombiano con la vida y su deber de proteger los derechos fundamentales de la mujer, en especial sus derechos sexuales y reproductivos, pues la

penalización del aborto en toda circunstancia afecta desproporcionadamente la dignidad, la libertad y la vida de las mujeres, por lo cual es incompatible con la Constitución y con los compromisos internacionales de Colombia en este campo (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 74).

Sin embargo, la decisión de la Corte no resuelve en su integridad el debate en torno a la liberalización de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco del Estado Constitucional. En dicho pronunciamiento, la Corte consideró que la penalización absoluta era inconstitucional. Los casos que se excluyeron de la potestad sancionatoria del Estado fueron: a) cuando está en riesgo la vida o salud física o síquica de la mujer gestante, b) cuando el feto es inviable pues presenta malformaciones que hacen imposible la vida extrauterina, o c) cuando el embarazo es producto de una violación o inseminación artificial no consentida. Para llegar a esta conclusión, se superó un fuerte debate durante el proceso de revisión constitucional. Al proceso llegaron cerca de 540 intervenciones ciudadanas con diferentes tesis en torno a la constitucionalidad o no de las normas acusadas.

En general, la Corte analizó los cargos contra la norma a la luz de los siguientes argumentos:

a. La protección constitucional a la vida y su distinción con el derecho a la vida: La Corte hace énfasis en el valor que le ha otorgado la Corte Constitucional a la vida y la obligación que recae en el Estado en general y en el legislador en particular, para promover condiciones en las que se asegure la protección de la vida. Sin embargo, pese a su relevancia constitucional “la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006). Esta consideración se manifiesta en las expresiones del legislador en las que se conceden, por ejemplo, circunstancias que atenúan las penas aun cuando el bien jurídicamente tutelable sea la vida, como en el caso del abandono o muerte del hijo, producto de acceso carnal violento o la admisión de ausencia de responsabilidad en los casos de legítima defensa.

Ahora, si bien es cierto que se protege la vida en el ordenamiento constitucional, dicha protección distingue entre el derecho a la vida consagrado en el artículo 11, de la vida como bien jurídico protegido constitucionalmente. Para la Corte, el derecho a la vida: “supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006) y se separa de la condición antropocéntrica pues se extiende al medio ambiente y las especies animales y vegetales, cuando en el Capítulo III del Título II de la Constitución se consagra la obligación del Estado de velar por su protección.

La distinción entre la vida y el derecho a la vida ya se había establecido en la sentencia C-133 de 1994, cuando la Corte no le reconoció al *nasciturus* el carácter de persona humana ni la titularidad del derecho a la vida. Esta consideración le permite a la Corte interpretar que “el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus*” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006). Por lo tanto, el Estado debe proteger al producto de la fecundación como consecuencia de la protección que merece la vida, sin embargo, no es razonable que se le otorgue la misma protección que le asiste a una persona humana quien sí es titular del derecho a la vida. Por esta razón, resulta proporcionado sancionar en forma diferente el infanticidio frente a la interrupción voluntaria del embarazo, en la medida en que el bien jurídico protegido es diferente en los dos casos, por lo que el reproche del Estado también lo es.

b. Las obligaciones suscritas por Colombia a nivel internacional en materia de protección a la vida y los derechos de las mujeres: La Corte resalta el valor de los tratados internacionales. Frente a la protección de la vida, la Corte se separa de la tesis propuesta por algunos de los intervinientes, quienes afirman que existe una obligación del Estado colombiano de proteger la vida desde el comienzo de la gestación y, concluye, luego

de analizar los supuestos normativos que de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos se han integrado al bloque de constitucionalidad,

(...) no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

De tal manera que, si bien es cierto el Estado se ha obligado a proteger la vida y, por tanto, la vida del *nasciturus*, dicha obligación no es absoluta sino que admite grados de ponderación cuando se encuentre en conflicto con la protección de otros titulares de derechos, cuya protección también está en cabeza del Estado, como sería el caso de la mujer embarazada.

Ahora, en relación con los derechos de las mujeres, la Constitución de 1991 le otorga una especial protección al reconocer su situación de discriminación, el Estado también ha reconocido obligaciones en materia de protección de los derechos de las mujeres en diversos tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. De estos tratados, se sigue el reconocimiento y la protección de los derechos reproductivos de las mujeres, que suponen la protección de derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, entre otros. De la garantía de ciertos derechos fundamentales, se desprenden medidas para asegurar los derechos sexuales y reproductivos, como es el caso del derecho a la intimidad, que es una condición necesaria para asegurarlos.

Sobre el derecho a la intimidad la Corte ha señalado que:

(...) se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

La misma situación se da con otros derechos, lo cual supone que la garantía de los derechos sexuales y reproductivos, como derechos humanos, es una condición para asegurar los derechos fundamentales de las mujeres en los Estados Democráticos que quieran reconocer la igualdad y equidad de género.

c. Los límites en la potestad de configuración del legislador en materia penal: La Corte señala que a pesar de la amplia libertad de configuración del legislador en materia penal, los principios y valores constitucionales, así como el derecho internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, son límites para el legislador. Dentro de éstos, se incluye el principio y derecho a la dignidad humana, que para el caso de las mujeres protege la autonomía en las decisiones relacionadas con su plan de vida, “entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infringirle sufrimientos morales deliberados.” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

De igual forma, opera como límite el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que justifica la protección de los derechos de las mujeres a ser madres, en la medida en que la elección por la maternidad se protege como una “opción de vida”. Esta garantía se constituye como límite para que el Estado, la familia, el jefe laboral o las instituciones de educación, señalen reglas que limiten, desestimulen o restrinjan la libre opción por la maternidad. Desde ahí que la Corte sostenga que

(...) el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Si bien es cierto que el legislador puede emprender acciones para proteger los derechos a la vida y a la salud, estas no pueden constituirse como medidas perfeccionistas que impongan obligaciones desproporcionadas y vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La vida y la salud también constituyen límites a la actividad del legislador. En el caso de la vida, se ha establecido por el intérprete de la Constitución que la protección no se restringe a garantizar la supervivencia biológica; debe incluir la garantía de una vida digna y su protección debe ser integral. El derecho a la salud también se protege de manera integral y, en el caso de las mujeres, incluye los derechos sexuales y reproductivos, lo cual se extiende a los tratamientos que se requieran en caso de interrupción del embarazo.

Para la Corte:

(...) la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

El derecho a la salud se relaciona con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía lo que constituye un límite para que el Estado no tome medidas desproporcionadas que vulneren estos derechos.

Finalmente, constituyen límites para el legislador el principio de proporcionalidad y razonabilidad. En materia de creación de normas de derecho penal, a pesar de que el legislador tenga libertad de configuración, se imponen como límites los derechos constitucionales así como el bloque de constitucionalidad. El principio de proporcionalidad y razonabilidad debe guiar las decisiones del legislador cuando se propongan medidas que puedan colisionar con los derechos constitucionales. Las sanciones que impone el legislador penal con el fin de proteger la vida del *nasciturus* deben ser adecuadas con el fin de evitar que dichas medidas terminen afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y violando los límites de su libertad de configuración legislativa.

Con base en estas consideraciones, así como en los aportes del derecho comparado y la interpretación de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, la Corte analizó la exequibilidad del artículo 122 que consagraba una penalización total a la interrupción voluntaria del embarazo.

En su análisis, la Corte parte de dos consideraciones: el legislador debe proponer medidas para proteger la vida del *nascituros* como bien constitucionalmente tutelable y, la consideración de que la interrupción voluntaria del embarazo desde el ámbito constitucional colombiano no está reservada al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, como asunto que le competa en exclusiva a la mujer. En esa medida, “las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006). Para la Corte, el hecho de que el legislador sancione penalmente la interrupción voluntaria del embarazo no puede entenderse como una medida perfeccionista, lo que permite considerar que la función del juez constitucional, en este caso, se limita a determinar si la medida impuesta por el legislador penal es proporcional y se encuentra en el marco de los límites a su potestad de configuración legislativa.

En la evaluación, en torno a la medida que penaliza la interrupción voluntaria del embarazo, se configura una colisión de diversos derechos, principios y valores constitucionales. Por una parte, aquellos que están en cabeza de la mujer gestante como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, a la integridad y a la vida, y, por otra parte, la vida en gestación como bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador.

(...) si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Desde ahí, la regulación penal que sancione la interrupción voluntaria del embarazo en todas las circunstancias constituye una medida desproporcionada ya que desconoce los derechos fundamentales de la mujer. Al legislador, le compete entonces determinar en qué circunstancias resulta excesivo imponer una sanción penal a una mujer que interrumpa voluntariamente un embarazo. El legislador colombiano, a pesar de haber incluido la prohibición absoluta de interrumpir la vida en gestación, dispuso, en el artículo 124 del Código Penal, como circunstancias de atenuación o exclusión de la pena, los casos en que el embarazo fuere resultado de acceso carnal, o acto sexual, sin consentimiento o abusivo, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas. En estos casos, pese a que las circunstancias especiales constituían una grave afectación para los derechos de la mujer gestante, el legislador decidió imponer una sanción penal, lo que resulta desproporcionado.

(...) ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso

la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Sancionar estas circunstancias constituye una valoración absoluta de la vida del *nasciturus* y una vulneración de los derechos de la mujer a decidir si continúa o no con un embarazo no consentido.

Las anteriores no son las únicas circunstancias en las que se puede valorar como desproporcional la prohibición absoluta de interrumpir un embarazo. También constituye una medida desproporcionada que desconoce los derechos de la mujer cuando se impone en los eventos en los que el embarazo amenaza la salud y la vida de la mujer gestante, puesto que resulta excesivo imponer el sacrificio de la mujer gestante en pro de la protección de la vida del *nasciturus*, que es apenas una vida humana en formación. No puede valorarse como superior la vida en formación del feto e imponer un sacrificio a la mujer.

Desde la interpretación de las normas internacionales, se desprende que penalizar la interrupción voluntaria del embarazo en los eventos en que está en riesgo la salud o la vida de la mujer gestante, puede constituir un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado.

La última hipótesis que tiene en cuenta la Corte en la valoración de la proporcionalidad de la prohibición total, está referida a los eventos en que la interrupción voluntaria del embarazo tenga como justificación la existencia de malformaciones del feto debidamente certificadas, que hagan inviable la vida. Para la Corte, la sanción penal en los eventos en que la vida del feto no es viable resulta desproporcional en la medida en que se impondría a la mujer gestante la obligación de continuar con un embarazo y luego sufrir la pérdida de la

vida del hijo cuya vida era inviable. Un embarazo en esos términos, puede ser visto como un trato cruel e inhumano para la mujer gestante.

Las razones para justificar la constitucionalidad de prescindir de la sanción penal en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, contempladas como causales de atenuación, permiten concluir que el delito de aborto es inexistente en estos casos, luego se justifica la exclusión de la sanción impuesta en el artículo 124 del Código Penal.

En el análisis de los cargos contra el artículo 123, que consagran sanción penal para quien interrumpa el embarazo de una mujer menor de 14 años, la Corte concluye que mantener la sanción penal vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor de 14 años embarazada, por lo que considera debe declararse inexecutable la norma.

La Corte concluyó, con relación al análisis de la prohibición total de la interrupción voluntaria del embarazo, que si bien es cierto penalizar dicha conducta constituye una medida constitucionalmente legítima en tanto se justifica para proteger la vida en gestación, como prohibición absoluta resulta desproporcionada y violatoria de los derechos de la mujer gestante. La sanción penal, pese a ser justificable no es la única opción para proteger la vida en gestación, así como las circunstancias, que quedan excluidas de sanción penal a partir de la decisión de la Corte, tampoco pueden ser las únicas necesariamente.

(...) 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 a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

En esta medida, la jurisprudencia de la Corte se puede valorar como una base mínima para la protección de los derechos de las mujeres que estén amparadas por alguna de las circunstancias exceptuadas por la Corte y que se configuran como un derecho que protege

su decisión de optar por la interrupción voluntaria del embarazo frente a la penalización prevista por el legislador, quien en términos de política criminal está facultado para modificar las sanciones penales vigentes y liberalizar la conducta objeto de análisis.

La Comisión asesora de política criminal en el informe del 2012, señaló sobre este punto que el Estado colombiano está facultado para avanzar hacia una mayor despenalización del aborto. En ese sentido afirma:

Esa despenalización es constitucionalmente posible y la Comisión considera que es recomendable, puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo (Comisión asesora de política criminal, 2012, p. 75).

Para la Comisión, la penalización severa de la interrupción voluntaria del embarazo en Estados en los que no existen campañas educativas eficaces para prevenir embarazos no deseados, no es una medida eficaz para la prevención del aborto y tiene en cambio como correlato la realización de prácticas inseguras que afectan los derechos de las mujeres, en especial de las mujeres con menores recursos económicos quienes se ven avocadas a prácticas clandestinas.

La decisión de la Corte, si bien es cierto constituye un hito frente a la liberalización del tipo penal de aborto en Colombia y es un referente para otros Estados, como lo han reconocido

diversos sectores de la doctrina⁴, sigue siendo bastante restrictiva frente a las circunstancias que pueden generar la decisión o necesidad de interrumpir un embarazo.

Para la Comisión la sentencia C-355 de 2006 contempla unos supuestos que conllevan a que la interrupción voluntaria del embarazo siga siendo una posibilidad muy restringida. De igual forma, la legislación penal vigente es muy restrictiva, lo cual tiene como consecuencia que se continúen interrumpiendo embarazos de forma clandestina con graves afectaciones a los derechos de las mujeres.

1.2. Entre la protección a la vida y la garantía de los derechos de las mujeres

En este apartado se dará cuenta de la revisión de las diferentes tesis de la doctrina alrededor del problema propuesto, se partirá de la consideración de que la discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo no debería constituirse como un debate de absolutos entre la vida y la libertad de las mujeres, dado que el espectro de valores que confluyen en la discusión ha ampliado el horizonte de comprensión del problema. Se pueden identificar al menos tres posiciones que van de un extremo a otro de la discusión. Por un lado, los argumentos de quienes rechazan de manera absoluta la posibilidad legal de interrumpir un embarazo y defienden, en consecuencia, su penalización en virtud de la protección que se debe dar a la vida; esta visión será descrita como extrema. En segundo lugar, una visión que, como la anterior, es valorada desde la otra orilla y parte del supuesto de que los derechos de las mujeres sobre su cuerpo y su libertad sexual y reproductiva excluyen cualquier tipo de intromisión por parte del Estado sobre su decisión de interrumpir o no un embarazo, razón por la cual no se admite ninguna limitación a este derecho y menos por parte del legislador penal. Y, finalmente, una visión intermedia que acepta excluyentes de responsabilidad penal, plazos o condiciones y facultaría a las mujeres a interrumpir un embarazo voluntariamente en ciertos periodos de la gestación y bajo ciertas circunstancias.

⁴ El profesor Carpizo señala por ejemplo que América Latina es una de las regiones más atrasadas en materia de derechos sexuales y reproductivos, razón por la cual la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia resulta de suma importancia para la región. (Carpizo & Valdés, 2008, p. 14)

Se tendrán como categorías de análisis en las tres visiones: a. su concepción sobre la vida, b. su concepción sobre las libertades y los derechos de las mujeres, y c. la forma en que debe intervenir el Estado frente a la IVE.

1.2.1 Doctrina a favor de la limitación de IVE: los argumentos pro vida y de la limitación de la voluntad de las mujeres frente a la decisión de IVE

Esta tesis se concentra en la protección de la vida del concebido e identifica al embrión con la persona. Considera a la vida como un derecho inviolable y del cual no se puede disponer. Se dota a la vida de un estatus superior que la ubica en un nivel jerárquico casi de “superderecho” en términos del análisis que hace el profesor Ortiz y que permitiría afirmar que dicho derecho “derrotaría a cualquier otro derecho con el que se entrara en conflicto” (2009, p. 20). Desde ahí, los derechos que se enfrentan en la discusión como la autonomía y la libertad de las mujeres, no pueden invalidar o discutir con el derecho a la vida del no nacido que debe gozar de total protección porque, pese a que la mujer tenga derechos sobre su cuerpo, la protección a la vida del feto derrota su derecho a disponer sobre él. En consecuencia, el Estado debe proponer medidas y acciones para evitar que se interrumpa un embarazo, medidas que pueden llegar hasta la intervención del legislador penal. Los argumentos que apoyan esta tesis se pueden describir como sigue:

i. El valor que se otorga a la vida vista desde varios enfoques:

a. Los argumentos del Derecho natural con connotaciones religiosas frente a la protección a la vida del no nacido: Desde esta visión “el no nacido tiene un derecho natural e inalienable a la vida” (Herrera, 1999, p. 21) por lo que no existe ninguna razón jurídica que faculte a alguien a disponer sobre la vida ajena e inocente del concebido. Esta tesis afirma el derecho universal a la vida del no nacido desde la fecundación con la unión de las dos células masculina y femenina y se extiende hasta la muerte natural. De esta condición, se desprende el deber moral de conservar la vida, la salud y la integridad física, tal como la defiende el profesor Hervada, para quien conservar estos derechos es “Un deber que,

primariamente, dice relación consigo mismo y, en última instancia, con Dios. Es un deber moral, que ese plasma en un derecho ante los demás” (1975, p. 221).

La vida es un derecho natural, universal, irrenunciable, inalienable, imprescriptible, inmutable, preexistente a la legislación positiva e incondicional y es considerado como el más fundamental de los derechos, de tal suerte que la vida es valorada como “el derecho más básico de la persona humana; sin éste los demás derechos, tanto naturales como positivos, no podrían tener consistencia” (Herrera, 1999, p. 94).

Esta tesis le atribuye al no nacido el carácter de persona, homologando la protección que debe dársele con las garantías jurídicas que se otorgan a la persona titular del derecho a la vida. Algunos autores incluyen esta postura en las tesis conservadoras como es el caso del profesor Ortiz (2009, p. 18 y 19) quien identifica que hay dos tipos de argumentos en dicha tesis, el primero de orden netamente religiosa que defiende la protección de la vida del no nacido en la medida en que es Dios el creador de la vida desde la concepción, lo cual trae como consecuencia que se trate como un bien que no es objeto de disposición, pues solamente el creador puede quitar la vida.

El segundo argumento de esta línea conservadora es una respuesta a las insuficiencias del anterior argumento en el seno de sociedades en donde conviven ciudadanos religiosos y no religiosos, y en donde los ciudadanos no religiosos difícilmente pueden aceptar argumentos de este tipo, y está constituido por razones con base en postulados científicos referidos al comienzo de la vida que les permiten justificar la protección del no nacido como miembro de la especie humana y en consecuencia como persona. Esta línea puede leerse como la versión no religiosa de la protección a la vida del no nacido. El argumento se describe como sigue.

b. La defensa de la protección de la vida del no nacido en virtud de la tesis de la vinculación del cigoto a la especie humana. La pregunta que se ha formulado para llegar a esta tesis se encuentra ligada al comienzo de la vida humana. Este argumento defiende la tesis de que cuando los gametos se unen en el proceso de fertilización y se completa la

carga genética, ese nuevo ser reúne ya todas las condiciones para ser humano. Tal como lo refiere el profesor Herrera:

El *material genético* de los cromosomas, el DNA –la secuencia de bases- es lo que determina las características genéticas del nuevo ser. Los cromosomas son específicamente humanos y las proteínas que forman la estructura del organismo se diferencian específicamente de las proteínas de cualquier otro animal. El DNA de los cromosomas, que es tan específico como las proteínas, es fundamental porque allí está la clave genética. En los cromosomas del cigoto está, en clave, toda la estructura del organismo (1999, p. 109).

Este argumento permite justificar que el *nasciturus* es un ser humano desde la fertilización por la identidad que existe entre su material genético y el de cualquier miembro de la especie humana, por lo tanto, merece la misma protección. A partir de esta premisa, se propone el argumento de que dado que “el cigoto es un ser humano (ya que es individuo de la especie humana), podemos afirmar que el no nacido, desde el momento de la fertilización, es *persona*, no sólo en sentido ontológico, sino en sentido jurídico” (Herrera, 1999, p. 117).

En este argumento, se pueden identificar algunos problemas, en la medida en que no resulta muy claro por qué el hecho de la pertenencia del cigoto a la especie humana es suficiente para darle una especial protección. Tampoco es claro “que el concepto de “el valor de la vida humana” o incluso el de “persona” formen parte del vocabulario científico” (Ortiz, 2009, p. 20). Del hecho de que el cigoto haga parte de la especie humana y tenga vida, y esa vida tenga protección jurídica, no se puede deducir que el cigoto sea una persona. Esta tesis podría incurrir, al igual que la anterior, en vacíos en su argumentación, pues no es una razón científica la que permitiría extender la protección como persona al cigoto sino una decisión jurídica y política, la misma que hace que la constitución de la personalidad jurídica se establezca desde el nacimiento y separación del recién nacido del vientre de su madre.

c. La defensa de la protección de la vida del no nacido en virtud de la tesis de que el feto es una persona en potencia. Esta tesis parte de reconocer que existen dificultades en torno a la definición del ser humano, en buena parte por hallazgos biológicos; sin embargo, los defensores de la vida no se resisten a abandonar su defensa de la vida por lo que, a pesar de que la biología otorgue argumentos que ponen en duda la tesis del cigoto como manifestación ontológica de la humanidad, se niegan a considerar que el feto sea un mero tejido que hace parte del cuerpo de la mujer. En esa medida, defienden la tesis a partir de la cual del hecho de que el feto como ser biológico se encuentre dotado de todo el potencial para evolucionar en un verdadero ser humano se sigue que el feto sea objeto de protección y, por lo tanto, su vida tiene el mismo valor al de cualquier otro ser que sea humano en acto, pues todas las condiciones de las que está dotado biológicamente lo llevan a ese devenir.

La tesis parte de la afirmación de que pese a que “en términos de biología molecular es incorrecto decir que el cigoto posee todas las manifestaciones informativas para el desarrollo embrionario. Pero lo cierto es que tiene aquellas con *potencial* de adquirir nuevas capacidades de *información*.”(León, 2000) Dicha potencialidad existe desde esta consideración incluso antes de que se forme la capacidad cerebral.

La protección del feto se deriva entonces de la idea de que el feto es una persona en potencia:

El concepto de “potencialidad” explica la transición del embrión al feto. Podrán no ser personas pero tienen el "potencial de la vida humana" y por tanto el "potencial de la personalidad". El principio de la "potencialidad", es presunción válida contra la permisibilidad irrestricta del aborto (León, 2000).

ii. El valor de la vida como límite a las libertades y en especial a la presunta libertad de las mujeres para atentar contra la vida

Uno de los argumentos que se han incorporado en las tesis pro vida con el fin de responder a las objeciones de quienes consideraban que su defensa de la vida dotaba de carácter absoluto a este derecho –tesis difícil de sostener en los sistemas jurídicos contemporáneos–,

ha sido la de aceptar la premisa de que la vida no constituye un derecho absoluto en la medida en que naturalmente tiene un fin y el deber de conservar la vida tiene límites.

Para la tesis del Derecho natural, un límite aceptable al deber de conservar la vida se constituye en el supuesto de hecho de que alguien opte por poner en riesgo su vida para alcanzar un bien loable, lo que la doctrina ha denominado “el principio del voluntario indirecto” que se origina en el derecho al sacrificio.

Herrera lo explica al señalar que: (...) se trata de poder realizar actos cuyo efecto directo y propio sea la consecución de un bien igual o superior a la vida humana, y cuyo *efecto indirecto* sea el peligro inminente de la vida e integridad física del hombre o su misma muerte. (1999, p. 144)

Con base en este principio, se sostiene como aceptable que alguien opte por perder su vida antes que abjurar de su fe religiosa o que alguien ponga en riesgo su vida al ejercer una profesión riesgosa.

Otro límite al deber de conservar la vida lo constituye el desatender o rehusar medios extraordinarios para mantener o salvar la vida.

Estos constituyen límites al deber moral de mantener la vida, frente al derecho a la vida; el límite que se configura es el de no usar la vida propia para causar daño a otro ser humano. Este precepto se justifica en la idea de que los derechos se ejercen teniendo como límite los derechos de los otros. Por esa razón, si alguien pone en peligro la vida de otro, su derecho a la vida se suspende y activa en el ofendido su derecho a la legítima defensa: “en efecto, cuando el agresor pretende lesionar unos bienes fundamentales de otro, la *deuda* del otro de respetar la vida y la exigibilidad consiguiente se suspenden.”(Herrera, 1999, p. 151)

Pese a que se acepta que la vida no es un derecho absoluto y que se puede actuar en legítima defensa para garantizar la propia vida, no se acepta que entre los límites legítimos se encuentre el derecho de la mujer a preservar su vida, en el caso de la interrupción del embarazo por razones terapéuticas, cuando es un tratamiento para salvar a la madre. En este caso, se ha valorado que el feto es un ser inocente y no ha hecho nada para poner en riesgo la vida la mujer gestante, lo cual no permite afirmar que se actúe en legítima defensa.

También se descarta la posibilidad de que la mujer interrumpa el embarazo por grave peligro para su salud. El argumento para descartar que la protección de la salud de la madre pueda ser un límite para la vida del feto, radica como ya se indicó, en que el feto es un ser inocente que también merece protección; en consecuencia, interrumpir el embarazo y quitarle la vida al feto para que la salud de la mujer mejore no es actuar en legítima defensa, porque la vida del feto no se valora como una actuación que ponga en riesgo la vida de su madre como ocurre cuando alguien tiene que asumir su defensa de la agresión de otro. Se descarta la interrupción voluntaria del embarazo por razones terapéuticas por considerar que aceptarla sería valorar en un grado más alto la vida de la madre lo cual no es aceptable; las dos vidas son igualmente valiosas y preferir vida de la mujer sería imponer un criterio que discrimina al no nacido. La salud es un bien menor a la vida, siempre debe tratar de salvarse las dos vidas, pero no puede justificarse que por salvar la salud, bien menor, se desprecie la vida (en este caso del no nacido) que es un bien mayor.

Otro sería el caso en el que el embarazo ponga en riesgo la vida de la mujer gestante y deban realizarse procedimientos que tengan como consecuencia no deseada la muerte del feto. Es lo que la doctrina ha denominado el aborto indirecto o la “doctrina del doble efecto” y tiene unos requisitos para su licitud: que la intervención médica se dirija a salvar la vida de la madre como fin bueno en sí mismo, tratando siempre de preservar la vida del feto a toda costa. Ahora, para que se acepte esta situación, la interrupción del embarazo no debe ser el tratamiento, porque se estaría frente al ya descartado aborto terapéutico, de tal suerte que la afectación por la que se interviene a la madre debe ser urgente, grave, de tal magnitud que no de espera a la terminación del embarazo y no exista otro medio diferente y menos gravoso. En este caso, no se trata de una interrupción voluntaria del embarazo sino que se trata de un procedimiento médico independiente, que tuvo como consecuencia no querida del actuar médico y de la paciente, la muerte del no nacido, lo cual desde luego debería estar por fuera de cualquier reproche jurídico y moral. (Herrera, 1999) Sin embargo, esta tesis no es aceptada por todos los sectores conservadores. Algunas líneas extremas de la iglesia católica, por ejemplo, defienden la tesis de que el autosacrificio bendice a la mujer que da la vida por su hijo.

Pese a que la vida no sea un bien absoluto, se rechaza el argumento de que los derechos de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo limiten el derecho a la vida del *nasciturus*. Por el contrario, se defiende que la vida del feto constituye un límite al derecho de la mujer de disponer de su cuerpo. Para esta tesis, los derechos de las mujeres sobre su cuerpo se construyen a partir de la garantía de la libertad y la libertad no es absoluta, además de que debe dirigirse a alcanzar el bien común. La mujer, pese a que tenga derecho a decidir sobre su propio cuerpo, no puede disponer de la vida del no nacido, pues éste tiene derecho a la vida desde la concepción, “como se trata de una persona, nadie –salvo Dios- puede vulnerar su vida humana.” (Herrera, 1999, p. 216)

Para los defensores de esta tesis, la mujer embarazada tiene limitado su derecho a la libertad sobre su cuerpo en virtud de la protección del derecho a la vida del no nacido, en la medida en que uno de los fines de la mujer consiste en prestar los medios para alimentar y permitir el desarrollo del no nacido; la mujer tiene la misión, función y deber de contribuir con la procreación y la maternidad (Ibáñez, 1992). Por esa misma razón, se descarta que un embarazo se pueda interrumpir aunque sea producto de una violación o incesto. La forma en que se concibe no tiene nada que ver con el derecho que le asiste al no nacido.

En el mismo sentido, la libertad de ejercer la sexualidad no se viola con la prohibición de la IVE, pues las libertades protegen relaciones sexuales responsables, no el exceso y en “términos biológicos, no se puede pensar en una vida sexual desvinculada de la reproducción.” (Herrera, 1999, p. 226). Los derechos sexuales y la libertad sexual, sin que se respeten los preceptos del derecho natural, son considerados inmaduros y casi que actos de animalidad.

Independientemente de la causa del embarazo, como en los casos de violación o incesto, se debe proteger la vida del no nacido; que su concepción no haya sido consentida o que el feto tenga una malformación genética, desde la tesis conservadora, “no le quitan ni le disminuyen su derecho a la vida.” (Ortiz, 2009, p. 21)

iii. El deber del Estado de proteger la vida frente a la IVE

Para este sector de la doctrina, en concordancia con lo anterior, es una obligación del Estado sancionar la interrupción voluntaria del embarazo como un delito que se deriva de un hecho reprochable y que, por tanto, merece la pena que impone la ley positiva, pese a que no todos los actos que van contra la ley natural pueden ser sancionados por la ley positiva. En el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, esta conducta no debe quedar impune, puesto que dejarlo sin sanción “constituye un grave atentado a la convivencia social al atacar el deber fundamental de proteger la vida de los demás” (Herrera, 1999, p. 287). Para esta doctrina, no es posible despenalizar, ni liberalizar la interrupción voluntaria del embarazo en algunas circunstancias, porque eso sería una forma de legalizar la IVE. En esa medida, no se distingue entre legalizar y despenalizar, y cualquier ley que permita interrumpir un embarazo es una ley injusta.

Para la tesis conservadora, interrumpir la gestación “en cualquier momento del embarazo, debe verse como equivalente a un asesinato o un infanticidio, es decir, un hecho de igual valor que el asesinato de un adulto o de un niño ya nacido” (Ortiz, 2009, p. 18). En concordancia con esta idea, muchos códigos penales del mundo incluyen tipos penales para sancionar la IVE; sin embargo, ninguna ley ha considerado la IVE como un homicidio. La finalidad de penalizar la IVE es proteger la vida del feto y sancionar a las mujeres que interrumpan un embarazo y a quienes les ayuden y disuadir a aquellas que piensen en interrumpir un embarazo.

En los debates sobre el tema, la tesis de la penalización no considera como argumentos suficientes los relativos a los costos sociales y de salud o las libertades y los derechos de las mujeres; todos estos argumentos son derrotados por la superioridad moral que se le otorga a la protección del feto, cuya valoración moral prevalece sobre la mujer (Ortiz, 2009, p. 25). La protección a la vida del feto no admite grados de ponderación.

1.2.2 Doctrina pro libertad frente a la decisión de IVE

Esta tesis, puede considerarse contrapuesta a la anterior, ubica el centro de la discusión en los derechos de la mujer embarazada y parte de distinguir al feto de la persona. Se valora que la vida del no nacido es apenas una expectativa de vida, de manera que no se pueden sacrificar los derechos de la mujer como persona en acto para proteger a un feto que es una persona apenas en potencia. Se parte de que la mujer es madre si libremente lo desea y que penalizar el aborto constituye un obstáculo para el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como para decidir libremente sobre su cuerpo y proyecto de vida. El Estado, entonces, no debe intervenir penalmente sobre la voluntad de las mujeres de decidir libremente por la opción de la maternidad y menos incorporar argumentos religiosos, pese a que sean los argumentos de buena parte de la sociedad. Los argumentos que apoyan esta tesis se pueden describir como sigue:

i. La prevalencia de la vida de la mujer sobre la vida del feto

Independientemente de la valoración que se haga de la vida del feto como persona o no, la vida de la mujer debe prevalecer. Se pueden identificar dos tipos de argumentos en esta tesis:

a. Los argumentos que parten de distinguir persona y feto, esto con el fin de defender la tesis de que la protección de los derechos se predica de las personas, y dado que el feto no lo es o, a lo sumo, podría tratarse de una persona en potencia, no es posible afirmar que el valor de su vida sea superior al de las mujeres, cuya vida autónoma y en acto debe prevalecer en caso de existir colisión entre sus derechos y la protección que se otorgue al feto. Esto se sustenta en el hecho de que es la mujer quien es titular de derechos fundamentales. Para el profesor Ibáñez,

(...) la jerarquización de bienes debe resolverse a favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad, pues se trata de bienes jurídicos que constituyen el contenido objetivo de derechos fundantes, mientras que la vida humana en formación es un bien jurídico <derivado> de un principio fundamental o, si se quiere, de un derecho

fundamental, el de la dignidad humana, no constituyendo aquella misma el objeto de protección. (Ibáñez, 1992, p. 200)

La tesis liberal extrema en esta acepción ha sostenido que el feto no tiene derechos, pues no se trata de una persona, pero podría ser objeto de protección legal como parte de la especie humana, como en efecto se protege en algunas legislaciones en términos civiles. En estricto sentido, esta tesis no le otorga derechos al feto, pues los derechos se atribuyen a las personas nacidas quienes pueden reclamarlos. Incluso, si se llegara a aceptar que el feto debe valorarse como una persona en potencia, no es posible considerar que la protección de la vida de una persona en potencia pueda ser superior que el derecho a la libertad de la mujer como un ser en acto. Warren lo expone en los siguientes términos:

Aun así, no necesitamos insistir en que una persona potencial no tenga derecho a la vida cualquiera que sea. Puede muy bien haber algo inmoral, y no sólo imprudente, en la destrucción injustificada de personas en potencia, cuando hacerlo no sea necesario para proteger los derechos de alguien. Pero, incluso si una persona en potencia tiene algún derecho *prima facie* a la vida, tal derecho no podría pesar más que el derecho de la mujer a obtener un aborto, puesto que los derechos de cualquier persona real siempre superan a los de cualquier persona en potencia, siempre que estén en conflicto. (Traducción propia) (1973, p. 7)⁵

Dado que el feto no es una persona, no se puede concluir que interrumpir el proceso de gestación constituya un homicidio, ni si quiera un acto moralmente reprochable.

b. En algunos postulados de esta tesis se desecha la discusión sobre el carácter de persona o no del feto, algunos defensores de la libertad radical consideran que el hecho de que el feto sea o no persona no es relevante en la discusión sobre la elección, y puesto que los

⁵ “Still, we do not need to insist that a potential person has no right to life whatever. There may well be something immoral, and not just imprudent, about wantonly destroying potential people, when doing so isn’t necessary to protect anyone’s rights. But even if a potential person does have some *prima facie* right to life, such a right could not possibly outweigh the right of a woman to obtain an abortion, since the rights of any actual person invariably outweigh those of any potential person, whenever the two conflict.” (Warren, 1973. p. 7)

derechos de la mujer son prevalentes, no existe justificación para sacrificar el cuerpo y la vida de la mujer.

Incluso si el feto fuera una persona, la mujer no está obligada a sacrificar su vida, su proyecto de vida y aspiraciones, su libertad y su cuerpo en favor de otra persona. Asumir dicho sacrificio es un acto de libertad en el cual nadie puede interferir.

ii. Las libertades y derechos de las mujeres frente a la opción de interrumpir un embarazo

Esta tesis parte de la defensa de que las mujeres tienen derecho a decidir sobre su propio cuerpo, sobre la maternidad y en general a defender su plan de vida autónomo y a realizarlo. El profesor Ortiz clasifica esta tesis como la posición liberal extrema e identifica que sus postulados parten de la tesis de que el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo prevalece, lo que implica poder tomar la decisión de interrumpir voluntariamente un embarazo que se “deriva de considerar que la mujer es una persona plena, con dignidad, autonomía, libertad e igualdad en derechos a los hombres” (Ortiz, 2009, p. 27). Reconocer estos derechos a la mujer es parte de la valoración que se le debe como persona con plena autonomía moral, capaz de asumir y desarrollar su propio plan de vida.

La maternidad es una expresión de la libertad, “ante la procreación y la maternidad, a la mujer le cabe *optar libremente*, aceptando o rechazando, en cada momento o circunstancia, la maternidad. En definitiva, el <*derecho a tener hijos implica recíprocamente el derecho a no tenerlos*>.” (Ibáñez, 1992, p. 188)

Para esta tesis acceder de manera legal a un procedimiento que permita poner fin a un embarazo no querido es un derecho, las mujeres “deberían tener garantizado el acceso a servicios de salud que ofrecieran condiciones para realizar abortos seguros, sin complicaciones ni riesgos” (Ortiz, 2009, p. 29).

La interrupción voluntaria del embarazo se incluye como parte de los derechos sexuales y reproductivos, en los que convergen el derecho a gozar de calidad de vida, la responsabilidad y autonomía individual y la libertad de conciencia. Los derechos sexuales y

reproductivos son vistos como derechos esencialmente “democráticos, pues parten de la libertad (en especial, de la libertad sexual) y requieren la igualdad (el piso común de la igualdad de información y acceso a los servicios de salud).” (Lamas, 2001, p. 237)

Para esta tesis, los derechos y libertades de las mujeres frente a la libre opción de la maternidad son prevalentes, el hecho de que el feto sea potencialmente una persona no es suficiente para limitar los derechos de las mujeres a la salud, a la vida, a la libertad y a decidir su plan de vida. La imposición por parte del Estado mediante leyes que sancionen la interrupción de embarazos no deseados o que impongan plazos en los que legalmente se pueda interrumpir un embarazo y plazos en los que no se puede interrumpir, constituyen la anulación de los derechos de las mujeres.

De este modo, ni el parecido del feto a una persona, ni su potencial para convertirse en una persona, proporcionan fundamento alguno para la afirmación de que tiene algún derecho significativo a la vida. En consecuencia, el derecho de la mujer para proteger su salud, la felicidad la libertad, e incluso su vida, al poner fin a un embarazo no deseado siempre anulará cualquier derecho a la vida, que pueda ser adecuado atribuir a un feto, incluso a uno completamente desarrollado. Y, por lo tanto, en ausencia de cualquier abrumadora necesidad social para todos los niños posibles, las leyes que restringen el derecho de obtener un aborto, o limitan el período de embarazo durante el cual un aborto puede ser realizado, son una violación totalmente injustificada de la mayoría de los derechos morales y constitucionales básicos de una mujer. (Traducción propia)⁶ (Warren, 1973, p. 7)

En este sentido la tesis identificada como liberal considera que los derechos de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo y sobre su vida y que se amparan en su autonomía personal

⁶ “Thus, neither a fetus’s resemblance to a person, nor its potential for becoming a person, provides any basis whatsoever for the claim that it has any significant right to life. Consequently, a woman’s right to protect her health, happiness, freedom, and even her life, by terminating an unwanted pregnancy will always override whatever right to life it may be appropriate to ascribe to a fetus, even a fully developed one. And thus, in the absence of any overwhelming social need for every possible child, the laws which restrict the right to obtain an abortion, or limit the period of pregnancy during which an abortion maybe performed, are a wholly unjustified violation of a woman’s most basic moral and constitutional rights.” (Warren, 1973. p. 7).

como personas morales “son una buena base para justificar moralmente su decisión de abortar en cualquier momento del embarazo.” (Valdés, 2001, p. 74)

iii. El Estado no puede intervenir en la elección de la maternidad y por lo tanto no puede restringir la elección de IVE

Para los autores de esta postura, si el Estado ha garantizado el derecho a la propiedad, con mayor razón debe garantizar el derecho a la propiedad y disposición sobre el propio cuerpo. El derecho a disponer sobre el propio cuerpo se interrelaciona con el derecho a la intimidad, a la integridad personal, a la dignidad, a la igualdad y a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a las libertades sexuales y reproductivas, así como al derecho a decidir sobre el número de hijos que se quiere tener; de ahí que el Estado no puede limitar de forma desproporcional este derecho. Imponer una sanción penal a las mujeres por decidir libremente sobre su cuerpo constituye una intromisión ilegítima del Estado que además constituye una discriminación por razones de género, puesto que la mujer es la única a quien se sanciona por disponer de su propio cuerpo.

El derecho penal supone un comportamiento moral mínimo; sancionar penalmente a las mujeres por preferir su vida supone una exigencia moral máxima que no debe ser exigida por el Estado. Si la finalidad de la sanción penal es disuadir y castigar a quienes interrumpen un embarazo dicha finalidad no es eficaz, porque la penalización no salva vidas ni disuade a las mujeres a limitar su libertad.

En la medida en que la maternidad debe ser vista desde la libertad, no puede ser considerada como una obligación al tenor de lo defendido por la tesis conservadora, el derecho penal no puede imponer una restricción a la autonomía de la mujer y de la pareja para optar por la maternidad, pues tanto la mujer como la pareja “*tienen derecho a defenderse de una maternidad impuesta por el azar, la ignorancia o la violencia*”. (Ibáñez, 1992, p. 189)

La libre opción de la maternidad se halla amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, consagrados como derechos fundamentales en las

constituciones contemporáneas de tal forma que *“la prohibición del aborto y su penalización vendría a ser una compulsión a la maternidad, una negación por parte del Estado de la libertad de la mujer para configurar sus condiciones de vida, sus proyectos, su personalidad”*. (Ibáñez, 1992, p. 191)

La penalización de la IVE constituye desde esta tesis un atentado no sólo contra la libertad de la mujer a decidir sobre la maternidad y sus derechos sexuales y reproductivos, sino también un atentado contra su vida, porque las restricciones al acceso a medios salubres y legales dejan a las mujeres en estado de indefensión frente a los oferentes de prácticas riesgosas y clandestinas para interrumpir un embarazo no deseado. La restricción y la ilegalidad cobran muchas vidas, sobre todo las de las mujeres más pobres, por lo que la restricción de la IVE es un atentado contra la vida de la mujer y una discriminación a su derecho de acceder a un procedimiento de salud que sólo las mujeres necesitan y que debería estar protegido por la autonomía del paciente. La prohibición de la IVE es un problema de salud pública que genera altos costos a las mujeres, a la sociedad y al Estado.

La visión más radical de la libre elección es partidaria de despenalizar la IVE en todas las circunstancias, para autores como Muñoz citado por Ibáñez, *“El Derecho Penal sólo debería quedar para castigar el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer”* (Ibáñez, 1992, p. 219). En consecuencia, la interrupción del embarazo constituye una decisión libre de la mujer que puede ser tomada en cualquier tiempo y bajo cualquier circunstancia⁷.

1.2.3 Doctrina moderada a favor de los plazos o causales de exclusión de responsabilidad penal: los argumentos que distinguen la vida biológica de la vida humana y defienden la libertad de las mujeres con algunas restricciones

Esta tesis rompe el esquema de la protección absoluta de la vida del concebido, en la medida en que se pone en duda la identificación del embrión con la persona y rompe también con la tesis de la protección sin restricciones de los derechos de la mujer gestante. Desde ahí, los derechos que se enfrentan en la discusión como la autonomía y la libertad de

⁷ Un reflejo de esta tesis se identifica en las legislaciones de Cuba, Canadá y China.

las mujeres, la vida y la propia dignidad del concebido, no tienen un valor pre establecido, sino que debe decidirse en las situaciones concretas. En consecuencia, el Estado debe garantizar medidas para armonizar la protección al producto de la concepción y los derechos de la mujer gestante. Los argumentos de esta tesis se pueden describir como sigue:

i. La protección a la vida de la mujer y a la vida del no nacido: una colisión que admite grados de ponderación

La tesis moderada parte de reconocer que tanto liberales como conservadores han incurrido en errores en su argumentación, en buena parte por la valoración que han hecho del feto con relación a la noción de persona. Desde ahí, resulta valiosa la comprensión de las distinciones entre vida, vida humana y vida digna, con el fin de establecer en qué momento se puede afirmar la protección moral a la vida del feto como vida humana en condiciones dignas. Para la profesora Valdés, “El hecho de que un feto pueda sentir dolor o ser privado de la satisfacción de sus necesidades naturales, indudablemente nos impone ciertas exigencias morales.” (2001, p. 84) ¿A partir de qué momento debe protegerse la vida del feto?

Quienes defienden esta tesis moderada parten de una pregunta fundante: ¿qué noción de vida debe ser protegida por el ordenamiento jurídico? La respuesta a esta pregunta permite ubicar esta esfera de la discusión en la defensa de los sistemas de plazos o condiciones para interrumpir legalmente un embarazo y en la construcción de eximentes de responsabilidad penal en los casos que se encuentren por fuera de los plazos.

La distinción científica entre la vida humana y la vida biológica se ha enriquecido en buena parte por los desarrollos de la neurobiología, que ha determinado con bastante aceptación el momento en que el feto logra desarrollo de la corteza cerebral que permitiría considerar su protección y tutela como sujeto de dolor y gozo. Esta discusión es planteada por los profesores Carpizo y Valdés quienes defienden la tesis de que antes de la semana 12 no existen limitaciones válidas, que bajo la noción de protección de la vida humana se puedan alegar a favor de la penalización de la IVE. Para los autores, vale hacer la distinción entre

embriones y humanos: “el embrión no tiene las condiciones que particularizan al ser humano, en virtud de que carece de las estructuras, las conexiones y las funciones nerviosas necesarias para ello y, desde luego, es incapaz de sufrir o de gozar. Biológicamente no puede considerarse un ser humano” (Carpizo & Valdés, 2008, p. 5).

Desde luego, esta tesis rompe el paralelismo que igualaba embrión y persona, que defendía la tesis conservadora extrema, pues considera que equipararlos desconoce los avances de la ciencia médica. Se reconoce que el embrión biológicamente tiene el potencial para ser persona pero no es una persona, en tanto que se requiere de muchas condiciones para que finalmente el producto de la concepción llegue a ser una persona en acto.

Esta tesis parte de reconocer que una cosa es la vida en términos biológicos y la potencialidad que puede tener la vida futura del concebido y el feto y, otra cosa, es la vida de las mujeres en acto y la dignidad que de ella se predica. Frente a la noción de vida que debe ser protegida en el ordenamiento jurídico se puede defender:

a. La protección jurídica a la vida del feto: la distinción entre vida y vida humana. Desde esta posición la vida y la vida humana son conceptos distinguibles. Todos los seres vivos, entre los que se incluyen plantas animales, bacterias y demás células, (como los óvulos y los espermatozoides) tienen vida, sin embargo los únicos de quienes se puede predicar la vida humana es de los seres humanos. Los argumentos de esta tesis están acompañados de los más rigurosos avances de la ciencia moderna que permiten distinguir por ejemplo, el genoma humano del genoma de otros seres vivos como el chimpancé, de quien se afirma sólo se distingue en su estructura del ser humano en aproximadamente 1%. Pequeño porcentaje que permite explicar el desarrollo del cerebro humano en comparación con el de otros primates. (Carpizo & Valdés, 2008, p. 5) Esta distinción permite hacer afirmaciones sobre el proceso de gestación, en donde se ha identificado por ejemplo que sólo después de la semana 12 se forma la corteza cerebral, rasgo distintivo de la especie humana de otros primates.

Muchas células humanas pueden vivir separadas del cuerpo, incluso órganos y tejidos, lo que hace posible los trasplantes, “sin embargo, no por estar vivas y poseer el genoma

humano, esas células son seres humanos. Es decir, no es posible afirmar que el espermatozoide o el óvulo sean personas humanas” (Carpizo & Valdéz, 2008, p. 5), de hecho, aceptarlo sería casi incurrir en la falacia de división. Todas las tesis que identifican al cigoto como producto de la fecundación con un ser dotado de vida humana, parten de una premisa que excluye la información en materia de biología reproductiva, que permite identificar las etapas del proceso de gestación y de todos los procesos que se requieren antes de que un embrión sea viable. Los avances en la materia permiten afirmar que antes de la semana 24 no se puede señalar que el feto sea viable, esta etapa coincide con el desarrollo pulmonar y cerebral, momento a partir del cual puede detectarse la presencia de actividad nerviosa humana.

Como consecuencia de lo anterior, puede argumentarse que el fin de la vida humana coincide con la muerte cerebral y, de hecho, algunas legislaciones así lo consagran, lo cual permite que una persona pueda ser desconectada de los instrumentos que mantienen su vida de forma artificial. Este argumento es el mismo que justifica el sistema de plazos hasta la semana 12, por considerar que la vida humana no se ha desarrollado hasta entonces.

En esa medida, la protección jurídica del feto se desprende de la formación de sus rasgos humanos, los cuales no se identifican antes de la semana 12. Derivado de esa protección legal se han adoptado medidas para desestimular la interrupción del embarazo después de la semana 12, pero no se proponen argumentos para limitar la libertad de las mujeres a interrumpir un embarazo antes de esa semana, pues la vida, pese a que pueda considerarse valiosa, no se sobrepone a la protección de los derechos de la mujer gestante a optar libremente por la maternidad.

Este argumento permite proponer críticas a la tesis conservadora, la cual es considerada poco objetiva y proveniente de consideraciones religiosas como aquella según la cual la vida se protege por ser producto de la voluntad de Dios y en consecuencia es sagrada, o consideraciones de índole biológico, al indicar que el cigoto es parte de la especie humana por compartir el mismo material genético de los miembros de la especie humana. Las primeras son desvaloradas por considerar que las razones que provienen del discurso

religioso en los términos en que se han propuesto “no son el tipo de razones adecuadas para ser invocadas en una discusión pública razonable” (Valdés, 2001, p. 84); las segundas, han sido sobreestimadas por el argumento conservador, en la medida en que desarrollos sobre la materia también permiten hacer afirmaciones sobre la evolución del desarrollo embrionario y las etapas en las que se van adquiriendo rasgos más cercanos a la forma de vida humana. De igual manera, el argumento de que el feto es potencialmente un ser humano se usa como justificación para la prohibición total de la IVE, no es un argumento aceptado por la tesis moderada por considerar que no permite constituir una obligación moral fuerte en favor del feto, para inclinar la balanza hacia la protección absoluta de su vida en las etapas más tempranas de formación.

El argumento que parte de las diversas etapas de formación del no nacido, para distinguir entre vida y vida humana, permite criticar también la tesis liberal extrema por considerar que el desarrollo de facultades mentales en etapas avanzadas de la gestación, permite configurar una obligación moral especial frente a la protección del feto, en la medida en que los derechos de las mujeres no son absolutos y podrían ceder en favor del no nacido en momentos avanzados de la gestación, salvo que no exista otra causa que justifique la interrupción del embarazo, como serían las malformaciones fetales o el riesgo para la salud y vida de la mujer.

b. La protección a la vida digna: en la tesis moderada se consolida también el argumento que distingue la vida biológica humana y la vida digna. La dignidad ha sido considerada como

(...) algo intrínseco al ser humano; su valor le da derecho a no ser instrumentalizado ni despreciado por un trato que le equipara a un valor de cambio, despreciando su naturaleza de miembro del reino de los fines. La capacidad de autogobierno le sitúa por encima de “todos los demás seres del mundo que no son hombre” y, por tanto, no puede ser tratado como uno de ellos. (Boladeras, 2007, p. 108)

Respetar la dignidad de alguien supone reconocer su entidad como persona autónoma, libre de optar por un plan de vida y de actuar en consecuencia con ese plan.

La idea de dignidad humana se ha introducido en la discusión sobre la protección a la vida humana, en la medida en que no es suficiente el criterio de vida biológica para defender el carácter de persona de un miembro de la especie humana. La protección de la personalidad moral está ligada a la dignidad:

(...) la personalidad moral se presenta plenamente cuando el individuo o entidad en cuestión tiene capacidad para adaptar su vida a ciertos valores o ideales, para tener sensaciones placenteras o dolorosas, para ser consciente de sí mismo como un centro de imputación de intereses que es independiente de otros e irrepetible, y para adoptar decisiones que implican consentir diversas consecuencias normativas. (Nino, 1989, p. 359)

La dignidad de la vida de la mujer permite sostener que, aunque se genere una afectación moral por la pérdida de la vida del feto, de ese hecho no se sigue que la mujer no pueda moralmente optar por interrumpir el embarazo. Este argumento se puede defender a partir de lo expuesto por Nino, quien señala,

(...) si concluimos, como creo que debe hacerse, que la muerte de un feto es algo moralmente disvalioso por la pérdida de autonomía potencial y de sensaciones placenteras que ella representa, todavía no se sigue de allí que alguien –la madre, especialmente– tiene el deber moral de evitar esa pérdida, lo que debe ser justificado especialmente dada la severa restricción a su autonomía que embarazo y crianza pueden representar (un posible principio que puede fundamentar ese deber es el que tome en cuenta su consentimiento al participar voluntariamente de un acto sexual con previsión de sus consecuencias y con posibilidad de evitarlas). Pero aun cuando se estableciese el deber moral de alguien de impedir o no provocar la muerte de un feto, de allí no se seguiría necesariamente que es moralmente legítimo penar la violación de ese deber moral; aunque [...] del principio de autonomía de la persona se infiere una razón *prima facie* en favor de una imposición coactiva de ese deber, esa razón puede verse contrarrestada por otras (como es la de que así se empuja a las mujeres pobres a abortar en la clandestinidad y en condiciones peligrosas). (Nino, 1989, p. 361)

La protección de la vida digna de la mujer supone que hay circunstancias en las que prevalece su derecho a decidir sobre la continuidad del embarazo en periodos razonables de la gestación o cuando su propia vida esté en riesgo. Esto se expone en el siguiente apartado.

De igual forma, la idea de vida digna permite justificar que hay ocasiones en que debe interrumpirse la gestación para evitar que el producto de la gestación sufra un perjuicio por nacer, como sería el caso de los fetos con malformaciones que son incompatibles con la vida y que de nacer podrían morir o padecer graves sufrimientos.

c. La protección a la vida de la mujer gestante. La mujer en gestación es una persona cuya vida debe protegerse. Este argumento se propone como crítica a la tesis conservadora que sostiene que la IVE es inaceptable incluso en aquellos eventos en que la salud de la mujer gestante está en peligro. La salud y la integridad física y mental de la mujer gestante constituyen bienes jurídicos tutelables como derechos en cabeza de toda persona humana.

La protección a la vida del no nacido no interrumpe el derecho de la mujer gestante a disfrutar y defender su derecho a la vida. No es posible aceptar que la mujer sea vista sólo como un medio para la reproducción y la gestación, violando con ello su dignidad y autonomía personal.

El conflicto entre la salud y la vida de la mujer gestante debe resolverse a favor de la vida de la mujer, pues prohibir la interrupción del embarazo constituiría una carga desproporcionada para la mujer y una desvaloración de su vida. La valoración prevalente de la vida de la mujer gestante, parte de distinguir que existen niveles de formación del feto en donde no es proporcional imponer grandes sacrificios a la mujer en las etapas iniciales del embarazo en donde “basta para hacer admisible el aborto, que el nacimiento perturbe la vida de la madre o que ella no se encuentre en condiciones adecuadas para criar al niño, sobre todo cuando el embarazo no ha sido intencional o previsible.” (Nino, 2013, p. 143)

La tesis moderada defiende la idea de que la vida de la mujer es valiosa en sí misma, sin embargo, admite a diferencia de la tesis liberal extrema, que en ciertos niveles del desarrollo del feto se configura una protección al feto como eventual persona moral lo que

implicaría que en ciertos momentos del embarazo en los que ya existe un avanzado desarrollo del feto se deba proteger su vida, porque algunas razones que antes se podrían alegar en favor de la libertad y autonomía de la mujer dejan de ser preponderantes “y sólo un peligro grave e inminente para la vida de la madre o un impedimento extremo de los intereses de la madre, principalmente cuando la concepción no ha sido voluntaria y consciente, puede justificar el aborto.” (Nino, 2013, p. 148)

Esta tesis se ve reflejada en los sistemas legales que adoptan plazos en los que la IVE es legal y no necesita justificación. Dichos plazos se han sugerido a partir de los avances en el conocimiento en materia del desarrollo embrionario y que permite seguir la evolución del feto.

ii. Su concepción sobre las libertades y los derechos de las mujeres

Las tesis conservadora y de la libertad extrema no permiten llegar a un consenso sobre los derechos y valores que puedan resultar en conflicto frente a la decisión de interrumpir un embarazo. La tesis moderada parte de reconocer que el Estado debe garantizar los derechos de las mujeres pero que, a su vez, debe otorgarle protección a la vida humana en formación. La tesis moderada busca argumentar en favor de una solución en la que se puedan satisfacer el mayor número de valores posibles y justificar el sacrificio razonable de los valores que deban ceder ante un interés superior.

Las tesis moderadas han tenido que justificar los dos lugares de la discusión, los derechos de las mujeres y la protección que se debe al feto, esto último partiendo, como ya se expuso en el acápite anterior, de que al feto se debe protección a partir del momento de su desarrollo gestacional, protección que debe garantizarse para evitar causarle daño y dolor. Esta circunstancia permitiría limitar los derechos de las mujeres. Ahora, ¿qué derechos se reconocen a las mujeres que permiten justificar que pese a que en ciertas etapas la vida del feto y su integridad merezcan protección en otras deban prevalecer los derechos de la mujer gestante?

Los argumentos que se han propuesto en favor de las libertades son los siguientes:

a. La defensa de la mujer para decidir sobre su cuerpo: Este argumento se había expuesto de forma radical por la tesis liberal, sin embargo también es adoptada por visiones moderadas, quienes defienden que pese a que no existen derechos absolutos y que existen circunstancias en las que el feto merece protección, también existen otras circunstancias en las que prevalece el derecho de las mujeres a decidir si continua o no con el proceso de gestación, en tanto que la decisión se ampara en el hecho de que es el cuerpo de la mujer el que se afecta con la continuidad del embarazo y es la libertad sobre su cuerpo y autonomía reproductiva la que se pone en riesgo ante la expectativa de un embarazo no deseado.

La doctrina ha citado de forma recurrente, para defender esta tesis y criticarla, los argumentos propuestos por la profesora Judith Thomson, para quien, en la justificación de la idea de que el feto es persona, existen errores lógicos, que aunque se dejaran de lado y se aceptara que el feto es persona la simple aceptación de este supuesto no permite afirmar que la mujer deba sacrificar la libertad de disponer de su propio cuerpo frente a la maternidad.

Es de suponer que madre y feto gozan de un mismo derecho a la vida. ¿Cómo puede llegarse a la conclusión de que no es lícito practicar un aborto? Si madre e hijo tienen un mismo derecho a la vida, ¿hemos de echar la cuestión a cara o cruz? ¿O debemos sumar al derecho a la vida de la madre su derecho a decidir el destino de su cuerpo y sus vísceras —que nadie parece dispuesto a negar—, de modo que prevalezca esta suma de derechos sobre el derecho a la vida del feto? (Thompson, 1971, p. 216).

Para Thomson, la decisión sobre continuar o no un embarazo le atañe exclusivamente a la mujer, salvo que se trate del caso de una mujer que a los siete meses quiere interrumpir el embarazo para evitar las molestias y limitaciones que conlleva continuar con la gestación, caso que sería injustificable. Por esta consideración, se ubica a esta autora dentro de las tesis moderadas, porque encuentra que existen razones para justificar la interrupción del embarazo y razones que no permitirían hacerlo en etapas avanzadas del desarrollo fetal. La decisión de la interrupción justificada del embarazo se ampara en el derecho que tienen las personas de decidir sobre su cuerpo. En este caso, el de las mujeres de decidir si quieren “prestar” su cuerpo para la gestación.

En su argumentación, Thompson crítica la tesis conservadora según la cual la mujer debe facilitar su cuerpo para que el feto pueda vivir, ya que ella misma tiene la finalidad de servir a la reproducción, como expone la autora:

Supongo que, según ciertas concepciones de la vida humana, el cuerpo de la madre es sólo un préstamo, y un préstamo que no es de los que llevan implícito un derecho excluyente. Quien sostuviera esta opinión tendría razón en considerar imparcialidad el decir “no puedo elegir”; pero yo, por mi parte, he de desestimar esta posibilidad. Mi opinión es que si un ser humano tiene algún derecho justo y excluyente sobre algo, su objeto es el propio cuerpo (Thompson, 1971, p. 222).

Nadie podría obligar a una mujer a prestar su cuerpo para darle vida a otro, y si tuviese que decidirse qué derecho debe prevalecer, desde luego que un juzgador obraría de forma justa si favorece la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo, siempre que no se trate de una situación irrazonable como la anotada anteriormente.

De este argumento, se desprende la segunda consideración que debe tenerse en cuenta para la decisión de interrumpir un embarazo en el marco de las libertades conferidas a las mujeres y está relacionada con el hecho de que a nadie se le pueden exigir actitudes heroicas.

b. La toma de decisiones heroicas en favor de la vida del feto están amparadas por la libertad y nadie está obligado a asumir dichas posiciones para salvar la vida de otro. Las mujeres podrían optar por elegir salvar su vida, aunque ello tenga como consecuencia el “sacrificio” de la vida del que está por nacer. La prevalencia del derecho a la vida de la mujer en las circunstancias en que la continuidad del embarazo ponga en riesgo su vida, se ampara en el derecho que tienen las mujeres a decidir sobre la prelación de su vida, pues nadie, ni el Estado puede exigirles actitudes heroicas en favor del que está por nacer.

La profesora Thompson considera que la visión según la cual es ilícito interrumpir un embarazo incluso cuando está en riesgo la vida de la mujer gestante, es una posición extrema. Aun si se acepta que el feto es persona y tiene derecho a la vida, de ahí no se sigue que la mujer, quien también es persona y por consiguiente también tiene derecho a la vida,

deba ceder su derecho frente al del feto. La tesis parte de criticar los argumentos conservadores que se presentan en los siguientes términos: “Se nos dice que, de efectuarse el aborto, se mataría directamente al niño, mientras que, si no se realizara, no se mataría a la madre, sino que únicamente se la dejaría morir; además, matando al niño, se mataría a una persona inocente, porque el concebido no ha cometido ningún crimen ni pretende causar la muerte de la madre”. (Thompson, 1971, p. 216).

Para Thompson, el hecho de que una mujer decida escoger la protección de su vida no constituye el homicidio de un inocente, pues aguardar pacientemente la muerte que se sigue al mantener un embarazo que pone en riesgo la vida de la mujer no es una obligación moral que se le pueda exigir a la mujer, como persona. Si una mujer opta por continuar un embarazo con los riesgos que implica, su decisión estará amparada por su libertad, más no por una obligación que pueda exigírsele a todas las mujeres. El feto no tiene derecho a exigir que la mujer continúe un embarazo que tenga como consecuencia la pérdida de la vida de la mujer gestante, del mismo modo en que ninguna persona puede exigirle a otra que en virtud de su derecho a la vida haga algo para que le salve.

Cuando la mujer opta por salvar su vida no obra de manera injusta, pues “el derecho a la vida no consiste propiamente en el derecho de una persona a no ser privada de la vida, sino más bien en el derecho a que no le maten injustamente” (Thompson, 1971, p. 226). La privación de la vida del feto para salvar la vida de la mujer gestante no es injusta, dado que “nadie está moralmente *obligado* a hacer grandes sacrificios de salud, de otros intereses y asuntos, o de sus demás deberes y compromisos, durante nueve años, ni tan siquiera durante nueve meses, a fin de mantener vida a otra persona” (Thompson, 1971, p. 233). Obligar a una mujer a asumir dicha decisión constituiría obligarla a asumir una posición heroica que no es exigida a nadie más en el Estado.

c. Los derechos sexuales y reproductivos constituyen un argumento a favor de la IVE como parte de la libertad de las mujeres.

Los derechos sexuales y reproductivos constituyen un elemento fundante en la discusión en torno al ejercicio de las libertades de las mujeres frente a la IVE. Estos derechos se han

expuesto de manera reciente y la doctrina y la teoría han asumido su conceptualización desde la misma esfera de justificación a la protección de los derechos humanos.

Los derechos sexuales y reproductivos suponen la posibilidad de que todas las personas puedan tomar decisiones autónomas sobre su vida y su propio cuerpo en el ámbito de la sexualidad y la reproducción, de forma responsable y libre de toda coacción, violencia, discriminación o interferencia que pueda limitar esa libertad. En ese sentido, la salud reproductiva ha sido definida por la Organización de Naciones Unidas como:

(...) un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia (1994).

Para las mujeres, sin duda alguna, la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos ha tenido un especial valor, pues implica el hecho de que, pese a que la maternidad es una condición natural y biológica en el cuerpo de la mujer, no es una condición necesaria para su realización como ser sexual. La sexualidad no implica necesariamente la reproducción, pues la sexualidad está también ligada al disfrute y al placer como condición de la que pueden disfrutar las personas independientemente de la reproducción. Desde ahí, se considera que las mujeres tienen derecho a disfrutar de su sexualidad de forma libre, sin tener que temer a un embarazo. El hecho de que las mujeres puedan evitar por medios objetivos un embarazo, pero que pese a ello el método pueda fallar y la mujer deba asumir la carga de un embarazo, constituye una limitación al derecho de las mujeres a disfrutar de su sexualidad de manera satisfactoria.

Pese a estas consideraciones, la inclusión del derecho a interrumpir voluntariamente un embarazo dentro del marco de los derechos sexuales y reproductivos ha sido causa de polémica. Existen algunos acuerdos sobre las circunstancias en que se podría interrumpir un embarazo para evitar el peligro que puede acarrear en la salud reproductiva de la mujer

el hecho de continuar un embarazo, como es el caso de los embarazos con feto anencefálicos. (Villanueva, 2006)

La posibilidad de acceder a servicios de salud sexual con el fin de atender enfermedades o afecciones que impidan o afecten el ejercicio placentero de la sexualidad, constituye un derecho que se desprende de esta garantía. La imposibilidad de acceder a servicios de salud seguros que atiendan las necesidades de las mujeres que requieren interrumpir un embarazo, constituye una violación de la garantía de la salud sexual y reproductiva.

Si una mujer es abusada sexualmente, su libertad y sus derechos sexuales se han vulnerado injustamente, en consecuencia, una mujer no tendría la obligación de continuar con un embarazo producto de este hecho, pues ella no consintió las relaciones sexuales de las cuales se deriva el embarazo; obligarla a continuar con el embarazo sería admitir que la mujer tiene la obligación de garantizar la vida al feto incluso cuando su libertad ha sido vulnerada, imposición que no puede defenderse, pues la interrupción del embarazo no se hace por razones caprichosas sino por la carga que implica para una mujer continuar un embarazo en estos términos, cuando su libertad sexual y reproductiva se ha vulnerado. A la mujer no puede hacerse responsable de la vida del feto cuando ella no ha hecho nada que la haga responsable del embarazo.

La misma circunstancia se daría si el método de anticoncepción falla y la mujer queda embarazada sin haberlo planeado y sin que haga parte de su proyecto de vida. Normalmente los defensores de la prohibición de interrumpir un embarazo parten de la idea de que la mujer tiene una especial responsabilidad con el feto que se constituye en virtud de su condición de madre, lo cual limita los derechos sobre su cuerpo. Sin embargo, qué sucede si la mujer y el hombre “han tomado todas las precauciones lógicas para no engendrar un hijo, sólo en razón de su relación biológica con el concebido no tienen una responsabilidad especial respecto de él” (Thompson, 1971, p. 238).

En el mismo sentido advierte Nino sobre la necesidad de valorar las diversas circunstancias alrededor de la IVE, que permiten evaluar en qué eventos la prohibición constituye una carga desproporcionada si se generaliza al señalar que:

Hay una diferencia moral en la admisibilidad del aborto según el grado de voluntariedad del acto sexual que condujo a la concepción: no es lo mismo el aborto que pone fin a un embarazo resultante de una violación que aquel que termina un embarazo producto de un acto sexual voluntario: y no es igual cuando el acto sexual se realizó en condiciones en que se emplearon medios anticonceptivos, pero fracasaron o no se pudieron emplear por ser inasequibles, que cuando hubo despreocupación o negligencia en el empleo de los métodos anticonceptivos disponibles. (Nino, 2013, p. 136)

La penalización de la IVE trae como consecuencia que las mujeres ante circunstancias que les motivan a interrumpir sus embarazos acudan a prácticas clandestinas en donde se realizan procedimientos en condiciones inseguras e insalubres, especialmente para las mujeres con menos recursos y que tienen menos posibilidades de pagar servicios de salud menos riesgosos. Estas circunstancias configuran un estado de cosas en los que se ponen en riesgo los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en la medida en que las prácticas que se generan en países con sanciones penales para la IVE aumentan el riesgo para la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

d.Las mujeres son ciudadanas libres e iguales:

La tesis moderada considera que el hecho de que la IVE sea una acción que solamente limita los derechos de las mujeres y que sólo afecta la salud de las mujeres, puesto que interrumpir un embarazo requiere un procedimiento médico que únicamente requieren las mujeres, permite evidenciar que cuando el Estado sanciona dicha acción o limita el acceso a los servicios médicos para acceder de manera segura a ese procedimiento, se incluye un criterio sospechoso que hace dudar de la garantía a la igualdad de las mujeres. En esa medida, un Estado comprometido con la igualdad de las mujeres como ciudadanas de la misma clase no puede, de forma razonable, incluir prohibiciones totales frente a la opción de acceder a procedimientos legales de salud para interrumpir un embarazo.

Las mujeres son ciudadanas iguales, lo cual implica que tienen derecho a disfrutar de la misma protección que gozan los demás ciudadanos de un Estado. La penalización de la IVE

las ubica en un plano de desigualdad e imponen expectativas de rol basadas en el prejuicio que las ha vinculado de forma necesaria con la maternidad y el cuidado.

iii. La intervención del estado frente a la IVE

La tesis moderada reconoce que la opción de la maternidad esta amparada por las libertades y derechos fundamentales de las mujeres. Optar o no por la maternidad constituye “la decisión más íntima y personal que una persona pueda hacer en toda su vida” (Carpizo & Valdés, 2008, p. 13) razón por la cual el Estado no puede imponer sanciones que orienten la decisión de las mujeres frente a su maternidad. Sin embargo, el derecho a interrumpir el embarazo no tiene un carácter absoluto, en la medida en que debe armonizarse con el interés de proteger la vida humana y su potencialidad, de ahí que se considera legítimo que se adopten sistemas que garanticen la libertad de las mujeres de manera proporcional y que permitan proteger su vida y la vida digna del que está por nacer.

La tesis moderada parte de la aceptación del valor de los derechos de la mujer a su autonomía, libertad y disposición sobre su cuerpo, así como de sus derechos sexuales y reproductivos que incluyen la decisión sobre el número de hijos que se quiere tener. Sin embargo, reconoce también que, dependiendo de la etapa de desarrollo del feto, “los derechos de la mujer a disponer de su cuerpo y a decidir sobre su futuro no son derechos absolutos, sino derechos que pueden quedar suspendidos en un determinado punto de la gestación al entrar en conflicto con los derechos de un feto suficientemente desarrollado.” (Valdés, 2001, p. 84)

En esa medida, la respuesta del Estado frente a la opción por la IVE debe armonizar los derechos y principios en conflicto. La propuesta de esta tesis ha incorporado la adopción de un sistema de plazos y condiciones en los que se permita la interrupción legal y segura del embarazo y la prohibición después de cierto periodo, plazo que podría eventualmente levantarse ante el cumplimiento de ciertas condiciones.

El sistema de plazos parte de dividir el desarrollo del no nacido a partir del periodo de formación en que se encuentre y de los rasgos que se le atribuyan como ser humano a partir

de su desarrollo cerebral. Este sistema encuentra como críticos a quienes consideran que no se puede establecer con claridad el plazo exacto en que podría permitirse la interrupción de un embarazo. El argumento de la crítica se puede describir en los siguientes términos,

(...) si el moderado sostiene que está permitido abortar dentro de, digamos, los primeros 100 días de gestación, pero no después de esa fecha, el conservador y el liberal pueden argumentar que, puesto que la gestación es un proceso continuo sin cambios cualitativos súbitos, tendríamos las mismas razones para aceptarlo el día 101 que las que tenemos el día 100, y el día 102 tendríamos las mismas razones para aceptarlo que las que tenemos el día 101, y así sucesivamente; de manera que cualquier fecha que se elija parecerá a fin de cuentas arbitraria (Valdés, 2001, p. 85)

La respuesta a esta crítica parte de considerar: a. que el punto límite que se establezca para permitir la interrupción o prohibirla debe estar acompañado de buenas y objetivas razones que puedan ser aceptadas por los contradictores de una y otra tesis, por ser consideradas razonables más allá de las consideraciones particulares de cada grupo, apoyadas por ejemplo en el consenso médico y científico sobre las etapas del desarrollo del no nacido. Por ejemplo, antes de la semana 16 no se ha identificado la formación de estructuras cerebrales nerviosas que permitan que el feto tenga experiencias como el dolor. La existencia de exámenes e instrumentos de diagnóstico, facilitan en la actualidad eliminar la duda sobre los periodos en que se van dando estos cambios.

La segunda posibilidad que ofrecen los moderados sobre las buenas razones que pueden llevar a aceptar la interrupción de un embarazo como medida razonable además de los plazos es el sistema de condiciones. Dichas condiciones pueden ser de dos tipos: razones médicas, como cuando se identifica una grave enfermedad del feto que pone en riesgo su viabilidad o su vida digna, o cuando la propia vida o salud física o mental de la mujer gestante está en peligro y la única forma de salvarla es interrumpiendo el embarazo; o razones sociales: que el embarazo haya sido producto de una violación o inseminación artificial no consentida, que existan razones socio-económicas que pongan en riesgo el mínimo vital de la mujer, su familia y la del no nacido.

Un Estado que no distinga las distintas razones que pueden existir alrededor de la IVE estaría obligando a las mujeres a asumir posiciones heroicas. El argumento de Thompson para rechazar la intervención del Estado que prohíbe interrumpir un embarazo se ilustra a partir de la parábola del buen samaritano para distinguir entre la obligación de ser un buen samaritano y la obligación moral de ser un “samaritano con un mínimo de decoro”. A nadie se le puede atribuir la obligación moral de ser un buen samaritano. Lo que podría constituir una obligación moral sería el hecho de actuar en el segundo sentido, que constituye un sentido más razonable. Actuar como un samaritano con un mínimo de decoro, supone hacer lo que esté al alcance de quien obra para ayudar al otro, pero no la obligación de asumir grandes sacrificios por los otros. El Estado normalmente exige esta segunda tesis, ser personas solidarias en la medida de lo posible y no héroes que dan incluso su vida por los otros. Por esta razón, casi ninguna ley sanciona a quien no actúa como un buen samaritano, sin embargo, las leyes que prohíben y sancionan la IVE les imponen a las mujeres la obligación de actuar como buenas samaritanas al obligarlas a sacrificar incluso su vida por la protección de la vida del no nacido, lo cual constituye una carga desproporcionada y discriminatoria, pues a nadie más se le hace esta exigencia. Para Thompson “ninguna persona está moralmente obligada a hacer grandes sacrificios para mantener viva a otra que no tiene derecho a reclamarlos, aunque entre esos sacrificios no se incluya el de la propia vida; no estamos moralmente obligados a ser buenos samaritanos.” (1971, p. 236)

El sistema de condiciones puede combinarse con el sistema de plazos y, siempre que surjan razones que justifiquen la IVE una vez vencido el plazo, el Estado podría, a través del juez por ejemplo, establecer cuáles son los valores que deben prevalecer, para determinar si es posible autorizar la interrupción del embarazo luego del plazo legal.

La tesis moderada es coherente con las visiones contemporáneas del Derecho penal, en la medida en que se considera que siempre es posible encontrar alternativas diferentes a la sanción punitiva cuando se trata de prevenir conductas consideradas socialmente reprochables. Incluso en aquellas circunstancias en las que la interrupción del embarazo pueda ser considerado moralmente incorrecto, existen razones para considerar que resulta inadecuado acudir a la sanción penal. En ese sentido afirma el profesor Nino:

Una de esas razones es el carácter seriamente intrusivo sobre la intimidad que tiene la investigación de un aborto, lo que puede servir para promover diferentes abusos de funcionarios y chantajes de particulares. Más importante que esta razón, es la desigualdad a la que la punición del aborto somete a las mujeres pobres, que son generalmente las únicas que corren el riesgo de ser procesadas por este delito, al verse obligadas a abortar en condiciones sumamente precarias, que luego conducen a lesiones que deben ser atendidas en hospitales públicos (permitiendo, de este modo, la revelación del aborto cometido). (Nino, 2013, p. 144)

Las tesis moderadas han incorporado a la discusión argumentos en torno a la salud pública, la política criminal y el abolicionismo penal, que han aportado valiosas consideraciones acerca de la necesidad de la sanción penal por IVE. En lo que sigue se propondrán los argumentos aportados por esta línea de discusión.

1.2.4 Discusiones alrededor de la IVE en el derecho penal

Más allá de la protección al feto como bien jurídicamente tutelado, la discusión sobre la IVE en el marco del Derecho penal ha tenido dos grandes escenarios: por una parte, la discusión en el marco del abolicionismo y la crítica de la legitimidad del Derecho penal para sancionar el delito de aborto y, por otra, la visión incorporada en el debate de política criminal, acerca de la necesidad de sancionar o no la IVE. En lo que sigue se describirán los argumentos propuestos desde estas dos esferas.

i. Abolicionismo penal y argumentos a favor de la despenalización de la IVE ante la falta de legitimidad del Derecho penal para sancionar a las mujeres que interrumpen un embarazo

Como consecuencia de las reflexiones propuestas por la criminología crítica, se dio lugar al abolicionismo penal, entre cuyas tesis está la reducción del derecho penal. (Martínez, 1990, p. 13) En el marco de esta tesis, uno de los argumentos de esta corriente parte de combatir “el imaginario colectivo según el cual el sistema penal es el mecanismo idóneo para la

resolución de conflictos al mostrar cómo en mayor proporción su intervención hace más daño que bien, tanto a los sujetos como a la sociedad en general.” (Rodríguez, 2012, p. 11)

Desde esta perspectiva, resulta natural que se apoyen las concepciones que defienden la despenalización de la IVE por considerarla una medida que carece de toda idoneidad para garantizar la protección de los bienes que busca proteger. Las penas previstas en el tipo penal de aborto no logran disuadir a quienes tienen razones para interrumpir un embarazo, de tal forma que no logran cumplir con la función de prevención general y especial. En su lugar, ponen en riesgo la vida y salud de las mujeres que se ven abocadas a optar por procedimientos ilegales que en muchos casos resultan inseguros.

La visión del abolicionismo permite justificar lo innecesario que resulta un tipo penal que sanciona la interrupción voluntaria del embarazo, en cuyo caso se observa además que el Estado carece de legitimidad cuando incluye esta sanción.

Un análisis del tipo penal del aborto permite reforzar este argumento, cuando se observa que en la configuración del tipo, más allá de la supuesta protección a la vida del feto, el Estado termina imponiendo cargas a las mujeres por razones culturales e ideológicas que acercan el discurso moral a las tesis religiosas o a una tradición del Derecho que desconoce los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales.

En ese sentido, trabajos como el de la profesora Gloria Marcela Abadía Cubillos, analizan la forma en que se ha tipificado el delito de aborto en Colombia, permitiendo evidenciar con su análisis la relación existente entre la forma en que en las diferentes codificaciones se ha incluido el tipo penal de aborto o sus atenuantes, con modelos que exigen comportamientos idóneos a la mujer o que autorizan su realización para salvar el honor que ha sido quebrantado por el embarazo. Estas normas perpetúan un modelo de subordinación de las mujeres que desconocen su estatus de ciudadanas y en donde se confunde el derecho con la moral y lo religioso.

Desde esta perspectiva, la penalización de la IVE constituye una contradicción a la ideología liberal que defendía el derecho a la libertad e intimidad y terminó imponiendo

una concepción estereotipada de lo que es una mujer y de sus obligaciones frente a la sociedad

El modelo de feminidad que se supone normal, al cual es justo que las mujeres se conformen, es antes que nada un modelo maternal: la mujer, en realidad, es madre antes que toda cosas y en la maternidad se expresa y realiza gran parte del destino femenino. (Graziosi, citada por Abadía, 2006, p. 3)

La evolución del Derecho penal moderno ha dado muestras de que la libertad individual y el libre desarrollo de la personalidad han sido adoptados con tal fuerza que el Estado decidió no sancionar conductas que constituían una intromisión a la esfera individual, como las relaciones homosexuales o la bigamia. Sin embargo, frente a la IVE no se dio la misma circunstancia, constituyendo con ello una clara muestra de discriminación contra las mujeres, que son en última instancia, las titulares del derecho a decidir sobre la maternidad y sobre su cuerpo.

ii. La IVE desde la perspectiva de la política criminal

La “política criminal” puede entenderse, conforme la ha definido la Corte Constitucional en varios pronunciamientos como

(...) el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. (Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010)

El tipo de respuestas que adopta un Estado, puede ser de variada índole, desde medidas sociales y administrativas hasta medidas de tipo penal. En ese sentido, la sanción penal es apenas una de las medidas adoptadas para frenar conductas reprochables, “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal.” (Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010)

La Corte incorpora una noción amplia de la política criminal, ya que no reduce dicha noción al ámbito penal (Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001) sino que debe ser considerada como orientadora para la toma de decisiones en materia de configuración penal. Esta perspectiva

(..) evita reducir la política criminal a la política represiva penal, lo cual a su vez es un mecanismo importante para evitar las tendencias excesivamente punitivistas, lo cual preserva la idea del derecho penal como *ultima ratio*, al mostrar que en muchas ocasiones, la mejor política criminal no es la política penal sino el recurso a otros instrumentos de política pública. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 12)

Esta consideración será de suma importancia para la reflexión en torno a la política criminal a ser adoptada en materia de IVE, en la medida en que diversos estudios han considerado que la sanción penal no constituye una medida eficaz para garantizar el reproche social que puede generar la decisión de una mujer de interrumpir un embarazo. Si bien es cierto que un grupo social puede considerar no deseable la interrupción de embarazos, las medidas penales como opción para evitar dicha conducta, no han logrado disuadir a las mujeres que tienen razones para interrumpir un embarazo.

En ese sentido, se pueden interpretar estudios en los que se ha identificado que “las leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados”. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 75) Esta afirmación es sustentada por diversos datos comparados que muestran cómo por ejemplo, la tasa de abortos es de 32 por cada 1000 mujeres en edad de gestación en América Latina, frente a cifras como las de Europa Occidental, en donde la mayor parte de los países permite la IVE y en donde la tasa es de 12 por cada 1000 mujeres (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 75). La disminución en la tasa se puede explicar en Europa Occidental por la adopción de programas para promover el uso de métodos contraceptivos que evitan embarazos no deseados y por tanto reducen la IVE.

En el caso de Colombia, la idoneidad de la penalización de la IVE también ha sido desvirtuada mediante estudios que muestran las cifras de mujeres que interrumpen

embarazos, pese a la prohibición legal (Zamundio, Norma & Wartenbert, 1999). Las mujeres que interrumpen un embarazo conocen que dicho procedimiento es sancionado penalmente, “pero tienen un reconocimiento muy débil de su carácter delictivo.” (Ministerio de la Protección social y Universidad Nacional de Colombia, 2007, p. 35) La falta de idoneidad de la sanción penal para la IVE le resta legitimidad a dicha medida y le plantea un reto al Estado en su diseño de políticas para prevenir y evitar conductas que se reprochan. En ese sentido, apunta la recomendación de la Comisión Asesora de Política Criminal:

(...) una política criminal frente al aborto debe despenalizarlo mucho más ampliamente que lo previsto por la sentencia C-355 de 2006, puesto que el marco normativo derivado de esa sentencia es aún muy restrictivo y sigue provocando abortos clandestinos y afectaciones graves a los derechos de las mujeres. (2012, p. 75)

La despenalización drástica no reduce el número de interrupciones voluntarias de embarazos y, en cambio, sí tienen graves consecuencias en materia de salud pública, ya que las mujeres se ven abocadas a prácticas clandestinas para interrumpir el embarazo que desembocan en problemas de morbilidad y mortalidad por complicaciones frente a estas prácticas. Además de que la prohibición genera un problema de discriminación, en la medida en que son las mujeres más pobres las que se ven enfrentadas a realizar prácticas clandestinas más inseguras, aumenta con ello el riesgo para su salud y su vida. Para la Organización Mundial de la Salud “La condición legal del aborto no produce ningún efecto sobre la necesidad de una mujer de tener un aborto, pero afecta dramáticamente su acceso a un aborto sin riesgos.” (OMS, 2012, p. 17)

1.2.5 La IVE como problema de salud pública

La regulación de la IVE debe analizarse de forma conjunta como un problema de la salud pública, en el mismo sentido que el análisis en torno a la despenalización debe incluir entre sus variables el hecho de que la imposibilidad de las mujeres para acceder a una IVE en forma segura, constituye una de las mayores causas de morbilidad y mortalidad materna.

Varios estudios hacen el seguimiento de las cifras, de acuerdo con la organización Mundial de la salud, los datos muestran que “las muertes debidas a aborto inseguro, a nivel global, permanecen cerca al 13% de todas las muertes maternas” (González, 2011, p. 26), así mismo la Organización Mundial de la Salud estima que:

Cada año, se calcula que se producen 22 millones de abortos inseguros. Casi todos los abortos inseguros (98 %) se producen en países en vías de desarrollo. La cantidad total de abortos inseguros ha aumentado de alrededor de 20 millones en 2003 a 22 millones en 2008, si bien la tasa global de abortos inseguros no se ha modificado desde el año 2000 (OMS, 2012, p. 17)

La penalización de la IVE constituye un obstáculo para el acceso a la IVE en condiciones salubres y deja a las mujeres frente a un alto riesgo:

En general – con excepción de Europa del Este- las regiones con leyes de aborto menos restrictivas, tienen tasas más bajas de aborto inducido y los abortos inseguros no existen o su índice es muy bajo. Por el contrario, allí donde las leyes son restrictivas la mayoría de los abortos son inseguros. (González, 2011, p. 26)

Desde 1967, la Asamblea Mundial de la Salud ya identificaba la IVE en condiciones inseguras como un problema de salud pública que debía ser tratado por los diferentes Estados. Para el 2004 la Asamblea advertía que la IVE insegura como “una causa prevenible de mortalidad y morbilidad maternas, debe abordarse como parte del Objetivo de Desarrollo del Milenio relativo a la mejora de la salud materna y de otros objetivos y metas internacionales de desarrollo” (OMS, 2012, p. 18). En ese sentido, se propusieron lineamientos para que los Estados iniciaran acciones que permitieran gradualmente liberalizar las sanciones para la IVE y promover mecanismos de acceso a prácticas seguras de IVE y prevención de embarazos no deseados, como lo refleja el siguiente documento de la Organización Mundial de la Salud:

Se requiere un entorno regulatorio y político propicio para garantizar que cada mujer elegible desde el punto de vista legal tenga un acceso sencillo a la atención para un aborto sin riesgos. Las políticas deben orientarse a respetar, proteger y cumplir los

derechos humanos de las mujeres para alcanzar resultados de salud positivos para las mujeres, para ofrecer información y servicios relacionados con la anticoncepción de buena calidad y para satisfacer las necesidades particulares de grupos, tales como las mujeres de escasos recursos, las adolescentes, las víctimas de violaciones y las mujeres con VIH. (OMS, 2012, p. 98)

Para esto, los Estados deben promover el acceso real de las mujeres a la información y a los servicios de salud y eliminar los obstáculos, incluidos los legales, que impiden que las mujeres puedan acceder a IVE en condiciones salubres y bajo la garantía de sus derechos.

Pese a lo anterior, muchos Estados de América Latina y el Caribe siguen en mora de cumplir con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud en materia de acciones para disminuir la morbilidad y mortalidad femenina vinculada a prácticas clandestinas e inseguras de IVE, pese a que

(...) modificar la legislación en coherencia con los parámetros de la Organización Mundial de la salud y los parámetros internacionales de derechos humanos, no es sólo una cuestión o debate sobre el derecho a la vida, sino un imperativo frente al respeto y garantía del derecho a la salud, la no discriminación y la integridad personal de las mujeres. (González, 2011, p. 30)

La penalización de la IVE constituye un factor que agudiza los problemas de salud vinculados al embarazo y que afecta en mayor medida a las mujeres pobres que exponen su vida al someterse a servicios clandestinos de salud, para quienes la penalización constituye un beneficio, en cuanto que les permite mantener altos costos y condiciones precarias de calidad y de higiene sin ningún control. Desde esta perspectiva, la IVE como problema de salud pública, parte de reconocer que

(...) la salud y la 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. (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 217)

La inclusión del análisis de la IVE desde la perspectiva de la salud pública permite valorar que más allá de los bienes que se intentan proteger con el tipo penal, la realidad muestra que la legislación penal no es idónea para evitar que las mujeres que tengan razones para hacerlo, interrumpen un embarazo; en su lugar, la penalización genera graves problemas con altos costos inmateriales para la salud de las mujeres y elevados costos económicos para los sistemas de salud del Estado, que deben atender complicaciones por prácticas clandestinas e insalubres. La regulación normativa en materia de IVE supone que “los gobiernos deben considerar, en primer lugar, los derechos humanos de las mujeres a la autonomía reproductiva, a la igualdad, y a la salud” (González, 2011, p. 30). La perspectiva de la salud pública permite ubicar claramente el problema de la IVE como un problema de los derechos humanos de las mujeres.

1.2.6. La IVE como un derecho constitucional fundamental y como un derecho humano

El reconocimiento de la IVE como un problema de salud pública, cuya penalización impacta negativamente la vida y salud de las mujeres, ha permitido sostener el argumento de la falta de idoneidad de la sanción penal y de la necesidad de que se brinde la posibilidad de acceder a procedimientos seguros y legales para interrumpir un embarazo con el fin de salvar la vida de las mujeres, proteger su integridad física y moral, así como garantizar que la igualdad sea real y efectiva. Desde esta perspectiva,

(...) las decisiones de las mujeres en materia de aborto no tienen que ver solamente con sus cuerpos en términos abstractos, sino que, en términos más amplios, se encuentran relacionadas con sus derechos humanos inherentes a su condición de persona, a su dignidad y privacidad. Los obstáculos existentes para este tipo de decisiones en América Latina interfieren con la capacidad de las mujeres de ejercer sus derechos, dando lugar a prácticas clandestinas e inseguras que constituyen una de las principales causas de mortalidad materna en gran parte de la región. (Human Rights Watch, 2005)

La posibilidad de acceder a un procedimiento seguro para interrumpir de manera voluntaria un embarazo es visto como parte del derecho humano de las mujeres a la anticoncepción y

se desarrolla a partir del derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva (Ardila, 2011, p. 25). En el 2007, por primera vez se afirmó en la Conferencia Global sobre Aborto Seguro en Londres, que la IVE era un derecho humano al definir el “aborto legal y seguro como un derecho humano que debe garantizarse en todo el mundo.” (Barbajal, 2009, p. 205)

La tesis de que las legislaciones que mantienen un carácter restrictivo y sancionatorio desde el ámbito penal a la IVE, favorecen la violación de los derechos humanos de las mujeres, no sólo ha venido haciendo eco entre activistas y en discusiones académicas, sino que también ha empezado a ser defendida por los órganos de supervisión de los tratados internacionales de la ONU, quienes han sustentado la relación entre sanción legal y clandestinidad y riesgos para la vida, salud e integridad de las mujeres.

En ese sentido, por ejemplo, sobre el derecho a la vida el Comité de Derechos Humanos señaló con respecto a Colombia:

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 recurrido a tales procedimientos (art. 6). 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. (2004)

El derecho a la vida de las mujeres se pone en riesgo con la penalización y restricción del acceso a la IVE en la medida en que pone a las mujeres que buscan interrumpir un embarazo en situaciones de riesgo para sus vidas.

La penalización estricta es considerada violatoria no sólo del derecho a la vida, sino de la garantía del derecho a la salud, integridad física y moral de las mujeres, así como de la prohibición de tortura y tratos crueles como derecho humano. En ese sentido, se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de la ONU, quien así lo sostuvo cuando se pronunció sobre la obligación de mantener un embarazo en caso de malformaciones del

feto incompatibles con la vida extra uterina. En estos casos, la prohibición de interrumpir el embarazo fue considerada por el Comité como un trato cruel e inhumano, violatorio de los derechos humanos de la mujer gestante. (Comité de Derechos Humanos, 2005)

De igual forma la penalización estricta es considerada una vulneración al derecho a la igualdad real y efectiva de las mujeres. La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) establece dentro de las obligaciones para los Estados Parte, eliminar la discriminación contra la mujer. Entre los diferentes aspectos de discriminación es marcada la desigualdad en asuntos familiares, por esta razón, se incluyen compromisos para garantizar el acceso a las mujeres a la información en materia de planificación familiar y la eliminación de barreras para acceder a tratamientos de salud.

La IVE se debe garantizar mediante procedimientos médicos que únicamente se prestan para las mujeres. En esa medida, la estricta prohibición de interrumpir un embarazo y la exclusión de procedimientos médicos para interrumpir un embarazo afectan de manera exclusiva a las mujeres lo que permite afirmar que la no incorporación de procedimientos médicos para garantizar interrupciones de embarazo seguras, constituye una discriminación por razones de género. La búsqueda de la igualdad supone identificar diferencias de género que obligan a tratos diferenciados admisibles desde la perspectiva de los derechos humanos, como la protección a la maternidad en el empleo, pero también supone la supresión de medidas que desfavorezcan la igualdad y que constituyen distinciones basadas en el género, identificadas como sospechosas de discriminación, como el hecho de que un procedimiento médico para la interrupción voluntaria del embarazo, que sólo es requerido por las mujeres, sea prohibido y excluido del sistema de salud. En la misma línea, se puede leer la Observación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala frente al disfrute igualitario de los derechos, que el Pacto implica el compromiso de “eliminar los obstáculos jurídicos y de otro tipo que impiden que hombres y mujeres tengan igualdad de acceso a los servicios de salud pública. Se incluye aquí en particular, (...) la eliminación de las restricciones legales en materia de salud reproductiva” (Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005) y eliminar barreras que impiden el acceso a procedimientos seguros de IVE para proteger la salud de las mujeres.

La libertad constituye un derecho que también resulta vulnerado con las sanciones penales y restricciones a la IVE. Por lo menos en dos sentidos: el primero de ellos referido a la garantía de no ser privado de la libertad injustamente.

La ejecución de las disposiciones punitivas de la ley constituye un ataque al derecho de las mujeres a la libertad, al encarcelarse arbitrariamente a mujeres que buscan satisfacer sus necesidades de salud. El derecho a la libertad también se ve amenazado cuando las mujeres son disuadidas de solicitar ayuda médica a causa del temor a ser denunciadas a las autoridades policiales por médicos u otros profesionales de la salud, si éstos llegan a sospechar la acción ilícita de la mujer. (Human Rights Watch, 2005)

Para Human Rights Watch, la privación de la libertad por el ejercicio de un derecho constituye una grave violación a los derechos humanos.

En un segundo sentido, se vulneran los derechos de libertad, en su derivado derecho al libre desarrollo de la personalidad del cual se desprende la libre opción de optar por la maternidad, decidiendo el número de hijos que quiere tener y el espacio entre uno y otro hijo.

Ahora, ¿puede sostenerse que interrumpir un embarazo es un derecho humano? Existe por lo menos un acuerdo que se deriva de las distintas observaciones de los Comités encargados de la observación del cumplimiento de los pactos, tratados y convenios en materia de derechos humanos: la penalización y estricta prohibición de la IVE trae como consecuencia la grave vulneración de los derechos humanos de las mujeres y, en especial, de las más pobres, lo cual las deja en un estado de indefensión cuando tienen fuertes razones para interrumpir un embarazo y no encuentran medios legales para acceder a procedimientos de salud seguros. De ahí que pueda afirmarse que la garantía de una IVE segura y legal constituye un instrumento para garantizar los derechos de las mujeres cuya vida, salud, integridad personal, libertades e intimidad, como derechos humanos de las mujeres. La posibilidad de que una mujer pueda interrumpir un embarazo es una decisión amparada por

los derechos de las mujeres, su limitación constituye una vulneración de sus derechos, lo que la deja en una situación de indefensión.

1.2.7. Feminismos e IVE

Hablar de feminismo supone reconocer la existencia de una variedad de líneas de pensamiento en términos académicos y políticos⁸. Pese a las diferentes vertientes sobre el feminismo, la doctrina considera que puede acogerse la definición de feminismo entendida como

(...) el conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía de lo masculino. (Jaramillo, 1999, p. 33)

¿Qué rasgos distinguen las diversas líneas del feminismo? Existen diversos criterios de distinción, a partir, por ejemplo de la forma en que se comprende la opresión hacia las mujeres.

Este criterio permite agrupar las distintas vertientes de feminismo. Un primer grupo lo constituyen los feminismos de la igualdad, quienes sostienen la tesis de que “las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de igual modo a los hombres” (Jaramillo, 1999, p. 40)⁹. Este grupo a su vez tiene varias líneas de fundamentación, entre ellas se identifican:

a. Feminismos liberales clásicos, que siguen la línea teórica de esta corriente a partir de la cual deben garantizarse igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, para lo cual se debe establecer la igualdad formal. Esta línea sería crítica, por ejemplo de acciones de discriminación positiva a favor de las mujeres.

⁸ Así ha sido propuesto por Jaramillo, (1999). *La crítica feminista al Derecho*, En: Género y teoría del Derecho, Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes; Alviar, (2008). *Derecho, feminismo y desarrollo: propuesta para un análisis distributivo*, Bogotá: Temis y Alviar, & Jaramillo (2012). *Feminismo y crítica jurídica*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

⁹ La descripción que sigue parte de la propuesta de Isabel Jaramillo (1999, p. 40-44).

b. Los feminismos liberales sociales, que defienden a diferencia de las anteriores, la idea de igualdad de oportunidades en términos materiales o reales. Esta línea es clara consecuencia de las críticas formuladas al liberalismo clásico y sus dificultades al eliminar las condiciones de desigualdad con los presupuestos formales. Para este grupo, garantizar igualdad formal es insuficiente cuando las mujeres en la práctica, continúan en situaciones de desventaja, tienen menos acceso a la riqueza y al poder, lo cual las sigue dejando en situación de opresión.

c. Los feminismos socialistas defienden el postulado de que la igualdad debe traducirse en igualdad de recursos para las mujeres, en tanto que una de las razones de opresión radica en que las mujeres no son propietarias, de tal manera que la única forma de garantizar la igualdad y autonomía es que las mujeres también puedan acceder a la propiedad y a la riqueza. Sin embargo, no es suficiente con esto, pues la estructura de opresión es coherente con el sistema de producción capitalista, de tal suerte que para eliminarla deben además modificarse las formas de explotación y producción capitalista.

El segundo grupo está integrado por el feminismo de la diferencia o feminismo cultural que, en contraste con el anterior, señala como causa de la opresión la falta de valoración que existe de las particularidades de las mujeres que las hacen distinguibles de los hombres. Este grupo propone una crítica al feminismo de la igualdad al señalar que defendieron la igualdad a partir del canon masculino, desestimando las particularidades y necesidades de las mujeres que surgen de sus condiciones biológicas y morales. Un aporte significativo del feminismo de la diferencia en el tema de la IVE, consiste en la propuesta del método de análisis que de su fundamentación se deriva para el estudio de institutos jurídico penales como el delito de aborto. Desde esta perspectiva la reflexión en materia de política criminal y sobre la sanción penal de tipos como el aborto, cuya sanción se ejerce sobre la mujer como sujeto calificado, debería incorporar una perspectiva diferencial de género que tenga en cuenta las particularidades de la mujer y el trato diferencial en virtud de dichas particularidades.

Un tercer grupo está integrado por el feminismo radical, que identifica la opresión de las mujeres con una falta de poder, “el género es la estructura social predominante” (Jaramillo, 1999, p. 40), la estructura patriarcal ha ocupado puestos de poder y por eso se ha enraizado la opresión de las mujeres. Los hombres han dominado sobre las mujeres con base en las distinciones atribuibles a los roles en torno a la reproducción y la sexualidad. La forma de lograr eliminar la opresión de las mujeres es a través de su empoderamiento, del control sobre su sexualidad y sus propias vidas. El feminismo radical tiene dos líneas:

a. El feminismo reproductivo, que explica las condiciones de opresión de las mujeres en los rasgos ligados a la reproducción, la maternidad, las características biológicas de las mujeres y a la división del trabajo producto de la asignación de roles basada en las diferencias en materia de reproducción. Con el objeto de eliminar la opresión de las mujeres, es preciso asumir el control sobre la sexualidad y la reproducción de tal modo que las mujeres puedan disponer sobre sus cuerpos.

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 “desfeminizaran”. (Jaramillo & Alfonso, 2008, p.124)

b. La segunda línea es la del feminismo sexual, parte de la premisa de que en gran medida la opresión de las mujeres es consecuencia del control que logran ejercer los hombres sobre la sexualidad de las mujeres, a tal punto de terminar expropiándolas de su libre ejercicio. Para esta línea de pensamiento, el problema en torno a la regulación de la IVE se debe comprender desde la forma en que dicha regulación favorece los intereses masculinos de dominación. En ese sentido, el acceso a la interrupción de un embarazo sin que las mujeres controlen su sexualidad, garantiza la disponibilidad sexual de las mujeres, continuando con ello la dominación que existe sobre su sexualidad, e impidiendo que las mujeres puedan tener una razón y/o excusa (el riesgo de un embarazo) para rehusar las relaciones sexuales.

Estos tres grupos comparten, como eje común, que se centran en los rasgos del género para explicar la opresión. A diferencia de este criterio, se han propuesto otras valoraciones que descartan el género como principal horizonte para explicar la opresión, y parten en su lugar de condiciones como la raza o la orientación sexual, criterios que también son determinantes para evaluar la opresión a la que están sometidas las mujeres.

En su relación con el Derecho, el aporte del feminismo se puede visibilizar en la crítica feminista al Derecho en tres escenarios: a. la crítica a la teoría del derecho, que valora la forma en que se ha construido la respuesta sobre lo que es el derecho en relación con el sistema patriarcal; b. la crítica a las instituciones jurídicas y c. la crítica a los métodos de análisis, interpretación e investigación jurídica, que ha excluido la perspectiva femenina, de ahí que una de las propuestas es la inclusión de metodologías de análisis con enfoque diferencial de género.

A partir de esta contextualización, se pueden comprender las formas en que se ha problematizado la IVE desde los feminismos, por una parte desde la noción misma de lo que es el Derecho, y por otra, desde la crítica jurídica al Instituto penal que sanciona la IVE y desde los enfoques de análisis del problema que dejan de lado su estudio desde la perspectiva de género.

En Colombia, la ideología que ha orientado los movimientos feministas se ha identificado como “fraccionado entre feministas con tendencias más liberales y feministas con tendencias radicales. La academia, en general, ha seguido las líneas del feminismo liberal clásico y el feminismo liberal intervencionista con énfasis en la cuestión de los derechos de las mujeres y la redistribución de recursos a las mujeres más pobres” (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 124). Ahora, en el trabajo de las organizaciones, la orientación de aquellas dedicadas al tema de derechos sexuales y reproductivos ha estado más orientada por el enfoque del feminismo radical.

1.3. El debate sobre la IVE desde la perspectiva de los actores

Algunos argumentos que se derivan de las doctrinas comprensivas de los ciudadanos y ciudadanas en Colombia, pueden identificarse a partir de las tesis presentadas por los intervinientes en el proceso de constitucionalidad adelantado contra el tipo penal de aborto en Colombia en el 2006, en donde se presentaron más de 1500 intervenciones de las que da cuenta el capítulo IV de la Sentencia C-355 de 2006, (Corte Constitucional, Auto 360 de 2006) aunque por la amplia participación en el debate, en el texto final de la Sentencia no fue posible hacer referencia expresa a todas¹⁰. De dichas intervenciones pueden identificarse dos grupos de argumentos, las intervenciones a favor de la liberalización de la interrupción voluntaria del embarazo y las intervenciones a favor de mantener la sanción penal y en consecuencia en contra de la liberalización de la IVE. Debe aclararse que en el contexto del debate, el primer grupo de argumentos debe considerarse dividido en dos subgrupos, quienes defienden tesis liberales radicales de liberalización absoluta y tesis moderadas de liberalización con base en sistemas de plazos o razones. Esta división se deduce de las discusiones sobre el tema, aunque no se pueda percibir en el proceso de inconstitucionalidad por las restricciones que existen sobre las intervenciones, las cuales deben limitarse al debate de constitucionalidad en cuestión¹¹.

En lo que sigue, se presenta la forma en que cada grupo de argumentos fueron expuestos en el debate sobre la constitucionalidad del tipo penal de aborto y la forma en que, luego de casi diez años del proceso de Litigio de Alto Impacto en Colombia por la

¹⁰ La Corte constitucional señaló en el Auto 054 de 2004: “*Ante la solicitud que hace el ciudadano sobre el reconocimiento de personería para intervenir en el proceso como defensor de las normas acusadas, la Corte debe recordar que según las normas aplicables a los procesos de constitucionalidad, contenidas en el Decreto 2067 de 1991, una vez fijado en lista el proceso cualquier ciudadano puede impugnar o defender las normas sometidas a control de constitucionalidad (art. 7). Por tanto, los únicos requisitos para intervenir son: ser ciudadano y presentar la intervención en tiempo. Así, la Carta previó la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda participar en los procesos ante la Corte Constitucional. Esa intervención ciudadana fue consagrada por el constituyente (art. 242, numeral 1 C.P.) no sólo para que los ciudadanos puedan impugnar o defender la norma sometida a control -garantía de la participación ciudadana- sino, además, con el propósito de que éstos le brinden al juez constitucional elementos de juicio adicionales que le permitan adoptar una decisión”.*

¹¹ En la siguiente descripción y posterior análisis se tendrán en cuenta únicamente intervenciones de personas y organizaciones nacionales, no se incorporará la participación de personas y organizaciones internacionales que intervienen.

inconstitucionalidad del aborto (LAICIA) que dio como resultado la sentencia del 2006, se sigue abordando la discusión por algunos actores, en un momento en el que pese a que no se ha retrocedido en los logros de la sentencia de 2006, el debate ha ido en aumento.

En el proceso intervinieron a favor de despenalizar la IVE:

a. Organizaciones de mujeres: Las organizaciones de mujeres *Corporación Casa de la Mujer* y *Corporación Sisma Mujer*, participaron en el proceso de inconstitucionalidad del tipo penal de aborto y sus intervenciones fueron resumidas por la Corte. En estas intervenciones se señala que la prohibición absoluta de la IVE y la adjudicación de derechos fundamentales y personalidad al no nacido, da cuenta de una visión moral sobre el valor de la vida que no puede ser adoptada por el Estado, dado que su incorporación trae como consecuencia el desconocimiento de libertades, en especial, la de conciencia y la libertad religiosa y la transgresión del ideal del Estado laico, y vulnera los derechos fundamentales de las mujeres. La organización *Corporación Sisma Mujer*, señala sobre el Estado laico que si una concepción religiosa considera la IVE moralmente condenable, “el Estado no puede acoger esa creencia, promulgarla en una ley y hacerla obligatoria para toda la sociedad” (*Corporación Sisma Mujer*, Sentencia C-355 de 2006). De igual forma, la prohibición absoluta de la IVE deja a las mujeres como objetos destinados a la maternidad.

En la intervención de la *Casa de la Mujer*, se destaca que incluir una limitación al derecho fundamental de autodeterminación y al libre desarrollo de la mujer frente a la decisión sobre el número de hijos-as que una mujer desea y puede tener, supone obligarla a ser madre cuando se enfrenta a un embarazo no deseado, lo cual constituye un incumplimiento de los deberes del Estado frente a la protección de los derechos de las mujeres, como lo señala la Organización:

Estos deberes estatales implican la garantía, protección y establecimiento de las condiciones para que en ejercicio de su autonomía, la mujer considere cuándo es el momento oportuno y preciso para ser madre, de conformidad con el establecimiento de

condiciones políticas, sociales, económicas, culturales y afectivas. (Corporación Casa de la Mujer, Sentencia C-355 de 2006)

En la intervención, se defiende la idea de que interrumpir un embarazo es un asunto que compete a las mujeres y, en algunos casos, a las parejas, y que la medida penal es desproporcionada y no cumple los fines para los que supuestamente se promueve. Resalta la intervención que el problema de la regulación de la IVE debe ser analizado desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres, teniendo en cuenta que es un problema de salud pública y que se debe proteger el derecho a la vida de las mujeres, su dignidad y libertad, así como la garantía de no discriminación.

La participación de grupos de mujeres en la Sentencia se reduce a estas dos intervenciones, puesto que, como se indicó, dado el alto número de intervenciones no fue posible incorporarlas todas en el texto. Sin embargo, otras organizaciones de mujeres y ciudadanas de forma individual también participaron en el proceso con intervenciones y firmas de adhesión.¹²

En la actualidad, además de las organizaciones mencionadas, los movimientos sociales de mujeres continúan trabajando en pro de la liberalización de las sanciones por la IVE. Entre ellas se encuentra *La mesa por la salud y la vida de las mujeres*, organización que tiene entre sus líneas de trabajo el monitoreo de las decisiones adoptadas por las distintas esferas institucionales del Estado colombiano, frente al derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), así como el acompañamiento técnico a los responsables en todos los niveles, de garantizar el acceso a servicios de IVE en las condiciones amparadas por la Sentencia de la Corte y la asesoría jurídica. (La mesa por la vida y la salud de las mujeres, 2011)

¹² Casa de la mujer, Corporación Humanas, Centro de Estudios de género Magdalena León, Corporación Mujeres Unidas de la Zona Noroccidental de Medellín, la seccional de Medellín de la Red Colombiana de Mujeres por los Derechos Sexuales y Reproductivos, la Corporación Centro de Acciones Integrales para la Mujer (CAMI), Fundación MAVI (Mujer, Arte y Vida), la Ruta Pacífica de Mujeres, el grupo Mujer y Sociedad de la Universidad Nacional de Colombia, la Liga de Mujeres Desplazadas y Católicas por el derecho a decidir. (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 102).

La mesa adelanta, además, estrategias de incidencia, comunicación e investigación en torno a la realización de los derechos sexuales y reproductivos y, en especial, sobre la garantía del derecho a la IVE y a la despenalización del aborto.

En este grupo, se encuentra también Women's Link Worldwide, organización con sedes en Colombia y España que tiene una importante presencia en distintos países de América Latina, Europa y África Oriental. Entre sus líneas de trabajo, se encuentra la promoción y defensa de los derechos sexuales y reproductivos. Entre los resultados de sus líneas de acción, se destaca por haber coordinado el proyecto LAICIA para la liberalización de la IVE en Colombia, así como el posterior seguimiento y divulgación de la Sentencia de 2006. El trabajo de Women's se puede valorar como un desarrollo de las tesis moderada frente a la IVE y más que una defensa de esta constituye una defensa del derecho a la maternidad libre y segura.

La Corporación Humanas, que desarrolla en sus líneas de trabajo el monitoreo y seguimiento a decisiones judiciales, y ha dedicado esfuerzos a observar el cumplimiento de la Sentencia del 2006 y el cubrimiento que se han realizado sobre el tema. (Corporación Humanas, 2010)

Por su parte, la Fundación Mujer y Futuro, ha desarrollado actividades de promoción y divulgación de derechos sexuales y reproductivos.

Finalmente, se resalta el trabajo de un grupo de organizaciones que prestan asesoría y servicios médicos como es el caso de Profamilia, Oriéntame, y Fundación Sí Mujer. Todas realizan promoción y atención integral en derechos sexuales y reproductivos, además de participar como expertas en el foro público.

Las mujeres se han caracterizado por incidir desde estas y otras organizaciones a través de tres ejes: a) educación, promoción y divulgación en materia derechos sexuales y

reproductivos, b) estrategias de incidencia legal y activismo social y, c) investigación y monitoreo. Aunque existen distintas posturas entre los movimientos de mujeres, todas coinciden en la defensa de la aplicación de la Sentencia de 2006 como una conquista, aunque no completa, significativa para el ejercicio del derecho a la IVE.

Pese a las diferencias entre las distintas organizaciones, desde 1993 los grupos de mujeres de distintos lugares de Latinoamérica y el Caribe, adelantan la Campaña 28 de septiembre, día por la despenalización total del aborto en América Latina y el Caribe, con el fin de “promover el cumplimiento de las leyes que permiten la interrupción del embarazo así como la revisión y liberalización de las leyes que prohíben el aborto” (Organizaciones colombianas integrantes de la Campaña 28 de septiembre, 2010). La campaña, que ha logrado el respaldo de muchas organizaciones del mundo, busca “llamar la atención sobre los graves efectos que para la salud de las mujeres conlleva la penalización del aborto, este es un tema importante de salud pública, derechos humanos, democracia y justicia social.” (Organizaciones colombianas integrantes de la Campaña 28 de septiembre, 2010)

El movimiento de mujeres ha logrado tejer importantes redes de apoyo, no sólo de grupos sociales, también de sectores de la academia y de grupos y movimientos políticos, lo cual ha aumentado su nivel de incidencia y visibilidad.

b. Intervención y conceptos de instituciones del Estado con funciones de protección de derechos fundamentales

En este grupo, se incorpora la intervención que en su momento propuso el Defensor del Pueblo quien manifestó coadyuvar la demanda. Para la Defensoría, mantener el tipo penal de aborto constituía una discriminación por razones de género que no puede sostenerse en el Estado constitucional; configura una limitación a los derechos de las mujeres y una carga desproporcionada que no supera un test de igualdad, además de constituir un trato cruel que desconoce el marco jurídico de protección de los derechos humanos de las mujeres.

En su intervención, se argumentó a favor de la defensa de una concepción de la vida en términos no religiosos, con el fin de garantizar un escenario de decisión moral en el que cada persona pueda proponer una visión de vida digna que pueda ser desarrollada libremente según las concepciones morales individuales. Conforme a lo anterior, el Defensor del Pueblo señala la necesidad de que el Estado no imponga una valoración de la vida desde una perspectiva religiosa y se manifiesta a favor de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos objeto de análisis.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por su parte, considera que la IVE no puede ser considerada un medio de planificación familiar; considera pertinente que se excluyan de responsabilidad penal, los eventos en que se interrumpe un embarazo para salvar la vida de la mujer gestante por malformaciones del feto y en los casos de violación. Considera el ICBF que la IVE es un problema de salud pública que se debe afrontar de forma holística desde:

- (i) un ordenamiento jurídico que responda a los preceptos fijados por los principios, valores y normas de la Constitución, a los Tratados de Derechos Humanos; (ii) la política pública de salud y educación; (iii) las responsabilidades que corresponden a la familia, la sociedad y al Estado para garantizar, en este caso, el desarrollo armónico e integral de las niñas y adolescentes, la garantía de su interés superior y la prevalencia de sus derechos, especialmente a la vida, a la salud, a la igualdad, a la intimidad personal, y el respeto a su dignidad, autonomía y libertad. (Defensoría del Pueblo, Intervención Sentencia C- 355 de 2006)

El Director General de Salud Pública del Ministerio de Protección Social expone la necesidad de ir más allá de la discusión en torno al conflicto moral y religioso en torno a la IVE, y sugiere incorporar al debate un enfoque desde la óptica de la salud pública, de tal manera que se incorporen argumentos fundados en avances científicos, que incorporen el interés común y que permitan garantizar los derechos de las mujeres y los niños, teniendo como referente el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Esto sin desconocer que la decisión de la IVE incorpora los valores sociales, culturales y religiosos de las mujeres que se enfrentan a ella.

En este grupo, se incluye la intervención de la Procuraduría, concepto obligatorio en todos los procesos de inconstitucionalidad. En el 2006, el Ministerio Público señaló que en discusiones como la que se tejen alrededor de la IVE, se tocan las concepciones éticas de las personas, lo que trae como consecuencia que se incorporen en la misma, argumentos morales o religiosos. Pese a que estos argumentos deben ser respetados y protegidos por el ordenamiento constitucional, no deben ser incorporados en el juicio de constitucionalidad. Para el jefe del Ministerio Público, los agentes del Estado deben consultar la perspectiva que tienen los miembros de la sociedad quienes pueden dar cuenta de sus argumentos, religiosos o no, en procesos de constitucionalidad a través de las intervenciones ciudadanas, como ejercicio idóneo para este fin. Dicho ejercicio es considerado enriquecedor del debate público en torno a la regulación constitucional y da luces sobre el sentido en que deben interpretarse las normas objeto de debate.

Sin embargo, debe evitarse la inclusión de argumentos que acudan a la supuesta percepción de la mayoría sobre un tema, porque al incluirse no podrían ser tenidos como criterios definitorios en los procesos de constitucionalidad, en tanto que se pondrían en riesgo los derechos de grupos minoritarios.

Para la Procuraduría, la discusión constitucional debe tener como corolario que el Estado colombiano es un Estado laico que garantiza libertad religiosa y de conciencia, de tal manera que las actuaciones y decisiones de las autoridades públicas deben incluir y ser “comprensivas de esa diversidad, libertad y pluralidad y orientadas a la realización de los fines señalados en la Carta, de conformidad con el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 5°, 7°, 16, 18, 19, 20, 93.” (Concepto de la Procuraduría, Sentencia C-355 de 2006)

Para el Ministerio Público, pese a que valoraciones filosóficas, religiosas, sociales, demográficas o científicas permitirán justificar prohibiciones parciales o totales de la IVE, en las sociedades contemporáneas deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales de

la mujer como “verdadera protagonista de esta circunstancia.” (Concepto de la Procuraduría, Sentencia C-355 de 2006)

En la actualidad, todas las instituciones estatales con funciones de promoción y garantía de los derechos humanos han participado en la promoción y divulgación de los derechos sexuales y reproductivos, entre los que se encuentra la IVE, excepto la dirección del Ministerio Público en cabeza del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado, quien asumió funciones desde enero del 2009, fecha a partir de la cual la Procuraduría ha emprendido una cruzada contra el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en distintos escenarios.

Entre sus actuaciones, se encuentra, por ejemplo, el concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación, en el que se señaló “que las píldoras que contienen como principio activo el Levonorgestrel (anticonceptivas) son abortivas” (La mesa por la vida y salud de las mujeres, 2014) desconociendo con ello un pronunciamiento del Consejo de Estado en el tema.

Entre las acciones de la Procuraduría, se encuentran la Resolución 284 de 2009, mediante la cual se designaron funcionarios para hacer control a instituciones de salud que prestan servicios para la IVE; así mismo, se conminó al Ministro de la Protección Social a suspender la inclusión del Misoprostol en el POS, y se han interpuesto incidentes de nulidad contra Sentencias de la Corte Constitucional que amparan el derecho a IVE, como sucedió en los casos de las Sentencia C-355 de 2006, T-388 de 2009 y T-841 de 2011.

La forma como el Ministerio Público expuso la información sobre derechos sexuales y reproductivos, llevó a que se interpusiera una tutela, revisada y fallada mediante la Sentencia T- 627 de 2012, en el que se buscaba el amparo de los derechos de 1280 mujeres actoras contra del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez, la Procuradora Delegada Ilva Myriam Hoyos, y la Procuradora Delegada María Eugenia Carreño. La Corte Constitucional consideró que, en efecto, la Procuraduría violó los derechos de las

solicitantes, al tergiversar órdenes emitidas con ocasión de la Sentencia T-388 de 2009, y al reproducir información errónea, con lo que se desconocieron los derechos de las mujeres a la información, vital para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

Lo mismo sucedió en el caso de la información falsa que emitió la Procuraduría sobre el derecho a la objeción de conciencia. La Corte Constitucional en Sentencia T- 627 de 2012, le ordenó a la Procuraduría rectificar la información.

En muchos escenarios de discusión, se han cuestionado las actividades de la Procuraduría, que alegando la protección a la vida, en el 2013 señaló desde El Vaticano que “su posición moral es defender la vida desde su gestación hasta que se produzca la muerte natural” (Valero, 2013), desconociendo los preceptos constitucionales que protegen los derechos de las mujeres. La Procuraduría ha extralimitado sus funciones y ha emitido comunicados y órdenes, haciendo caso omiso a decisiones judiciales y avances médicos y científicos sobre el tema.

La presión política ejercida por la Procuraduría es reconocida por los funcionarios de las instituciones que prestan servicios, quienes perciben una fiscalización de sus funciones, lo cual materializa la fuerte oposición que ha mantenido, como postura oficial, la Procuraduría frente a la IVE; esto ha generado temor por parte de los funcionarios administrativos y médicos de las IPS a brindar abiertamente los servicios de IVE, ante la posibilidad de eventuales acciones disciplinarias en su contra. (Chaparro, García, Guzmán, Rojas & Sandoval, 2013, p. 68)

Contrario a lo que ha significado la acción desplegada por la Procuraduría, el Ministerio de Salud ha impulsado el cumplimiento y desarrollo de la Sentencia de 2006, partiendo de la base de que debe darse cumplimiento a los avances jurisprudenciales que permiten el desarrollo de reglas para garantizar el derecho de las mujeres a la IVE. Producto de dicha labor se expidió la resolución para incluir la IVE en el POS, así como el Misoprostol, a

partir de los Acuerdos 034 de 2012 y 29 del 2011. (Chaparro, García, Guzmán, Rojas & Sandoval, 2013, p. 69)

En el pasado Foro sobre Aborto Legal en Colombia: presente y futuro, el Ministro de Salud¹³ Alejandro Gaviria analizó el problema de la IVE desde la perspectiva de la salud pública. El ministro resaltó la importancia de adelantar programas y acciones con el fin de garantizar a las mujeres el derecho a acceder a servicios médicos para interrumpir un embarazo legalmente. Para el ministro, “hay avances científicos pero falta mucho más, porque todavía hay obstáculos.” (La Silla Líder, s.f.) El Ministro hizo énfasis en la noción de salud integral defendida desde la Organización Mundial de la Salud, la cual comprende salud física, mental y social, así como la autonomía de las mujeres para decidir, con base en la información suministrada por el médico, si asume o no el riesgo de interrumpir un embarazo. Para el Ministro, el principal obstáculo para el avance en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres radica en la falta de información, en la falta de capacitación de los prestadores de servicios de salud, así como en los prejuicios culturales sobre el tema.

La Fiscalía General de la Nación, a través del Fiscal Eduardo Montealegre, ha sostenido que no hay un mandato ni en la Constitución ni en las normas internacionales que obliguen al Estado a sancionar penalmente la IVE, por lo que hace un llamado a encontrar una postura que logre conciliar los derechos de la mujer y del que está por nacer. Para el Fiscal, la IVE debe permitirse “al menos durante las doce semanas de gestación.”(Medina, 2015)

c. Intervenciones de la Academia

En el 2006 la Universidad Santiago de Cali interviene a favor de la despenalización, a partir de los elementos que desde la doctrina del Derecho Penal se deben analizar y concluye que el Estado colombiano como Estado laico, no ha fijado políticas en materia de IVE y que la

¹³ Foro “Aborto legal en Colombia: Presente y Futuro”, organizado por la Fundación Buen Gobierno, la Organización Women’s Link Worldwide y con el apoyo de Profamilia. Se desarrolló el martes 10 de Noviembre de 2015 en el Auditorio Luis Guillermo Vélez, ubicado en el Edificio Nuevo Congreso de la República, en Bogotá, Colombia.

incorporación de sanciones penales en todos los casos desconoce el principio del Derecho penal como legislación de *ultima ratio* y deja de lado los precedentes jurisprudenciales sobre este aspecto. Consideran que la pena y la judicialización de la IVE resultan inútiles y desproporcionadas, imponiendo obligaciones excesivas a las mujeres, lo cual desconoce sus derechos y dignidad humana.

En esta línea, se pueden incorporar las intervenciones de las ciudadanas Magdalena León de Leal, Profesora de la Universidad Nacional de Colombia, María Mercedes Gómez, profesora de la Universidad de Los Andes y Lya Yaneth Fuentes, profesora de la Universidad Central, quienes coadyuvan la demanda de inconstitucionalidad, reafirmando “la necesidad de abrir el debate acerca del aborto, con el fin de afrontar la problemática de las muertes maternas por esta causa y que las mujeres puedan controlar sus cuerpos, sus vidas y ello permita que estas puedan ejercer plenamente su condición de ciudadanas.” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006). Con su escrito, las académicas incorporan una lista de 50 profesoras pertenecientes a 11 universidades y 7 institutos de investigación fuera del país que suscriben su intervención.

Por su parte, la Directora del Centro de Investigaciones Sobre Dinámica Social de la Universidad Externado de Colombia, manifestó acerca de las normas acusadas, que deben ser declaradas inexecutable porque i) la penalización favorece la clandestinidad e impide “el control de calidad en la atención y responsabilidad en los servicios de salud; ii) Porque los efectos de la clandestinidad, como la segregación social y la segmentación en la atención en salud recaen en las mujeres más pobres, más jóvenes y más ignorantes”. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

En la actualidad, Dejusticia ha adelantado importantes estudios sobre la implementación de la Sentencia de 2006, en los que se evalúan los obstáculos para el acceso de las mujeres a

interrumpir el embarazo legalmente, así como la ausencia de políticas públicas para garantizar en el sector salud, el acceso a este derecho.¹⁴

La academia ha mantenido de forma rigurosa la problematización sobre las consecuencias de la penalización de la IVE, sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, así como el abordaje del problema desde el enfoque diferencial de género y desde la óptica de la salud pública. Se han propiciado espacios para la discusión abierta y el enriquecimiento del debate, en el que se han incorporado argumentos a favor de la efectiva implementación de la Sentencia de 2006 y del avance en materia de la despenalización de la IVE en Colombia.¹⁵

a. Intervenciones de la comunidad médica:

La Academia Nacional de Medicina, que mediante la Ley 02 de 1979 se constituye en un organismo consultor y asesor del Gobierno Nacional para la salud pública y de educación médica, intervino en el proceso de constitucionalidad en el 2006 con un concepto fundamentado desde la óptica de la salud pública y el tratamiento ético que debe recibir la mujer gestante. En este, se considera que la IVE es un asunto de salud pública, en la medida en que configura una de las causas de morbilidad materna asociada a procedimientos inseguros, que tiene como consecuencia una afectación a los recursos destinados a la salud. Señalan que, en términos médicos, existen circunstancias que permiten recomendar la interrupción de un embarazo:

- a) Cuando el embarazo, **per se**, pone en riesgo evidente la vida de la madre, o cuando se asocia a patologías pre-existentes, cuyo agravamiento se constituye en amenaza mortal, b) Cuando se diagnostican con certeza malformaciones embrionarias o fetales que riñen con la supervivencia extrauterina, y c) Cuando el embarazo es producto de

¹⁴ Puede consultarse: Chaparro, García, Guzmán, Rojas, & Sandoval. (2013). *Lejos del derecho. La interrupción voluntaria del embarazo en Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Dejusticia, Bogotá y Dalén, (2013). *La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia*, Dejusticia, Bogotá.

¹⁵ Buena parte de esta discusión se recoge en publicaciones académicas de las que se ha dado cuenta en el acápite referido a la doctrina.

violación o procedimientos violentos, incluyendo prácticas de fertilización asistida no consentidas. (Academia Nacional de Medicina, Sentencia C-355 de 2006)

La percepción de los médicos y del personal de salud es muy importante, dado que son actores directos en la prestación de procedimientos para la IVE. El personal médico y las instituciones que prestan servicios de salud son protagonistas en la materialización de los derechos sexuales y reproductivos, ya que cuentan con los conocimientos especializados para abordar el tema y en muchas ocasiones son las primeras personas que tienen contacto con las mujeres que requieren atención médica. (Vargas, Jaramillo, Trujillo, Maza. 2012, p. 95)

En la actualidad, se han identificado interpretaciones divergentes entre los médicos sobre la IVE, algunas de las cuales asumen, de manera amplia o restrictiva, las causales permitidas por la Sentencia de 2006. (Chaparro, García, Guzmán, Rojas & Sandoval, 2013, p. 82-93). Esto permite sustentar la hipótesis de que las personas que trabajan en el sector salud no conocen la regulación en materia de IVE en Colombia, lo cual se puede atribuir al hecho de que no existe un cuerpo normativo unificado que oriente el procedimiento. Su regulación se ha desarrollado por vía jurisprudencial y en reglamentos administrativos. No se debe perder de vista que el Decreto 4444 de 2006 expedido por el Ministerio de Salud y que regulaba aspectos relativos al procedimiento que debía adelantarse en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, fue declarado nulo por el Consejo de Estado. Sin embargo, las reglas necesarias para la aplicación del procedimiento son pertinentes, por lo que el mayor obstáculo está representado por los prejuicios y concepciones morales del personal de salud. (Chaparro, García, Guzmán, Rojas & Sandoval, 2013, p. 82-93)

Resulta muy valiosa la participación en el debate del “Grupo médico por el derecho a decidir”, una red de médicos de distintas áreas que, de manera activa, promueve el acceso de las mujeres a los servicios de salud sexual y reproductiva, partiendo del respeto por la autonomía de las pacientes. Este colectivo hace parte de la Red Global *Doctors for Choice*. Para este grupo, “es inadmisibles que los profesionales de la salud impongan requisitos

adicionales al certificado médico cuando existe un peligro para la salud”. (Grupo médico por el derecho a decidir, 2012, p. 19)

Este grupo ha realizado importantes reflexiones y ha fijado sus posturas sobre temas claves en materia de atención médica en casos de IVE. Esto se observa en conceptos referidos a la causal salud en situaciones de afectación a la salud mental de adolescentes que requieren un procedimiento de IVE y sobre la objeción de conciencia para la negación de procedimientos. Sobre esta última ha señalado que “la objeción de conciencia es individual, no colectiva, ni institucional y aplica sólo a prestadores directos y no al personal administrativo.” (González, 2012, p. 24)

El grupo ha hecho Declaraciones de posición en distintos países. En Colombia en el 2009, se dirigió una comunicación al gobierno colombiano en donde se solicita no limitar la edad gestacional para que las víctimas de violación pudieran acceder a la IVE.

La Federación Colombiana de Ginecología y Obstetricia ha realizado también pronunciamientos con el fin de evitar obstáculos en la prestación de servicios de salud, tendientes a garantizar procedimientos de IVE. Así lo manifestaron, por ejemplo, cuando solicitaron al INVIMA eliminar las restricciones sobre el Misoprostol, medicamento necesario para el tratamiento de complicaciones durante el parto y para la interrupción del embarazo. Este medicamento recientemente fue eliminado de la lista de medicamentos con restricciones para su venta.

La cuestión de la IVE es un asunto complejo también para el personal médico. Algunos sectores defienden abiertamente que “la medicina siempre ha dado prioridad a la vida de la madre sobre la del feto” (Guzmán, Moreno, Arias, & Barragán, 2013, p. 404) y que en los casos en los que mantener la vida del feto atente contra la vida de la mujer en gestación, la vida de la mujer debe prevalecer.

e. Intervenciones de grupos con orientación religiosa

En este caso, la representante legal en Colombia de la Corporación Católicas por el Derecho a Decidir, un grupo de mujeres declaradas Católicas, pero que defienden tesis sobre la IVE que se apartan de la doctrina oficial de su iglesia, señaló en la intervención de 2006, que “sancionar penalmente el aborto implica la vulneración de derechos fundamentales y constituye un problema de salud pública, que debe ser atacado mediante la implementación de políticas públicas que beneficien a la población en general”. (Católicas por el Derecho a decidir, Sentencia C-355 de 2006). De forma similar, interviene la ciudadana Janeth Lozano Bustos, en representación de la Coordinación de la Red Latinoamericana de Católicas por el Derecho a Decidir.

En la actualidad, esta organización, continúa como movimiento de católicas feministas, promoviendo cambios a nivel cultural y social. Entre sus objetivos está la promoción del derecho a decidir de las mujeres sobre sus cuerpos y sus vidas, así como la realización de los derechos sexuales y reproductivos, “desde una perspectiva de género y teología progresista para contribuir a la transformación sociocultural, la democracia, y el Estado Laico” (Católicas por el Derecho a Decidir, s.f.). Dentro de sus líneas de trabajo, se encuentra la defensa de la despenalización de la IVE como elemento fundamental para la defensa de la vida de las mujeres y para el ejercicio del derecho a la libre opción de la maternidad.

Pese que los sectores tradicionales de la Iglesia han mantenido posturas que mantienen total rechazo a cualquier IVE, se ha incorporado una tesis moderada frente a las obligaciones del Estado en materia de IVE y es la expuesta por el Sacerdote jesuita y profesor de la Universidad Javeriana Carlos Novoa, quien sostuvo en el pasado Foro Aborto Legal en Colombia: presente y futuro, adelantado por Women’s Link y la Fundación Buen Gobierno, que la actitud más humana y cristiana supondría acoger y consolar a las mujeres que interrumpen un embarazo y no condenarlas o juzgarlas. Para el teólogo, “encarcelar a las mujeres que abortan, sin duda no arregla nada y sí empeora su ya dramática situación,

ninguna fémima aborta por placer o gusto se trata de una situación dolorosa” (Medina, 2015). Esta tesis, aunque representa públicamente una minoría en la Iglesia católica, puede leerse como coherente con las recientes afirmaciones de su máximo jerarca el Papa Francisco, quien otorgó un permiso temporal para que los sacerdotes puedan absolver a las mujeres que interrumpieron un embarazo y expresen su arrepentimiento. (EFE, 2015)

b. Intervenciones de ciudadanos y ciudadanas

En el proceso de constitucionalidad, se presentaron intervenciones individuales que consideran que la norma acusada vulnera los derechos de las mujeres, imponen un trato cruel y desconocen su libertad y autonomía personal.

En la actualidad, existe desconocimiento sobre el acceso al derecho a la IVE, pese a los esfuerzos que se han adelantado para divulgar las circunstancias en que se despenalizó la IVE. En la divulgación del derecho a interrumpir el embarazo, han participado entidades públicas y “organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la garantía de los derechos sexuales y reproductivos” (Dalén, 2013, p. 21). Las mujeres no conocen los procedimientos para acceder a la IVE como lo dejó ver la encuesta de Profamilia de 2011.

Ahora, en lo que tiene que ver con el nivel de opinión, resulta interesante destacar el golpe mediático que representó la acusación contra una actriz colombiana a quien se intentó imputar cargos por el delito de aborto. El caso generó manifestaciones de apoyo de organizaciones de mujeres y de personas en general. Sobre el particular, el profesor Mauricio García Villegas señaló que se trataba de una especie de esquizofrenia sobre el tema, pues en teoría, en el debate sobre la IVE muchas personas se expresan de acuerdo con la penalización pero, “cuando se trata de juzgar a una mujer de carne y hueso, esa mayoría no se empeña en exigir la prisión, como sí lo haría, por ejemplo, con un ladrón o con un asesino” (García, 2015) lo cual permite reafirmar la tesis de que si en la práctica “la gran mayoría no quiere encarcelar a las mujeres que abortan, quizá lo más razonable sería

ampliar las causales de despenalización, como ocurre en Europa y los Estados Unidos, y sacar, de una vez por todas, este tema del derecho penal.” (García, 2015)

Intervenciones a favor de la penalización de la IVE

a. Intervenciones de la Academia

Durante el proceso de constitucionalidad intervino el Decano de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, quien consideró que la penalización de la IVE es coherente con “las disposiciones constitucionales e internacionales sobre la protección del derecho a la vida y, además, dicha circunstancia no desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, en la medida en que éste es susceptible de limitación” (Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Sentencia C-355 de 2006).

De igual forma, intervino la ciudadana Claudia Helena Forero Forero, en su condición de abogada de la Universidad de la Sabana de Bogotá, quien solicitó se declarara la constitucionalidad de las normas demandadas, al considerar que la norma acusada asegura la prevalencia del derecho a la vida sobre cualquier otro, en este caso del derecho a la vida del no nacido sobre la libertad de la madre biológica. Considera que la limitación de los derechos de las mujeres a favor del no nacido es proporcional e idónea para garantizar los valores jurídicos del Estado colombiano.

Sobre este grupo de intervenciones vinculadas a la academia, debe anotarse que pese a no incorporar argumentos religiosos, hacen parte de instituciones con una clara orientación religiosa.

En la actualidad persisten escenarios académicos en los que se defiende la penalización de la IVE, sobre todo en los sectores que defienden la supremacía de la vida, ligados a las corrientes del derecho natural o en centros académicos con orientación religiosa. Se

exceptúan casos como el de la Universidad Pontificia Javeriana de Bogotá, que ha facilitado escenarios de discusión en los que se incorporan tesis a favor y en contra de la penalización.

b. Intervenciones de iglesias y grupos religiosos

En este grupo de intervenciones presentadas en el 2006, se incluye la intervención de La Conferencia Episcopal Colombiana que solicita declarar la exequibilidad de los artículos demandados. La intervención incluye argumentos a favor de la protección del derecho a la vida del no nacido, con fundamento en la Constitución, en tratados internacionales y en la Sentencia C-133 de 1994 en la que se consideró que la vida humana se debería proteger desde la concepción.

Además, se indica que tradicionalmente la Iglesia católica ha defendido que la vida humana se debe proteger desde su comienzo y que la gravedad moral del aborto recae en que se trata de un homicidio cuya responsabilidad radica en la madre y las personas que intervienen.

La intervención señala que la libertad no es un asunto personal y subjetivo que faculte a las personas para adoptar sus decisiones; la idea de libertad debe incorporar la noción de verdad objetiva y común, como fundamento de la vida personal y social. Obviar lo anterior faculta a las personas a tomar decisiones egoístas y caprichosas y lleva a negar o a considerar como negociable cualquier derecho, incluso el más fundamental de todos como es la vida y la vida del no nacido, que no le pertenece a los padres, a la sociedad ni a la autoridad pública.

Frente a cada una de las causales, la intervención señala que el derecho a decidir sobre el número de hijos que se quiere tener no puede extenderse a los hijos ya concebidos. Frente a la causal de violación señala que, con base en estudios científicos consultados pero no citados en la intervención, se sugiere no interrumpir el embarazo como parte de la

recuperación de la mujer. “En un asalto sexual, a una mujer le roban su pureza, en el caso del aborto que corresponde a una violación médica a ella le roban su maternidad”. (Conferencia Episcopal, Sentencia C-355 de 2006)

En el caso de las malformaciones del feto, manifiesta que la interrupción del embarazo no puede ser un sistema de “prevención de la subnormalidad” que traería como consecuencia justificar la terminación de la vida de las personas por no cumplir estándares de idoneidad.

En su intervención, se oponen a cualquier justificación para la interrupción de un embarazo, como sería el caso de las desigualdades económicas de la mujer y considera que se debe “proporcionar a las madres que pasan por situaciones difíciles otras soluciones que no sean la del aborto, como una buena orientación de la paternidad responsable, con una justa información de los métodos naturales de regulación de la natalidad, así como medidas hábiles de protección a la maternidad en todas sus etapas, la ampliación del permiso por maternidad, aumento del subsidio por nacimiento, etc.” (Conferencia Episcopal, Sentencia C-355 de 2006)

En este grupo, se incluye la participación de algunos miembros de la Iglesia Cristiana Carismática Tabernáculo quienes señalan que el derecho a la vida debe garantizarse desde la concepción, que existen estudios que muestran lesiones que se producen de forma física, psicología y familiar a las mujeres que interrumpen un embarazo, de manera que penalizarlo es una forma de proteger a las mujeres.

Intervino también David Pérez Palacio, miembro de la Red Latinoamericana de Abogados Cristianos y de la Red de Abogados Advocates International, recordando las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado frente a la protección de la vida. Argumentan que se ha comprobado científicamente que el ser humano existe desde la concepción, lo que justifica que la protección a la vida se extienda de forma absoluta y total al no nacido.

En la actualidad, la postura de los grupos religiosos se ha mantenido a favor de la sanción penal. En el 2011 se presentó un Proyecto de acto legislativo radicado por el senador José Darío Salazar Cruz, respaldado por cinco mil firmas recaudadas por grupos religiosos, que buscaba adicionar al artículo 11 de la Constitución Política una cláusula en la que se indicaba que el derecho a la vida “recibirá igual protección desde la fecundación hasta la muerte natural”. (Senado de la República, 2011)

El acto legislativo tenía como objeto limitar la potestad de configuración legislativa del legislador en temas como la interrupción voluntaria del embarazo y la eutanasia, de tal manera que no se pudieran producir normas que habilitaran reglamentar de manera permisiva dichas posibilidades. Finalmente el proyecto se hundió en el Senado.

La presidencia de la Conferencia Episcopal de Colombia, ha emitido en varias oportunidades declaraciones sobre la IVE y sobre la decisión de la Corte Constitucional que en el 2006 liberalizó algunas circunstancias, en las que expone:

La Enseñanza de la Iglesia sobre el aborto es conocida por todos: El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, se le debe tutelar el derecho a la vida. Todo aborto directo es un grave desorden moral y una infracción de la Ley de Dios que prohíbe matar. (Giraldo, 2012)

Para la Conferencia Episcopal no existen condiciones extraordinarias, como las causales excluidas de responsabilidad penal en la Sentencia de 2006, que puedan hacer lícita la interrupción voluntaria de un embarazo. Lo cual lleva desde sus consideraciones, a que la Iglesia Católica rechace

(...) cualquier decisión jurídica que despenalice el aborto, así sea parcialmente. Tales decisiones al legitimar la eliminación directa del no nacido, están en total e insuperable contradicción con el derecho inviolable a la vida, que es inherente a todo ser humano. Se oponen radicalmente al bien común. Están privadas totalmente de auténtica validez

jurídica. No son moralmente vinculantes, porque esa cualidad sólo la tienen las leyes y sentencias justas. (Giraldo, 2012)

c. Intervenciones de ciudadanos

En el proceso de inconstitucionalidad, se presentaron intervenciones de dos grupos de ciudadanos en defensa de la norma acusada, el primero integrado por participantes que incluyen su visión religiosa, como es el caso de Jorge Arturo Enciso Arbeláez, quien manifestó de manera explícita que la vida humana le pertenece sólo a Dios y sólo él puede disponer de ella. Sugiere la realización de campañas que “afiancen los valores del respeto irrestricto hacia la vida y la dignidad de la persona humana con fundamento en los criterios objetivos de la Ley Divina.” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

En este mismo grupo se incluye la intervención de Pedro Alfonso Sandoval Gaitán quien señala que la tradición cristiana del pueblo colombiano permite justificar que el legislador incorpore tipos penales para proteger la vida humana desde la concepción. Para el interviniente, la interpretación de la Constitución Política a la luz de la tradición cristiana del pueblo colombiano, obliga al legislador a proteger la vida del no nacido.

El segundo grupo lo integran ciudadanos que defienden la superioridad del derecho a la vida a partir de la interpretación que hacen de normas nacionales e internacionales y que les permiten afirmar, desde su consideración, que la vida es el primer derecho del cual se derivan los otros, lo cual hace necesario reforzar su protección. El derecho a la vida existe de forma inherente al ser humano y no necesita reconocimiento por parte del Estado, ni este está autorizado a condicionarlo o limitarlo. La garantía del derecho a la vida del no nacido y de los derechos de la mujer frente al peligro de una IVE es expuesta como justificación de constitucionalidad de la norma por varios intervinientes. Quienes defienden la norma consideran que es deber del Estado proteger la vida del no nacido, y que permitir la interrupción voluntaria del embarazo incrementaría los procedimientos médicos para este fin, lo cual se traduciría en un problema de salud pública.

Otros intervinientes consideran que permitir la IVE es una forma de promover la irresponsabilidad de las personas que no usan métodos para prevenir embarazos y que la IVE sólo sería aceptable en casos de violación o malformación. Finalmente, algunos intervinientes manifiestan que el asunto es cosa juzgada.

En la actualidad siguen existiendo defensores de la penalización, que se organizan en grupos pro vida, muchos de ellos con filiación religiosa, o vinculados a partidos y movimientos políticos conservadores.

1.4. Conclusiones del capítulo

El análisis de los diferentes elementos que configuran el debate en torno de los derechos de la mujer y los posibles derechos del no nacido frente a la opción de interrupción voluntaria del embarazo, permite concluir, tal como se afirmó en la subhipótesis, que la discusión acerca de la regulación de la IVE en las sociedades contemporáneas así como en el caso de Colombia, sigue siendo una cuestión divisiva.

La discusión a nivel normativo y jurisprudencial, los debates de la doctrina y la postura de los distintos actores intervinientes en el debate, permiten identificar por lo menos tres tipos de posiciones sobre la regulación de la IVE:

- a. Los defensores absolutos del derecho a la vida desde la concepción, quienes otorgan derechos al no nacido en calidad de personas, restringen los derechos de las mujeres y defienden la penalización de la IVE.
- b. Una tesis moderada de defensores de los derechos de las mujeres, quienes sostienen que las mujeres pueden optar por la IVE en ciertos casos o causales. Para estos, el Estado puede regular el derecho a interrumpir un embarazo. La protección absoluta del derecho a la vida vulnera la autonomía, libertad y dignidad de las mujeres. Esta postura moderada incorpora las nociones de viabilidad del feto y la igualdad de las mujeres. Y,

c. Los defensores absolutos de la libertad de las mujeres, quienes defienden que la libertad para optar por la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho por encima de cualquier otro valor jurídico. Estos defienden la eliminación de cualquier tipo de sanción penal.

La definición de la regulación estatal en materia de IVE se considera un asunto relacionado con las esencias constitucionales, en la medida en que la garantía de derechos como la libertad, la vida y la igualdad está en juego. Resolver esta cuestión divisiva requerirá del logro de un consenso entrecruzado.

En una sociedad tan dividida como la colombiana, algunas de las posiciones sobre la regulación de la IVE se expresan desde diversas doctrinas comprensivas. Es el caso de los defensores absolutos de la vida, en cuyos argumentos se puede notar la connotación religiosa, siendo quizás estas razones, las que gozan de mayor divulgación en la discusión en Colombia.

Ahora, ¿cuál es la visión omnicomprensiva de las mujeres?, ¿por qué los argumentos que defienden la restricción de procedimientos de la IVE, no involucran la visión de las mujeres? En lo que sigue, se propondrán algunos elementos para analizar la forma en que debe tomarse una decisión que incorpore la visión de las mujeres en el problema de la regulación en materia de IVE. Hasta este punto se ha dado cuenta del estado del arte de la discusión en torno al problema propuesto, lo que permitió mostrar cómo el tema de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo sigue siendo una cuestión divisiva, con diversas tesis en disputa y en donde existe aún un alto nivel de conflicto en las sociedades contemporáneas.

La posición teórica que se presenta servirá de base para dar respuesta al problema de investigación acerca de cómo mediar la tensión presentada en materia de regulación de la IVE en sociedades profundamente divididas por sus visiones religiosas, políticas y morales. Para ello, se partirá de la idea de la concepción de democracia consensual y en especial de

las nociones de razón pública. Se privilegiará la discusión desde Rawls, en diálogo con sus contemporáneos Habermas y Fraser, sobre esta última noción.

2 LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UNA FORMULACIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DE J. RAWLS

Este capítulo tiene como objetivo dar cuenta de la reconstrucción de un marco teórico que oriente la forma en que debe resolverse la cuestión divisiva de la regulación de la IVE. La reconstrucción tiene como punto de partida las aportaciones de la filosofía de John Rawls. Se defenderá la subhipótesis de que la teoría de Rawls permite proponer un camino para mediar los valores en conflicto en la regulación en esta materia, en especial a partir de las ideas de consenso y razón pública, mediación que requiere vincular la visión de las mujeres. Para la revisión de esta última noción será preciso dialogar con las propuestas de Habermas y Fraser, autores que se introducen con el fin de darle fuerza a la idea de esfera pública y a la necesidad de incorporar la visión de las mujeres en la discusión sobre asuntos que las involucran como ciudadanas libres e iguales.

Con este propósito, se parte en un primer momento de legitimar el papel de la filosofía política y de la justificación de la pertinencia de abordar el problema de investigación propuesto desde la perspectiva teórica de Rawls.

En un segundo momento, se aborda la concepción política de la justicia de Rawls, como parte de la obra tardía del filósofo, interpretado como un giro en su pensamiento, consecuencia de las críticas recibidas a su planteamiento original. (Mejía, 2005, p. 78)

Una vez expuesto lo anterior, en un tercer momento, se hace especial énfasis en la construcción de las ideas de democracia constitucional y democracia consensual como escenarios en los que se pueden dirimir cuestiones relacionadas con las esencias constitucionales, esto siguiendo el presupuesto de que “el problema del liberalismo político consiste en elaborar una concepción de la justicia política para un régimen constitucional democrático” (Rawls, 1995, p. 13). Esta construcción resulta de vital importancia a la hora de abordar un problema como el de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en la medida en que la forma en que este asunto se regule por parte del Estado, constituye una

cuestión divisiva en las sociedades contemporáneas. De ahí, la importancia de incorporar en el abordaje del problema, las ideas fundamentales de consenso entrecruzado y razón pública, como presupuestos de una democracia consensual y elementos fundantes para la construcción de la solución al problema objeto de estudio.

Una vez caracterizadas estas ideas, en un cuarto momento, se aborda la discusión sobre las esencias constitucionales a partir de la identificación de los valores en conflicto en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, como cuestión divisiva referida a la libertad y la igualdad de las mujeres, valores que constituyen esencias constitucionales.

Por último, se discute la teoría de Rawls, de cara a la propuesta de Fraser y Habermas, a partir de la noción de mujeres como contrapúblicos y de esfera pública. Esta discusión se introduce con el fin de dar mayor solidez a la idea de que las mujeres en su calidad de afectadas por la regulación de la IVE, deben participar en la configuración de los principios que diriman el conflicto.

2.1. El papel de la filosofía política: ¿por qué Rawls?

John Rawls es uno de los filósofos más importantes del siglo XX. Para algunos autores, pocas obras han producido un efecto como el de *A Theory of Justice*, (Rodilla, 2006, p. 19) cuya publicación en 1971, coincide con el resurgimiento de las discusiones de la filosofía política (Mejía, 2005, p. 29), la cual vuelve a ser ubicada en “el centro de la escena” (Busdygan, 2013, p. 30). El retorno a la filosofía política se da en un momento en el que, a pesar del triunfo de la democracia, los problemas en torno al Estado, la legitimidad, la libertad y la justicia no estaban resueltos plenamente (López, 2005, p. 90).

En esa medida, la obra de Rawls tuvo una enorme importancia, puesto que la cuestión sobre lo justo ocupó nuevamente el escenario de la discusión, convirtiéndose en “uno de los puntos de partida de los principales debates éticos, morales y políticos en el complejo

mundo de finales del Siglo XX y comienzos del siglo XXI” (López, 2005, p. 91), un periodo en donde aparentemente la filosofía política estaba muerta (Grueso, 2005, p. 18). La obra del filósofo norteamericano “constituye en conjunto e interpretados sistemáticamente, el intento más audaz de la modernidad crítica por fundamentar una nueva concepción de la moral, la política y el derecho” (Mejía, 1996, p. 2).

El pensamiento de Rawls ha tenido tal trascendencia que es considerado, incluso por sus más fuertes contradictores, ineludible para las reflexiones en torno a la filosofía política. En ese sentido, se refiere Puyol al indicar que es considerado “el filósofo de la moral y de la política más influyente de los últimos años” (2001, p. 39), incluso Nozick, considerado por muchos autores como uno de sus adversarios más fuertes, señaló que “por lo menos en el ámbito del pensamiento liberal anglosajón, la mayoría de las propuestas filosóficas posteriores constituyen una defensa, o bien una contestación a la alternativa de Rawls”. (Nozick, Citado por Zamprano, 2005, p. 39)

La misma razón le asistió a Van Parijs cuando se refiere a la influencia del pensamiento de Rawls al señalar que:

Si un pensamiento de izquierda debe [...] ser rawlsiano es en el sentido en que tiene que combinar [...] los ideales de tolerancia y solidaridad [...] que Rawls se ha esforzado en pensar coherentemente [...] Con Rawls pero también contra Rawls es que se debe construir el pensamiento de izquierda de nuestro tiempo. (Van Parijs, 1996, Citado por Mejía, 2005, p. 92)

En esa medida, se afirma que la filosofía política contemporánea no deja de pasar por la obra de Rawls, “bien sea porque se trata de seguir sus pasos o porque se trata de desandarlos.” (López, 2005, p. 91) Esta obra de Rawls da lugar a un fuerte debate en materia de filosofía política y moral que supera las fronteras de la discusión académica en los Estados Unidos y se extiende por Europa y Latinoamérica (Mejía, 2005, p. 63), con una

importante influencia en la actividad judicial de las Cortes de esos países (Rodríguez, 2008) y en las discusiones acerca de la estructura del Estado y de las instituciones.

El impacto de su obra trasciende al campo de la filosofía del derecho en donde se puede leer como un “significativo y audaz intento por fundamentar un nuevo paradigma del derecho, con puntuales connotaciones para un modelo político consensual-participativo de democracia, aplicable a sociedades tradicionales en transición estructural como las de la región andina y, en general, las de América Latina” (Mejía, 1996, p. 1).

En el mismo sentido, la obra del filósofo norteamericano se reconoce como un paradigma de investigación de problemas políticos, morales y jurídicos en la medida en que se acerca a “la posibilidad de abordar racionalmente cuestiones prácticas” (Rodilla, 1986, p. ix).

En este contexto, la obra de Rawls se justifica en la medida en que de ella se derivan criterios de análisis para realizar una crítica a la forma en que en el Estado constitucional colombiano se ha abordado la regulación de la IVE y, desde allí, proponer elementos para resolver el problema objeto de análisis desde una perspectiva democrática. Este propósito es coherente con los planteamientos de su filosofía política “como parte de la cultura política pública de una sociedad.” (Rawls, 2002, p. 23)

Para Rawls, la filosofía política, cumple en primer lugar, un papel práctico “papel que nace del conflicto político divisivo y de la necesidad de dirimir el problema del orden.” (Rawls, 2002, p. 23). Para Rawls, las sociedades tienen periodos en los que se tejen discusiones que encarnan profundos conflictos cuya solución consensuada parece difícil de lograr. Lo anterior justifica que

...una de las tareas de la filosofía política –su papel práctico, por así decir- es fijar la atención en las cuestiones profundamente disputadas y ver si, pese a las apariencias, puede descubrirse alguna base subyacente de acuerdo filosófico y moral. O si no puede encontrarse dicha base de acuerdo, quizás al menos pueda limitarse la

divergencia de opinión filosófica y moral que está en la raíz de las diferencias políticas divisivas. (Rawls, 2002, p. 23)

La filosofía política permite identificar dichos conflictos, cuya solución es necesaria para mantener la cooperación social y garantizar la estabilidad de la misma.

Rawls propone como ejemplo de conflicto divisivo, la cuestión entre federalistas y antifederalistas en el proceso de ratificación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1787-1788, discusión que se hizo latente alrededor de la abolición o no de la esclavitud. Hoy se puede considerar que el debate entre los sectores pro elección que están a favor de la libertad de las mujeres a decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, y los sectores pro vida que buscan proteger a toda costa la vida del no nacido y, por lo tanto, rechazan la idea de que la decisión de la IVE esté amparada en la libertad, es una cuestión que toca esencias constitucionales de un Estado, en la medida en que está referida, primero, a la protección de las libertades, de la igualdad y de la vida y, segundo, a las aspiraciones democráticas que van más allá de los acuerdos mayoritarios.

El papel práctico de la filosofía política, permite fundamentalmente señalar los conflictos y una vez identificados, valorar su origen y proponer alternativas de solución con base en el respeto mutuo. Esta tarea no resulta sencilla. En esa medida, el segundo papel de la filosofía política es el de orientación, lo que supone analizar cada uno de los actores del conflicto y el papel de las instituciones en su configuración. Para Rawls, la filosofía política “puede contribuir al modo en que un pueblo considera globalmente sus instituciones políticas y sociales, y sus objetivos y propósitos básicos como sociedad con historia” (Rawls, 2002, p. 24).

La filosofía política, como ejercicio de la razón, cumple con la tarea de orientar la elección de “los principios que sirven para identificar esas diversas clases de fines razonables y racionales, y mostrando de qué modo son congruentes esos fines con una concepción bien

articulada de sociedad justa y razonable” (Rawls, 2002, p. 25). Este papel de orientación le permitirá al grupo definir sus objetivos y propósitos como ciudadanos.

Un tercer nivel viene dado por el papel de reconciliación. Las sociedades democráticas se caracterizan por el conflicto, en la medida en que no son homogéneas; su principal característica se encuentra en el hecho del pluralismo razonable, en donde existen “diferencias profundas e irreconciliables en las concepciones del mundo de los ciudadanos, en esas razonables concepciones religiosas y filosóficas comprensivas, y en sus visiones de los valores morales y estéticos que deben primar en la vida humana” (Rawls, 2002, p. 26). Cada una de esas doctrinas tiene su propio esquema de valores y, en esa forma, hacen su particular lectura del mundo. Pese a lo difícil que pueda ser este hecho, el papel de la filosofía política radica en la posibilidad de mostrar no sólo que esto es así sino, además, los beneficios que se derivan en términos políticos, de que así sea. El pluralismo no es considerado como un problema que deba eliminarse.

El último papel que presenta Rawls es el de la filosofía política como realistamente utópica, “esto es, como una disciplina que investiga los límites de la posibilidad política practicable” (Rawls, 2002, p. 26). Este papel está ligado a la creencia de que es posible realizar un orden político por lo menos decente, democrático y razonablemente justo en una sociedad plural.

La perspectiva de la filosofía política de Rawls se propone entonces como referente para abordar el problema de la IVE como un conflicto divisivo, cuya solución puede orientarse a partir de consideraciones razonables y racionales, en el que puedan reconciliarse las diversas posturas sobre el conflicto.

Rawls formula dos preguntas que resultan fundamentales: la primera referida a “¿Cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí?” (Rawls, 1995, p. 13). Y, la segunda, acerca de “¿qué podría hacer la filosofía política para hallar una base compartida para dirimir el tan

fundamental problema de indicar la familia de instituciones más apropiadas para asegurar la libertad democrática y la igualdad?” (Rawls, 1995, p. 33). Para el autor, es posible que el principal logro de la filosofía política sea hacer más corta la brecha del desacuerdo entre los ciudadanos. En todo caso, cualquiera que sea la respuesta en torno a esta cuestión, esta debe ser realizable. En ese sentido, la forma en que se logren conciliar las tesis alrededor de la IVE, debe disminuir los niveles de desacuerdo de forma real.

En lo que sigue, se expondrán los elementos para la comprensión de una concepción política de justicia, como idea organizadora de una sociedad que permite disminuir la brecha de los desacuerdos en cuestiones divisivas en el marco del Estado constitucional democrático.

2.2. La justicia como equidad como concepción política de la justicia

En este apartado, se caracterizarán los elementos de una concepción política de justicia para un Estado democrático, a partir del análisis de la obra tardía de Rawls, *Liberalismo Político* (1995) y *Justicia como equidad: una reformulación* (2002), consideradas por el autor, obras producto de una serie de revisiones realizadas a la versión original de *Teoría de la Justicia*.

Liberalismo Político da cuenta de “una nueva visión de la justicia que el autor ha calificado de concepción política, y que constituye un giro sustancial que sin duda se origina en las críticas formuladas por el comunitarismo a su planteamiento original” (Mejía, 2005, p. 78). Rawls señala en la introducción a la obra, que existen diferencias con relación a *Teoría de la Justicia*. El giro de la justicia como equidad a una concepción política de la justicia impacta la reflexión alrededor de los regímenes constitucionales democráticos, en la medida en que la concepción de justicia “tiene una validez universal, en cuanto que el procedimiento de selección de los principios que rigen su estructura básica responde a un

mecanismo de argumentación válido en todas las latitudes” (Mejía, 2005, p. 79), a pesar de que cada procedimiento se realice conforme a las particularidades de cada caso.

La revisión de los conceptos fundamentales de *Teoría de la Justicia*, incluye las ideas de consenso entrecruzado y de razón pública que completan la formulación de la concepción política de la justicia. Estas últimas nociones buscan corregir algunas de las críticas más poderosas contra su *Teoría de la Justicia*, pensada para una sociedad en la que conviven personas con distintas concepciones religiosas, filosóficas o distintas nociones del bien, por esa razón la idea de equilibrio reflexivo toma fuerza en el planteamiento final de esta concepción.

Ahora, ¿qué significa una concepción política de la justicia? Esta concepción política de la justicia puede entenderse como “un procedimiento de construcción que garantiza el logro de una sociedad justa y bien ordenada” (Mejía, 2005, p. 80). De ahí que el punto de partida de su formulación son precisamente las preguntas en torno a “¿cuál es la más apropiada concepción de la justicia para especificar los términos justos de la cooperación social entre ciudadanos considerados libres e iguales, miembros de una sociedad con la que cooperar plenamente toda una vida, de una generación a la siguiente?” y “¿Cómo es posible que exista durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales?” (Rawls, 1995, p. 29).

Para Rawls esta concepción tiene tres elementos:

1. El sujeto está compuesto por las instituciones políticas, sociales y económicas. En esa medida, la concepción política de la justicia se aplica a la “*estructura básica*” de la sociedad, entendida como una democracia constitucional moderna. Esta estructura puede entenderse como “las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad, y cómo encajan estas instituciones en un sistema unificado de cooperación social, de una generación a la siguiente” (Rawls, 1995, p. 36). El punto de partida de la

concepción política de justicia consiste en la definición de las instituciones básicas, los principios y normas que son llevados a la práctica por los miembros de una sociedad cerrada, sin relaciones con otras sociedades.

2. El segundo elemento está referido al modo de presentación: la concepción política de justicia constituye una noción libremente aceptada que hace parte de varias doctrinas comprensivas razonables, entendidas como un conjunto de creencias que permiten configurar un sistema de fines y objetivos que orientan la forma en que una persona considera algo valioso en su vida, sin necesidad de identificar a qué doctrina pertenece o de qué doctrina se deriva. En esa medida, la concepción política de la justicia se distingue de doctrinas morales, ya que “trata de elaborar una concepción razonable exclusivamente para la estructura básica” (Rawls, 1995, p. 37). Lo anterior supone que la concepción política de justicia no se identifica con ninguna doctrina omnicomprendiva en particular. (Mejía, 2005, p. 80)

3. La concepción política de justicia se expresa “en términos de ciertas ideas fundamentales que se consideran implícitas en la cultura política pública de una sociedad democrática” (Rawls, 1995, p. 38). Parte de la idea fundamental de tomar la sociedad como un sistema justo de cooperación, integrada por ciudadanos libres e iguales, ordenada por una concepción política de justicia, cuyo apoyo se gana a través de un consenso traslapado, elemento determinante en una sociedad democrática, en tanto permite integrar diferentes visiones del mundo y llegar a acuerdos sobre cuestiones fundamentales. Se reconoce entonces que estas ideas fundamentales parten “de una tradición pública de pensamiento, instituciones, textos y documentos que constituyen su trasfondo cultural.” (Mejía, 2005, p. 80)

Una concepción política de la justicia se justifica como Rawls lo señala, puesto que no existe en el pensamiento democrático en la actualidad “ningún acuerdo sobre la forma en que las instituciones básicas de una democracia constitucional deben ordenarse si han de

satisfacer los términos justos de cooperación entre ciudadanos considerados libres e iguales.”(Rawls, 1995, p. 30)

Los principios de justicia son el resultado de un proceso de concertación, su construcción intenta conciliar la disputa entre las libertades y la igualdad, proponiéndose como guía para que las instituciones básicas las realicen, de tal manera que se establezcan como los más adecuados y coherentes con la idea de ciudadanos democráticos.

Los dos principios de justicia se formulan de la siguiente manera:

“a. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo.

b. Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades: en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados.” (Rawls, 1995, p. 31)

Estos principios aseguran un esquema básico de libertades y derechos básicos en el mismo sentido que se aseguran en los Estados constitucionales, y su aplicación se realiza conforme a un orden de prioridades a partir de la idea de bien general. A ese orden, Rawls lo ha denominado “orden lexicográfico”, el cual supone que no es posible aplicar el segundo principio sin que se haya garantizado previamente la aplicación del primero. Para Rawls, “el segundo principio de justicia está subordinado al primero, pues el primero garantiza las libertades básicas necesarias”. (Rawls, 1990, p. 12)

Los principios de justicia no constituyen garantías meramente formales, pues su formulación incluye el “principio de diferencia” que supone una cláusula a favor de los

menos aventajados. Este principio actúa como un criterio de interpretación para identificar posiciones sociales relevantes que exijan la intervención por parte de las instituciones, con el fin de garantizar los fines de la justicia. Para Rawls, estos principios “expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común” (Rawls, 2002, p. 79).

Para responder a la pregunta sobre qué instituciones resultan más apropiadas para garantizar la libertad y la igualdad, Rawls propone una idea organizadora: “la sociedad como un sistema justo de cooperación social entre personas libres e iguales” (Rawls, 1995, p. 34). Esta sociedad permanece en el tiempo y se caracteriza porque la cooperación se da a partir de reglas y procedimientos aceptados públicamente como adecuados para regular la conducta de los ciudadanos libres e iguales.

La cooperación se entiende aceptada por cada participante de forma razonable, dicha aceptación es compartida por los demás miembros de la sociedad bajo una idea de reciprocidad. Los términos justos de la cooperación “se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones” (Rawls, 1995, p. 40). La idea de cooperación requiere de la idea de ventaja o bien racional, en la medida en que los beneficios derivados de las actuaciones de cada participante están distribuidos y cada participante es retribuido por su esfuerzo.

Con el fin de resolver la pregunta sobre qué concepción de justicia resulta más apropiada para cumplir con la realización de la libertad y la igualdad, bajo el entendido de que la sociedad es un sistema justo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales, Rawls propone la idea de la posición original que surge a partir de considerar que “los términos justos de la cooperación social se conciben como un acuerdo a que han llegado quienes están comprometidos con ella; es decir los ciudadanos libres e iguales” (Rawls, 1995, p. 46). El acuerdo requiere de unas condiciones para su realización, de tal manera que las personas puedan ubicarse en una situación justa de negociación. En otras palabras, se formula la cuestión sobre ¿cómo establecer los términos de un sistema de cooperación en el

que participen personas libres e iguales para acordar unos principios de justicia que ofrezcan condiciones equitativas para todos?

Los presupuestos para alcanzar dicho fin están dados por una característica de la posición original que consiste en garantizar la imparcialidad, de manera que se pueda lograr un nivel de abstracción de las contingencias particulares de los participantes, de tal suerte que en la estructura básica se garanticen las condiciones de acuerdo equitativo entre los participantes, puesto que estos no tienen conocimiento de las condiciones personales que pueden afectar la negociación. Ese nivel de imparcialidad en la posición original se garantiza con el “velo de la ignorancia”.

La razón por la cual necesariamente en la posición original debe lograrse una separación de las contingencias que afectan a los participantes, radica en la necesidad de lograr “eliminar las ventajas que para la negociación surgen inevitablemente dentro del marco de las instituciones de cualquier sociedad” (Rawls, 1995, p. 46) y que pueden afectar la elección de los principios. El velo de la ignorancia es una garantía de la imparcialidad de los participantes.

La posición original, como una situación hipotética, permite garantizar condiciones de equidad en la elección de los principios de justicia, pues personas libres e iguales, adecuadamente informadas y racionales, se encuentran en un plano que garantiza la imparcialidad de su elección, siendo así que se configura como un

(...) recurso de representación: describe a las partes, responsables cada una de defender los intereses esenciales de un ciudadano libre e igual, como situadas imparcialmente y como representantes para llegar a un acuerdo sujeto a condiciones que limitan apropiadamente lo que pueden esgrimir como buenas razones. (Rawls, 1995, p. 48)

Esto supone que las personas que participan del acuerdo en la posición original, se comprenden desde una concepción política, lo cual supone representarlos como libres e iguales, que cuentan con dos condiciones de la personalidad moral: poseer un sentido de la justicia y una concepción del bien. Ahora, ¿cómo se comprende la concepción política de la persona?

Rawls señala tres elementos de dicha concepción:

El primero consiste en que las personas se conciben como libres cuando se saben a sí mismas y a los otros en capacidad de tener una concepción del bien y “de poseer, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien” (Rawls, 2002, p. 43) a partir de consideraciones razonables y racionales, sin que su identidad como personas libres se altere por las modificaciones que hagan a sus concepciones del bien. Los ciudadanos pueden, por ejemplo, convertirse de una religión a otra y no por ello se modifica su identidad pública; siguen siendo titulares de los mismos derechos, su estatus no se modifica por pertenecer a un nuevo grupo religioso, en la medida en que existe una concepción igualitaria propia de una sociedad democrática en la que se reconoce que todos los ciudadanos son libres e iguales, se trate de ciudadanos religiosos o no, porque frente a la justicia política sigue siendo la misma persona. Esto es comprensible ya que en una sociedad bien ordenada, en la que se llega a acuerdo mediante un consenso traslapado, “los valores y compromisos políticos (más generales), como parte de su identidad no institucional o moral, son los mismos en términos generales.” (Rawls, 1995, p. 53)

El segundo aspecto de la idea de ciudadanos libres que se conciben como personas políticas, está ligado a su capacidad de realizar exigencias válidas a sus instituciones con el ánimo de promover sus concepciones del bien, siempre que esta se incorpore en la concepción pública de la justicia.

El tercer aspecto está ligado a la capacidad de las personas libres de ser responsables de sus fines, de ajustar sus aspiraciones a lo que razonablemente pueden esperar en el marco de los

principios de justicia. La responsabilidad implica que cada persona puede “ajustar sus fines de tal manera que puedan perseguirse por los medios que puedan esperar razonablemente recibir en recompensa por lo que puedan esperar razonablemente contribuir”. (Rawls, 1995, p. 55)

Los ciudadanos considerados como libres e iguales deben acordar los términos justos de la cooperación. Esta idea se desarrolla en concordancia con la idea de una sociedad bien ordenada, “vista como una sociedad efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia”. (Rawls, 1995, p. 56)

Una sociedad bien ordenada es aquella en donde todas las personas aceptan los mismos principios de justicia; en donde se sabe que su estructura básica (instituciones políticas y sociales) cumple con los principios de justicia; y sus ciudadanos, conforme al sentido de justicia, cumplen con las reglas de las instituciones básicas. En esta sociedad, la concepción pública de justicia sirve como punto de referencia común para juzgar las reclamaciones que los ciudadanos libres e iguales presentan. Rawls considera que pese a que esta concepción pueda ser considerada idealizada, “cualquier concepción de la justicia que no pueda ordenar bien a una democracia constitucional es inadecuada como concepción democrática” (Rawls, 1995, p. 56).

Una sociedad democrática esta inetrugada por ciudadanos razonables que defienden doctrinas comprensivas razonables; una concepción de justicia es realizable siempre que se logre un consenso entrecruzado. Esto es así porque para Rawls la cultura política de una sociedad democrática se caracteriza por tres hechos:

1. En las sociedades democráticas existe una permanente diversidad de doctrinas comprensivas razonables, religiosas, filosóficas y morales opuestas e irreconciliables, como característica de la cultura pública, denominada pluralismo razonable.
2. Mantener una sola doctrina comprensiva supone el uso opresivo del poder del Estado.

3. Un régimen democrático seguro y duradero debe estar unido por una mayoría de ciudadanos políticos activos. Para que una concepción política de justicia, “sirva de base pública de justificación para un régimen constitucional” debe poder ser suscrita por “quienes profesan muy diversas y opuestas, aunque razonables, doctrinas comprensivas” Rawls, 1995, p. 58). Al no existir una razonable doctrina comprensiva que profesen todos los ciudadanos, “la concepción de justicia que se afirme en una sociedad democrática bien ordenada debe ser una concepción limitada a lo que llamaré “el dominio de lo político” y a los valores que preconiza.” (Rawls, 1995, p. 59)

Una sociedad bien ordenada es aquella en la que a pesar de que las diferentes doctrinas comprensivas razonables adoptadas por sus ciudadanos son opuestas entre sí, pertenecen a un consenso traslapado, de tal manera que los ciudadanos suscriben una concepción de justicia que representa el contenido político de las instituciones básicas y en donde las doctrinas comprensivas no razonables no gozan de suficiente aceptación. De esta manera, la diversidad de doctrinas no logra poner en riesgo la concepción pública de justicia de esa sociedad. Para Rawls, con estas dos condiciones es posible sostener de forma realista que los ciudadanos aceptan, no la misma doctrina comprensiva, sino la misma concepción pública de justicia.

Rawls a continuación pregunta, “¿cómo enmarcar una concepción de la justicia para un régimen constitucional, de tal índole que quienes apoyan o quienes podrían llegar a apoyar esa clase de régimen también pudieran suscribir la concepción política, siempre y cuando no entrara en conflicto demasiado áspero con sus puntos de vista comprensivos?” Rawls, 1995, p. 60)

Con el fin de dar respuesta a la pregunta planteada, en lo sucesivo, se propondrán los elementos del consenso entrecruzado como instrumento procedimental para alcanzar la convivencia política democrática, elementos que permiten configurar un consenso constitucional.

2.3. El consenso constitucional: la idea de consenso entrecruzado y razón pública

En el anterior apartado, se establecieron los elementos que configuran la concepción política de justicia, la cual tiene como finalidad definir los principios de justicia que orientaran las instituciones básicas de la sociedad. Esta concepción, como se indicó, supone la idea de ciudadanos como personas morales, libres e iguales. Estas ideas se articulan con la noción de sociedad bien ordenada, la cual se caracteriza por:

(...) una diversidad de doctrinas omnicomprensivas razonables de carácter religioso, filosófico o moral que no constituyen un rasgo accidental de la misma sino que definen, precisamente, la naturaleza de la cultura pública democrática y, por tanto, la necesidad de una concepción política de justicia. (Mejía, 2005, p. 81)

En este apartado, se expondrán las ideas fundamentales alrededor del consenso traslapado de doctrinas comprensivas razonables como presupuestos para que en una sociedad democrática se “pueda establecer y conservar la unidad y la estabilidad dado el razonable pluralismo característico de esta sociedad.” (Rawls, 1995, p. 137)

En la medida en que no existen doctrinas razonables aceptadas por todos los ciudadanos, lo cual lleva a la existencia de desacuerdos entre los mismos por las diferentes valoraciones que cada uno hace de que lo que debe ser considerado fundamental según el peso que han asignado a un asunto según su doctrina, estos deben alcanzar mediante el acuerdo político un consenso entrecruzado, tomado como un procedimiento de convivencia política democrática en regímenes constitucionales caracterizados por el pluralismo. El consenso entrecruzado se propone como “el instrumento procedimental sustantivo de convivencia política democrática que sólo a través de él puede ser garantizado” (Mejía, 2005, p. 84)

El consenso entrecruzado hace parte de la idea de justificación pública, a partir de la cual se desarrollan dos ideas fundamentales: la idea de consenso entrecruzado y de libre razón pública. Para Rawls, “el objetivo de la idea de justificación pública es precisar la idea de la justificación de tal modo que se adecue a una concepción política de la justicia para una sociedad que, como la democracia, se caracteriza por el pluralismo razonable.” (Rawls, 2002, p. 52)

Estas ideas se relacionan entre sí porque la idea de justificación pública está vinculada con la idea de sociedad bien ordenada, en la medida en que dicha sociedad está regulada por una concepción de la justicia públicamente reconocida, en la que los participantes aceptan los mismos principios de justicia, establecen los elementos para que puedan resolverse conflictos en las instituciones de la estructura básica, y permite a los ciudadanos justificar los juicios políticos que formulan con base en razones que cualquiera puede valorar como justas.

La justificación se dirige entonces a quienes no estén de acuerdo con las cuestiones de justicia política que se plantean. Para Rawls:

Justificar nuestros juicios políticos ante los demás significa convencerles mediante el uso de la razón pública, es decir, mediante formas de razonamiento e inferencia apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales, y apelando a creencias, razones y valores políticos de los que cabe razonablemente esperar que los otros también reconocerán. (2002, p. 53)

La justicia como equidad debe ser aceptada, de ahí que uno de los objetivos es lograr acuerdos en cuestiones divisivas, como aquellas que surgen en torno a “las esencias constitucionales” como son la definición de elementos orgánicos del funcionamiento del Estado o de los elementos ideológicos o dogmáticos, referidos a los derechos y libertades básicas de los ciudadanos.

La idea de justificación pública permite disminuir los conflictos que surgen a partir de los desacuerdos en torno a ideas básicas, a partir de concepciones que aceptarían todos los ciudadanos como razonables y como personas libres e iguales que son y que incluso pueden aceptar desde sus propias doctrinas comprensivas.

En lo que sigue se caracterizarán estas ideas y la forma en que se relacionan como presupuestos para lograr el consenso constitucional.

2.3.1. La idea de un consenso traslapado de doctrinas comprensivas razonables

Esta idea permite garantizar la unidad y estabilidad de una sociedad bien ordenada. La unidad está referida al hecho de que las distintas doctrinas razonables aceptan una concepción política de justicia, sin renunciar a sus puntos de vista particulares, y a la estabilidad que se logra cuando los ciudadanos aceptan las doctrinas que hacen parte del consenso y “los requisitos de la justicia no entran demasiado en conflicto con los intereses esenciales de los ciudadanos” (Rawls, 1995, p. 137).

El consenso constituye la idea principal del liberalismo político de Rawls que supone un procedimiento político de argumentación, amplio y transparente, en el que se dan interrelaciones entre los ciudadanos con distintas doctrinas comprensivas razonables, en donde existe un alto grado de pluralismo razonable, característico de los regímenes constitucionales en donde “las personas tienen concepciones diferentes e incommensurables del bien, de forma que la unidad de cooperación social se basa en una concepción pública de la justicia que garantiza las libertades básicas” (Rawls, 1990, p. 121). En dichos regímenes, el poder político se ejerce de manera legítima cuando su ejercicio es coherente con los preceptos de una Constitución suscrita por todos los ciudadanos “a la luz de principios e ideales aceptables para su razón humana común. Este es el principio liberal de legitimidad” (Rawls, 1995, p. 121).

Los conflictos en torno a las esencias constitucionales o de justicia, deben resolverse mediante principios y valores políticos que se suscriben de la misma forma, los cuales tienen el peso necesario para prevalecer sobre valores en conflicto con ellos. Los principios aceptados por los ciudadanos se constituyen en el fundamento de la razón pública.

Ahora, ¿cómo logran prevalecer los valores políticos sobre los demás a pesar del pluralismo? Rawls formula la pregunta alrededor de ¿cómo podemos afirmar nuestra doctrina comprensiva y al mismo tiempo sostener que no sería razonable utilizar el poder del Estado para que todos la acaten?” (Rawls, 1995, p. 141)

Esta cuestión se responde partiendo de dos supuestos: el primero, la concepción según la cual los valores políticos son difíciles de superar pues son valores muy altos que rigen la vida social como la libertad y mutuo respeto. El poder político, como poder coercitivo de los ciudadanos se ejerce “cuando están en juego los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones básicas de la justicia, sólo de una manera que todos los ciudadanos puedan razonablemente suscribir a la luz de su razón humana común” (Rawls, 1995, p. 142).

Estos valores se proponen como no impuestos, en donde los ciudadanos pueden decidir cómo se relacionan los valores políticos generales con aquellos que hacen parte de su doctrina comprensiva particular. Esta posibilidad permite fundamentar los elementos constitucionales esenciales y las instituciones básicas de la justicia, en los valores políticos que son la base de la razón pública y de su justificación.

El segundo supuesto para responder a la pregunta, parte de reconocer que hay muchas formas razonables en que se pueden comprender los valores para que sean coherentes con argumentos del campo de lo político, para evitar que entren en conflicto, esto se da entre doctrinas comprensivas razonables que permiten el surgimiento del consenso traslapado, como condición para reducir el conflicto entre valores políticos y no políticos.

En una sociedad bien ordenada, el consenso traslapado y la capacidad de los ciudadanos de poseer un sentido de justicia, que les faculte y les conmine a cumplir con los acuerdos a que han llegado, son los supuestos para la estabilidad de la justicia como imparcialidad. El sentido de justicia se reafirma cuando las personas han vivido en una estructura básica justa, que goza del apoyo de cada ciudadano mediante un ejercicio de razón. Este apoyo garantiza la estabilidad y legitimidad de la sociedad.

2.3.2. Del consenso constitucional al consenso traslapado

Rawls responde a quienes consideran que el consenso traslapado es utópico, señalando la forma en que se llegara y la manera como se asegura su estabilidad. Los pasos hacia el consenso traslapado incluyen, según Rawls, dos etapas, cada una de las cuales tiene dos momentos y un estadio preliminar que se configura “cómo una anuencia inicial sobre una concepción liberal de la justicia como un simple *modus vivendi* podría cambiar con el tiempo, primero hacia un consenso constitucional, y luego, hacia un consenso traslapado”. (Rawls, 1995, p. 167)

El momento inicial, parte de la precisión que hace Rawls como respuesta a la objeción propuesta por quienes consideran que el consenso traslapado es apenas un *modus vivendi*. Para el filósofo, el consenso traslapado es el resultado de un proceso, contrario a lo que sucede con el *modus vivendi*, que puede ser entendido como un momento inicial, como “un consenso social fundamentado en intereses particulares o exclusivos de un grupo, o en el resultado del forcejeo político”, (Rawls, 1995, p. 148) de tal manera que la unidad social lograda con este acuerdo inicial es precaria, en tanto que resulta apenas del acuerdo de las mayorías, y en donde se mantiene la existencia de desacuerdos con quienes sostienen concepciones diferentes que no se incluyen en la mayoría. Quienes no se incluyen en el acuerdo mayoritario constituirían una minoría en conflicto que requiere, para su adecuada

integración, visibilizar el desacuerdo con el fin de alcanzar una solución que resulte legítima¹⁶.

Esta necesidad, evidenciada en esta situación inicial, nos sitúa en la primera etapa para llegar al consenso y que se concentra en el logro de un consenso constitucional. Esta etapa tiene dos momentos: el primero, supone la reconciliación entre las partes en conflicto por sus diversas concepciones a partir de los mecanismos previstos para su incorporación en el acuerdo y, el segundo, que se configura a partir del mantenimiento de niveles de razonabilidad entre quienes participan del acuerdo, que los vincula y compromete de forma recíproca con su cumplimiento.

El primer momento permite visualizar a la Constitución como la representación del logro de la sujeción a ciertos principios liberales de la justicia que se aceptan sólo como principios, sin que se logre un consenso profundo que funde la idea de sociedad. Para Rawls “En el consenso constitucional, una Constitución que satisface ciertos principios básicos establece procedimientos electorales democráticos para moderar la rivalidad política dentro de la sociedad” (Rawls, 1995, p. 168). Pese a que exista acuerdo en torno a elementos orgánicos como la forma en que se toman decisiones electorales, pueden existir desacuerdos sobre elementos concernientes a las libertades y sus límites. Ante esta falta de profundidad, ¿cómo se puede lograr el consenso constitucional?, o “¿cómo podría lograrse que, a través del tiempo, la aquiescencia general en una Constitución que satisfaga estos principios liberales de la justicia se desarrolle y llegue a ser un consenso constitucional en que se afirmen esos mismos principios?” (Rawls, 1995, p. 159).

En la medida en que los principios liberales logren regular las instituciones políticas básicas, permiten la satisfacción de tres requisitos del consenso constitucional: Primero,

¹⁶ Rawls expone como ejemplo la disputa entre católicos y protestantes durante el siglo XVI. En dicho momento se puede afirmar que no existía un consenso traslapado que incorporara el principio de tolerancia. Los dos grupos sostenían la idea de que el Estado debía defender la verdad de una religión y por lo tanto sancionar las doctrinas contrarias a ella. Si en dicho contexto se hubiera aceptado el principio de tolerancia, su aceptación sería apenas un *modus vivendi*, ya que si una de las dos concepciones religiosas lograra apoyo estatal, se dejaría de lado el principio de tolerancia, y el otro grupo ocuparía el lugar de una minoría.

ante el pluralismo razonable, los principios liberales permiten determinar el contenido y prioridad de derechos y libertades políticas básicas que incorporan las instituciones básicas; Segundo, los principios liberales deben aplicarse según las reglas usuales para la generalidad de las personas, siguiendo la forma de razonamiento público.

Tercero, supone el cumplimiento de los dos anteriores y se encamina hacia el logro de virtudes cívicas para la cooperación social. Parte del supuesto de que se han aceptado unos principios políticos razonables y los ciudadanos están dispuestos a cumplirlos, puesto que entienden que los demás ciudadanos también los van a cumplir, lo cual configura la noción de reciprocidad. Mediante el acatamiento de la razón pública los ciudadanos reconocen las instituciones políticas y procedimientos democráticos.

Este tercer requisito configura el segundo momento y, a partir de ahí, se puede afirmar que la primera etapa del consenso constitucional permite que los ciudadanos acepten los principios liberales de justicia incorporados en la Constitución que garantizan derechos y libertades básicas, así como los procedimientos para moderar los conflictos políticos, logrando con ello que las doctrinas comprensivas de los ciudadanos sean razonables y que el pluralismo también lo sea. En esta etapa, se definen “los procedimientos políticos de un sistema constitucional democrático y su objetivo principal es moderar el conflicto político”. (Mejía, 2005, p. 85).

Ahora, ¿cómo se transforma el consenso constitucional en un consenso traslapado? Para responder a esta pregunta, Rawls recapitula los elementos del consenso traslapado: por un lado el consenso debe ser profundo, esto supone que los principios políticos se sustenten en una concepción política de la justicia; debe ser amplio, lo cual implica la inclusión de principios que abarquen no sólo los procedimientos democráticos sino también derechos sustantivos; y, finalmente, el consenso debe ser específico de la justicia como imparcialidad o de una concepción liberal.

El consenso entrecruzado constituye la segunda etapa y se alcanza después de realizarse el consenso constitucional. El paso hacia el consenso entrecruzado tiene dos momentos: la

determinación del contenido de una concepción política de justicia y su consolidación en el foro público. El primer momento supone que para llegar al consenso entrecruzado se requiere que los principios acordados se funden en una concepción política de la justicia; dicho elemento está relacionado con la profundidad del consenso. La definición de principios se debe lograr a partir de la deliberación ciudadana, en la que “los grupos políticos deben acudir al foro de la discusión política y convocar a otros grupos que no compartan su doctrina comprensiva” (Rawls, 1995, p. 164). Esto exige que las concepciones políticas defendidas integren un mayor número de argumentos en su defensa, más allá de las concepciones particulares, de tal suerte que logren justificar sus políticas frente a un público más amplio que logre agrupar una mayoría. Esto supone una concepción política de la justicia que se extienda al control de constitucionalidad, que irradie la interpretación de la Constitución y la forma en que se resuelven casos relevantes.

Además de la profundidad, el consenso se caracteriza por la amplitud que va más allá de los procedimientos para la toma de decisiones políticas y supone la incorporación de principios de carácter sustantivo, como la incorporación de derechos y libertades, y de principios para la satisfacción de necesidades básicas y de condiciones equitativas. La forma en que se logre regular la distribución de dichos elementos sustantivos, debe ser producto de la discusión por parte de diferentes actores políticos. La necesidad de que sea así permite afirmar según Rawls que el consenso constitucional resulta estrecho, pues difícilmente se lograría incorporar leyes que garanticen las libertades y el cubrimiento de necesidades básicas para que todos los ciudadanos participen en la vida política. La Constitución debe asegurar elementos esenciales sin los cuales las personas no podrían participar como ciudadanos, ni se podría garantizar la igualdad, como la garantía de bienes mínimos y educación.

Los derechos garantizados en el consenso constitucional, comprenden sólo una parte de los elementos necesarios para garantizar una sociedad como sistema justo de cooperación. La amplitud depende de las fuerzas que logren enmendar la Constitución, “para que incluya otros elementos constitucionales esenciales, o poner en vigor la legislación necesaria, casi

con ese mismo efecto.” (Rawls, 1995, p. 165) En el consenso entrecruzado, los grupos que participen en la discusión tienden a desarrollar concepciones más amplias.

Finalmente, frente a lo específico del consenso, se parte de considerar que su finalidad es una concepción de la justicia como imparcialidad, aunque en términos más amplios y realistas, baste con una concepción liberal coherente con una concepción de la democracia. “La justicia como imparcialidad funciona a partir de las ideas fundamentales de la sociedad considerada un sistema justo de cooperación, junto con la concepción de la persona como ciudadano libre e igual”. (Rawls, 1995, p. 166).

La concepción política de la justicia se presenta como soporte para el logro de una democracia consensual, en la medida en que es el resultado del acuerdo entre distintas concepciones razonables y su forma de hacer juicios de valor sobre los principios que orientarán la vida en sociedad, elegidos a partir de “procedimientos y contenidos mínimos, sin imponer una visión omnicomprehensiva sustancial sobre los principios políticos que deben regir la sociedad”. (Mejía, 2005, p. 86)

Para Rawls, dos elementos sustentan la tesis del liberalismo político: por un lado, el hecho de que los valores políticos tienen alto grado de relevancia, lo cual los hace difícilmente superables y, por otro, que muchas doctrinas comprensivas razonables incluyen valores que coinciden con los valores políticos, en el mismo sentido que lo supone una concepción política de la justicia que resulta adecuada para un régimen democrático. Estos dos elementos constituyen la base de la razón pública, dado que permiten que las cuestiones divisivas puedan resolverse a partir de valores políticos adoptados con base en el consenso traslapado. Dicho consenso se basa en las razones al interior de la doctrina comprensiva que defiende cada ciudadano. En esa medida, como momento final, el consenso se consolida en el foro público, elemento que garantiza la estabilidad de una sociedad en la que existen diversas doctrinas que permiten hacer juicios de valor.

2.3.3. La idea de razón pública

Rawls parte de la prevalencia de lo justo, lo cual supone que los principios de justicia limitan los modelos de vida de las personas, de tal manera que quienes no actúen conforme a los principios de justicia no podrán defender como legítimo su modelo de vida. El consenso entrecruzado permite que ciudadanos con visiones diferentes, puedan acordar una concepción de justicia política común. Esta idea requiere la noción de razón pública como garantía, y en esa medida se puede leer como la etapa final del proceso que conduce al consenso entrecruzado.

Para Rawls, “la idea de razón pública especifica al nivel más profundo los valores morales y políticos básicos que determinan las relaciones de un gobierno democrático con sus ciudadanos y estos entre sí” (Rawls, 2001b, p. 157). Esta idea es coherente con el ideal de democracia constitucional. En esta etapa, se consolida el acuerdo político, producto de todo el proceso deliberativo.

En las sociedades democráticas, “la razón pública es la razón de ciudadanos en pie de igualdad que, como cuerpo colectivo, ejercen el poder político final y coercitivo unos sobre los otros, al poner en vigor las leyes y al hacer enmiendas a su Constitución” (Rawls, 1995, p. 205). Difícilmente se logrará llegar a acuerdo en todas las cuestiones, de ahí que la razón pública tenga límites, el primero de ellos es que sólo se aplican a lo que Rawls denomina “elementos constitucionales esenciales” y “cuestiones de justicia básica”, (1995, p. 205) los que pueden ser considerados como el objeto de la razón pública.

El segundo límite está referido al escenario en donde se desarrollan las deliberaciones sobre cuestiones políticas, cuyo ejercicio se da cuando los ciudadanos acuden al foro público en defensa de un tema o, a votar en las elecciones, siempre que se trate de una votación definitoria de elementos constitucionales esenciales o cuestiones de justicia básica. La razón pública no está referida a asuntos personales o a intereses de un grupo particular

como lo sería una iglesia o una agremiación. El hecho de que la ciudadanía ejerza la razón pública, constituye un elemento que garantiza la legitimidad.

Cuando se trata de funcionarios del Estado, la razón pública es la que se ejerce en las instituciones de gobierno como el congreso o el poder judicial. Los jueces deben tomar sus decisiones con base en la Constitución, razón por la cual, para Rawls, la Suprema Corte “constituye el más claro ejemplo de la razón pública aplicada” (Rawls, 1995, p. 207). Lo anterior no implica que sólo los jueces decidan con base en la Constitución, todos los funcionarios del Estado deben hacerlo.

Ahora, teniendo en cuenta el hecho de que existe una diversidad de doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales, “¿cuándo pueden los ciudadanos, mediante su voto, ejercer apropiadamente su poder político coercitivo unos sobre los otros, cuando están en juego cuestiones fundamentales?, o ¿a la luz de qué principios e ideales debemos ejercer ese poder, si hacerlo así es justificable para los demás ciudadanos libres e iguales?” (Rawls, 1995, p. 208)

La respuesta ofrecida desde el liberalismo político a estas cuestiones, está ligada al principio de legitimidad, el cual supone que el ejercicio del poder político se realiza a través de una Constitución, cuyos principios han sido adoptados y aceptados por los ciudadanos como razonables. El ideal de ciudadanía supone que el ejercicio del voto se realiza conforme a los valores políticos de la razón pública, en donde los ciudadanos reconocen las razones que dan los otros y tienen la capacidad moral de conciliar sus puntos de vista con los de otros ciudadanos.

La razón pública se ejerce en las instituciones de gobierno y entre ciudadanos que deben estar en capacidad de dar razones acerca de sus decisiones políticas, como ideal de política democrática. Los ciudadanos asumen el ideal de razón pública desde sus doctrinas comprensivas. La razón pública tiene como contenido la concepción política de justicia,

“especifica derechos, libertades y oportunidades, asignándoles una prioridad lexicográfica y garantizándoles las medidas necesarias para cumplirlas”. (Mejía, 2005, p. 88).

En la revisión que hace Rawls de su idea de razón pública, el filósofo precisa la estructura de esta idea en cinco aspectos: primero, las cuestiones políticas a las que se aplica, lo que antes hemos denominado el objeto de la razón pública; un segundo aspecto referido a las personas a quienes se aplica, funcionarios públicos y aspirantes a cargos públicos; un tercer aspecto está ligado a su contenido, el cual estará definido por una concepción política de justicia; el cuarto aspecto se refiere a la aplicación de la razón pública, excluida de ámbitos privados y se tiene en cuenta en las discusiones sobre normas jurídicas vinculantes que han de regir a una sociedad democrática; finalmente, el quinto aspecto, en el que se incluye de nuevo a los ciudadanos para la realización del control sobre la aplicación de los principios de justicia en las decisiones tomadas por las instituciones.

La razón pública se entiende, como tal, en tres sentidos: “como razón de los ciudadanos libres e iguales, es la razón del público; su tema es el bien público referente a cuestiones de justicia política fundamental, es decir, cuestiones constitucionales esenciales y cuestiones de justicia básica; y su naturaleza y contenidos son públicos puesto que se expresan en una argumentación pública mediante una familia de concepciones políticas razonables de la justicia”. (Rawls, 2001b, p. 158).

Esta idea de razón pública se aplica al denominado foro político público, integrado por la argumentación de los jueces y magistrados en casos constitucionales, el discurso de altos funcionarios públicos del ejecutivo y legislativo así como de los candidatos que aspiran a dichos cargos. La razón pública se aplica de forma diferente en esos tres niveles, y es a los jueces a quienes se aplica de forma más estricta. Este foro público se distingue de la cultura de base, integrada por la sociedad civil, que tiene muchas formas de razón no pública, de manera que la idea de razón pública no se aplica a este grupo, quienes tienen garantizados sus derechos a expresar libremente su pensamiento.

El ideal de razón pública se cumple cuando los funcionarios, efectivamente, tienen como base la idea de razón pública y logran justificar sus decisiones en razones coherentes con la concepción política de justicia. Ahora, en el caso de los ciudadanos que no son funcionarios públicos, Rawls explica la forma en que se comprende en ellos la razón pública en los siguientes términos “los ciudadanos se suelen ver a sí mismos *como* si fueran legisladores y se preguntan cuáles serían las leyes, sustentadas por razones que satisfagan el criterio de reciprocidad, que en su opinión sería más razonable aprobar” (Rawls, 2001b, p. 157). Cuando se generaliza la disposición de los ciudadanos a verse como legisladores y a desaprobado a los funcionarios que actúan en contra de la razón pública, se consolida una base política y social de la democracia que garantiza su estabilidad, y se cumple así con el deber moral como ciudadanos de ejercer control.

En este punto, es pertinente volver a la pregunta acerca de ¿cómo es posible que en aquellos casos en los que se definen cuestiones constitucionales esenciales y asuntos de justicia básica, los ciudadanos respeten la estructura del régimen democrático y las leyes? Esta cuestión se formula teniendo en cuenta desde luego el hecho del pluralismo razonable, en donde los ciudadanos están facultados para defender concepciones políticas y religiosas que pueden resultar irreconciliables. “¿Cuáles son entonces los ideales y principios por los cuales los ciudadanos que comparten el poder político supremo han de ejercer dicho poder de tal suerte que cada una pueda justificar razonablemente sus decisiones políticas frente a cada uno?” (Rawls, 2001b, p. 160).

La respuesta a esta pregunta tiene como base la idea de ciudadanos razonables, que en su condición de libres e iguales vinculados a un sistema de cooperación social, están dispuestos a aceptar justos términos de cooperación social a partir de la concepción política de justicia que resulte más razonable. Los ciudadanos actuarán de esta forma a pesar de que tengan que admitir decisiones que resulten contrarias a sus concepciones, siempre que los demás ciudadanos actúen en forma recíproca.

En esa medida, en materia constitucional, si los funcionarios actúan conforme a la razón pública y los ciudadanos se comportan como legisladores que siguen de igual forma a la razón pública, la opinión mayoritaria constituirá una expresión jurídica que se traduce en una ley legítima, aceptada por los ciudadanos, pues es producto del cumplimiento del deber de civilidad de cada uno de los integrantes de la sociedad; dicho deber supone que cada ciudadano está dispuesto a actuar conforme a sus obligaciones.

La legitimidad se fundamenta en el principio de reciprocidad, el cual supone que el poder político se ejerce de manera adecuada siempre que los ciudadanos creen que las razones que fundamentan dicho poder son suficientes y aceptables por los demás ciudadanos. Dicha fundamentación se aplica a nivel de la Constitución y de las leyes que se derivan de esta.

Una democracia constitucional bien ordenada es una democracia deliberativa, en donde los ciudadanos “deliberan, intercambian puntos de vista y exponen sus razones para sustentar las cuestiones políticas públicas” (Rawls, 2001b, p. 163). Las opiniones de todos los ciudadanos están sujetas a consideración y revisión. La democracia deliberativa tiene tres elementos esenciales: La idea de razón pública, instituciones constitucionales democráticas que incluyan cuerpos legislativos, y el deseo de los ciudadanos de seguir la razón pública como criterio de comportamiento político. Para el desarrollo de la idea de democracia deliberativa se requiere de ciudadanos educados en elementos básicos del constitucionalismo democrático, así como de los problemas básicos de la sociedad, esto con el fin de poder participar en la toma de decisiones.

Para Rawls, la Suprema Corte de Justicia constituye, en los sistemas democráticos, la máxima expresión de la razón pública, en la medida en que en su seno se debate y definen las esencias constitucionales. En los sistemas con control judicial, constituye el máximo nivel de interpretación judicial; su tarea es la de proteger la supremacía de la Constitución. Con el fin de explicar esta idea, Rawls expone cinco principios del constitucionalismo:

- a. La distinción entre poder constituyente y poder constituido o poder ordinario. El pueblo como poder constituyente tiene la facultad para crear un nuevo régimen, dicho poder crea un ordenamiento que regula al poder ordinario, su poder es latente y en esa medida se ejerce sólo cuando se va a modificar el régimen existente. El poder ordinario o constituido por su parte es el que ejercen los funcionarios del gobierno de forma cotidiana y ordinaria.
- b. La distinción entre la ley ordinaria y la ley fundamental. La ley fundamental es producto del poder constituyente, en esa medida recoge la voluntad del pueblo. La ley ordinaria por su parte es creación del poder ordinario, representado en el Congreso como expresión de los electores. La ley fundamental es vinculante y orienta la actividad del poder ordinario limitado por sus disposiciones.
- c. La Constitución democrática constituye la expresión del ideal político de un pueblo, regida por principios, dados por el mismo pueblo para su autogobierno. Esos principios se incluyen en el preámbulo, en una carta de derechos y en la forma como se organiza la administración del poder y la creación de normas; estos principios guían la interpretación de la Constitución y de las leyes que de ella se derivan.
- d. En la Constitución democrática se fijan, en su carta de derechos, ciertas esencias constitucionales, lo cual asegura un límite para las leyes ordinarias y para la actividad del legislador.
- e. El último principio señala que en un gobierno constitucional el poder se ejerce por las tres ramas, cada una con sus funciones definidas y responsable ante el pueblo, lo que se constituye en una garantía para el ejercicio limitado del poder.

Este último principio supone un rechazo a la idea de supremacía del parlamento, y así el control ejercido por la Suprema Corte se incluye como recurso para proteger la supremacía

de la Constitución como la ley superior, en esto radica su papel defensivo de la integridad de la Constitución. Por lo tanto, “al aplicar la razón pública, la Suprema Corte ha de impedir que esa ley pueda ser erosionada por la legislación de alguna mayoría transitoria” (Rawls, 1995, p. 222) razón por la cual puede ser vista como antimayoritaria, pues puede, al revisar las leyes ordinarias, encontrar que son inconstitucionales, lo cual es acorde con el mandato que el pueblo a través de la Constitución le ha conferido.

Pese a esta valoración, Rawls no considera que la Corte actúe de forma antimayoritaria si los argumentos que propone para declarar inconstitucional una ley son coherentes con la Constitución y su interpretación. La concepción política de la justicia incluye los elementos para definir las cuestiones fundamentales de la Constitución como ley fundamental, así como los valores políticos que orientan las decisiones en torno a estas cuestiones fundamentales.

Además del papel defensivo, en un segundo papel la Suprema Corte actúa también como una institución ejemplar que es capaz de “hacer valer continuamente la razón pública”. (Rawls, 1995, p. 223) Cuando se debaten asuntos referidos a las esencias constitucionales se hacen a partir de los valores políticos y argumentos de la razón pública, en otros temas los magistrados pueden acudir a la tradición, a la historia o a otro tipo de argumentos. El hecho de que esta sea la institución por excelencia del ejercicio de la razón pública, significa también que los magistrados deben “tratar de elaborar y expresar en sus opiniones razonadas la mejor interpretación de la Constitución que puedan dar, utilizando sus conocimientos acerca de la aplicación de la Constitución y de los casos constitucionales precedentes” (Rawls, 1995, p. 224). La mejor interpretación será la que se ajuste a la concepción política de justicia, de tal manera que los magistrados, siempre que la Constitución así lo refiera, deben hacer mención a los valores de la concepción política de justicia y a sus valores políticos, suscritos por todos los ciudadanos razonables y racionales. Los magistrados en su argumentación no pueden tener en cuenta consideraciones personales o morales, políticas o religiosas, razones que deben ser excluidas del debate constitucional.

Ahora, la idea de razón pública no implica que los magistrados y todos los ciudadanos, tengan que estar de acuerdo en todos los elementos de la interpretación de la Constitución, pero sí deben estar de acuerdo en que la Constitución debe interpretarse a la luz de la concepción política que resulte pertinente. Para Rawls

(...) el papel de la Suprema Corte como la más alta intérprete judicial de la Constitución supone que las concepciones políticas que profesan los magistrados y sus puntos de vista sobre los elementos constitucionales esenciales ubican la parte central de las libertades básicas más o menos en el mismo lugar. (Rawls, 1995, p. 222)

Finalmente, en desarrollo de un tercer papel, la Corte como entidad ejemplar de la razón pública asume la función de dar vitalidad y avivar la razón pública en el foro público. Esto se realiza cuando la Corte toma decisiones sobre cuestiones políticas relevantes e interpreta la Constitución de manera razonable.

Ahora, la interpretación que hace la Corte Suprema de la Constitución está limitada, pues la norma superior no puede ser pensada como aquello que la Corte interpreta, sino que debe entenderse como la expresión de lo que el pueblo, a través de las distintas ramas del poder público, faculta a la Corte para decidir sobre ella, inclusive por mandato de una enmienda o de la acción de la mayoría, en donde puede imponerse una determinada interpretación de la Constitución que no había sido considerada por la Suprema Corte.

Del mismo modo, el poder de reformar la Constitución tiene límites, pues no es suficiente con que se realice el procedimiento constitucional para reformarla. Un procedimiento de esta naturaleza tiene dos finalidades que limitan esta posibilidad: la primera “ajustar los valores constitucionales básicos a las cambiantes circunstancias políticas y sociales, o incorporar a la constitución una comprensión más amplia e inclusiva de esos valores.” (Rawls, 1995, p. 226)

Una segunda finalidad consiste en adaptar las instituciones básicas con el fin de corregir errores que surgen de su aplicación. En esa medida, si una reforma constitucional no cumple con estas finalidades y en su lugar busca sustituir una parte de la Constitución con un texto contrario a la tradición constitucional, sería inválida y su invalidez se proclama con el fin de evitar socavar los principios esenciales que fundan el régimen constitucional. Permitir reformas por fuera de esta finalidad sería una sustitución de la Constitución entendida como una revolución.

Un cambio en la constitución realizado de manera legítima, no le impone a la Corte asumir una fuerte controversia. Lo contrario supone asumir una amplia carga de la argumentación y discusión coherente con los valores políticos de la justicia y la razón pública. Las controversias en torno a asuntos constitucionales permiten formar a los ciudadanos en el ejercicio de la razón pública. Este ejercicio no es exclusivo de la Suprema Corte, también puede ser librado en las otras ramas cuando se debate en torno a cuestiones constitucionales.

Algunos podrían considerar que existen dificultades en el objeto de la razón pública de ofrecer respuestas razonables a cuestiones divisivas. Dichas dificultades no son consideradas insalvables por Rawls y son tratadas como dificultades aparentes. Se trata de:

1. La consideración según la cual la razón pública puede llevar a más de una respuesta en torno a una cuestión divisiva con base en distintos valores políticos. Esto se puede dar en la medida en que existe pluralidad de valores que pueden conducir a varias respuestas razonables sin que se pueda llegar a un acuerdo sobre qué respuesta adoptar, lo cual desde la perspectiva de los críticos podría llevar a que se introduzcan argumentos con base en valores no políticos para dirimir la cuestión sobre los que no se lograría un acuerdo. Desde luego que esto no se puede aceptar desde la perspectiva de la razón pública, cuando se trata de dirimir asuntos atinentes a las esencias constitucionales.

Cuando se da la situación de que es posible llegar a respuestas diferentes con base en diversos valores políticos, la ciudadanía debe acoger un ideal que permita garantizar los valores democráticos fundamentales, pese a que no pueda obtenerse un acuerdo absoluto. De igual forma que se puede votar en otros temas, se podría acudir a una votación sobre una cuestión fundamental cuando en su elección se tengan en cuenta valores políticos, de esta forma se garantizaría el ideal de la razón pública.

2. La segunda dificultad se centra en la definición de una elección a partir de la opinión sincera. Para Rawls, la idea de razón pública y su principio de legitimidad se acoge siempre que: a) se atribuye un alto valor a la idea de razón pública; b) se considera que la razón pública es suficiente para resolver cuestiones fundamentales; y c) se estima que las decisiones tomadas con base en la razón pública permiten alcanzar un equilibrio entre valores políticos. Ahora, si se da la situación en que una persona estuviera convencida de que sus valores religiosos como valores no políticos son el fundamento de los valores políticos, ¿actuaría esta persona de forma no sincera si a pesar de su convicción recurre a valores políticos en la toma de decisiones? Rawls responde de manera negativa y argumenta que el hecho de que alguien considere que los valores políticos tienen sustento en sus valores no políticos, no lo hace una persona no sincera frente a la toma de decisiones. Esta creencia no excluye la aceptación que hace de la razón pública.

Lo que exige la razón pública es que los ciudadanos puedan explicar su voto unos a otros en términos de un razonable equilibrio de los valores políticos públicos, y que todo el mundo entienda, por supuesto, que la pluralidad de las doctrinas comprensivas que profesan los ciudadanos sea considerada por ellos mismos un apoyo más, a menudo trascendente, para esos valores. (Rawls, 2001, p. 230)

3. La tercera dificultad está en el hecho de determinar en qué momento una cuestión divisiva se resuelve de manera satisfactoria a través de la aplicación de la razón pública. La respuesta a esta dificultad radica en el hecho de que una respuesta es exitosa siempre que sea la más razonable al ser juzgada desde la perspectiva de la propia razón pública. Esto es

así cuando las diferentes doctrinas, aunque no estén completamente de acuerdo con la respuesta, puedan considerarla aceptable.

2.4. Sobre las esencias constitucionales

La razón pública, como ya se indicó, tiene como objeto abordar asuntos de justicia fundamental, y relacionados con las esencias constitucionales. Uno de sus objetivos es limitar los desacuerdos en torno a cuestiones políticas, o por lo menos a asuntos divisivos acerca de esencias constitucionales, entendidas como “cuestiones cruciales sobre las que, dado el hecho del pluralismo, es máximamente urgente lograr un acuerdo político” (Rawls, 2001, p. 77). En esa medida los ciudadanos deben llegar a un acuerdo acerca de esos elementos constitucionales esenciales, en dos aspectos referidos a:

- a. Los principios fundamentales que determinan la estructura del gobierno y del sistema político: como la división de poderes y la forma en que se toman decisiones, y,
- b. Los derechos y libertades básicos, de forma igualitaria y que constituyen un límite para la mayoría legislativa.

Estos son los elementos que en teoría constitucional se definen como la parte orgánica o de organización y administración del Estado, y la parte dogmática que integra los valores y principios que orientan la administración del poder, plasmados en derechos y libertades. Para Rawls, “en la medida en que haya un acuerdo firme sobre las esencias constitucionales, existirá la esperanza de que pueda mantenerse la cooperación política y social entre ciudadanos libres e iguales.” (Rawls, 2001, p. 54). Una de las tareas de la filosofía política consiste en proponer una concepción de la justicia que permita eliminar el desacuerdo sobre las cuestiones constitucionales más controvertidas.

Estos dos tipos de elementos se distinguen en que los primeros, la forma de gobierno y del sistema político, pueden ser configurados de distintas maneras, dependiendo del tipo de

organización adoptada por el Estado, la cual debe gozar de cierta estabilidad y sus modificaciones deben ser el producto de necesidades generales o en atención a los requerimientos de la justicia política, no para favorecer a un grupo de intereses particulares, como sería modificar el sistema de elección de funcionarios públicos para garantizar la permanencia de un grupo político en el poder.

El segundo grupo de elementos, referido a los derechos y libertades básicas, a diferencia del primero, tiene casi la misma forma de configuración en todos los sistemas que se fundamentan en la libertad, sin incluir grandes variaciones. Esto se puede explicar por la pretensión de universalidad con la que se ha venido dotando la justificación de este sistema de derechos y libertades, por lo menos en el contexto de occidente.

Es posible distinguir los principios de justicia en materia de derechos y libertades y aquellos referidos a justicia distributiva, como es el caso de la igualdad de oportunidades. Estos principios se distinguen en que cada uno de ellos cumple papeles distintos en la estructura básica de la sociedad. El primero se refiere al aseguramiento de libertades y derechos básicos en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, para lo cual se crean instituciones políticas justas, así como a la forma en que se limita, ejerce y adquiere el poder político. El segundo, está relacionado con las instituciones de la justicia social y económica.

Verificar el cumplimiento del primer papel es posible a través de las consagraciones constitucionales. El cumplimiento del segundo es más difícil de verificar, pues su cumplimiento se valora desde diferentes perspectivas, dependiendo del criterio de evaluación utilizado.

Estos dos tipos de elementos cumplen papeles diferentes, la definición de libertades básicas es más apremiante, su aplicación es más fácil de determinar y del mismo modo es más sencillo llegar a un acuerdo sobre los derechos y libertades básicas que se deben asegurar, por lo menos en sus principales elementos. Para Rawls, “si una concepción política de la

justicia cubre los elementos constitucionales esenciales y los asuntos de la justicia básica (...), es por sí misma de enorme importancia, aunque nos diga muy poco acerca de muchas cuestiones económicas y sociales, de las que deberán ocuparse normalmente los cuerpos legislativos”. (Rawls, 1995, p. 2019).

Los derechos y libertades básicas protegen unos intereses fundamentales, lo cual explica su relevancia y el hecho de que en la ordenación de los principios de justicia, ocupen el primer lugar de aplicación.

La legitimidad del ejercicio del poder político se funda en el hecho de que se ejerza en concordancia con una Constitución en la que se integran principios esenciales suscritos por todos los ciudadanos, en su calidad de personas libres e iguales, capaces de aceptar dichos principios en virtud de su capacidad de razón. En esa medida las discusiones libradas al interior del poder ordinario, con el fin de regular asuntos legislativos relacionados con elementos esenciales de la Constitución o con cuestiones básicas de la justicia, deben resolverse a partir de la aplicación de principios e ideales que puedan ser suscritos. Esto, en la medida en que “sólo una concepción política de la justicia que todos los ciudadanos puedan razonablemente suscribir puede servir de fundamento de la razón pública y de su justificación”. (Rawls, 1995, p. 140)

Para Rawls, en un régimen constitucional bien ordenado existen dos elementos centrales: el primero es que las cuestiones en torno a los elementos constitucionales esenciales y a las cuestiones de justicia básica se dirimen a partir de los valores políticos; en segundo lugar, los valores políticos a partir de los cuales se resuelven dichas cuestiones, tienen el peso suficiente para prevalecer por encima de cualquier otro tipo de valores que puedan estar en conflicto con ellos.

Esto se entiende también por el hecho de que las aspiraciones y sentimientos particulares no son suficiente razón para exigir la configuración en cierto sentido de las esencias

constitucionales y las cuestiones de justicia básica. Esta exigencia configura la idea de ciudadanía democrática.

Rawls señala el cuestionamiento que puede hacerse a esta condición y señala cómo algunos pueden preguntar ¿por qué los ciudadanos deben estar sujetos, en los debates y votaciones en torno a cuestiones políticas esenciales, a los límites que impone la razón pública? Y “¿Cómo puede ser razonable o racional, cuando están en juego las cuestiones básicas, que los ciudadanos recurran sólo a la concepción pública de la justicia, y no a toda la verdad según la ven?” (Rawls, 1995, p. 207).

Como se indicó antes, la democracia supone una relación de los ciudadanos con la estructura básica de la sociedad donde nacieron y vivirán toda la vida y en donde el poder político, como poder coercitivo, se ejerce por ciudadanos libres en condiciones de igualdad, mediante el voto y otros medios. De estos ciudadanos se espera que en su calidad de personas razonables y racionales, estén en capacidad, a pesar de su pluralismo y de que defienden diferentes doctrinas, de dar cuenta de los fundamentos de sus decisiones con argumentos que puedan ser aceptados por los demás ciudadanos. Los ciudadanos democráticos deben poder asumir la razón pública y en muchos casos se acuerda no tener en cuenta la verdad como los ciudadanos la ven. Rawls cita como ejemplo los eventos en que el Derecho penal excluye la obligación de los cónyuges a decir la verdad en un juicio y testificar en contra del otro cónyuge, las dos medidas aseguran otros valores.

Ahora, en lo que atañe a cuestiones políticas fundamentales, “la idea de razón pública rechaza los puntos de vista comunes de que votar es un asunto privado y hasta personal” (Rawls, 1995, p. 210). No podría aceptarse que alguien votara con base únicamente en sus preferencias particulares o incluso en sus odios. La democracia no puede ser únicamente el gobierno de las mayorías, esto desconocería el deber de civilidad y no tendría en cuenta el límite que impone la razón pública, a partir del cual las decisiones sobre cuestiones constitucionales esenciales y de justicia básica deben decidirse a partir de las razones que puedan generar consenso en la medida en que promueven el bien general.

La justificación de las decisiones, conforme al principio de legitimidad, debe partir de razones generalmente aceptadas, del sentido común o de la ciencia y deben excluirse aquellas que provengan de doctrinas totalizantes, religiosas o filosóficas, esto con el fin de garantizar una base pública de justificación.

2.4.1. Los valores en conflicto en la IVE

Hasta este punto se han expuesto los elementos generales que permiten abordar una cuestión divisiva en el marco de una sociedad pluralista. Ahora se abordara la cuestión acerca de ¿cómo se puede caracterizar la disputa en torno a la regulación de la IVE?

Rawls distingue los valores políticos de los no políticos. Los primeros deben orientar la discusión sobre a las esencias constitucionales. Pueden existir desde luego muchos argumentos con base en valores no políticos que se propongan en discusiones acerca de estas cuestiones, sin embargo no es razonable utilizar el poder político para hacer prevalecer la valoración no política en estas disputas.

El poder político se caracteriza porque en él pueden participar todos los ciudadanos como personas libres en condiciones de igualdad. No es razonable que se intente usar el poder político para hacer prevalecer una doctrina no política y sancionar a quienes no estén de acuerdo con ella, más aun cuando se ha afirmado el hecho del pluralismo razonable. Esto no afirma o niega la verdad o no de dichas concepciones que toman como base valores no políticos, como es el caso de algunas concepciones amparadas en creencias religiosas, lo que indica es que es irrazonable hacer uso del poder político para imponer dichas concepciones.

El *Liberalismo Político* apunta a resolver la cuestión en torno a ¿cómo es posible que puedan prevalecer los valores políticos sobre los demás valores que puedan entrar en conflicto con ellos? La respuesta a esta pregunta supone dos aspectos: el primero concerniente a la superioridad de los valores políticos y el segundo, al hecho de que

(...) existen muchas maneras razonables en que se puede entender el más vasto dominio de los valores, para que sea congruente con los valores apropiados del dominio especial de lo político, para que los apoye o por lo menos no entre en conflicto con ese dominio especial (Rawls, 1995, p. 142).

La historia y la filosofía señalan ejemplos de doctrinas comprensivas no irrazonables, lo cual explica la posibilidad del consenso traslapado que permite reducir o minimizar el conflicto entre valores políticos y no políticos.

Ahora, ¿cuáles son los valores en conflicto en el debate en torno a la IVE? En este apartado se partirá de identificarlos, asumiendo que pese a que existen muchos valores no políticos, son los primeros los que prevalecen en la discusión.

En una primera parte se presentarán los valores que se identifican, a manera de ejemplo, en *Liberalismo Político*, situando dicha discusión en el plano del esquema básico de las libertades, así como en las nociones de persona y vida, identificados como criterios relevantes en la discusión expuesta en el estado del arte y a los cuales se hace también alusión en el planteamiento de Rawls.

2.4.2. Los valores políticos en conflicto desde la perspectiva del Liberalismo Político

El conflicto alrededor de la IVE se puede leer como uno de esos casos en los que se suscita amplia controversia. *Liberalismo Político* tiene como objeto la búsqueda de una concepción política en la que la combinación de los valores de justicia y la razón pública permitan ofrecer respuestas razonables para la mayoría de cuestiones relevantes en materia de cuestiones constitucionales: “aquellas que implican los elementos constitucionales esenciales y los asuntos de justicia básica.” (Rawls, 1995, p. 230).

El logro de este objeto puede tener algunas dificultades, como ya se indicó, por lo menos en apariencia, en casos como la regulación en materia de IVE en el que se incluyen razones de

todo tipo en su discusión, en donde parecieran existir serias dificultades para llegar a un acuerdo, y en donde a pesar de eso los Estados encuentran necesario proponer una regulación al respecto.

Desde la perspectiva de *Liberalismo Político*, Rawls señala cuáles podrían ser los valores políticos en conflicto en el caso de la regulación en materia de IVE, entendiendo que “algo es un valor político si es ampliamente aceptado como digno de respeto y cuidado por ciudadanos que profesan doctrinas comprehensivas distintas.” (Busdygan, 2013, p. 68)

Para señalar los valores en conflicto, Rawls parte de dos supuestos: uno, que dicho conflicto se de en una sociedad bien ordenada y dos, en donde se trata de la definición de derechos de mujeres adultas y maduras (Rawls, 1995, p. 228). Con esto como colofón Rawls considera que estarían en juego tres valores políticos importantes, cuya interpretación supone que “tienen un significado valioso y digno de respeto para una sociedad política” (Busdygan, 2013, p. 69) en donde los ciudadanos de forma razonable valoran “el debido respeto a la vida humana, la ordenada reproducción de la sociedad política a través del tiempo, incluso de la familia, en alguna forma y, finalmente, la igualdad de las mujeres respecto de los hombres, como ciudadanas iguales” (Rawls, 1995, p. 230). Estos valores se incluyen sin que se trate de una lista taxativa, pues pueden proponerse desde luego otros valores que se incluyan en la discusión.

Rawls advierte que su afirmación en torno a la prioridad que debe darse a estos valores, incluida en una cita de *Liberalismo Político*, no responde a su intención de proponer “un argumento en favor del derecho al aborto en el primer semestre” (2001, 193). Rawls señala que se trata de la expresión de su opinión, la cual no podría ser tomada como un argumento y su intención, la cual expone en respuesta a las críticas que suscitó la referida cita, radicaba en ilustrar la idea según la cual las doctrinas globales que violan la razón pública son las que no pueden lograr un equilibrio razonable de valores políticos, en cualquier tema objeto de discusión. Sin embargo, una explicación detallada de esos valores, a partir de la razón pública, podría ser tomada como base para un argumento razonable.

Con el propósito de construir un argumento razonable, en lo que sigue se caracterizarán estos valores con el fin de proponer un argumento que siga la línea de la opinión de Rawls, según la cual por lo menos durante el primer trimestre de gestación, un equilibrio razonable entre estos tres valores les daría a las mujeres el derecho a decidir libremente sobre la IVE, pues durante este periodo el valor político de la igualdad prevalecería, de tal suerte que “cualquier doctrina comprensiva que desemboque en el equilibrio de valores políticos excluyendo ese derecho calificado correctamente, en el primer trimestre de la gestación, es, en esa medida, irrazonable, y, según los detalles de su formulación, también puede ser cruel y opresiva.” (Rawls, 1995, p. 231)

a. El debido respeto a la vida humana

Para Rawls, sin duda alguna constituye un valor político, el hecho de que “el derecho público muestre un respeto adecuado por la vida humana” (Rawls, 2001, p. 162). Los ciudadanos entonces tendrían que encontrar como razonable que se propongan medidas para garantizar ese adecuado respeto. Más allá de esta consideración, algunos autores han valorado a partir de la obra del filósofo, que este “no se pronuncia sobre el valor de la vida humana en sí misma, sino sobre la racionalidad de determinados modos de vivir.” (Zambrano, 2005, p. 69)

Podría, sin embargo, afirmarse que Rawls no considera que exista una identidad o paralelismo (como si lo hacen otros autores) entre la noción de persona y la concepción de ser humano, en la medida en que la persona está ligada a la noción de facultades morales, atributo que puede ponerse en duda en el caso de los no nacidos. La concepción de Rawls sobre la persona no se sustenta “en ninguna concepción metafísica respecto de la naturaleza humana” (Seleme, 2004, p. 76). El ser humano, como especie, es más una categoría biológica. La pregunta en ese nivel sería entonces, ¿a partir de qué momento un ser humano adquiere la categoría moral de persona que lo hace titular de derechos y libertades básicas? Desde luego que, como ya se afirmó, Rawls no responde a esta pregunta, pero si configura

los elementos que determinan la noción de persona, que “se considera parte de una concepción de la justicia política y social”. (Rawls, 1995, p. 279)

La concepción de persona determina la forma en que los ciudadanos, primero, actúan a partir de un sentido de la justicia y de lo correcto, lo que permite que se piensen a sí mismos y a los demás en sus relaciones políticas en términos de cooperación social. Esto les faculta a pensar y actuar en aras del beneficio mutuo como personas razonables, lo que permite que sean aceptados por los demás recíprocamente; y segundo, poseen la capacidad de ser racionales, en la medida en que ostentan una concepción del bien. A partir de ahí se entiende que “es persona quien está en condiciones de cooperar plenamente, sobre una base de reciprocidad, entre ciudadanos libres e iguales”. (Zambrano, 2005, p. 58)

En esos términos, los ciudadanos son personas libres e iguales cuando poseen una concepción del bien, son capaces de ejercer dicha concepción y de actuar conforme a ella, exigiendo a las instituciones actuar en concordancia con la concepción política de justicia adoptada. Las personas, como sujetos morales son aquellas que pueden ejercer sus facultades morales y en esa medida ostentan la titularidad de las libertades básicas, “la capacidad de la persona moral es condición suficiente para tener derecho a una justicia igual, con lo que se requiere sólo un mínimo esencial –la personalidad moral- para convertir al ser humano en un sujeto de derecho”. (Ribotta, 2009, p. 70)

La capacidad de las personas de ejercer una concepción del bien, así como de revisar dicha concepción se realiza en la medida en que tengan libertad para hacerlo, lo cual implica la posibilidad de revisar sus propias creencias sobre lo que consideran valioso. En esa medida, afirma Rawls, “esta concepción de persona presupone, en primer lugar, que el interés primordial de todo ser humano es llevar adelante una “vida buena”. (Seleme, 2004, p. 81)

Lo anterior permite sostener la idea de que un sujeto no nacido de la especie humana, no es persona moral, sin embargo eso no quiere decir que deba prescindirse, como ya se sostuvo, de un adecuado respeto a la vida humana. Ahora, dicho respeto no se predica únicamente

del no nacido, también se predica de la mujer, cuya vida también debe protegerse. Este valor permite poner de presente en la discusión, que alrededor de la regulación sobre IVE está la protección de la vida del no nacido y también la protección de la vida de la mujer gestante, ésta como sujeto moral y no solamente biológico.

En esta disputa de valores, si acogemos los supuestos de la concepción política de justicia, el Estado no puede asumir la definición de un valor a partir de una determinada doctrina religiosa o filosófica. “Ninguno de estos puntos de vista sobre el significado, el valor y la finalidad de la vida humana, tal como lo especifican las correspondientes doctrinas comprensivas religiosas o filosóficas, es afirmada generalmente por los ciudadanos” (Rawls, 1995, p. 176) si se intenta imponer una determinada concepción se actuaría de forma arbitraria. En esa medida el consenso traslapado juega un papel relevante para el *Liberalismo Político*, pues intenta encontrar una idea del bien que compartan los ciudadanos a partir de la cual se puedan hacer valoraciones sobre cuestiones divisivas, más allá de cualquier doctrina comprensiva.

Con el fin de plantear la discusión sobre los alcances del valor de la vida y la forma en que se ha establecido el debate en torno a la IVE, en franca disputa con la libertad de las mujeres, es preciso poner de relieve lo que a partir de su análisis sobre la disponibilidad de la propia vida ha sugerido la profesora Pilar Zambrano con base en su lectura de Rawls y es que se ha configurado una suerte de relativización del valor de la persona humana

(...) no toda persona humana es igualmente acreedora del reconocimiento de la personalidad jurídica fundamental –que Rawls denomina “personalidad moral”-. Quedan excluidos, en especial, los no nacidos, los discapacitados mentales graves, y quienquiera que haya perdido definitivamente el uso de sus facultades morales. (Zambrano, 2005, p. 102)

Sin embargo el carácter de persona moral tampoco tiene un valor absoluto, de ahí que las demás formas de vida humana merecen una protección. La pregunta a resolver recae justamente en qué valor debe prevalecer cuando se teje el conflicto con otro.

b. La reproducción de la sociedad política a través del tiempo y la familia

En *Liberalismo Político*, Rawls se refiere a este valor en términos de la ordenada reproducción de la sociedad y la familia; por su parte en *La justicia como equidad, una reformulación*, al señalar los valores en conflicto, Rawls hace mención a este valor señalando que el derecho público “regule convenientemente las instituciones mediante las cuales la sociedad se reproduce a sí misma a lo largo del tiempo.” (2001, p. 162) La forma en que se plasma en la primera versión el planteamiento de los valores en conflicto podría suscitar al idea de que se trata de la reproducción material de la sociedad, sobre todo por la inclusión de la expresión “y la familia” (Rawls, 1995, p. 231), sin embargo la forma en que se ha señalado en la obra póstuma ha permitido sostener la interpretación de que se trata más bien del “aseguramiento de la estabilidad política necesaria para afirmar la sociedad política.” (Rawls, 1995, p. 231)

La conservación de las instituciones políticas como valor político fundamental podría estar en riesgo si no se logra un balance adecuado para una cuestión divisiva como sería la reglamentación en torno a la IVE. De ahí que la garantía de la estabilidad de la sociedad política supone buscar “canales y procedimientos tendientes a los acuerdos políticos más que a la dominación de los sectores más fuertes políticamente, sobre los más débiles”. (Busdygan, 2013, p. 72)

¿Qué otros elementos de la obra de Rawls permiten orientar la interpretación sobre este valor en conflicto? En *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”* obra anterior a *La justicia como equidad, una reformulación*, Rawls considera a la familia como parte de la estructura básica de la sociedad, en la medida en que “una de sus principales funciones es servir de base de la ordenada producción y reproducción de la

sociedad y de su cultura de una generación a otra” (Rawls, 2001, p. 181). El papel que le otorga Rawls a la familia como parte de la estructura básica de la sociedad, permite inferir que en efecto el valor que propone el filósofo como parte del conflicto es la estabilidad de la sociedad en relación con el papel que tiene la familia en dicho proceso

(...) el trabajo reproductivo es un trabajo socialmente necesario. La misión esencial de la familia es arreglar de manera razonable y efectiva la crianza y el cuidado de los niños para asegurar su desarrollo moral y su educación en el marco general de la cultura. (Rawls, 2001, p. 181)

Esto es necesario en la medida en que todos los ciudadanos deben poseer un sentido de la justicia con el fin de garantizar la sostenibilidad de las instituciones sociales y políticas.

La familia, independientemente de su conformación, debe ser tenida, “al menos en parte, como una cuestión de justicia política” (Rawls, 2001, p. 182), esto pues sería equivocado que los principios de justicia no tuvieran aplicación en la familia, en cuyo interior deben garantizarse condiciones de igualdad para las mujeres y los hijos. Desde luego que los principios de justicia se aplican a la estructura básica de la sociedad, lo que excluiría de manera particular a las múltiples organizaciones y a su funcionamiento interno, sin embargo, aunque esto sea así y los principios de justicia no se apliquen de manera directa, este hecho no excluye que dichos principios protejan los derechos, libertades y oportunidades de quienes hacen parte de dichas instituciones, a través de las restricciones y limitaciones que se derivan de su aplicación. Esto es así, porque “los principios especifican los derechos básicos de los ciudadanos iguales que son los miembros de las familias. Como parte de la estructura básica, la familia no puede violar tales libertades” (Rawls, 2001, p. 183). De ahí se sigue que, dado que las mujeres tienen el mismo *estatus* de ciudadanía que los hombres, incluso cuando tienen vida en pareja, tienen el derecho a gozar de las mismas libertades y oportunidades, lo cual, en conjunto con otros principios de justicia, debería ser suficiente para garantizar su igualdad.

La ciudadanía implica, a partir del deber de civilidad, acoger los principios de justicia, lo cual supone garantizar la imposición de restricciones a las asociaciones privadas, entre las que se encuentra la familia; desde luego que como parte de dichas asociaciones sus miembros esperarán que esas restricciones sean las menores posibles. Esto es coherente con la noción de justicia política, que tiene aplicación a la estructura básica de la sociedad y los dominios de lo no político, que cuenta con principios de gobierno diferentes pero que admiten las restricciones que impone el dominio de lo político. “Los miembros adultos de las familias y otras asociaciones son ante todo ciudadanos iguales: ésta es su posición básica. Ninguna asociación o institución a la cual estén vinculados puede violar sus derechos como ciudadanos”. (Rawls, 2001, p. 185)

La estabilidad y reproducción de la sociedad constituye “una circunstancia valiosa del *ethos* político que debería ser cuidada por todos y por tanto deberían buscarse canales y procedimientos tendientes a los acuerdos políticos más que a la dominación de los sectores más fuerte políticamente”. (Busdygan, 2013, p. 72)

La controversia sobre la regulación de la IVE incluye este valor político, la forma en que se asuma su discusión debe tener en cuenta que la familia como institución en la que se reproducen valores, tiene un papel relevante y los valores que orienten su configuración están limitados por los principios de la concepción política de justicia.

c. La igualdad de las mujeres como ciudadanas

La idea de igualdad está ligada a la concepción de persona libre y de ciudadanía. Rawls caracterizó la noción de personas libres a partir de tres elementos: el primero, referido a las facultades morales, una persona está en capacidad de poseer un sentido del bien, sentido que es capaz de asumir de sí mismo y es capaz de reconocer en los otros. Esa facultad moral le permite, a partir de un ejercicio de razón y de razonabilidad, modificar dichas concepciones del bien sin que esto afecte su condición de persona libre. Esta facultad moral le atribuye la condición de igualdad a los sujetos que hacen parte de la sociedad cooperada,

en esa medida, “como corresponde a una concepción política de la justicia que entiende la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, un ciudadano es aquel que puede ser un participante libre e igual durante toda una vida”. (Rawls, 2001, p. 228). Una persona puede por ejemplo cambiar de creencia religiosa sin que por ese hecho deje de ser ciudadano, pues su ciudadanía no depende de esta concepción.

El segundo elemento está referido al hecho de que las personas libres se ven a sí mismas como sujetos capaces de hacer reclamaciones y exigencias válidas a las instituciones, con el fin de que se tengan en cuenta sus concepciones del bien. Finalmente, el tercer elemento está ligado a la razonabilidad de las exigencias que presentan los ciudadanos y que deben ser coherentes con los principios de justicia.

La libertad y la igualdad se fundan en la capacidad de la persona de ser sujeto racional y razonable. Para Camps:

Rawls entiende la igualdad, antes que nada, como igualdad en la libertad. La igualdad básica consistirá, pues, en el hecho de que cada uno goce de la misma autonomía para proyectar su vida en la forma que desee, y que goce asimismo de la capacidad de cooperar en el proyecto común de justicia. (1990, p. 15)

La elección de los principios de justicia le impone a las instituciones el deber de otorgar un igual esquema básico de libertades iguales para todos, así como promover condiciones para que una vez satisfecho el primer principio, si es necesario, se otorguen desigualdades sociales y económicas con el fin de satisfacer condiciones de igualdad equitativa de oportunidades, que tengan como consecuencia mayores beneficios para quienes se encuentren en situación de desventaja. La posición de igual ciudadanía se define “por los derechos y libertades que exigen el principio de igual libertad y el principio de la justa igualdad de oportunidades. Cuando los dos principios se satisfacen, todos son ciudadanos iguales.” (Rawls, 1997, p. 99)

Estos principios regulan la estructura básica de la sociedad y restringen la forma en que se desarrolla el comportamiento entre sus miembros y los grupos que la integran. Es lo que hace que, por ejemplo, en la familia deba existir igualdad entre los padres, hombres y mujeres. Frente a este caso Rawls (2001) señala cómo “para instaurar la igualdad entre hombres y mujeres en el reparto del trabajo en la sociedad, en la preservación de la cultura y en la reproducción de sí misma a lo largo del tiempo, se necesitan cláusulas especiales en el derecho familiar” (p. 34) que permitan repartir de forma equitativa las responsabilidades al interior de la familia y evite que las mujeres sigan asumiendo cargas desproporcionadas que limiten el acceso a la igualdad de oportunidades. Los derechos de las mujeres deben protegerse y no pueden incluirse “distinciones de género que limiten esos derechos.” (Rawls, 2001, p. 185).

En un sistema democrático deben incluirse los medios apropiados para lograr la igualdad de las mujeres. Normalmente la concepción de justicia política toma en consideración la idea de igualdad de ciudadanía, sin embargo, en algunas circunstancias es necesario tener en cuenta otros criterios para identificar posiciones sociales pertinentes que requieran de la aplicación del segundo principio. Señala Rawls, “si, por ejemplo, existen derechos básicos desiguales fundados en características naturales fijas, estas desigualdades determinarán posiciones pertinentes” (Rawls, 1997, p. 99). De este tipo serían las distinciones con base en el género que son tomadas como condiciones naturales inmodificables. Si se incluye una distinción con base en esta condición tendría que hacerse para mejorar la situación de los menos aventajados, nunca para restarles derechos.

De lo anterior se sigue, que si una de las causas de la desigualdad de las mujeres “es su mayor dedicación a la crianza, alimentación y cuidado de los niños en la tradicional división del trabajo dentro de la familia, hay que dar pasos encaminados bien a igualar esa dedicación bien a compensarla.” (Rawls, 2001, p. 222)¹⁷ La sociedad debe incluir una regulación que evite la desprotección de la mujer y de sus hijos, como producto de la

¹⁷Esta misma idea se encuentra en: Rawls. (2001b). El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”. Barcelona: Paidós, p. 186.

configuración familiar que ha prevalecido, como sería el caso, por ejemplo, de las desventajas que surgen para la mujer que se queda con los hijos producto de la disolución del matrimonio y que disminuye su capacidad económica. Si no se incluyen dichas medidas correctivas a través de normas y se deja desprotegida a la mujer, se dejarían desprotegidos sus derechos como ciudadana y se atentaría contra su igualdad.

La noción de persona es una categoría normativa y como tal advierte Rawls, no debe confundirse “esta concepción de la persona con la concepción del ser humano (un miembro de la especie *Homo sapiens*) que pudiera establecer la biología o la psicología sin hacer uso de conceptos normativos de diversa índole” (Rawls, 2001, p. 49) como sería el caso de las facultades morales. Esta distinción permite identificar uno de los elementos del debate en torno a la IVE, el conflicto entre la igualdad y libertad de las mujeres como ciudadanas y la protección que debe darse al no nacido. Esta noción permitiría construir un argumento a favor de la igualdad de las mujeres como personas libres e iguales, cuyos derechos, por los menos en las primeras semanas de gestación, deben prevalecer sobre el no nacido, cuya condición de miembro de la especie humana no lo hace persona. Otorgar una prioridad a la vida del no nacido deja a la mujer en desventaja.

La prevalencia de los derechos de las mujeres en esta primera etapa, supone una condición que posibilita la igualdad de oportunidades y su igualdad de ciudadanía frente a los hombres que no tienen que soportar la carga biológica y social que impone la maternidad. Rawls hace referencia al hecho de que “una antigua injusticia contra las mujeres consiste en que han cargado y cargan con una parte desproporcionada de la responsabilidad de criar, alimentar y cuidar a los niños” (Rawls, 2001b, p. 184). Los principios de justicia suponen que las mujeres tengan todos los derechos en calidad de ciudadanas y en esa medida imponen restricciones a la familia como institución que tiene sus propias reglas, pero que no puede desconocer la igualdad. Ahora, esto no excluye, admite Rawls, que de forma voluntaria, atendiendo a los preceptos de su iglesia, las mujeres por ejemplo admitan una división del trabajo al interior de la familia. Esta posibilidad estaría amparada en la libertad religiosa que a su vez se ampara en las libertades básicas. Lo que no puede aceptarse es

que dicha división basada en el género sea involuntaria e incluso, podríamos afirmar, institucionalizada de forma política por el Estado.

Los derechos básicos de las mujeres como ciudadanas al interior de la familia son tenidos como derechos inalienables y deben ser protegidos independientemente de la institución no política a la que se encuentran vinculadas.

2.4.3. La cuestión del equilibrio de valores frente a la IVE

En gracia de discusión, Rawls propone el supuesto hipotético de “que existe un razonable argumento de razón pública en favor del derecho al aborto pero que no existe un equilibrio o una ordenación igualmente razonable de los valores políticos, según la razón pública en contra de tal derecho” (Rawls, 2001b, p. 193). Para Rawls, únicamente en ese caso una doctrina global en contra de la IVE violaría la razón pública.

Rawls advierte cómo la IVE constituye un caso de gran controversia en donde los ciudadanos finalmente deben votar a partir de la ordenación de valores políticos que realicen y en donde desde luego no se espera unanimidad de criterio. Como se advirtió en la discusión acerca de las dificultades de la razón pública, no siempre es posible que las concepciones políticas de la justicia permitan llegar a la misma conclusión, ni siempre se logra que ciudadanos, que en general comparten la misma concepción política de la justicia, puedan, de forma unánime, llegar a un acuerdo en un asunto concreto. Pese a esto, cuando se deben tomar decisiones en casos controvertidos, el resultado final de la votación “debe ser considerado legítimo siempre que todos los funcionarios públicos de una democracia constitucional razonablemente justa, respaldados por otros ciudadanos razonables, voten sinceramente de acuerdo con la idea de razón pública” (Rawls, 2001b, p. 194). El resultado, independientemente de cualquier consideración adicional vincula a los ciudadanos conforme al principio de mayoría, por tratarse de una ley razonable y legítima. En virtud del deber de civilidad, que como se ha dicho, en cuestiones divisivas en torno a las esencias

constitucionales y a asuntos referidos a ellas, debe acudir a valores políticos para resolver dichas cuestiones.

La discusión sobre la regulación de la IVE es valorada por Rawls como un buen ejemplo para aclarar algunos aspectos de su teoría, sin afirmar que se trate de una esencia constitucional, pero reconociendo que "ciertamente bordea una de ellas y puede ser causa de hondo conflicto. Si aceptamos la idea de razón pública, deberíamos tratar de identificar valores políticos en conflicto que puedan indicar de qué modo puede dirimirse esa cuestión o alcanzar un acuerdo" (Rawls, 2001, p. 162). Para Rawls, si se considera que la cuestión de la regulación de la IVE es un asunto constitucional esencial o de justicia básica, una decisión que niegue a las mujeres el derecho a la IVE en el primer trimestre de la gestación, desconocería la primacía del valor político de la igualdad. Si se da el caso de que frente a una consulta sobre el tema, la votación de los ciudadanos sobre la regulación de la IVE le negara el derecho a las mujeres a decidir sobre su cuerpo durante el primer trimestre, y la decisión se toma con base en una doctrina comprensiva que sirve de justificación, esa decisión iría en contra de la idea de razón pública. (1995, p. 231). La forma en que se dirima la colisión de valores en conflicto debe estar sujeta a las exigencias de la razón pública, lo cual supone, que no pueden tomarse decisiones con base en doctrinas teleológicas o comprensivas en particular.

Desde luego que la obligatoriedad y legitimidad de la ley no excluye la posibilidad del rechazo de ciertos grupos a la decisión, como serían los casos de los católicos o grupos religiosos que no están de acuerdo con la existencia del derecho a la IVE. Estos pueden presentar argumentos contra la IVE coherentes con la razón pública, y desde luego pueden ante la despenalización, optar por no ejercer el derecho a la IVE, pues aunque pueden ejercer cualquier resistencia no violenta contra el derecho otorgado, deben reconocer que la decisión tomada es legítima. Lo que no podrían hacer esos grupos de ciudadanos es asumir una resistencia violenta, pues su comportamiento se tornaría irrazonable, al intentar imponer a la fuerza, una doctrina global a un grupo de ciudadanos que de forma razonable no la aceptan. Los católicos y demás grupos religiosos pueden, a partir de sus argumentos

de razón no pública pedirle a sus miembros que sigan su doctrina, lo cual no es excluyente con la idea de razón pública, la cual “no pide a los ciudadanos “dejar a un lado sus convicciones religiosas” y que piensen acerca de estas cuestiones “como si empezaran de cero, sin tomar en cuenta lo que consideran en realidad las premisas morales de su pensamiento moral” (Greenawalt, citado por Rawls, 1995, p. 231). Una idea de este tipo sería contraria al ideal del consenso traslapado.

No se debe perder de vista que las exigencias de la idea de razón pública se orientan a un ideal de ciudadanía democrática, su campo de acción se limita a aquellos foros políticos públicos, que determinan la forma en que se toman decisiones acerca de los elementos constitucionales esenciales o acerca de cuestiones de justicia básica. De ahí que, en lo que tienen que ver con sus prácticas religiosas, los ciudadanos católicos podrían acatar la directriz de su iglesia y no ejercer el derecho a IVE, pero si acatar la legislación que protege el derecho de quienes quieren realizar procedimientos que garanticen su decisión de continuar o no un embarazo. En ese sentido es que se entiende la afirmación de Rawls según la cual:

(...) el deber de civilidad pública acompaña a la idea de que la discusión política de las esencias constitucionales debería aspirar al libre acuerdo alcanzado sobre la base de valores políticos compartidos y que lo mismo vale para las otras cuestiones fronterizas con esas esencias, especialmente cuando se convierten en cuestiones divisivas. (2001, p. 162)

La IVE podría considerarse, siguiendo a Busdygan (2013), por lo menos una subcategoría de esencia constitucional, en la medida en que como se indicó, bordea las esencias constitucionales y cuando se aspira al logro de un acuerdo se debe partir de argumentos y razones aceptables por los demás ciudadanos.

Analizar la IVE como un asunto que toca las esencias constitucionales y los asuntos de justicia básica, puede ser considerado como “una interpretación de esta pseudo categoría

rawlsiana que nos permita avanzar en un argumento que defina cómo deben ser balanceados los valores en disputa” (Bisdugan, 2013, p. 83) esta noción permitiría presentar una versión coherente con la idea de razón pública.

Rawls encuentra interesante el caso de la IVE, más que para defender un argumento a favor o en contra, para mostrar como el *Liberalismo Político* acepta que la razón pública no tiene como objeto lograr un consenso general, sino más bien reducir el desacuerdo. El debate que se libra con ese fin, permite cualificar y formar a los ciudadanos, enriquece la cultura política de la sociedad, incluso si no puede tomarse ninguna decisión sobre el caso controvertido.

Ahora, independientemente de la forma en que se regula la IVE, dicha solución debe ser coherente con el principio de legitimidad. De ahí que se defienda la idea, desde la lectura de Rawls, de que

(...) no pueden imponerse restricciones al aborto a menos que se puedan presentar razones lo suficientemente fuertes desde la razón pública. Esto excluiría argumentos en contra del aborto fundados en creencias religiosas o incluso en doctrinas generales no religiosas pero que descansan en fundamentos no compartidos por todos, como sería el utilitarismo o el liberalismo comprensivo. (Urbina, 2008, p. 197)

2.4.4. Elementos relevantes en la toma de decisiones sobre cuestiones divisivas

Como se ha caracterizado, la decisión sobre la regulación de la IVE constituye una cuestión que bordea el tema de las esencias constitucionales y se torna en una cuestión divisiva. En este último acápite, antes de pasar a abordar el tema para el contexto del Estado Constitucional de Colombia, se hará referencia a tres elementos que deben tenerse en cuenta en la toma de decisiones sobre la forma en que debe regularse la IVE: las nociones de “plan de vida”, “razonabilidad” y “cargas del juicio”.

La noción de plan de vida está ligada al concepto de persona.

Las personas, para Rawls, tienen necesidades e intereses semejantes pero también su propio plan de vida, cada una tiene su concepción de lo que es bueno, diferentes fines y propósitos e, igualmente, conflictos al presentar sus demandas con pretensiones de ser satisfechas.” (Ribotta, 2009, p. 37)

Los principios de justicia posibilitan el acuerdo frente a los intereses de cada persona pues regulan la forma en que las instituciones actúan conforme a un esquema de derechos y deberes.

El hecho de que las personas tengan una idea del bien como parte de su facultad moral, no condiciona el contenido de esta idea del bien, en tanto existe cierta neutralidad de la idea del bien. La valoración de que algo es bueno depende de la racionalidad de ese algo en relación con el plan de vida de una persona. Las personas tienen propósitos que orientan las decisiones sobre lo que desean hacer con su vida, afirma Rawls “si este proyecto es racional, diré que la concepción de su bien, por parte de la persona, es también racional.” (Rawls, 1997, p. 370)

Ahora, ¿cuándo se puede valorar como racional el proyecto de vida de una persona? Rawls propone tres definiciones para responder esta cuestión y delimitar la idea de proyecto de vida racional: la primera está ligada a los principios de elección racional. Un proyecto de vida es racional si es coherente con estos principios y se elige aquel plan a partir de tomar en consideración hechos relevantes y sus consecuencias. La segunda definición supone que el plan de vida es racional si los intereses y propósitos son guiados por un proyecto racional. Para Rawls

(...) una persona es feliz cuando está en vías de una realización afortunada (más o menos) de un proyecto racional de vida trazado en unas condiciones (más o menos)

favorables, y si esa persona confía razonablemente en que su proyecto puede llevarse a cabo. (1997, p. 371)

Los principios de justicia limitan las exigencias que una persona puede hacer a las instituciones. En esa medida los objetivos de las personas y sus aspiraciones al interior de su plan de vida se encuentran orientados por la estructura básica de la sociedad. “Los principios de justicia política imponen límites sobre las maneras de vivir permisibles; de ahí que las exigencias que hagan los ciudadanos de poder perseguir fines que trasgredan esos límites no tienen peso alguno”. (Rawls, 1995, p. 170)

La noción de razonabilidad resulta de gran importancia para la determinación de los planes de vida que pueden ser defendidos en el marco de la sociedad cooperada. En una sociedad democrática y bien ordenada, guiada por una concepción política de justicia, las personas libres e iguales tienen derecho a defender planes de vida razonables, acordes con los principios de justicia y en el mismo sentido, las instituciones deben permitir y sostener modos de vida dignos de ser aceptados y seguidos por los ciudadanos. En virtud de la razonabilidad,

(...) los ciudadanos están dispuestos a asumir las “cargas del juicio”. Esto es, a interpretar que los posibles desacuerdos entre las personas razonables se originan en ciertos elementos aleatorios que inevitablemente intervienen en la formulación de sus juicios: las diferencias en la evaluación de la misma evidencia, la indeterminación de los conceptos, etc”. (Zambrano, 2005, p. 59)

En virtud del pluralismo razonable, las personas pueden defender distintos proyectos de vida a partir de la doctrina comprensiva que profesen, la cual les permite sustentar distintas valoraciones sobre lo que consideran valioso para la vida humana. Esa valoración permite el surgimiento de desacuerdos que pueden comprenderse a través de la idea de “cargas del juicio”. Las diferencias no son producto de comportamientos no racionales. Dicha noción permite ver cómo los desacuerdos entre las personas en cuestiones divisivas, aunque no se

logre conciliar, no implican un acto irracional entre los participantes: “Los desacuerdos en ese caso son el resultado de cómo las personas han sopesado de modos distintos los diferentes datos o la evidencia de la que disponen”. (Busdygan, 20013, p. 35)

La concepción que guía el *Liberalismo Político* se distingue de las concepciones comprensivas totalizantes, como las religiosas o filosóficas que son generales y señalan modos de valoración para toda la vida. El liberalismo político asume una concepción política de la justicia que guía las instituciones de la vida política y social únicamente. Tiene como base varias ideas del bien que toman como referente ideas políticas, “deben pertenecer a una razonable concepción política de la justicia”, (Rawls, 1995, p. 173) de tal forma que puedan ser compartidas por ciudadanos libres e iguales y que no implique seguir una doctrina comprensiva. De ahí que se proponga la prioridad sobre lo justo de tal forma, que cualquier idea del bien se encuentra limitada por la concepción política de justicia.

La idea de la prioridad sobre lo justo implica en primer lugar la idea del bien como racionalidad, esto supone, como ya se indicó, que las personas que integran unan sociedad democrática se han propuesto “un plan de vida racional, a la luz del cual programan sus más importantes actividades y colocan sus diversos recursos (incluidos los de la mente y cuerpo, tiempo y energía), para intentar realizar sus concepciones del bien durante toda la vida” (Rawls, 1995, p. 174). Lo anterior no quiere decir que este plan se confeccione siempre de forma organizada como si se tratará de una empresa, el mismo Rawls señala, dicho plan se traza por lo menos de forma intuitiva.¹⁸ Una concepción política de la justicia debe tener en cuenta la satisfacción de las necesidades básicas de la vida humana, tener la racionalidad como principio fundamental, para la organización de la sociedad en términos políticos y sociales y que esto sea aceptado de esa forma por los ciudadanos.

La idea de racionalidad permite a su vez identificar los bienes primarios como parte de la idea del bien. La concepción política de la justicia incluye las condiciones para que los

¹⁸ Algunas críticas señalan que Rawls formula la idea de proyecto de vida como si se tratada de la organización de la vida como una empresa. Ver. RIBOTTA. (2009). *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson.

ciudadanos estén en capacidad de “llegar a un acuerdo para valorar sus diversas exigencias y determinar su peso específico” (Rawls, 1995, p. 176). Esto permite que se pueda reconocer qué resulta necesario y qué no, para los ciudadanos, en la medida en que obedece al beneficio de todos.

Rawls (1995) identifica una lista de bienes primarios que se pueden valorar como exigencias apropiadas y necesarias para las personas en su calidad de libres e iguales:

- a) los derechos y libertades básicas, que también se dan en una lista aparte;
- b) la libertad de desplazamiento y la libre elección de ocupación en un marco de diversas oportunidades;
- c) los poderes y prerrogativas de los puestos y cargos de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica;
- d) ingresos y riquezas, y por último,
- e) las bases sociales de respeto a sí mismo. (p. 177)

Los ciudadanos como personas libres e iguales tienen derecho a decidir sus propias vidas, de tal forma que la única restricción que opera sobre dicho plan de vida es que resulte coherente con los principios de justicia y que las exigencias que presentan las instituciones sean coherentes con la lista de bienes primarios.

Rawls cuestiona cómo es posible identificar ¿qué modos de vida resultan aceptables? Para responder a esta pregunta se acude a la idea del consenso traslapado para afirmar que las instituciones políticas permiten diversos modos de vida aceptables en la medida en que la concepción política de justicia adoptada es producto del reconocimiento que han hecho ciudadanos razonables y racionales, quienes tienen diversas doctrinas comprensivas razonables que a partir del consenso traslapado han llegado a acuerdos sobre lo que consideran valioso o por lo menos han reducido los desacuerdos.

2.5. Fraser y Habermas: Debates con Rawls

Como se indicó, la propuesta de Rawls generó múltiples debates que incluso implicaron reformulaciones a su obra. En este apartado se expondrá una aproximación al debate sobre la noción de esfera pública, razón pública y los argumentos que son válidos exponer en el ámbito de lo público y privado a partir del debate entre Rawls, Habermas y Fraser. Esto con el fin de apoyar la propuesta teórica de Rawls, que parte de la defensa de la participación de las mujeres en la definición de las reglas que las afectan, como sucede en el caso de la regulación en materia de IVE. En este punto coinciden los tres autores, aunque en el debate académico han asumido posiciones críticas frente a las propuestas de sus contemporáneos, por lo que algunos la han calificado como “un debate en familia”. (Alútiz, 2007)

2.5.1. Las mujeres como contra públicos

Con el fin de dar solidez a la tesis de que las mujeres deben participar en la toma de decisiones que les afecten, se expondrá la propuesta de Nancy Fraser en torno a la participación de las mujeres en los procesos de deliberación pública. Para la autora, las mujeres pueden ser vistas como contrapúblicos capaces de generar procesos de opinión y voluntad política. Estas corrientes de opinión contrahegemónicas constituyen “una proyección de la lucha política democrática que no puede ser ignorada ni subvalorada en la sociedad globalizada”. (Mejía, 2010, p. 137)

La Profesora Nancy Fraser, es una de las intelectuales contemporáneas más relevantes, quien parte de la teoría feminista para enriquecer la tradición democrática liberal. Su teoría de la justicia se construye a partir de las nociones de distribución de recursos, reconocimiento y representación. Para la autora, uno de los principales problemas de la justicia es el reconocimiento, de ahí que se pueda considerar insuficiente la noción de clase y que los movimientos sociales se definan como “grupos” que “luchan por la defensa de sus

‘identidades’, por acabar con la ‘dominación cultural’ y ganar ‘reconocimiento’” (Fraser, 1997, p.5). Entre estas se encuentran las luchas de género.

En las sociedades contemporáneas se pueden identificar injusticias ligadas a condiciones socioeconómicas e injusticias culturales. La autora considera que la perspectiva de Rawls y Dworkin está referida al primer tipo de injusticias, que han sido abordadas desde soluciones redistributivas, de cargos, ingresos, recursos, y las segundas desde el reconocimiento, lo cual implica cambios simbólicos y culturales. Las medidas de reconocimiento suponen, como objetivo, el logro de “un mundo que acepte la diferencia, en el que la integración en la mayoría o la asimilación de las normas culturales dominantes no sea ya el precio de un respeto igual” (Fraser, 2006, p. 17). En ocasiones, las medidas propuestas para corregir dichas injusticias pueden resultar antagónicas, y aplicadas por separado pueden resultar insuficientes. Los grupos que comparten rasgos de diferentes movimientos, mujeres negras, por ejemplo, requieren a su vez soluciones de redistribución y de reconocimiento.

Para Fraser, el género constituye un factor de diferenciación político-económica y de diferenciación cultural-valorativa. Las injusticias de género se caracterizan por “el androcentrismo: la construcción autoritaria de normas que privilegian los rasgos asociados con la masculinidad. De la mano del androcentrismo va el sexismo cultural: la difundida devaluación y desprecio de aquellas cosas que se codifican como ‘femeninas’”. (Fraser, 1997, p. 33)

En esa medida, se considera que el género define un grupo bivalente, pues tiene rasgos políticos y económicos que exigen medidas de redistribución y a su vez, tiene rasgos culturales-valorativos que exigen medidas de reconocimiento. Estos rasgos se cruzan en normas institucionalizadas por el Estado que reproducen modelos androcéntricos y sexistas con implicaciones de tipo económico que dejan a las mujeres en desventaja y que “restringen su ‘voz’, impidiendo de esta forma su igual participación en la creación cultural, en las esferas públicas y en la vida cotidiana” (Fraser, 1997, p. 34). Solucionar las injusticias de género, requiere la formulación de medidas que tengan impacto en lo

económico político, que aseguren, por ejemplo, cupos educativos y acceso al empleo, y en lo cultural, incorporen medidas que permitan revalorar lo femenino para asegurarle respeto, aunque en su aplicación existan dilemas, pues las medidas para corregir la desigualdad política y económica en ocasiones parten de desvanecer la identidad de las mujeres. La autora defiende la tesis de que no existe una antítesis o dilema entre las medidas de distribución y las medidas de reconocimiento, lo cual supone que “la justicia exige tanto la redistribución como el reconocimiento. Por separado ninguno de los dos es suficiente” (Fraser, 2006, p. 19). El reto entonces consiste en construir una propuesta que pueda integrar y dar respuesta a los dos tipos de exigencias.

Para el caso de las injusticias por razones de género, superar el androcentrismo y el sexismo requiere del cambio de las valoraciones culturales materializadas en normas legales y prácticas sociales que otorgan un lugar privilegiado a lo masculino y niegan la igualdad de las mujeres. ¿En qué escenario deben discutirse las medidas para superar ese estado de cosas? En el planteamiento de Fraser sobre los límites de las democracias liberales, se analiza con especial interés el concepto de “esfera pública” propuesto por Habermas y que está referido al espacio en el que en las sociedades modernas se desarrolla la participación pública mediante el habla. Fraser señala que “es el espacio en el que los ciudadanos deliberan sobre sus problemas comunes, por lo tanto, un espacio institucionalizado de interacción discursiva” (Fraser, 1997, p. 97).

Fraser defenderá la idea de que se requiere de un escenario similar al de la “esfera pública” de Habermas para el ejercicio político de la democracia. Esta esfera sigue la tradición liberal en lo relacionado con la “esfera pública formal”, en el que se abordan las discusiones y debates en un escenario institucional como serían el Congreso, la judicatura y en general la administración del Estado. Habermas incluye, la “esfera pública informal”, espacio que tiene menos restricciones y en el que participan intervinientes cuyo discurso no necesariamente debe ajustarse a las exigencias del discurso en la esfera pública formal. Este sería el caso de los argumentos de los ciudadanos religiosos sobre aspectos públicos. Habermas y Rawls comparten esta idea. Ahora, para Fraser, esta concepción no tiene en

cuenta que en la modernidad se consolidó una esfera pública burguesa que dejó por fuera muchos sectores, negros, mujeres y otros, quienes tuvieron que configurar contra-públicos, cuyas relaciones con el público burgués fue conflictiva. Para la autora, la idea de la esfera pública tiene dificultades para realizarse en la práctica.

Esta dificultad práctica dio lugar al surgimiento de multiplicidad de públicos, lo cual, desde la perspectiva de Fraser:

(...) es preferible a una única esfera pública, y de ahí la necesidad de explorar formas híbridas de esferas públicas y la articulación de **públicos débiles y públicos fuertes**, en los que la opinión y la decisión puedan encontrar formas de negociar y recombinar sus relaciones. (Mejía, 2010, p. 151)

Los públicos débiles son aquellos cuyas prácticas se centran en la formación de opinión pero no tienen capacidad para tomar decisiones. Los públicos fuertes por su parte, no sólo tienen capacidad para formar opinión, sino que además pueden tomar decisiones. Los dos tipos de públicos son necesarios.

Sin embargo estos no son los únicos públicos, se da lugar a la generación de **“contrapúblicos subalternos”** entendidos como “espacios discursivos paralelos donde los miembros de los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contra-discursos, lo que a su vez les permite formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades” (Fraser, 1997, p. 115). Un ejemplo de esta categoría lo constituyeron las feministas a finales del siglo XX. Estos contra públicos subalternos normalmente asumen una posición contestataria en confrontación con los públicos dominantes.

Para Fraser, las sociedades igualitarias y multiculturales, con grupos bivalentes, no se constituyen a partir de una sola esfera pública y comprehensiva, pues eso implicaría realizar construcciones normativas bajo la óptica de una sola visión del mundo, lo cual, como ya era expresado por Rawls, dejaría por fuera las demás concepciones. La existencia de distintos

espacios públicos actúa como garantía de la igualdad y multiculturalidad. Para Fraser, esto no excluye “la posibilidad de un espacio adicional, más comprehensivo, donde los miembros de públicos diferentes y más limitados puedan entablar conversaciones que cruzan las líneas de la diversidad cultural” (Fraser, 1997, p. 119). La regulación y construcción de políticas en torno a cuestiones que afectan a todos los ciudadanos, deben ser debatidas. La pregunta que se formula debe responder, a si dichas deliberaciones podrían alcanzar un acuerdo razonado. La respuesta teórica de Rawls nos permite argumentar en sentido positivo; distintas personas con diversas visiones políticas, religiosas y morales, pueden lograr un consenso entrecruzado como acuerdo razonado. Para Fraser, la respuesta a esta pregunta debe ser tratada en sentido empírico y no teórico, y en principio no existirían razones para que exista una sociedad en la que puedan convivir la multiculturalidad y la igualdad social con la democracia participativa.

2.5.2. La distinción entre esfera pública y esfera privada

En la disputa entre públicos resulta necesario responder a la pregunta en torno a las fronteras de la esfera pública, cuándo un asunto hace parte de la esfera privada y cuándo de la pública. Para Fraser, lo público se identifica con aquello vinculado con el Estado, de interés para todos o aquello a lo que todos tienen acceso, que tiene que ver con el bien común, contrario a la forma en que se identifica lo privado, relativo a lo doméstico y a la propiedad privada. Sin embargo, esta distinción se rompe, pues no existen fronteras previas a la experiencia.

Un ejemplo de la forma en que un asunto privado puede tornarse en público, es la discusión sobre la violencia intrafamiliar que fue vista durante mucho tiempo como un asunto doméstico. Pese a eso, las feministas actuando como contrapúblico, se opusieron a dicha distinción para ubicar el problema de la violencia intrafamiliar como un asunto de discusión en la esfera de lo público. La violencia doméstica, por sus consecuencias y connotaciones debía ser un asunto de interés de todos. Finalmente así se concibe, luego de una oposición discursiva que rompe con la esfera asignada.

El ejemplo de la violencia doméstica permite defender que la distinción entre público y privado está determinada por ejercicios de confrontación discursiva: un asunto valorado como doméstico puede ser revalorado como público si se logran ejercer las garantías democráticas para que “las minorías puedan convencer a otros de que aquello que en el pasado no era público, en el sentido de no ser de interés común, debería serlo ahora.” (Fraser, 1997, p. 123)

Esta cuestión está ligada a la pregunta acerca de cómo las esferas públicas permiten cumplir con las funciones políticas democráticas con las que se asocian, de tal manera que esas esferas sean capaces de producir opinión pública legítima, en tanto es posible que dé cuenta del interés general, con base en una discusión imparcial, incluyente y abierta a quienes se consideren afectados por los resultados de dicha discusión; que sean capaces de ejercer presión sobre las instituciones de poder que toman decisiones.

Para Fraser, la teoría de Habermas ya ofrecía una clave para resolver esta cuestión a partir de la idea de inclusividad, según la cual “todos los potencialmente afectados por la decisiones políticas deberían tener la oportunidad de participar en condiciones de paridad en los procesos informales de formación de opinión, ante la cual son responsables aquellos que toman las decisiones” (Fraser, 2008, p. 177). Esta idea resuelve el problema de quiénes pueden participar y en qué condiciones.

La toma de decisiones supone escuchar y tener en cuenta todos los argumentos que se exponen en la esfera pública, a públicos débiles, subalternos o minoritarios, de lo contrario no se podrían tomar decisiones justas.

En la discusión con Rawls, ya Habermas había incorporado la distinción entre esfera pública formal y esfera pública informal. Rawls propuso la idea de Razón pública y limitó el tipo de argumentos que podían ser presentados en esta esfera. De tal suerte que se

impuso la carga a los ciudadanos religiosos de traducir sus argumentos religiosos, con el fin de que pudieran ser incorporadas sus razones en la esfera pública.

Rawls problematiza acerca de los argumentos que pueden ser propuestos en escenarios de razón pública, identificados con la esfera pública formal de Habermas. La propuesta de Habermas sobre la esfera pública formal e informal

(...) es presentada como una corrección a Rawls. En este sentido, Habermas está de acuerdo con aquel en que al nivel institucional de los parlamentos, las cortes y en general la administración, esto es, al nivel de la *esfera pública formal*, todo tiene que ser expresado en un “lenguaje igualmente accesible a todos los ciudadanos. (Aguirre, 2012, p. 62)

Lo anterior supondría que para la discusión y aprobación de medidas vinculantes para todos los ciudadanos, como es el caso de las leyes, no podría incorporarse argumentos religiosos, pues estos son exclusivos de un tipo de ciudadanos, mientras que el contenido normativo de la ley afecta a todos.

Habermas está en desacuerdo con Rawls en lo que se refiere a la “esfera pública informal”, pues considera que la cláusula (*proviso*) de Rawls, que impone la traducción de los argumentos religiosos con el fin de que puedan incorporarse en la discusión, es excesiva. Desde Habermas se puede considerar que

(...) la cláusula (*proviso*) en la esfera pública informal representa una carga mental y psicológica irrazonable para los ciudadanos religiosos. Por ende, sostiene el autor, los ciudadanos religiosos deberían poder expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. (Aguirre, 2012, p. 62)

Habermas está de acuerdo con Rawls, en que existen restricciones para el tipo de argumentos incorporados en los debates públicos, en escenarios de razón pública, que como

se ha indicado, se desarrollan en esferas institucionales del Estado, como las Cortes y el Congreso. Pero en lo que respecta a los debates en la esfera pública informal, no deben existir restricciones en el tipo de argumentos que son expuestos.

Lo valioso de la distinción entre asuntos públicos y privados y tipos de argumentos para la esfera pública informal o formal, se encuentra en los límites y calidad de los argumentos expuestos en cada escenario, dependiendo del tipo de debate que se configure. Para el caso de la discusión en materia de IVE, algunas tesis lo valoran como un asunto privado, en la medida en que define un asunto atinente al cuerpo, salud y libertad de las mujeres. Eso justificaría sacarlo de la discusión pública. Sin embargo, en Estados con regulación penal al respecto, con los efectos que tiene dicha regulación, criminalidad oculta, por ejemplo, el asunto se torna en un problema de salud pública. Las mujeres son llamadas a intervenir en esta discusión y el tipo de argumentos, cuando se trate de la discusión en esferas institucionales del Estado, debe estar restringido, pues sólo se pueden incorporar argumentos válidos desde la óptica de la razón pública; quienes presenten argumentos que no puedan incorporarse en este debate, como los religiosos o con connotaciones religiosas, deben asumir la carga de la traducción para que una vez se expongan como argumentos seculares, puedan participar de los debates en la esfera pública formal.

2.6. Conclusiones del capítulo

Hasta este punto se reconstruyó la noción de democracia consensual deliberativa, a partir de la concepción política de la justicia de Rawls y de las nociones de razón pública y consenso trasladado. Se sustentó la subhipótesis de que en las sociedades democráticas contemporáneas, profundamente divididas por las visiones religiosas, políticas y morales de sus ciudadanos y ciudadanas, la definición de cuestiones divisivas debe abordarse a partir de procedimientos democráticos que permitan llegar al consenso, entendido como una forma para disminuir las diferencias. Los escenarios de deliberación para llegar al

consenso, son espacios en los que se debe participar con argumentos de razón pública, siempre que se delibere en la esfera pública formal.

Esta propuesta implica necesariamente la incorporación de todos los sujetos afectados por las decisiones asumidas. Con el ánimo de apoyar este supuesto, se incorporan las propuestas de Habermas y Fraser, quienes coinciden con Rawls en que debe vincularse la visión de los interesados en un conflicto. Pese a que existen controversias entre estos autores, su punto de encuentro se identifica en dicha vinculación y en la idea de que los argumentos presentados en la esfera pública, entendida por Habermas como esfera pública formal, deben ser argumentos de razón pública.

Desde la perspectiva de Fraser, los asuntos debatidos en la esfera pública formal son de carácter público y su definición depende de los argumentos que la configuren. La regulación sobre la IVE es un asunto en el que deben participar las mujeres como directamente afectadas por dichas decisiones. Quienes participen en los debates que conduzcan a la toma de decisiones institucionales lo deben hacer a partir de razones públicas, por lo menos mientras este asunto siga siendo un debate público.

En el siguiente capítulo se retomarán los elementos teóricos que permiten proponer una alternativa para dirimir el conflicto de la IVE en el Estado constitucional colombiano. Se defenderá la tesis, de que Colombia, como Estado constitucional y democrático de derecho, que acepta la existencia de un pluralismo razonable ha adoptado desde sus fundamentos constitucionales, una concepción política de justicia.

En nuestro contexto existen diversas concepciones en torno a la forma en que se debe regular la IVE, muchas de ellas no pueden ser valoradas como concepciones políticas y por lo tanto, sus argumentos no pueden ser tenidos en cuenta en las discusiones institucionales en la esfera de la organización del Estado.

El litigio ante la Corte Constitucional, representante de la razón pública, ha permitido la configuración de reglas que liberalizan la IVE en algunos casos, sin embargo estos supuestos no son suficientes para garantizar la libertad y la igualdad de las mujeres.

En el debate sobre la regulación de la IVE en Colombia, se debe privilegiar argumentos de razón pública que tenga en cuenta la perspectiva de las mujeres, con el fin garantizar sus derechos como ciudadanas libres e iguales.

3. LA REGLAMENTACIÓN DE LA IVE EN COLOMBIA: UNA LECTURA DESDE RAWLS

Hasta este punto se han podido defender dos subhipótesis: la primera, parte de la afirmación de que la regulación en materia de IVE continúa siendo una cuestión divisiva en sociedades plurales. Esta división se identifica en las normas que regulan el tema en los debates en las Cortes nacionales y organismos internacionales, en la doctrina y en la esfera de la opinión pública en donde los actores del debate han agudizado sus posiciones, de tal suerte que el tema se configura en un asunto altamente controvertido. La segunda subhipótesis, sostiene que un asunto como el propuesto, debe definirse a partir de la incorporación de todas y todos los interesados en el debate, a partir de un procedimiento democrático que permita llegar a un consenso.

En este capítulo se partirá de los elementos que desde la filosofía de Rawls permiten proponer una alternativa para dirimir el conflicto de la IVE en el Estado constitucional colombiano. Se defenderá la tesis de que Colombia acepta la existencia de un pluralismo razonable como se expone en su Constitución, cuyos fundamentos permiten afirmar la defensa de una concepción política de justicia como guía para sus instituciones.

El contexto colombiano está marcado por la existencia de diversas concepciones sobre la forma en que debe regularse la IVE, algunas de las cuales no pueden ser valoradas como concepciones políticas que puedan vincularse al debate público.

La concepción política de justicia se debe construir a partir del reconocimiento de que las mujeres constituyen una minoría discriminada, que participan con una visión onmicomprensiva en el debate al interior de la regulación de la IVE, y en esa medida su visión debe ser tomada en cuenta en la elección de los principios.

La regulación en materia de IVE involucra esencias constitucionales ya que se configura la discusión en torno a la adecuada protección a la vida y la libertad de las mujeres.

La decisión de la Corte Constitucional de 2006 es insuficiente para resolver el problema en cuestión, de tal manera que el legislador o incluso la misma Corte, deberían asumir la regulación de la IVE para garantizar los derechos de las mujeres y permitir el acceso a procedimientos legales al menos durante el primer trimestre de gestación, siguiendo los avances que desde la neurología y genética. Desconocer los avances de la ciencia en este campo y continuar con las restricciones cuyo incumplimiento acarrea sanciones penales genera un déficit de protección de derechos de las mujeres, que desconoce su estatus de ciudadanas libres e iguales, desprotección atribuible a criterios sospechosos en razón del género y la forma en que se ha estructurado la organización familiar, ligada a preceptos no políticos como los que imponen doctrinas religiosas y morales imperantes.

Para la defensa de lo expuesto se desarrollan cinco aspectos: el primero aborda la pregunta acerca de ¿cómo se configura el Estado colombiano a partir de los elementos de la democracia consensual-constitucional propuesta por Rawls? Para eso se evalúa si en Colombia, con el ordenamiento constitucional del 91 se logra un consenso traslapado o apenas se alcanza un *modus vivendi*. En este mismo punto se analiza la existencia de un pluralismo razonable y cómo se dan los supuestos para la adopción de una concepción política de justicia, bajo el entendido de que es posible seguir esta idea.

En un segundo momento se sostiene que la visión de las mujeres es una visión onmicomprensiva a tener en cuenta en el debate en torno a la regulación de la IVE. Con este supuesto se analiza qué argumentos pueden considerarse concepciones públicas y no públicas en este debate.

En armonía con lo anterior, en un tercer y cuarto momento se analiza la jurisprudencia de tribunales constitucionales y del Sistema Interamericano en materia de IVE, por considerarlas orientadoras del debate y por constituir escenarios de razón pública. Una vez abordado este análisis se evalúan los valores tenidos en cuenta en la discusión de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-355 de 2006, y la insuficiencia de esta decisión frente a la garantía de la igualdad de las mujeres como ciudadanas libres e iguales.

Finalmente se proponen los argumentos políticos que deben considerarse en la discusión sobre la regulación de la IVE en Colombia propuestos como argumentos orientadores de una solución compatible con el Estado constitucional que permitan mediar en el conflicto hacia el logro de un consenso.

3.1. El estado constitucional en Colombia: ¿consenso traslapado o *modus vivendi*?

Como se expuso en el capítulo anterior, el consenso traslapado constituye una etapa final del proceso de acuerdo. Como objeto del pluralismo razonable, su obtención “constituye el constructo principal de la interpretación rawlsiana sobre una democracia consensual-constitucional” (Mejía, 1996, p. 45). Pues bien, en ese proceso de configuración del consenso traslapado se da por lo menos un momento previo, requisito para el inicio del mismo y dos etapas subsiguientes que se alcanzan a su vez en dos momentos: el primero lo configura el *modus vivendi* entendido como un “acuerdo de mayorías” obtenido a partir de la asociación de distintas partes en pugna, quienes logran un punto de encuentro en el que se satisfacen sus intereses. Rawls lo ejemplifica con la disputa entre dos Estados, confrontación que tienen como consecuencia la firma de un tratado en el que cada una de las partes se adhiere porque “lo considera favorable a sus intereses” (Rawls, 1995, p. 148). Este momento es apenas un acuerdo que resulta muy frágil e inestable, pues las partes ante la modificación de las circunstancias que le dieron origen, pueden abandonar el acuerdo. De ahí que afirme Rawls que ese contexto corresponde a

(...) un consenso social fundamentado en intereses particulares o exclusivos de un grupo, o en el resultado del forcejeo político: así, la unidad social es sólo aparente, y su estabilidad resulta contingente, dependiente de las circunstancias que la rodean, tal como no desear que se disloquen la oportuna convergencia de intereses. (Rawls, 1995, p. 148)

Este acuerdo se da a partir de la simple aceptación de autoridades; el convenio para cumplirlo busca favorecer los intereses de ciertos grupos y quienes los suscriben lo hacen

desde su propia concepción comprensiva, lo cual permite que subsistan desacuerdos y que se generen conflictos con las minorías discriminadas que no se vinculan al mismo.

La persistencia de conflictos debe dar lugar, a la adopción de mecanismos para dirimirlos en el ámbito constitucional. De ahí que se debe dar paso al consenso constitucional como etapa necesaria para llegar al consenso traslapado.

La historia constitucional colombiana permite observar con claridad el cumplimiento del primer momento, el *modus vivendi*, en donde los acuerdos a los que se llegaron fueron producto más del pacto entre mayorías que buscaban satisfacer sus propios intereses. Algunos autores, inclusive, señalan que las constituciones en Colombia han sido producto de la guerra. (Valencia, 2010) La Constitución de 1991 se propone como promesa de superación de dicha tradición constitucional, sin embargo, aunque se pueda defender que esta constitución “ha sido la más pluralista y la que más se ha acercado a un consenso” (Coral, 2011, p. 53) su pluralismo no logró vincular a todos los actores, lo que trajo como consecuencia que muchos grupos minoritarios finalmente quedaran excluidos del proceso constitucional adelantado de la mano con los acuerdos de paz. En ese sentido apunta la hipótesis del profesor Mejía cuando señala que en el proyecto constitucional del 91

(...) las elites colombianas lograron una vez más por medio de la imposición de un modelo de desarrollo neoliberal, constitucionalizar una mentira y disfrazar su esquema histórico de dominación hegemónica con los ropajes seductores de un Estado social de derecho y una democracia participativa. (2007, p. 236)

El proceso constituyente del 91, si bien inicia bajo la bandera de la participación del constituyente primario que dio lugar a “una experiencia autoconvocatoria del constituyente primario que involucraría la participación de sectores marginales y fuerzas políticas no tradicionales” (Mejía, 2007, p. 240), no tardaría mucho en ser cooptado por las fuerzas políticas tradicionales que bajo el gobierno de Gaviria capitalizaron el proyecto a su favor. Pese a que la Corte Suprema de Justicia, en revisión que hizo de la constitucionalidad de la

reforma, fijara el carácter soberano del constituyente primario y su independencia frente al poder constituido, la iniciativa de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente no logró convocar al electorado. Esto se afirma a partir de la alta abstención en las elecciones que llegó al 74%. Dicho hecho marcó la naturaleza del proceso constitucional valorado como la separación del proceso del constituyente primario y su paso a “manos de elites partidistas y los nuevos actores de la escena política” (Mejía, 2007, p. 241). Los resultados de las elecciones estuvieron marcados por el ingreso de grupos políticos que integraron una tercera fuerza con un papel minoritario y la permanencia, aunque debilitada, de las fuerzas políticas tradicionales. La composición de la Asamblea Nacional Constituyente dio como resultado la “exclusión de los actores del conflicto (FARC, ELN, paramilitares) y de la enorme mayoría de los sectores sociales (negritudes, mujeres, estudiantes, campesinos, etc)” (Mejía, 2007, p. 242). Este hecho, sin duda, le restó a la Asamblea la posibilidad de configurarse como un espacio de deliberación real y permitió el establecimiento de pactos a partir de los intereses de los grupos que la conformaron.

Los pactos, a puerta cerrada, supusieron un manejo paralelo del proceso constituyente mediante el cual la toma de decisiones se reducía a la mera negociación entre las mayorías de la Asamblea y el gobierno nacional, excluyendo y marginando a los grupos minoritarios. (Mejía, 2007, p. 243)

La exclusión de las minorías le restó el carácter consensual que se habían atribuido al proceso que dio como resultado la Constitución del 91, (Mejía, 2002) la que incorporó una configuración trídica que terminó definiendo el Estado colombiano como social y democrático de derecho, consecuencia de las fuerzas que intervinieron en el proceso constituyente que condujo, a la inclusión de principios liberales, democráticos y sociales, recogiendo con ello las aspiraciones del Estado de derecho clásico y la idea de que la función del Estado es la de no interferir en las libertades de sus asociados y promover la igualdad formal ante la ley. Del mismo modo se incorpora el ideal del Estado democrático, que incluye los postulados de la soberanía popular como base para el diseño de las instituciones de gobierno, las cuales deben obedecer al consenso, fruto de la discusión

lograda en condiciones de igualdad política entre los diversos participantes; finalmente, se incorpora el Estado social, cuya idea fundamental reside en que se debe lograr justicia material para todas las personas lo que debe ser el resultado de la acción del Estado.¹⁹

Frente a esta composición de modelos disímiles, el profesor Mejía identifica, el modelo neoliberal, socialdemócrata y multicultural, como modelos “que no se complementan entre sí”, resultado “de las negociaciones parceladas y sesgadas que mediaron el desarrollo del proceso constituyente”. (Mejía, 2007, p. 245)

El análisis del proceso adelantado en el 91 ha permitido afirmar que si bien la Constitución de 1991 se propuso como un proyecto para fortalecer la democracia, “logró, tan sólo, su institucionalización formal” (Mejía & Formizano, 1998, p. 61) y la configuración de apenas un pacto parcial, resultado de la exclusión de muchos actores, en donde abiertamente “fueron las mayorías las que determinaron el futuro de la Constitución, además de la falta de representación fáctica de mujeres y otros grupos minoritarios dentro de la Asamblea” (Coral, 2011, p. 56). La representación de las mujeres se limitó a cuatro integrantes de la Asamblea, dejando en evidencia su carácter de minoría política en el proceso, frente a los 70 miembros y 3 delegatarios con voz (dos del Ejército Popular de Liberación EPL y uno del Partido Revolucionario de los Trabajadores, PRT).²⁰ Del hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente del 91 no se valore como una completa representación “de la totalidad de las “formas de vida” que se encuentran en Colombia” (Mejía, 2002, p. 165), se sigue que el proceso del 91 no puede ser valorado como “el producto de un amplio consenso nacional sino como un mecanismo de las elites para imponer un acuerdo” (Mejía, 2006, p. 49), lo cual ha permitido valorar la Constitución del 91 como un proyecto inacabado.

¹⁹ Una revisión de las doctrinas de la filosofía política vigentes en la Constitución del 91 se puede abordar desde Uprimny. (1997). *Estado social de Derecho y decisión judicial correcta*. En: *Hermenéutica Jurídica*. Bogotá: Ediciones rosaristas, p. 113-146.

²⁰ Abella Esquibel Aida Yolanda, Carranza Coronado María Mercedes, Garcés Lloreda María Teresa y Herrán de Montoya Helena.

Lo anterior no le resta valor a las fortalezas de la Constitución del 91, que sin duda, ubica al Estado Colombiano en un proyecto moderno de Estado que da paso a “una nueva institucionalidad enmarcada en lo que es el Estado social de derecho y la democracia participativa, además de instituciones autónomas e independientes que intentan garantizar los frenos y contrapesos que den soporte a una plena democracia constitucional” (Mejía, 2013, p. 115).

Lejos de querer proponer una evaluación instrumental sobre los alcances de la Constitución del 91 y negar el avance frente al tema del reconocimiento de más derechos, del logro de niveles importantes de legitimidad de las instituciones del Estado (Lemaitre, 2011), así como la garantía de los derechos con instrumentos como la acción de tutela, valorada por el profesor Carlos Gaviria como el símbolo de la Constitución, o de la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre las leyes mediante la acción pública de inconstitucionalidad, así como del acercamiento del ordenamiento constitucional a la vida cotidiana (Restrepo, 2002), una valoración desde la propuesta de Rawls, permite considerar que el proceso constituyente del 91, en los términos en que se ha descrito, obedece más a un acuerdo de mayorías y no a un consenso, hecho que le resta legitimidad política al proceso constitucional, en la medida en que un proceso constitucional adquiere legitimidad únicamente “desde un consenso político amplio” (Mejía, 2013, p. 103).

Desde la perspectiva de Rawls, el consenso constitucional supone la aceptación de unos principios de justicia mínimos, lo cual refleja un primer nivel del consenso que da cuenta de la convergencia de todos los actores en torno a esos principios. Su aceptación marca la regulación de todas las instituciones que guiarán la sociedad cooperada. En ese sentido, afirma el filósofo

(...) en la primera etapa del consenso constitucional, los principios liberales de justicia, inicialmente aceptados con renuencia como un *modus vivendi* y adoptados en la Constitución, tienden a cambiar las doctrinas comprensivas de los ciudadanos, de

manera que pueden aceptar, al menos los principios de una Constitución liberal.
(Rawls, 1995, p. 163)

En la Constitución de 1991 se incluyeron ciertos derechos y libertades políticas, se establecieron procedimientos democráticos, lo que podría pensarse, desde la perspectiva de Rawls, que se alcanzó un consenso constitucional. Sin embargo, desde su misma perspectiva y teniendo en cuenta los acuerdos que se tejieron entre las fuerzas mayoritarias de la Asamblea,²¹ podría incluso pensarse que la Constitución de 1991 refleja apenas un *modus vivendi* lo que permite explicar la fragilidad de su cumplimiento, las promesas rotas del proceso y las reformas de las últimas dos décadas de su promulgación, que han debilitado el sistema de pesos y contrapesos y ha puesto en riesgo el equilibrio de poderes.

Si se acepta la valoración de que la Constitución de 1991 logró un consenso constitucional, debe advertirse, como se indicó en el capítulo anterior, que dicho consenso carece de profundidad y de alcance, pues apenas deja sentadas las bases para el desarrollo de procedimientos políticos democráticos. Es necesario, para hacer el tránsito del consenso constitucional al consenso traslapado, una amplia discusión en la que se establezcan las condiciones mínimas de deliberación.

3.1.1. La existencia de un pluralismo razonable y la adopción de una concepción política de justicia

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado colombiano, requerirá pasar a la segunda etapa en la búsqueda del consenso traslapado, para lo cual se requiere de ciudadanos con virtudes cívicas que puedan deliberar de forma razonable. En este punto, se hace necesario el establecimiento de una “sociedad democrática que, por un lado, ofrezca libertad a sus participantes y, por otro, tenga una concepción igualitaria” (Coral, 2011, p. 57). Esto con el

²¹ El profesor Mejía Quintana por ejemplo, hace referencia “al Acuerdo del 7 de Junio de 1991 entre el Partido Liberal, el Movimiento de Salvación Nacional y el Movimiento AD M-19, patrocinado por el gobierno de Cesar Gaviria y con presencia del ex presidente López Michelsen”. (Mejía, 2013, p. 104)

fin de que se logren subsanar los problemas de origen de la Constitución del 91 y se pueda pasar a la segunda etapa del consenso entrecruzado, lo cual implica que se deben incorporar en la discusión, a los sectores excluidos del acuerdo mayoritario.

En el consenso entrecruzado, se fija el contenido de la concepción política de justicia en el que se dispone la forma en que los bienes primarios y las libertades básicas se van a regular, a partir de la deliberación ciudadana. Esto implica que todos los sectores de la sociedad puedan participar en dicha determinación. La concepción política de la justicia es el instrumento para lograr que perdure una sociedad justa en donde sus ciudadanos tienen doctrinas diferentes que pueden ocasionar divisiones y que no están dispuestos a abandonar. Los ciudadanos no comparten una doctrina razonable de manera que:

(...) la concepción de la justicia de una sociedad bien ordenada debe limitarse al dominio de la política para poder lograr unas condiciones mínimas de estabilidad y pluralismo. De esa forma, los ciudadanos, aun asumiendo doctrinas opuestas, pueden alcanzar un consenso entrecruzado a través del acuerdo político. (Mejía, 1996, p. 154)

La concepción política como herramienta para reducir el conflicto entre ciudadanos que mantienen distintas concepciones comprensivas, se limita al campo de la política con el fin de lograr acuerdos mínimos entre los ciudadanos, con el fin de lograr un consenso entrecruzado mediante el acuerdo político.

En este marco, ¿quiénes deben participar en la deliberación? En Colombia existen diversos grupos de ciudadanos con diversas perspectivas omnicomprehensivas, con intereses particulares que deben encontrar como límites unos principios de justicia razonables.

Como se expuso en el primer capítulo, el debate en Colombia en torno a la IVE, da cuenta del pluralismo de doctrinas que guían la discusión sobre el tema y de la profunda división existente. Identificar este desacuerdo, permite defender la tesis de que a pesar de que en Colombia se ha acudido en muchas oportunidades al acuerdo de mayorías y que, como

producto del mismo se ha dado lugar al ordenamiento constitucional vigente, es necesario generar un espacio de discusión política con el fin de consolidar instituciones que aseguren los principios y garantías valoradas desde la concepción política de justicia, que se pueden deducir de las consagraciones incluidas en la Constitución del 91 y de su interpretación, con el fin de reducir el desacuerdo sobre cuestiones divisivas.

Desde la perspectiva de Rawls, no todos los discursos pueden ser incorporados en la esfera pública, o desde la perspectiva de Habermas, por lo menos no en la esfera pública formal. La pregunta en este punto sería ¿qué razones deben incorporarse al foro público de la deliberación política para garantizar la convivencia en las sociedades contemporáneas marcadas por un profundo pluralismo? Siguiendo la posición teórica defendida, la discusión debe tener como límite que sólo se pueden incorporar argumentos de razón pública y que, además, se debe integrar la participación de todas y todos los afectados. En esa medida cobra relevancia la incorporación de la visión de las mujeres.

3.2 . La visión onmicomprensiva de la mujer en materia de IVE

En este apartado se defenderá la premisa de que las mujeres deben ser tratadas como una minoría discriminada, en palabras de Rawls, como una visión onmicomprensiva, en especial en la cuestión divisiva de la regulación de la IVE.

Esta premisa parte de considerar a las mujeres como una minoría discriminada, razón por la cual deben participar como visión comprensiva razonable en la configuración de la concepción política de justicia que resulta del consenso traslapado. Desconocer lo anterior, sería afirmar que las mujeres quedan apenas amparadas por los principios de justicia que otras visiones comprensivas (dominantes, mayoritarias) adoptan y a partir de las cuales se puede orientar la definición de sus derechos y libertades básicas. Esta visión supone aceptar la posibilidad de que las mujeres resulten afectadas con medidas que les son aplicables sin

que hayan participado en forma protagónica en su configuración, sin consultar con su forma de valorar lo que consideran deseable en términos de una sociedad cooperada.

Los principios de justicia adoptados para defender a las minorías, independientemente del grupo que constituya la minoría, deben ser producto de la deliberación razonable y de su participación como minoría activa en el consenso traslapado. De ahí que la visión de las mujeres como visión onmicomprensiva, deba incorporarse en la configuración de la estructura de la concepción política de justicia como personas libres e iguales que resultaran afectadas por esta concepción.²²

Para sustentar lo anterior, se presentan los argumentos que permiten sostener la idea de que las mujeres en Colombia y en especial en el tema de la regulación en materia de IVE, representan una visión onmicomprensiva como minoría discriminada. Para ello se tendrá como referente el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente que dio lugar a la Constitución de 1991. Posteriormente se mostrará la forma en que se configuró el debate en torno a la despenalización de la IVE con ocasión del proyecto LAICIA que dio como resultado la Sentencia de 2006. Finalmente, se indicará cuál debe ser el papel de las mujeres en la construcción de la concepción política de la justicia.

a. Las mujeres como minoría política en Colombia: En el mundo, occidental por lo menos, se ha reconocido que las mujeres son discriminadas. En esa medida se entiende la adopción de instrumentos como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), a partir de un enfoque correctivo que “se basa en la constatación de que las mujeres viven en una situación de discriminación que les impide gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los hombres” (Lacramette, 2013, p. 16). En ese sentido se han emitido importantes recomendaciones del Comité de la CEDAW y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para

²² Esta postura permite superar la crítica feminista a Rawls, quienes consideran que la visión de la justicia como imparcialidad invisibiliza las condiciones y valoración especial de las mujeres frente a temas que atañen a estas y las deja sometidas a un canon tradicionalmente excluyente de su visión.

quienes los Estados Partes son responsables de garantizar a las mujeres el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

Pese a estos esfuerzos, la eliminación del trato desigual para las mujeres y la eliminación de la discriminación, sigue siendo una tarea pendiente de muchos Estados. Colombia no es una excepción, existe una brecha entre el derecho en términos normativos y la realidad.²³ Existen condiciones materiales que acentúan las situaciones de discriminación y elementos formales del ordenamiento jurídico que impiden atenuar dicha situación. En el Derecho, por ejemplo, ha imperado una interpretación de las normas, incluso de derechos humanos que ha seguido una hermenéutica tradicional y restrictiva, que deja de lado la interpretación en clave de género, desconocimiento con ello las particularidades de las mujeres.

Esta situación puede explicarse por múltiples razones, por ejemplo, por la concepción de roles de género y por los estereotipos fundados alrededor de dicha concepción; sin embargo, una de las explicaciones más contundentes tiene que ver con la ausencia de poder que han tenido las mujeres durante la formación de instituciones jurídico políticas. Así lo sostiene la Teoría Crítica del Derecho, desde las respuestas formuladas por las diferentes vertientes del feminismo que han permitido formular dos grandes críticas al derecho: la primera, pone de relieve que el derecho es producto de sociedades fuertemente patriarcales y en esa medida, las instituciones jurídicas son producto de la construcción desde el horizonte masculino; y, en segundo lugar, muestra que cuando el derecho intenta proteger intereses de las mujeres, al dejar de lado la perspectiva de las mujeres por la fuerte visión patriarcal que existe de trasfondo, estas medidas terminan desfavoreciéndolas. (Jaramillo, 2004, p. 51)

La ausencia de participación política por parte de las mujeres con incidencia real que desvirtue su condición de discriminación se puede evidenciar en el proceso constituyente que dio como resultado la Constitución de 1991. En el proceso, diversos movimientos de

²³ Defienden esta tesis en profesor Mauricio García en: García, (1997). *La eficacia simbólica del Derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes y otros referenciados por Alviar & Jaramillo. (2012). *Feminismo y crítica jurídica*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, p. 24

mujeres se hicieron partícipes. Esta participación se puede ubicar en tres etapas: una previa a la Asamblea Nacional Constituyente; la etapa de elección de la asamblea y, finalmente, la Asamblea.

En relación con la etapa previa a la Asamblea Nacional Constituyente, se registró la participación de organizaciones de mujeres que enviaron al gobierno de Virgilio Barco, documentos en los que se sugerían elementos que debían ser tenidos en cuenta en la reforma constitucional y que incorporaban consideraciones sobre uso del lenguaje, así como propuestas normativas.²⁴

A través de dos organizaciones, Mujeres por la Constituyente y el Comité de Madres Comunitarias, se materializó la participación de las organizaciones de mujeres en el I Congreso Nacional Pre-constituyente realizado en julio de 1990. En este marco se destaca la propuesta de artículo en el que se señalaba “El Estado protegerá de manera especial la libre opción de la mujer a la maternidad, y todos los procesos biológicos, psicológicos y socio culturales que de ésta se deriven.” (Quintero, 2005)

En la segunda etapa, en la configuración y elección de los miembros que conformarían la Asamblea Nacional Constituyente, luego del proceso electoral se eligieron a cuatro mujeres como parte de la Asamblea, ninguna de ellas representante del movimiento de mujeres, quienes sólo lograron inscribir a dos aspirantes, las demás optaron por apoyar candidatos de sus partidos o movimientos. La elección de un mayor número de mujeres no necesariamente hubiera garantizado la incorporación de la perspectiva de género en la

²⁴ Entre las organizaciones que suscribieron dichos documentos se incluyen: Unión de Ciudadanas de Colombia, Asociación Colombiana de Voluntariado, Coordinación Colombiana de Trabajo Voluntario, Asociación de Mujeres Campesinas e Indígenas, Organización Femenina del Nuevo Liberalismo, Asociación Nacional de Amas de Casa Rurales, Integración de Líderes Femeninas Social y Comunal de Bogotá, Taller de Recursos para la Mujer, Asociación de Mujeres Profesionales y de Negocios, Colectivo de Mujeres de Bogotá, Casa de la Mujer, Unión de Mujeres Demócratas de Colombia, Colectivo de Mujeres Manuela Sáenz, Colectivo Manuela Beltrán, Comisión de Mujeres de la Asociación Distrital de Educadores, Cooperativa Multiactiva de Patio Bonito, Equipo de trabajo de Organizaciones de Mujeres de Sectores Populares. (Quintero, 2005)

Constitución en formación, sin embargo lo que se quiere denotar es que las mujeres que finalmente se eligieron y llegaron a conformar la Asamblea

(...) no fueron las representantes de la “voz oficial” en torno a los derechos reproductivos de las mujeres, teniendo en cuenta la fuerza que en esos momentos tenía el movimiento de mujeres que veían en el proyecto reformador una oportunidad trascendental para renovar, mediante el uso de los derechos, el poder que las mujeres deben tener sobre su sexualidad y reproducción. (Abadía, 2012, p. 132)

Durante la etapa de sesiones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), el movimiento de mujeres organizó encuentros de discusión, reuniones con los constituyentes, redacción de documentos con solicitudes y presentación de firmas recolectadas en favor de las propuestas. Se organizó además un cabildeo, con el fin de lograr poner en la mesa de discusión las propuestas del movimiento. Entre los documentos de trabajo presentados, el tema que dio lugar a mayor debate y división fue el de la libre opción a la maternidad,

(...) retirado de la Comisión I y luego de la Comisión V de la ANC; no obstante en la plenaria de julio 10 de 1991 el Constituyente Iván Marulanda, quien contaba con el apoyo del movimiento de mujeres, propuso nuevamente su inclusión, a lo que se opusieron el constituyente Augusto Ramírez Ocampo del Partido Social Conservador y el Ministro de Gobierno. (Quintero, 2005)

Finalmente se realizó una votación secreta en la que sólo se obtuvieron 25 votos a favor de la libre opción de la maternidad, frente a 40 en contra y tres abstenciones, lo que cerró el debate y evitó que este punto pasara a segunda vuelta de discusión. El resultado de la votación puede comprenderse a la luz de las afirmaciones de la activista Olga Amparo Sánchez, para quien los constituyentes de avanzada ya le habían manifestado al movimiento de mujeres que la libre opción de la maternidad no pasaría la votación, pues existía “un acuerdo con la iglesia católica donde pasa el divorcio, pero que si nosotros incluimos lo de la libre opción de la maternidad, la Iglesia incluye el derecho a la vida desde el momento de la concepción” (Abadía, 2012, p. 133). Ante esta perspectiva, las

organizaciones de mujeres optaron por dirigir su cabildeo en las Comisiones I y V, con el fin de evitar la incorporación del derecho a la vida desde la concepción. La Comisión I finalmente no incorporó el derecho a la vida desde la concepción, y la Comisión V consideró el debate sobre la libre opción de la maternidad como un debate inconveniente.

El señalado preacuerdo con la iglesia es una manifestación de la exclusión de la perspectiva de las mujeres en la discusión de la incorporación de un derecho: la libre opción de la maternidad, en el que sin duda las mujeres tenían una fuerte apuesta por estar relacionado no sólo con la IVE sino también con la garantía de otros derechos. La existencia de un acuerdo con una fuerza como la iglesia católica, poder hegemónico en Colombia, es otra muestra de la consolidación de apenas un *modus vivendi* sin consenso en el proceso constituyente del 91.

Pese a que la Constitución de 1991 incorporó artículos que nunca antes se habían incluido y reconocían derechos de igualdad y protección a las mujeres y a la maternidad, estos artículos no lograron representar en su integridad, las más de 150 propuestas que sobre los derechos de las mujeres se presentaron a debate al interior de la ANC, órgano en el que, por lo demás, las mujeres no contaban con mayor representación y en donde los sectores conservadores representaban una fuerte oposición para una cuestión divisiva como la libre opción de la maternidad. En este campo, las mujeres perdieron esta pelea en torno a derechos sexuales y reproductivos. (Wills, 2004, p. 197)

La restricción a la libertad sobre la opción de la maternidad a través de la utilización del Derecho penal para sancionar la IVE, es una forma de traslapar la discriminación hacia la mujer. La no incorporación de la propuesta de las mujeres en torno a la libre opción de la maternidad, y la inclusión en su lugar por parte de la ANC de una “concepción sacralizada del derecho a la vida y la comprensión naturalizada de la vinculación aborto como homicidio” (Abadía, 2012, p. 129), ha constituido un obstáculo para la eliminación de las medidas punitivas en materia de IVE. Esta visión sacralizada de la vida permite comprender, siguiendo la tesis de la profesora Marcela Abadía, las dificultades para

liberalizar el tipo penal de aborto, en los debates librados al interior de las discusiones sobre la constitucionalidad de dichos tipos penales por vía de acciones públicas de inconstitucionalidad. Para la profesora Abadía

(...) la narrativa que subyace a las decisiones que ha adoptado la Corte Constitucional a partir de la expedición de la Carta del 91, en cuanto tienen que ver con la exequibilidad del delito de aborto, no han podido desprenderse de la visión, dogmatizada por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), en torno a la concepción sacralizada del derecho a la vida. (Abadía, 2012, p. 130)

Esta visión sacralizada de la vida representó a las fuerzas conservadoras en la Asamblea, visión triunfante, pese a los esfuerzos de los movimientos de mujeres por incorporar la libre opción de la maternidad.

La visión sagrada de la vida permeó posteriormente las decisiones de la Corte Constitucional, como es el caso de la sentencia C-133 de 1994 y la sentencia C-013 de 1997, en donde se incorpora un sentido sagrado y absoluto de la vida humana que tuvo como consecuencia la protección absoluta de la vida del no nacido. La prevalencia de la vida se observa incluso en la Sentencia del 2006 que resulta insuficiente frente a la garantía de los derechos de las mujeres frente a la IVE. ¿Cuál fue la participación de los movimientos de mujeres en el proceso que se sigue para la liberalización de la IVE que llevó a la decisión de 2006?

b. El papel de las mujeres en el proyecto LAICIA: En el proceso de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia de 2006 se incorporaron intervenciones de grupos de mujeres, sin embargo estos movimientos no tuvieron mucho protagonismo en el proyecto de litigio estratégico a favor de la despenalización liderado por Women's Link. Como lo señalan las profesoras Isabel Jaramillo y Tatiana Alfonso, pese a que dicha organización partía de la necesidad de realizar alianzas con las organizaciones de mujeres, también valoró que “dada la percepción que del movimiento feminista tiene la sociedad colombiana –como un

movimiento radical-, y dada la alta fragmentación o “conflictividad” del movimiento, darle demasiado protagonismo obstaculizaría el logro de los fines que se había propuesto.” (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 117)

El proceso liderado por Women’s Link, aunque sostuvo que había dejado las puertas abiertas para quien quisiera vincularse en el litigio estratégico, en cierta medida “contribuyó a la invisibilización de la lucha del movimiento feminista por la liberalización del aborto y de sus argumentos sobre la libertad en la maternidad” (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 117) al no incorporar a mujeres del movimiento. Dado que no se puede hablar de un movimiento de mujeres, ni de un feminismo, sino de movimientos de mujeres y feminismos, uno de los puntos críticos que se identifica en el desarrollo del proceso de litigio estratégico en pro de la liberalización de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia, radica en que permitió agudizar la división de dichos movimientos y dejó de lado algunas de las tesis de las mujeres en torno a la liberalización de las medidas penales contra el aborto. Este hecho es concordante con valoraciones posteriores acerca de la insuficiencia de la sentencia de 2006 frente el problema de la sanción penal en los casos no excluidos por la Corte.

c. El papel de las mujeres en la construcción de la concepción política de la justicia: La propuesta de Rawls, pese a las críticas de la que ha sido objeto por algunas autoras feministas (Okin, 1994, p. 5-24), puede defenderse como una concepción que permite incorporar las exigencias de los grupos menos aventajados de una sociedad que tiene pretensiones de ser democrática; entre dichos grupos, las mujeres como minoría discriminada con una visión omnicomprensiva sobre diversos temas, deben ser objeto de regulación por parte de las instituciones.

Desde la perspectiva de Rawls puede defenderse que una concepción de justicia debe incorporar la expresión del consenso construido a partir de la manifestación de cada uno de los afectados por las normas que regulan las instituciones. Desde ahí, se defiende la tesis de que en temas como la definición de las esencias constitucionales alrededor de la libertad

de las mujeres y la vida, debe incorporarse la visión de las mujeres como una visión omnicomprensiva.

Independientemente de las fragmentaciones surgidas al interior del movimiento de mujeres, todos los grupos están de acuerdo con la despenalización de la IVE. (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 125) En el movimiento feminista en Colombia se identifican tendencias liberales (clásico e intervencionista) y radicales, este último grupo ha defendido con más fuerza la garantía de los derechos sexuales y reproductivos como una forma de lograr la igualdad para las mujeres. Sin duda alguna, muchos escenarios de discriminación para las mujeres están asociados con la maternidad, con la debilidad de las medidas para conciliar la vida laboral y familiar y con la incapacidad para tomar decisiones con base en el principio de libertad sobre sus propios cuerpos. Incorporar la visión de las mujeres así como el enfoque de género en la discusión de este tipo de decisiones, resulta un elemento legitimador del sistema democrático que permite observar cómo, a pesar de que las mujeres incorporen otras visiones comprensivas, en muchas ocasiones prevalece su visión particular como mujeres frente a temas como la IVE. Es el caso de las mujeres que hacen parte de grupos religiosos, como Católicas por el Derecho a Decidir, quienes se declaran católicas, pero se separan de la orientación dada por su iglesia frente a la IVE y defiende su derecho a decidir libremente sobre la continuidad o la interrupción de un embarazo. Esto se puede ejemplificar también con los resultados de la encuesta citada por la Procuraduría en su concepto ante la Corte con ocasión de la Sentencia C-355 de 2006 en donde señalaba que en una encuesta reciente para la época, aplicada a católicos, estos, aunque en su mayoría rechazan la IVE, también consideran que el Estado mediante la ley penal no debe intervenir en el tema por ser un asunto que hace parte de la autonomía de la mujer.²⁵ Esto permite observar cómo un ciudadano religioso puede en el foro privado defender una cuestión desde sus creencias, pero separarse de ellas en el foro público.

²⁵ Señalaba en su intervención la Procuraduría que un 73% de los católicos encuestados acepta la IVE ante el peligro para la vida de la mujer; un 65% cuando la mujer tiene sida; un 66% cuando la salud de la mujer está en riesgo; un 61% cuando el feto tiene graves defectos físicos o mentales; y un 52% cuando el embarazo es resultado de una violación.

La visión omnicomprensiva de las mujeres frente a la IVE se ha visibilizado progresivamente y su incorporación en el discurso público se ha consolidado como el resultado de un proceso histórico, en el que se ha logrado evidenciar las particularidades que rodean el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres. Uno de los escenarios que refleja este proceso ha sido la consolidación de los derechos sexuales y reproductivos, que están en cabeza de hombres y mujeres, pero que frente al ejercicio de algunos derechos reproductivos, se entiende que parte de ellos recaen de forma exclusiva en las mujeres (Arango, 2014, p. 214). Esto es apenas comprensible si se tiene en cuenta que

(...) el punto de partida de los derechos reproductivos se relaciona íntimamente con la autodeterminación reproductiva, y dado que los costos de la maternidad recaen principalmente sobre la mujer, es ella quien muchas veces será exclusivamente afectada por la falta de garantía para los mismos. (Arango, 2014, p. 214)

Dentro de estos derechos se encuentra el acceso a servicios de salud así como procedimientos seguros para la IVE. El avance en materia de protección de estos derechos se explica a partir del activismo de movimientos sociales y de mujeres que han logrado visibilizar cómo la discriminación histórica de las mujeres se ha librado incluso en el campo del control sobre sus cuerpos. La valoración de esta historia permite observar, según lo expone la profesora Cook, que los Estados:

(...) han utilizado el derecho penal como el instrumento principal para expresar y controlar la moralidad, especialmente a través de la prohibición del control de la natalidad y del aborto o penalizando y estigmatizando ciertas formas de conducta sexual. Gradualmente, sin embargo, con la generalización de los gobiernos democráticos, se ha adquirido conciencia sobre los efectos dañinos sobre la salud y el bienestar de los individuos causados por el control punitivo de la sexualidad y la reproducción. (Cook, 2003, p. 200)

Incorporar la visión de las mujeres en la adopción de una concepción política de justicia y en la definición de los principios que orienten la toma de decisiones, supone incorporar una mirada que asuma y visibilice las particularidades de la identidad de las mujeres, que evite reproducir decisiones discriminatorias fundadas en las condiciones de cada grupo. El derecho como categoría de mediación social, debe orientar la toma de decisiones de forma más incluyente; la utilización del enfoque de género para analizar el fenómeno jurídico, ha permitido “comprender que las leyes no son neutrales y por lo tanto no tienen iguales efectos en hombres y mujeres, pues la historia nos ha demostrado que sólo formalmente somos iguales ante la ley”. (Staff, 2000)

De ahí la necesidad de que para el logro del consenso entrecruzado, las mujeres participen en la discusión y elección de los principios de justicia y que su posición frente a temas como la IVE sea valorada como una visión omnicomprensiva a ser tenida en cuenta en el debate. Las mujeres deben participar en el logro del acuerdo, más allá de ganar en una disputa entre mayorías o acuerdos de mayorías que, como se observa en el contexto colombiano en el caso del acuerdo con la Iglesia en la ANC, excluyen la visión de las mujeres.

En lo que sigue, y partiendo de la base de que el logro del consenso no puede ser un simple acuerdo de mayorías, se analizarán los argumentos presentados en el debate en torno a la IVE a partir de la idea de razón pública.

3.2.1. La superación de las críticas a la idea de razón pública: concepciones públicas y no públicas en torno a la IVE

En este apartado se analizarán cuáles son las cargas de la argumentación que debe asumir quien defienda una tesis a partir de una visión comprensiva, para participar en la discusión en torno a la IVE y cuáles argumentos pueden ser tenidas en cuenta en la esfera de la razón pública.

Para ello es preciso recordar la distinción entre razones públicas y no públicas. En el segundo grupo se identifican todas aquellas razones vinculadas a diversos tipos de asociaciones como iglesias y agremiaciones. Estas razones se distinguen de lo que Rawls denomina cultura política pública. En las sociedades democráticas, advierte Rawls, “el poder no público, tal como se ve, por ejemplo, en la autoridad de las iglesias sobre sus fieles, se acepta libremente”. (Rawls, 1995, p. 211) El Estado no sanciona, por ejemplo, la herejía, aunque sea reprochada por la Iglesia; las personas pueden cambiar de religión sin ser perseguidos por el Estado. Los ciudadanos se adhieren a una religión amparados en sus derechos y libertades constitucionales. Contrario a esto, la autoridad del Estado no puede evadirse. La razón pública determina la relación entre los ciudadanos y el Estado. Un sistema democrático deliberativo, supone una idea de razón pública en la que existan instituciones democráticas deliberantes y los ciudadanos sigan la razón pública como referente para su comportamiento político.

Teniendo estos elementos como base, “un ciudadano se compromete con la razón pública cuando delibera dentro del marco de la que considera como la más razonable concepción política de la justicia, una concepción que también cabe esperar de manera razonable que los demás apoyen, como ciudadanos libres e iguales”. (Rawls, 2001b, p. 165)

La concepción política de justicia se caracteriza por una lista de derechos y libertades que se ajustan a partir de un orden de prioridad y que cuentan como medidas para que los ciudadanos puedan hacer uso de ellos. La concepción política de justicia se construye a partir de diversas razones públicas, de distintas concepciones, que pueden ir mutando a lo largo del tiempo, esto garantiza el cambio social y que nuevos grupos puedan intervenir y ser reconocidos en su expresión política. (Rawls, 2001b, p. 167)

Una concepción de la razón pública está integrada por un conjunto de valores y principios liberales incorporados cuando se discuten cuestiones políticas, lo cual supone que puedan tener en cuenta argumentos globales religiosos o no en el debate político, quienes los presentan deben cumplir con la condición de “aportar razones públicas que sustentan los principios y las políticas que nuestra doctrina global dice preferir”. (Rawls, 2001b, p. 168)

A este requisito se ha denominado “la estipulación” o cláusula *proviso*, que impone la obligación de tener a la mano argumentos no religiosos para acompañar la participación en los debates políticos de los ciudadanos religiosos.

Los argumentos seculares como argumentos filosóficos son tratados de la misma forma que los argumentos religiosos deben ir acompañados de otras razones para que puedan suministrar razones públicas.

En el debate librado en Colombia en materia de regulación de la IVE, desde la discusión y aprobación de la Constitución de 1991, en el que se incorporó una especial protección a la vida y se dejó de lado la propuesta en pro de la libre opción de la maternidad, hasta la aplicación y regulación de la Sentencia C-355 de 2006, en donde apenas se liberalizaron algunas circunstancias, los argumentos religiosos han ocupado un lugar preponderante en la discusión. El debate en los medios, en el Congreso y en los Tribunales, ha estado acompañado de argumentos con connotaciones religiosas. No debe olvidarse el citado acuerdo con la Iglesia Católica sobre la no incorporación de la libre opción de la maternidad o la defensa de la concepción de la vida como bien sagrado en las decisiones de la Corte. (Aguirre, Silva & Pabón, 2015, p. 167-197)

Vale entonces formular la pregunta que plantea Rawls acerca de “¿cómo es posible para quienes profesan doctrinas religiosas, algunas basadas en autoridades religiosas como la Iglesia o la Biblia, compartir al mismo tiempo una concepción política razonable que sustenta una democracia constitucional razonable?” (2001b, p. 173). Rawls considera que quienes profesan estas doctrinas no pueden aceptar un sistema democrático apenas como un *modus vivendi*. A partir de esto se plantea la pregunta acerca de “¿cómo es posible que los creyentes en doctrinas religiosas o seculares apoyen un régimen constitucional incluso cuando dichas doctrinas se pueden ver afectadas y declinar?”. (2001b, p. 173) Desde luego que resolver esta pregunta supone vincular el problema de la legitimidad de la ley y con ello el papel que cumple la idea de razón pública.

En Colombia, la Iglesia Católica, en muchas oportunidades ha emprendido campañas contra la IVE, inclusive en los casos en los que está autorizada por las subreglas

jurisprudenciales, haciendo llamados a médicos y jueces a ser objetores de conciencia. Del mismo modo, el Ministerio Público en cabeza del Procurador General de la Nación Alejandro Ordoñez, inició un proceso de nulidad contra la Sentencia C-355 de 2006, así como otras campañas en las que no se brindaba información cierta y veraz sobre el derecho de las mujeres a acceder a una interrupción segura y legal de su embarazo. Pese a que la Sentencia T-388 de 2009 ordenó al Ministerio Público promover campañas de divulgación de los derechos sexuales y reproductivos, entre los que se encuentran el derecho a acceder a la IVE,²⁶ Ordoñez adelantó una campaña engañosa que no otorgaba información certera sobre el derecho de las mujeres a acceder, mediante procedimientos legales a la interrupción de un embarazo. Frente a las actuaciones de Ordoñez fue interpuesta una acción de tutela en 2011 por 1.279 mujeres, con participación de Mónica Roa, quien lideró el proyecto LAICIA. Las decisiones de instancia fueron revisadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-627 de 2012. En este fallo se ordenó al jefe del Ministerio Público retractarse de la información brindada. La Corte advierte que existe un pronunciamiento en materia de IVE y derechos sexuales y reproductivos en la Sentencia C-355 de 2006 “que los funcionarios públicos no pueden dejar de acatar en un Estado de Derecho como el nuestro, así no compartan su sentido por razones morales, religiosas o incluso jurídicas, por más “polémico” que sea el asunto”. (Corte Constitucional, Sentencia T-627 de 2012)

La campaña de Ordoñez en contra del derecho a interrumpir un embarazo, si bien no ha incorporado argumentos religiosos de forma explícita, se ha valido de argumentos jurídicos que desconocen la tesis actual de la jurisprudencia constitucional y se presentan como sospechosos a la luz de sus vínculos con sectores religiosos altamente conservadores, así como de la incorporación de figuras religiosas en las oficinas de la Procuraduría.

El activismo de sectores religiosos en contra de la IVE, en los términos en que se ha desarrollado en Colombia a partir de la Sentencia del 2006, es un ejemplo de la poca

²⁶ La Corte ordena que se “diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia” Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009.

estabilidad de la sociedad democrática. Si bien es cierto, los ciudadanos tal como lo indicaba Rawls en su ejemplo

(...) aceptan como principios políticos y morales las cláusulas constitucionales sustantivas que garantizan las libertades religiosas, políticas y civiles, cuando su lealtad a tales principios constitucionales es tan limitada que ninguno está dispuesto a ver que su doctrina religiosa o no religiosa pierda influencia o prosélitos y todos están listos a resistirse o a desobedecer las leyes que consideran injustas”. (Rawls, 2001b, p. 174)

Esto muestra un caso de poca estabilidad, en la medida en que las razones por las que se acepta la democracia están condicionadas a que sus designios correspondan con su doctrina particular, lo cual no es correcto.

Este estado de cosas deja a la sociedad dividida a partir de la defensa de intereses particulares, de tal forma que uno de los grupos en conflicto está dispuesto a promover la violación o desatención de las reglas que han sido adoptadas por procedimientos democráticos legítimamente establecidos.

Los ciudadanos están obligados a acatar las reglas que legítimamente se adoptan en el Estado, más allá de sus particulares intereses, como el de hacer prevalecer un precepto de su religión y mantener su influencia. Esto no implica que los ciudadanos religiosos deban abandonar sus creencias, sólo implica que se abandone “la esperanza de cambiar la Constitución para establecer la hegemonía de nuestra religión o de condicionar el cumplimiento de nuestras obligaciones para asegurar la influencia y el éxito de nuestra religión” (Rawls, 2001b, p. 174). Esta intención sería contraria a la idea de un esquema básico de libertades para todos, como ciudadanos libres e iguales.

Los regímenes democráticos deben garantizar entre las libertades, la de conciencia y religión y los ciudadanos religiosos deben, con el fin de garantizar la solidez de la democracia, asumir la carga de la argumentación no religiosa en sus intervenciones, lo cual supone estar prestos a incorporar argumentos no religiosos que acompañen los argumentos que se derivan de su visión global, en el debate público.

El razonamiento público tiende a la justificación pública. Apelamos a las concepciones políticas de la justicia, y por ende a pruebas verificables y a hechos sujetos al escrutinio público, para llegar a conclusiones sobre lo que consideramos más razonable en materia de instituciones y estrategias políticas. (Rawls, 2001b, p. 179)

El deber de civilidad supone que cada uno de los ciudadanos pueda defender sus tesis a partir de argumentos que puedan ser aceptados razonablemente por los otros, que puedan conducir a conclusiones que gocen de la misma aceptación en términos razonables.

En Colombia, como se indicó, la discusión en materia de regulación del derecho a la IVE no se ha incorporado con éxito en el debate legislativo, sobre este tema sólo se ha abordado la regulación sancionatoria,²⁷ que incluso en el siglo XIX era menos estricta que la adoptada en el siglo XX. Dado que a nivel del legislador no se ha logrado abordar este debate, la Corte Constitucional, como ejemplo de la razón pública, ha proferido una decisión que aunque insuficiente, puede ser valorada como hito en materia de liberalización de sanciones penales para la IVE en Colombia.

En el mundo, las Cortes y Tribunales Constitucionales han producido sentencias que son claros aportes de ejercicios de deliberación y debate en términos de razón pública. Siguiendo a Rawls, la actuación de estos tribunales “constituye el más claro ejemplo de la razón pública aplicada” (Rawls, 1995, p. 207). Si bien es cierto, todos los funcionarios del Estado deben tomar sus decisiones con base en la Constitución, las Cortes han sido representativas en el debate en materia de IVE.

En lo que sigue se analizarán los argumentos adoptados en dos tribunales referentes para las discusiones libradas en Colombia y que han resuelto controversias en materia de IVE.

²⁷ En 1993 se presentó el proyecto de ley: por el cual se desarrollan los derechos constitucionales a la protección y libre opción a la maternidad y la protección al niño; y el proyecto por el cual se defienden y protegen los derechos de la mujer y se despenaliza la interrupción voluntaria del periodo de gestación. Los dos proyectos fueron rechazados. En el 2002 se presentó el proyecto de ley número 58 por el cual se dictan normas sobre salud sexual y reproductiva y se modifica el artículo 124 de la ley 599 de 2000. El proyecto contemplaba eliminar la sanción penal en los casos de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, por razones terapéuticas y por malformación del feto. El proyecto fue retirado por la autora.

3.3. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ORIENTADORAS DEL DEBATE EN MATERIA DE LA IVE: EL CASO DE ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

En este punto se sostendrá que la Corte Constitucional de Colombia efectivamente actúa como institución autorizada en la definición de reglas en torno a la IVE. Se analizarán las respuestas que han propuesto otras Cortes y Tribunales Constitucionales, con el fin establecer si estos escenarios de la razón pública aplicada constituyen referentes para Colombia; se expondrá el caso de la Suprema Corte de Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Español, así como el debate adelantado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el escenario judicial, varios Tribunales Constitucionales se han referido a la legislación en torno a la interrupción voluntaria del embarazo. En este apartado se hará referencia a dos grupos de decisiones: en primer lugar, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América que desde 1973, con el emblemático caso *Roe vs Wade*, constituye un hito en la discusión sobre el tema. En segundo lugar, se hará referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. Dos casos que muestran dos aristas de la discusión, las restricciones a la regulación de la intervención del Estado en el derecho de la mujer a interrumpir un embarazo y las facultades del Estado para despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo. En ambos casos se valora la protección que se debe al no nacido y los derechos de las mujeres, así como las obligaciones del Estado frente a la regulación de la IVE.

3.3.1. La jurisprudencia en materia de IVE en la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América:

La decisión en el caso *Roe vs Wade* representa un hito en la jurisprudencia sobre la IVE. 1973 fue un año decisivo en materia de regulación de la IVE en Estados Unidos de Norte América con ocasión del precedente jurisprudencial a partir de un caso muy discutido.

En esta sentencia, la Corte Suprema acogió la solicitud de una joven en la que se cuestiona la inconstitucionalidad de las leyes penales del Estado de Texas que prohibían la interrupción voluntaria del embarazo. La Corte señaló que la Constitución protegía a las personas de las intromisiones del Estado a su privacidad y que la interrupción voluntaria de un embarazo era un derecho de las mujeres en el que no podría interferir el Estado. (Supreme Court of the United States, *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, 1973). En la sentencia, la Corte estableció un marco trimestral de plazos vinculante para todos los Estados de la unión. Dicho marco dispuso²⁸:

- a. Que durante el primer trimestre del embarazo la mujer estaba en libertad de elegir si continuaba o interrumpía el embarazo y que el Estado no podía interferir salvo en promover que el procedimiento sea realizado por un médico.
- b. Durante el segundo trimestre, el Estado puede interferir para proponer regulaciones del procedimiento de interrupción del embarazo que permitan garantizar la vida y salud de las mujeres; la regulación entonces estaría dirigida a garantizar procedimientos médicos seguros.
- c. Para el último trimestre se consideró que en la medida en que la vida del feto es viable fuera el útero materno, el Estado podría intervenir con el fin de proteger su vida. En esta etapa, el Estado podría regular e incluso prohibir la interrupción del embarazo, a menos que esté en juego la protección de la vida de la mujer gestante.

La Corte tomó como base para su decisión la Décima Cuarta Enmienda que ampara el derecho a la privacidad y que le impide al Estado interferir en la vida privada de sus

²⁸ “(a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. P. 163, 164.

(b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. P. 163, 164.

(c) For the stage subsequent to viability the State, in promoting its interest in the potentiality of human life, may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother. P. 163-164; 164-165.” Supreme Court of the United States, *ROE v. WADE*, 410 U.S. 113 (1973)

asociados.²⁹ En su decisión la Corte también tomo como argumento base el criterio de viabilidad de la vida extra uterina del feto, lo cual le permitió distinguir los plazos de intervención legítima del Estado en las decisiones de interrumpir o continuar un embarazo.

En materia de libertades es determinante el argumento de la Corte que restringe la libertad legislativa de los Estados de la unión, al señalar que ningún Estado podía adoptar una teoría acerca de la vida que anulara los derechos de las mujeres (Cossío, Orozco, & Conesa, 2012). Este precedente marcó una fuerte limitación a la potestad de configuración legislativa de los Estados en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

De esta decisión se puede concluir que la mujer es titular del derecho a interrumpir un embarazo, lo cual se ampara en el derecho constitucional a la privacidad frente a la procreación. Ahora, este derecho no es absoluto, lo que supone que debe armonizarse con el legítimo interés del Estado de proteger la potencial vida humana del que está por nacer. En la sentencia se distingue al feto de la persona en los términos en que constitucionalmente se protege.

La decisión tomada por la Corte en el año 73 ha sido criticada y controvertida en muchos aspectos, pero también ha tenido fuertes defensores. Es el caso de Dworkin quien señala sobre la decisión, que es coherente con el precedente de la Corte, en la medida en que esta ya había reconocido que la decisión de engendrar o no hijos estaba amparada por el derecho constitucional a la privacidad, de tal suerte que:

(...) una decisión acerca del aborto es, en ese sentido, al menos tan privada como cualquier otra decisión que la Corte haya protegido. En cierto modo lo es aún más, pues afecta al control que tiene la mujer no sólo de sus relaciones sexuales, sino de las transformaciones que se producen en el interior de su propio cuerpo, y la Corte Suprema ha reconocido de diversos modos la importancia de la integridad corporal.
(Dworkin, 1994, p. 142)

²⁹ “broad enough to encompass a woman's decision . . . to terminate her pregnancy.” Supreme Court of the United States, ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (1973)

La discusión sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo no terminó con *Roe vs Wade*. Tres años más tarde la Corte tuvo que pronunciarse en el caso *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth* (Supreme Court of the United States, *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, 428 U.S. 52, 1976) en el que la Corte decidió sobre la cuestión de inconstitucionalidad presentada contra la legislación del Estado de Missouri que imponía a las mujeres la obligación de allegar el consentimiento del cónyuge para la realización del procedimiento que ponía fin al embarazo y a las menores de 18 años el consentimiento de los padres. La Corte en su decisión confirma su precedente y señala que el derecho a interrumpir un embarazo es del resorte exclusivo de la mujer gestante, razón por la cual el hombre no puede objetar la decisión libre de la mujer, ni su consentimiento puede constituirse en un requisito que invalide el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo. En esta decisión, la Corte señala que en los casos en que la solicitante del procedimiento sea una mujer menor de 18 años, el juez podrá autorizar el procedimiento, previa determinación de capacidad de la menor de 18 años para que de manera voluntaria e informada tome la decisión de interrumpir su embarazo. La Corte en esta decisión reconoce la autoridad científica y médica para la determinación de la vida y de la viabilidad del feto.³⁰

El precedente del año 73 se confirma en *Belloti vs. Baird* (Supreme Court of the United States, *Belloti v. Baird*, 428 U.S. 132, 1976) y en *Beal vs. Doe* (Supreme Court of the United States, *Beal v. Doe*, 432 U.S. 464, 1977) en donde la Corte reitera que el derecho constitucional reconocido, constituye una garantía de no intromisión en la privacidad de la mujer, de tal forma que no se pueden imponer “cargas indebidas” sobre la decisión de la mujer a interrumpir un embarazo. Se reconoce que pese a que el Estado tiene interés en proteger la vida humana en potencia, dicho interés no justifica que las mujeres deban asumir “interferencias gravosas” por parte del Estado, por lo menos hasta el tercer trimestre, tal como se señaló en el precedente establecido.

³⁰Señala la Corte “essentially medical concept . . . is, and must be, a matter for the judgment of the responsible attending physician” (Supreme Court of the United States, *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, 428 U.S. 52, 1976). Esta regla se reitera en *Colautti vs. Franklin*, 428 U.S. 476 (1976)

Un año más tarde se daría el primer retroceso en la garantía establecida al derecho a interrumpir un embarazo, en *Maier vs. Roe*, (Supreme Court of the United States, *Maier v. Roe*, 432 U.S. 467, 1977) en donde la Corte decidió que los Estados no estaban obligados a pagar los procedimientos para interrumpir el embarazo que no fueran medicamente necesarios para salvar la vida de la mujer gestante. Esta limitación se confirma en *Harris vs. McRae* (Supreme Court of the United States, *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 1980) en donde la Corte declaró la constitucionalidad de la Enmienda Hyde que restringe la utilización de recursos del Estado en gastos médicos, lo cual extiende la restricción de financiación de la IVE incluso a procedimientos que se realizan con fines terapéuticos.

En 1981 se da inicio a la configuración de subreglas para informar por lo menos a uno de los padres en el caso de que la interrupción del embarazo fuera solicitada por niñas bajo la tutela de sus padres.³¹

En 1983 se dio lugar a otro grupo de decisiones en donde la Corte señala los límites que tienen los Estados para regular los procedimientos de IVE. La Corte considera inconstitucional la regulación que obligaba a las mujeres a esperar 24 horas entre la solicitud del procedimiento su la práctica.³² En el mismo sentido se pronunció la Corte en 1986 cuando dejó sin efecto la regulación del Estado de Pennsylvania que obligaba a los médicos a informar sobre riesgos y detalles médicos del procedimiento para interrumpir un embarazo. En este caso, se señala además la inconstitucionalidad de aquellas medidas destinadas a garantizar la prevalencia de la vida del feto viable sobre la vida de la mujer gestante (Supreme Court of the United States, *Thornburgh vs. American College of Obstetrician and Gynecologist*, 476 U.S. 747, 1986). En estas decisiones, las medidas fueron evaluadas a partir de la subregla de la carga excesiva y se valoró que imponer dichos requerimientos constituía un obstáculo a la decisión de la mujer de interrumpir un embarazo.

³¹ Esta regla se integran en las siguientes decisiones: Supreme Court of the United States, *H.L. v. Matheson*, 430 U.S. 398 (1981); *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990) y *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 508 (1990).

³² Decisión que se toma en: Supreme Court of the United States, *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983); *Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri vs. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983) y *Simopoulos v. Virginia*, 462 U.S. 476 (1983).

La composición de la Corte Suprema se modificó y el debate en torno a la IVE continuó, el escenario de la discusión en torno a los valores en conflicto se desplazó a la revisión de la legislación del Estado de Misuri que proponía una nueva regulación en materia de IVE y que se debatió en el caso *Webster vs. Reproductive Health Services* de 1989. (Supreme Court of the United States, *Webster vs. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490,1989) La Corte evaluó si una ley que restringía la utilización de fondos estatales para facilitar procedimientos de IVE era constitucional. La ley manifestaba en su preámbulo que la vida humana iniciaba en la concepción, de manera que el no nacido tenía intereses que debían ser protegidos, como la vida, la salud y el bienestar. La Ley prohibía la utilización de fondos estatales para la práctica de procedimientos de IVE cuando el feto fuera considerado viable y sólo admitía como excepción el peligro para la vida de la mujer gestante. De igual forma se imponía al médico la obligación de establecer la viabilidad del feto.

En una decisión dividida, la Corte sostuvo que el Estado sí podía regular los procedimientos de IVE, siempre que no se impidiera la posibilidad de que las mujeres pudieran ejercer su derecho a interrumpir un embarazo. Con esto, los jueces se apartaron del precedente de *Roe vs Wade* en el tema de la intervención estatal, aunque reafirmaron el derecho individual de las mujeres a tomar la decisión sobre interrumpir un embarazo. Esta decisión es valorada como la puerta de entrada a la regulación de los procedimientos de IVE por parte de los Estados y da lugar a una serie de decisiones, producto de las medidas que fueron adoptando los Estados para limitar los alcances del precedente de *Roe vs Wade* del 73. (Tribe, 2012, p. 141)

Esta decisión marcó el inicio de una serie de disposiciones estatales que regulaban los procedimientos de IVE. Por esa vía se dispusieron las subreglas ya mencionadas de exigir autorización a los padres o al juez, en el caso de las mujeres menores de edad.³³ De este grupo de decisiones, quizá la más representativa fue la tomada con base en la revisión de una ley del Estado de Pensilvania que ordenaba a los médicos a informar sobre los riesgos y complicaciones de los procedimientos de IVE y que obligaba a la mujer casada a notificar a

³³ Estas subreglas se incluyen en: Supreme Court of the United States, *Hodgson vs. Minnesota* , 497 U.S. 417 (1990); *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S 502 (1990)

su cónyuge, la decisión de interrumpir el embarazo antes del procedimiento, y a la mujer menor de edad a tener autorización de sus padres. La regulación incluía un plazo de 24 horas entre la solicitud de la mujer y la realización del procedimiento médico, así como la obligación de las clínicas de informar periódicamente sobre la práctica médica de los procedimientos de IVE. Contra esta ley se interpuso una acción por parte de algunos médicos y cinco clínicas que realizaban procedimientos de IVE. La Corte se refirió a esta demanda en la Sentencia *Planned Parenthood vs. Casey* de 1992³⁴, decisión en la que se respeta el precedente que garantiza a las mujeres su derecho a decidir interrumpir un embarazo como derecho protegido en la Constitución a partir de la Decimocuarta Enmienda y se afirma que la incorporación de obstáculos o cargas excesivas que dificulten la interrupción del embarazo, antes de que el feto sea viable, eran inconstitucionales. Para el caso de la norma acusada, notificar previamente al cónyuge constituía un obstáculo en el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo. Sin embargo, la Corte consideró que la obligación de aguardar un plazo de 24 horas no constituía una carga excesiva, modificando con ello el precedente de 1983, del mismo modo señaló que no constituía carga excesiva el hecho de que las mujeres recibieran información sobre los procedimientos y riesgos de la práctica de la IVE.

La Corte, pese a reafirmar el derecho a la IVE como derecho constitucional amparado en la protección al derecho a la intimidad, modifica el marco trimestral propuesto en *Roe vs Wade* y adopta la tesis de la viabilidad, señalando que las mujeres tienen derecho a interrumpir un embarazo hasta que el feto sea viable, defendiendo que la viabilidad se debía reconsiderar a partir de los avances tecnológicos que ofrecían otras perspectivas sobre el desarrollo del feto. El hecho de que la Corte abandonara el marco trimestral y estableciera la viabilidad del feto como determinante para admitir la posibilidad de que el Estado regulara o no la práctica de IVE, trajo como consecuencia que los Estados quedaran facultados para prohibir la interrupción del embarazo cuando el feto sea viable, salvo que se trate de una medida para proteger la vida de la mujer embarazada.

³⁴ Supreme Court of the United States, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)

Para la Corte, existe un interés del Estado en defender la vida humana en potencia, lo cual permite autorizar la regulación de la IVE cuando el feto sea viable; sin embargo, esto no hace que la vida del feto pueda considerarse un interés superior al de la vida o salud de la mujer, razón por la cual, pese a que los Estados pueden restringir el derecho de las mujeres a interrumpir un embarazo de fetos viables, deben incorporar excepciones para proteger la vida y salud de la mujer gestante, incluso cuando el feto sea viable.

Posteriormente el debate se trasladó a otro escenario, el de los procedimientos médicos para la IVE. En este campo se identificaron dos decisiones, se trata de la Sentencia *Stenberg vs. Carhart* de 2000 (Supreme Court of the United States, *Stenberg U.S Carhart* , 530 U.S. 914, 2000) en donde la Corte declaró inconstitucional una ley de Nebraska que prohibía la IVE mediante el procedimiento D&X o de “aborto con nacimiento parcial”. La Corte consideró que la prohibición de implementar dicho procedimiento, al no incluir excepciones para los casos en que se requiera con el fin de evitar peligro para la salud de la mujer gestante, violaba la protección constitucional. De igual forma, la ambigüedad de la norma frente a la eventual sanción para los médicos que practicaran el procedimiento constituía un obstáculo para el ejercicio del derecho a IVE. En ese caso no existían pruebas que sustentaran los argumentos de la ley para prohibir el procedimiento considerado riesgoso para la vida de la mujer.

En el 2003 el Congreso aprobó la Ley de Nacimiento Parcial que consagró la prohibición del procedimiento de “aborto parcial”. La ley se motivó a partir de los hallazgos que hizo el Congreso sobre los riesgos para la vida de la mujer sometida al procedimiento y tuvo en cuenta la decisión precedente para corregir las razones de inconstitucionalidad. En el 2007 la Corte decidió en la sentencia *González vs. Carhart* Supreme Court of the United States, *González vs. Carhart* , 127 S.Ct. 1610, 2007) que la ley era constitucional. La Corte consideró que el Estado tiene el deber de proteger la vida del feto máxime cuando la ley acusada tenía esa finalidad y que, además se buscaba proteger la salud de las mujeres.

La decisión fue ampliamente criticada por considerar que no sólo el Congreso, sino la Corte desconocieron el precedente que garantizaba la libertad de las mujeres al introducir una

medida que ignoraba la opinión médica y la protección del derecho a la salud de las mujeres al prohibir un procedimiento médico.³⁵ Para la profesora Siegel, el argumento que introduce la Corte, en el caso *González vs. Carhart* que invoca la protección de las mujeres como razón para declarar la constitucionalidad de la ley que restringe un procedimiento médico, ha sido invocado en muchas oportunidades por los movimientos antiaborto. La disputa que parecía polarizada entre la libertad de las mujeres y la protección al feto, incorporó nuevos argumentos que fueron canalizados para persuadir a los defensores de tesis moderadas y tomó como base la protección de la salud de las mujeres para negar el derecho a IVE. La consideración de los movimientos antiaborto, señala “que debemos *criminalizar* el aborto para proteger la salud y la libertad de las mujeres.” (Siegel, 2009, p. 9)

Para la profesora Siegel, luego de analizar las diferentes concepciones sobre la dignidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema, relacionadas con la protección al feto por un lado y con la libertad y autonomía por otro, “la afirmación en *Carhart* de que la Ley Contra el Aborto por Parto Parcial expresa respeto por la dignidad de la vida humana, refleja la influencia de estas creencias tradicionales y religiosas.” (Siegel, 2009, p. 14)

El pronunciamiento *González vs. Carhart* se puede leer en el marco de la tendencia conservadora que fue asumiendo la Suprema Corte, producto de la vinculación de dos magistrados durante el segundo periodo presidencial de Bush. A pesar de esto, las decisiones adoptadas por la Corte en *Planned Parenthood vs. Casey* y en *González vs. Carhart* son valoradas desde otra perspectiva, y es que en los dos casos se introduce un nuevo argumento basado en el derecho a la igualdad de ciudadanía para las mujeres.

³⁵ “The major change in the law this opinion brings with it is the new willingness of Congress and the Court to disregard the health of pregnant women and the medical judgment of their physicians. This departure from precedent was made possible by categorizing physicians as unprincipled “abortion doctors” and infantilizing pregnant women as incapable of making serious decisions about their lives and health. The majority opinion ignores or marginalizes long-standing principles of constitutional law, substituting the personal morality of Justice Kennedy and four of his colleagues.” (Annas, 2007).

Si bien desde *Casey* se anunció este modelo basado en la igualdad, la posición disidente de *González vs. Carhart* lo reafirmó con toda contundencia: el aborto no encuentra su justificación en una noción generalizada sobre privacidad, sino en la autonomía de la mujer y su derecho a determinar el curso de su vida y, por ende, a gozar de igual ciudadanía.” (Cossío, Orozco & Conesa, 2012, p. 26)

Además de advertir, que a partir del test de la carga indebida, el Estado tiene interés en defender la dignidad de la vida, la regulación que se proponga para dicha defensa, debe respetar “la dignidad de la mujer” (Siegel, 2009, p. 15), valorando la dignidad de la mujer a partir de las nociones de igualdad y libertad.³⁶ Por su parte “Las autoridades religiosas, entre las que se destaca, aunque no de modo exclusivo, la Iglesia Católica, continúan oponiéndose al aborto en el marco del discurso de la dignidad. La Iglesia Católica invoca la dignidad para oponerse al aborto porque implica quitar la vida injustamente.” (Siegel, 2009, p. 22)

Después de *González vs Carhart* en el 2007, los movimiento anti aborto han promovido una serie de estrategias legales para incorporar reglas que aumentan las exigencias en la prestación y acceso a los servicios médicos para interrumpir de forma voluntaria un embarazo. A partir de la Enmienda Hyde que prohíbe destinar fondos federales a medicamentos y procedimientos destinados a interrumpir de forma voluntaria embarazos en casos diferentes a los terapéuticos o por violación o incesto, desde el 2008, 32 Estados incorporaron regulación en materia de IVE aplicando las condiciones de la enmienda (Henshaw, 2009). De igual forma, entre el periodo 2011 y 2013 según informes del Guttmacher Institute, los Estados aprobaron cerca de 205 restricciones para acceder a servicios médicos cuya finalidad era la interrupción voluntaria del embarazo. (Nash, 2014)

Las restricciones impuestas por los Estados han sido debatidas en los tribunales federales, que en algunas ocasiones las han considerado contrarias a la Constitución por no incorporar

³⁶ “As I show, in substantive due process and equal protection cases constitutional protections for dignity vindicate, often concurrently, the value of life, the value of liberty, and the value of equality.” (Siegel, 2008, p. 1696)

excepciones a la restricción por razones terapéuticas o por no permitir que los médicos establezcan la viabilidad del feto en cada caso. La Corte Suprema se ha negado a dirimir algunas de esas cuestiones de inconstitucionalidad como sucedió en el caso de una Ley de Oklahoma que prohibía el uso de medicamentos para la IVE. En el 2012, la Corte del Estado anuló la Ley, lo que llevó a elevar ante la Corte Suprema una cuestión de inconstitucionalidad y en el 2012 la Corte decidió no aceptar el caso. (Nash, 2013) La misma situación se dio en la cuestión *Planned Parenthood Of Greater Texas Surgical Health Services vs. Gregory Abbott, Attorney General Of Texas*, en donde esta se negó a aceptar una apelación de emergencia y confirmó la competencia del Tribunal de Apelaciones del Estado para resolver la cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley de Texas que restringía el acceso a servicios médicos. (Supreme Court of the United States *Planned Parenthood Of Greater Texas Surgical Health Services vs. Gregory Abbott, Attorney General Of Texas*, No. 13A452, 2013) La Corte Federal excluyó la aplicación de algunas de esas restricciones por considerarlas cargas excesivas.

La discusión sobre la regulación en materia de IVE sigue siendo una cuestión divisiva en el contexto norteamericano; inclusive hay una importante línea jurisprudencial que se refiere al tema de la libertad de expresión de quienes hacen campañas en contra de la IVE en los centros médicos que realizan procedimientos de IVE, en estos casos se controvierte sobre la libertad de expresión versus la intimidad de las mujeres que acuden a las instituciones prestadoras de servicios médicos.

3.3.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

En España, según la doctrina, el enfoque de análisis del problema de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido abordado desde consideraciones diferentes a las propuestas en la jurisprudencia constitucional norteamericana, lo cual ha significado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español haya tenido un alcance distinto. (Tomás – Valiente, 2009)

Mientras que en la Corte Suprema de Estados Unidos de Norte América, la discusión se ha dirigido al análisis de la constitucionalidad de las normas de los Estados que restringen o limitan el derecho de la mujer a interrumpir de manera voluntaria un embarazo, en el Tribunal Constitucional español, el debate se ha centrado sobre las reformas legales que buscan despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo. Las normas que criminalizan la IVE o que lo restringen, no han sido demandadas ante el Tribunal ni autocuestionadas por este. (Tomás – Valiente, 2009)

La Sentencia más relevante del Tribunal Constitucional español es la 53 del 23 de abril de 1985, en dicha sentencia el Tribunal resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad³⁷ contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal. El Proyecto de Ley impugnado fue considerado por los accionantes violatorio del artículo 15 de la Constitución Española cuando señala que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral” (Tribunal Constitucional español: Sentencia 53/1985). El proyecto despenalizaba la interrupción voluntaria del embarazo en algunos supuestos, i) para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer; ii) cuando el embarazo fuese producto de una violación; y iii) cuando se presuma que el feto nacerá con graves problemas físicos o psíquicos. Las circunstancias exigían en algunos casos un plazo para realizar el procedimiento de interrupción del embarazo. Dichas disposiciones a juicio del impugnante eliminaba normas penales que protegían el derecho a la vida, lo cual constituía una infracción a la Constitución.

En uno de los cargos contra el proyecto acusado, los impugnantes consideraron que se violaba el artículo 39 de la Constitución en sus apartados 2 y 4, en los que se impone asegurar la protección de los hijos en condiciones de igualdad. Para los accionantes, el hecho de que el proyecto no contemplará la intervención del padre para otorgar su consentimiento frente al procedimiento de interrupción del embarazo, violaba el derecho de

³⁷ El recurso previo de inconstitucionalidad ha desaparecido del Control de Constitucionalidad español, consistía en un estudio que se hacía de la constitucionalidad de un proyecto de Ley antes de su aprobación.

los hijos no nacidos a la igual protección de su padre con relación a los hijos nacidos, lo cual configuraba, según su interpretación, un acto de discriminación. Además, el hecho de que no se necesitara consentimiento del padre, era considerado por los impugnantes violatorio de la igualdad entre cónyuges, ya que el padre no debía ser consultado en la decisión de la mujer gestante de interrumpir el embarazo.

El Tribunal inicia la presentación de sus consideraciones, señalando que en el problema objeto de análisis convergen importantes ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales de distinta índole, lo cual hace necesario que el juez constitucional se abstraiga de dichas consideraciones y se atenga a razones de tipo jurídico, con el fin de garantizar imparcialidad y objetividad.

En la sentencia se afirma que el tema nuclear es el del derecho a la vida del no nacido y, pese a que existen niveles de la discusión sobre este derecho, puede concluirse que “la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el Art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”, aunque no se pueda afirmar que el *nascituros* sea titular del derecho fundamental a la vida. (Tribunal Constitucional Español: Sentencia 53/1985)

En la discusión de la constitucionalidad del proyecto de ley, el Tribunal consideró que debía incorporarse la dignidad y el derecho a la vida de la mujer gestante, en la medida en que se podía configurar una colisión de derechos, caso en el que

(...) no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. (Tribunal Constitucional español: Sentencia 53/1985)

Con relación al consentimiento del padre, el Tribunal considera que la no incorporación por parte del legislador de la necesidad de que el padre consienta el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no es inconstitucional, ya que atendiendo a la especial relación entre la mujer gestante y el que está por nacer, la decisión de interrumpir un embarazo afecta primordialmente a la mujer, lo cual autoriza al legislador para que no imponga más requerimiento que su voluntad y consentimiento informado para la solicitud del procedimiento.

En la sentencia se desestimó el argumento del impugnante que apoyaba la inconstitucionalidad del proyecto de Ley, con base en el artículo 15 de la Constitución y consideró que la titularidad del derecho a la vida respecto del no nacido es objeto de ambigüedad y controversia. Si bien es cierto, existe una protección Constitucional al no nacido, dicha protección no es absoluta, lo que tiene como consecuencia que en algunos casos la interrupción voluntaria puede ser constitucional, en virtud de la protección de los derechos de la mujer.

Luego de analizar los cargos, el Tribunal consideró que pese a que la despenalización propuesta en el proyecto era ajustada a la Constitución, el mismo debía ser declarado inconstitucional, pues no garantizaba una suficiente protección a los derechos de la mujer en ciertos supuestos, lo cual constituía una vulneración de su derecho a la vida, ya que no se daban las garantías para realizar procedimientos seguros.

Para el Tribunal:

Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del *nasciturus*, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. (Tribunal Constitucional Español: Sentencia 53/1985)

En la decisión se reconocen los derechos de la mujer y el conflicto que se configura con el derecho del no nacido. La protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante recibe una protección menos amplia que la propuesta por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.

De esta decisión se puede concluir que para el Tribunal Constitucional no se puede afirmar que la protección jurídica que se deba a la vida sea absoluta, pues todos los derechos están sujetos a ciertas limitaciones. Resulta valiosa la afirmación del Tribunal según la cual el intérprete constitucional debe valorar, ante conflictos como el de decidir la constitucionalidad de la IVE, la especificidad de la condición femenina y de la maternidad en su relación con la dignidad humana, ambos derechos vinculados con el libre desarrollo de la personalidad.

Finalmente, frente al proyecto de ley, el gobierno incluyó modificaciones con base a las recomendaciones del Tribunal y finalmente se aprobó la Ley Orgánica 9 de 1985. La ley contemplaba la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 12 semanas de gestación en los casos en que el embarazo fuera producto de una violación, hasta 22 semanas en casos en que existieran riesgos de malformaciones en el feto, y sin límite de tiempo en el supuesto de riesgo para la salud física y mental de la madre.

En el 2010, luego de arduos debates se aprobó la Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, que incorporó nuevas reglas frente al derecho de la mujer a decidir por la continuidad o no del embarazo, legislación coherente con las normas del ámbito europeo. La Ley del 2010 contempló:

a. **Ley de plazos.** IVE libre hasta las 14 semanas, luego de un periodo de tres días de reflexión y con la información necesaria sobre derechos y procedimiento.

b. Indicaciones hasta la semana 22. En caso de grave riesgo para su vida o salud o si el feto padece graves anomalías, la mujer cuenta hasta la semana 22 para solicitar la interrupción del embarazo.

c. Después de la semana 22. No existe límite de tiempo en dos casos: si se diagnostica malformación incompatible con la vida del feto, caso en el que se debe presentar una solicitud acompañada del diagnóstico de dos médicos especialistas, distintos del médico que realizará el procedimiento de IVE; y cuando se trate de una enfermedad grave e incurable, caso en el cual un comité clínico (integrado por tres médicos) confirmará el diagnóstico.

d. Menores entre 16 y 17 años. Conforme a la legislación sobre autonomía del paciente, que ubica la edad para decidir sobre procedimientos y tratamientos médicos, en 16 años, las gestantes entre 16 y 17 años podrán tomar la decisión de interrumpir el embarazo en forma exclusiva, pero al menos uno de los representantes legales (padre, madre, tutor), debe ser informado de la decisión que ha tomado la mujer. Debe incluirse en la solicitud la manifestación de que el embarazo acarrea para la mujer gestante un conflicto grave, como el peligro inminente de violencia intrafamiliar, amenazas o coacciones, malos tratos, desarraigo o desamparo.

Esta legislación da cuenta de un proceso de transformación de la discusión que abandona el debate alrededor de los derechos del no nacido y se centra en la discusión en torno a los derechos de las mujeres.

Contra la Ley de 2010 se interpuso una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español, sin que hasta la fecha se haya resuelto la cuestión. Sin embargo, el Gobierno anunció en diciembre de 2013 el proyecto de Ley Orgánica de Aborto Alberto-Luis Gallardón, o nueva Ley de Salud Sexual y Reproductiva, nominado “Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada” la cual es considerada una de las más regresivas de la España democrática al

modificar la legislación y suspender el derecho de las mujeres a interrumpir el embarazo durante las primeras 14 semanas. El proyecto de ley retomó los parámetros propuestos en la Ley de 1985 y consagraba que la IVE volvería a ser un delito que puede ser despenalizado en ciertos supuestos, que se reducían a dos: violación y “grave peligro para la vida o la salud física o psíquica” de la mujer, pero la solicitud sólo podría ser realizada hasta las primeras 12 semanas de gestación.

El proyecto excluía la posibilidad de que ante el diagnóstico de malformaciones fetales gravísimas, la mujer pudiera solicitar la interrupción voluntaria del embarazo, aunque sí podía invocar la solicitud con base en el efecto psicológico que podía generar en ella. Las mujeres solicitantes de 16 años tendrían que acompañar la solicitud del consentimiento de uno de sus representantes legales paternos o su tutor, el cual sólo se validaría en un proceso civil que podría hacer nugatorio el derecho, teniendo en cuenta los tiempos de dicho proceso frente a la inmediatez del plazo.

El proyecto que tuvo un fuerte rechazo en España, volvió a centrar la discusión acerca de los derechos del no nacido desconociendo los avances médicos en la materia. Finalmente el proyecto tuvo que ser retirado por la fuerte oposición que recibió desde distintos sectores, incluidos los grupos de mujeres y médicos.

3.3.3. Decisiones tomadas en el Sistema Interamericano en materia de IVE

El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, señala la trascendencia que tienen en el orden interno los tratados internacionales sobre derechos humanos, al señalar que:

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” Para la Corte Constitucional, de dicha norma se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un

criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.³⁸(Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000)

En este contexto, uno de los órganos de referencia para la interpretación de los derechos humanos en la región, es sin duda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional que tiene como finalidad aplicar e interpretar la Convención.

Sobre el tema de los derechos humanos de las mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión de la celebración de su 141º período ordinario de sesiones, en la audiencia sobre los Derechos Reproductivos de las Mujeres, recibió información de organizaciones de 12 países de la región que daban cuenta de los obstáculos que enfrentan las mujeres para el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Con relación a la interrupción voluntaria del embarazo, las organizaciones informaron “sobre las consecuencias e impacto de leyes restrictivas sobre la interrupción legal del embarazo, incluyendo la práctica de abortos en condiciones inseguras y la morbi-morbilidad materna” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011). Para la CIDH, la salud reproductiva de las mujeres debe ser un tema que se incorpore en las agendas legislativas de los Estados, con el fin de garantizar sus derechos y de que se evalúen las prácticas que puedan generar situaciones de discriminación para las mujeres. Con relación a las normas sancionatorias, la Comisión considera que los Estados están obligados a “eliminar todas las barreras de derecho y de hecho que impiden a las mujeres su acceso a servicios de salud materna que ellas necesitan como la sanción penal al acudir a estos servicios” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

La CIDH reitera que la interrupción voluntaria del embarazo como medida terapéutica se ha reconocido internacionalmente como un procedimiento que hace parte de los servicios

³⁸ Esta tesis ha sido defendida en otros pronunciamientos: Sentencias C-067 de 2003 y T-1391 de 2001.

de salud necesarios para garantizar los derechos de las mujeres, en la medida en que su finalidad es preservar la vida de la mujer gestante que se encuentra en peligro con ocasión del embarazo. Desde esta perspectiva, la negación del derecho a interrumpir un embarazo cuya finalidad es salvar la vida de la mujer gestante constituye un atentado contra la vida, la integridad física y psicológica de las mujeres.

Ahora, frente al derecho a la vida y a la protección dada al no nacido, se ha discutido al interior de la Comisión, sobre la interpretación que debe darse al párrafo 1 del artículo 4 de la Convención que consagra “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La Comisión ha tenido diversas oportunidades para referirse a la interpretación de la expresión “en general”, en situaciones en que los peticionarios han considerado violado el derecho a la vida del concebido conforme al citado párrafo. En 1981, por ejemplo, la Comisión resolvió el caso 2141 en el que se interpuso una petición por parte de Gary Potter, Presidente de *Catholics for Christian Political Action* contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachusetts por la violación de los derechos de “Baby Boy”, quien según la petición, falleció producto de una interrupción del embarazo realizada por un médico, lo cual resultó violatorio del derecho a la vida reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Según el peticionario, el caso fue llevado ante la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, Boston, quien absolvió al médico que practicó el procedimiento, decisión que no pudo ser apelada ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América.

El peticionario consideró violado el derecho a la vida y a la igualdad del niño, cuya vida fue interrumpida antes de que terminara el proceso de gestación, así como los derechos de los niños y el derecho a la salud, vulneración que comenzó, según sus apreciaciones, desde que el Estado en las decisiones *Wade and Bolton*, puso fin a la protección jurídica de los niños no nacidos, preparando con ello “el camino para privar del derecho a vida a "Baby Boy". Estas decisiones por sí mismas constituyen una violación de su derecho a la vida, y, por

tanto, para el peticionario, Estados Unidos de América es acusado de violar el artículo I del Capítulo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.”(OEA, 1981)

El peticionario considera que Estados Unidos es responsable, a través de su Corte Suprema, al no considerar la apelación del caso en donde fue absuelto el médico, pese a que en primera instancia fue declarado culpable de homicidio sin premeditación por tratarse de un niño que tenía más de seis meses de concebido. En segunda instancia, el médico fue absuelto porque no había pruebas de que el feto fuera viable. Esta decisión no fue apelada durante el plazo previsto ante la Corte Suprema, razón por la cual no fue considerada su revisión.

La Comisión analiza la presunta violación del artículo 1 de la Declaración que consagra “Todo ser humano tiene derecho a la vida...”, artículo que según los propios peticionarios no indica cuándo comienza la vida, ni cuándo el producto de la concepción es un ser humano. Pese a esto, los peticionarios proponen una interpretación para esclarecer el momento a partir del cual se debe proteger la vida a partir de dos argumentos:

a) Los trabajos preparatorios que se dieron en el marco de la discusión del Proyecto de la Declaración durante la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos en Bogotá en 1948, así como el voto final que según los peticionarios, permite deducir que la intención de la conferencia fue la de proteger el derecho a la vida desde la concepción.

b) La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, propone una definición del derecho a la vida en el artículo 4.1: "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

Para la Comisión, los momentos que configuran las discusiones que dieron luz a la Declaración, no permiten inferir la interpretación que proponen los peticionarios.

El proyecto de artículo 1 expresa

Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad". (OEA, 1981)

Sin embargo, luego de la conformación del equipo y de las discusiones, el artículo final estableció: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona" con el fin de resolver algunas controversias propuestas por los representantes de algunos Estados, pues el proyecto inicial resultaba incompatible con su legislación interna en materia de pena de muerte e interrupción voluntaria del embarazo.

En efecto, la aceptación de este concepto absoluto -el derecho a la vida desde el momento de la concepción- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; B) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica. (OEA, 1981)

De esta revisión se concluye entonces por parte de la Comisión, que no se puede aceptar la tesis de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración incorpore el derecho a la vida desde la concepción, todo lo contrario, de la conferencia que prepara la Declaración, se sigue que se optó por la redacción aprobada con el fin de no incluir la protección de la vida desde la concepción, con el fin de armonizar las propuestas de los Estados partes.

Con relación a la Convención, los peticionarios fundaron su interpretación en las discusiones de Naciones Unidas. El proyecto inicial incluía la manifestación de que se protegía el derecho a la vida desde el momento de la concepción, sin embargo, en las

siguientes discusiones se señalaron objeciones y se propuso permitir la interrupción del embarazo para salvar la vida de la madre y en el caso de estupro, la mayoría decidió introducir, antes del concepto de la protección a la vida desde la concepción, las palabras "en general". De tal forma que el artículo 2 se redactó:"1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción". (OEA, 1981)

A partir de estos antecedentes, la Comisión consideró que es claro que la interpretación sostenida por los peticionarios sobre el derecho a la vida en la Convención no es correcta. La frase "en general, desde el momento de la concepción" no implica que los redactores de la Convención quisieran modificar la noción del derecho a la vida adoptada en la Declaración. No había intención por parte de los redactores de proteger la vida como derecho desde la concepción, todo lo contrario, se propuso de esa forma la redacción con el fin armonizar la Convención con las leyes de los Estados que permitían la interrupción del embarazo en ciertas circunstancias.

Otro antecedente, ahora en materia de protección de los derechos de las mujeres frente a la solicitud de interrumpir un embarazo, lo constituyó el denominado caso X y XX, en el que una mujer colombiana solicita la interrupción voluntaria del embarazo de su hija de 14 años, quien estaba en embarazo producto de una violación. La solicitud de la madre de la niña fue negada, pese a que desde el 2006, se establecen las causales para interrumpir legalmente un embarazo. En la solicitud de medidas cautelares se alegó que madre e hija fueron víctimas de agresiones físicas, amenazas y un intento de secuestro luego de que denunciaron la violación de la que fue víctima la niña. La solicitud indicaba que existían graves afectaciones a la salud física y mental de la niña como consecuencia de los hechos de violencia sufridos por ella y su familia, así como por la ausencia de un tratamiento médico adecuado. El 21 de septiembre de 2009 la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de las dos mujeres y le solicitó al Estado de Colombia adoptar acciones conducentes a garantizar la vida y la integridad personal de las beneficiarias y a investigar los hechos que

dieron lugar a la adopción de medidas cautelares. (OEA, CIDH, *Medidas cautelares*, MC 270-09)

Posteriormente se desarrolló el caso de “Amelia”, el cual sin duda constituye un hito para el sistema de protección interamericano, ya que por primera vez se ordena a un Estado reconocer una situación extrema como justificante para la IVE. En dicho caso, un grupo de organizaciones defensoras de derechos humanos le solicitaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que requiriera al Estado de Nicaragua en donde la IVE está prohibida en todos los casos, con el fin de que se adoptaran medidas cautelares urgentes, tendientes a proteger la vida de Amelia, una mujer nicaragüense, de 27 años y madre de una niña de 10, a quien el sistema de salud de su país le negó la solicitud de interrumpir un embarazo por razones terapéuticas. Amelia requería interrumpir su embarazo para poder recibir tratamiento de quimioterapia y radioterapia, necesarios para combatir el cáncer que padecía. En la solicitud se indicó que la mujer no recibía la atención médica necesaria para tratar su enfermedad, debido a su estado de embarazo, pese a que los médicos recomendaron de manera urgente iniciar el tratamiento. El sistema de salud determinó que el tratamiento no sería realizado pues existía una alta posibilidad de que éste interrumpiera el embarazo.

En este caso, la CIDH profiere la Resolución de medidas cautelares MC 43-10 del 26 de febrero de 2010 a favor de Amelia. La Comisión Interamericana solicitó al Estado de Nicaragua que adoptara las acciones necesarias para asegurar que Amelia pudiera acceder al tratamiento médico para tratar su enfermedad. En dicho pronunciamiento se le indica al Estado que debe concertar con la paciente y sus representantes, las decisiones a tomar acerca de su tratamiento. El Estado de Nicaragua informó a la CIDH en el plazo previsto que se había iniciado el tratamiento. (OEA, CIDH, *Medidas cautelares*, MC 43-10)

Los anteriores pronunciamientos son coherentes con la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de Mayo de 2013, con ocasión de la solicitud de medias provisionales, en el caso de una mujer que solicita la interrupción voluntaria del

embarazo como medida terapéutica para salvar su vida en la República de El Salvador, pero que no había recibido respuesta favorable a su solicitud. La resolución se pronuncia en el marco de la competencia que faculta a la Corte cuando se trate de casos de extrema urgencia y sea necesario evitar un daño irreversible.

En el caso de “Beatriz”, la Corte valora la urgencia del procedimiento para interrumpir el embarazo de la solicitante como medida necesaria para evitar un daño irreparable, y reconoce que ha existido inoperancia del Estado para facilitar los medios tendientes a la autorización del procedimiento médico. La Corte señala como principal obstáculo para que la señora pueda acceder al tratamiento médico, la penalización absoluta que mantiene la legislación del Estado de los procedimientos para interrumpir un embarazo de manera voluntaria, protegiendo la vida del feto aun en condiciones excepcionales en donde existen conceptos médicos que determinan la urgencia del procedimiento.

En la decisión se valora como principal obstáculo para garantizar la vida de la mujer gestante lo ordenado por legislación penal que incorpora sanciones para la interrupción voluntaria del embarazo, por lo cual se advierte que con la ejecución de la medida provisional, “Beatriz” no tendrá como consecuencia el inicio de ninguna acción penal por parte del Estado. La orden incluye que el Estado brinde la atención médica necesaria para garantizar la vida de la solicitante, lo que implica cualquier procedimiento que según el concepto del personal médico, sea necesario para garantizar su vida, incluso la interrupción del embarazo.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, negó la solicitud de amparo interpuesta por “Beatriz”, por considerar que los derechos de la mujer gestante no podían privilegiarse sobre los derechos del no nacido, ni viceversa, además de que la consagración de la protección de la vida de la persona humana desde la concepción constituía a ojos del Tribunal, un impedimento absoluto para autorizar la interrupción voluntaria del embarazo. Esto, pese a que la Comisión Interamericana ya había proferido una medida cautelar, solicitándole al Estado autorizar la atención médica requerida por Beatriz.

La medida se otorgó el 29 de abril de 2013 y señala que tanto el Ministerio de Salud como la coordinación médica del hospital consideran que el embarazo de Beatriz conlleva un alto riesgo de muerte para la mujer gestante y que el feto es anencefálico. Las autoridades también determinaron que el retraso en la implementación del tratamiento médico podría afectar los derechos a la vida, la integridad y la salud de la mujer. Sin embargo, no existe una respuesta por parte de la Corte Suprema de Justicia que autorice la realización del tratamiento, información confirmada por el Estado. La Comisión Interamericana le solicitó al Estado de El Salvador adoptar medidas para iniciar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital Nacional con el fin de salvaguardar la vida, integridad personal y salud de Beatriz. (OEA, CIDH, *Medidas cautelares*, MC 114/13). La Corte Suprema de Justicia de El Salvador, indicó en el informe ante la Comisión que no se acató la orden por considerar que la salud de “Beatriz” era estable. (OEA, CIDH, *Medidas cautelares*, MC 114/13)

La Corte Interamericana analizó que se cumplían todos los requisitos para que fuera viable ordenar la medida de protección, pues existía un daño inminente y se requería una medida de carácter urgente para evitar causar un daño irreparable en la vida y la integridad personal de la señora “Beatriz”, derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana. En este caso, la negativa del Estado de autorizar y disponer del personal médico necesario para realizar todos los tratamientos conducentes a salvaguardar la vida e integridad personal de Beatriz, que incluían la interrupción del embarazo, son considerados por la Corte como una grave amenaza a sus derechos.

Esta medida se considera un hito en materia de protección de los derechos de las mujeres, pues se ordena a un Estado que contempla la penalización total de la interrupción voluntaria del embarazo, la realización de un procedimiento excepcional y la exclusión de la eventual sanción punitiva con el fin de garantizar los derechos humanos de la mujer cuando la interrupción del embarazo se requiere como medida terapéutica para salvar su vida.

En materia de interpretación sobre el alcance de la vida del concebido no nacido, constituye una decisión relevante la adoptada por la Corte en el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *In Vitro*”) Vs. Costa Rica. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). En dicho caso se analizan las presuntas violaciones de derechos humanos como consecuencia de la prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* desde el año 2000. La prohibición es considerada por los solicitantes como una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar, y a formar una familia.

En la decisión del caso *Artavia Murillo y otros* Vs. Costa Rica, la Corte, en su calidad de intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere al alcance del artículo 4.1 en el que se dispone que el derecho a la vida deberá protegerse, “en general, a partir del momento de la concepción”, luego de que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica justificó la constitucionalidad de las medidas que restringían la Fecundación *in vitro* (FIV) a partir de la interpretación que hiciera del artículo 4.1, en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión.

En el pronunciamiento se señala que en situaciones de violación de derechos humanos provenientes de ejecuciones extrajudiciales o masacre, se ha referido al derecho a la vida indicando que “la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). Esto le impone a los Estados la obligación de promover medidas para proteger la vida en condiciones dignas.

El caso supone analizar si la protección a la vida, tal como lo afirma la Sala Constitucional en Costa Rica, implica la obligación del Estado de proteger de manera absoluta la vida del embrión, por considerar que la vida es inviolable desde la concepción. Con el fin de determinar la interpretación dada a la vida del embrión, la Corte considera necesario establecer el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana, en relación con las acepciones "persona", "ser humano", "concepción" y "en general".

Para la Corte, el término “concepción” “no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). La concepción se refiere entonces al momento en que ocurre la implantación, lo que permite afirmar que la protección del artículo 4 de la Convención se aplica con posterioridad a la concepción.

De la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes en el Sistema Interamericano, la Corte establece que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión. Lo mismo concluye la Corte con relación al análisis de las tendencias de la regulación internacional, de la que no se puede inferir que el embrión deba ser tratado como una persona.

En la decisión se señala que la interpretación del artículo 4.1 de la Convención permite inferir que su finalidad es la de “salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula "en general" tiene como finalidad permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). A partir del artículo 4.1 de la Convención no se puede deducir que la vida sea un derecho absoluto, cuya protección implique o justifique la negación o restricción desproporcionada de otros derechos.

La aplicación del principio de interpretación más favorable de los artículos de la Convención en el derecho interno, no puede presentarse como justificación para suspender o limitar el ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Convención.

En esa medida “el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

En la decisión se concluye, a partir de la aplicación de los distintos métodos de interpretación, que para efectos del artículo 4.1 de la Convención el embrión no puede ser entendido como persona. De igual forma, si la “concepción” se comprende desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, antes de esto no se puede predicar la protección derivada de la aplicación del artículo 4 de la Convención.

Para la Corte:

(...) es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

La interpretación de la Corte aporta criterios interesantes en la discusión en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, a la liberalización de las sanciones penales por IVE y para la justificar la anticoncepción oral de emergencia.

3.4. Sentencia C-355 de 2006

Las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia previas al 2006 dieron mayor protección a la vida del no nacido, lo que impidió liberalizar la IVE. En la Sentencia C-133 de 1994 por ejemplo, la Corte declaró la constitucionalidad del tipo penal del aborto por considerar que la Constitución del 91 protegía el fruto de la concepción y el proceso de gestación de la vida humana.

En esa sentencia se afirma

El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de

normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. La vida del *nasciturus* encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1994)

Para la Corte, 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, Sentencia C-133 de 1994)

En esta Sentencia, la Corte negó que la penalización de la IVE constituyera una vulneración a establecer el número de hijos que se desean tener, dando primacía a la protección de la vida del no nacido.

Posteriormente en la Sentencia C-013 de 1997, que evalúa la constitucionalidad de la atenuación a las penas por IVE en algunas circunstancias, la Corte nuevamente otorga primacía a la vida del no nacido, como lo señalan los magistrados Carlos Gaviria, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez. En su salvamento de voto, “la Corte, implícitamente, adopta una concepción que reconoce el valor sagrado de la vida. No de otra forma se explica la protección absoluta que el fallo otorga a la vida en gestación, incluso por encima de los derechos fundamentales de las personas involucradas.” (Corte Constitucional, Sentencia C-013 de 1997)

Más adelante, en la Sentencia C-133 de 2004, la Corte declara la exequibilidad del tipo penal principal del aborto a partir de lo que consideró una protección ajustada al carácter absoluto e inviolable de su vida, desestimando los cargos por violación de la libertad procreativa y libertades de conciencia y cultos.

El análisis de la narrativa de la Corte en estos pronunciamientos corresponde, como sostiene la profesora Marcela Abadía, a una “naturalización del derecho a la vida como inviolable y sacrosanto” (Abadía, 2012, p. 130). Esto se extiende incluso a la Sentencia C-355 de 2006, que pese a constituir un hito en la jurisprudencia constitucional colombiana, puede ser valorada como insuficiente.

La decisión de 2006 que evaluó la constitucionalidad del tipo penal del aborto como un delito en todas las circunstancias, se tomó a partir de tres supuestos:

-La ruptura de la tesis del paralelismo entre la persona y el no nacido: la Corte en una decisión hito, señala que el no nacido no es persona, lo cual permite señalar que no es titular, como sí lo son las personas, del derecho constitucional a la vida. La vida del no nacido es considerada un bien que goza de protección constitucional.

- Los límites al poder de configuración legislativa del Congreso en materia penal: la Corte en reiteradas oportunidades ha señalado que pese a existir un poder punitivo en cabeza del Estado que le permite al legislador crear, modificar y extinguir tipos penales, este poder está limitado por el ordenamiento constitucional y los tratados internacionales, en especial en aquellas normas atinentes a los derechos humanos.

- La especial protección de los derechos de las mujeres, en el contexto nacional e internacional.

En esa medida, la Corte señala como valores en conflicto la vida del no nacido y los derechos de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la vida y la integridad personal.

Una vez analizados los valores en conflicto, la Corte establece que la penalización de la IVE en sí misma no puede ser valorada como una vulneración del derecho a la autonomía de la mujer embarazada en tanto que

(...) la vida del *nasciturus* es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de la autonomía privada e interesan al Estado y al legislador. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

A partir de lo anterior, la Corte considera que el legislador puede imponer sanciones penales a la interrupción del embarazo, sin embargo dichas sanciones no deberían ser contempladas en todas las circunstancias, en la medida en que hacerlo constituiría una violación a la autonomía privada de la mujer y un desconocimiento a sus derechos fundamentales, ya que una penalización general de la IVE “implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006) pues desconoce la protección de los intereses de la mujer.

Pese a esto, ¿por qué se puede valorar esta sentencia como insuficiente? ¿En qué medida la Sentencia de 2006 deja sin resolver los problemas frente a la protección de los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales? En lo que sigue, se abordarán estas preguntas con el fin de sugerir, a partir de este balance, las medidas que deberían proponerse con el fin de cumplir con las exigencias que una sociedad justa debe garantizar a las mujeres el ejercicio de sus derechos en su calidad de ciudadanas libres e iguales.

3.4.1. La insuficiencia de la decisión de la Corte frente a la garantía de los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales

En primer lugar, la despenalización de la IVE en las apenas tres circunstancias que se liberalizan en la sentencia de 2006, deja entrever el peso que tiene la visión que incorporaron los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente frente a la protección de la vida como un bien sagrado. (Abadía, 2012) Esta visión, si bien puede ser coherente con una interpretación histórica, no es coherente con los elementos que en el marco de una sociedad justa, en los términos propuestos por Rawls, garantizan la participación de todas las personas como sujetos libres e iguales. En ese sentido, la jurisprudencia sigue manteniendo excluida la visión omnicomprensiva de las mujeres, al proponer ejercicios de ponderación para valorar si es proporcional que estas vean disminuidas sus libertades en favor del no nacido.

Lo anterior se ve reflejado en la afirmación de la Corte al señalar que “la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

En segundo lugar, la decisión de la Corte es insuficiente frente a la garantía del derecho a la igualdad de las mujeres como ciudadanas, pues se limitó a valorar su dignidad humana y la protección de su salud. La Corte no incorporó el argumento de la igualdad en su decisión pese a que en la demanda se hizo énfasis en que la sanción penal por un procedimiento médico destinado únicamente a las mujeres, permite afirmar, conforme a las recomendaciones de los Comités encargados de verificar el cumplimiento de los tratados internacionales suscritos por Colombia, que se estaba frente a una violación al derecho a la igualdad de las mujeres. (Roa, s.f). El hecho de que la Corte no estimara de forma adecuada los cargos por violación al derecho a la igualdad sigue dejando abierto el debate. La Corte “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”. (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 283)

En tercer lugar, la ponderación que realiza la Corte puede ser criticada desde varios aspectos, así fue expuesto por los Magistrados, Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Manuel José Cepeda Espinosa en su aclaración de voto, quienes señalaron que es inconstitucional sancionar penalmente la IVE en todos los casos, por considerarlo violatorio de los derechos subjetivos de las mujeres embarazadas y su autonomía privada.

Para los magistrados Araujo Rentería y Vargas Hernández, el hecho de que se distinga al no nacido de las personas, trae como consecuencia que el no nacido no es titular de derechos, en tanto “la única manera a través de la cual el ser humano es elemento de las normas jurídicas y sus actos se transforman en objeto de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos; es cuando adquiere la personalidad jurídica”. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006) Los magistrados advierten cómo la concepción liberal reconoce que la persona tiene capacidad de autodeterminación y autogobierno, “(...) el *nasciturus* es un ser protegido por el derecho pero claramente no tiene personalidad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006). Con base en estas premisas consideran los magistrados que no era procedente la realización del juicio de ponderación, pues no se configura conflicto entre la protección de la vida del no nacido y los derechos de la mujer.

Para los magistrados que aclaran su voto, dado que el no nacido no es persona, “mal puede afirmarse que existe un conflicto de derechos entre un ser que está por nacer que no tiene personalidad jurídica ni derechos ni obligaciones y una mujer que tiene personalidad jurídica y por consiguiente posee derechos y obligaciones.” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006). Dado que los supuestos normativos son diferentes, se excluye la posibilidad de ponderar. En el caso de las mujeres, a estas les corresponde “un derecho cierto- no probable- a la vida y a otros derechos fundamentales como a la libertad (en todas sus especificaciones), a la igualdad, a la salud, a la dignidad, etc.” (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

La ponderación de por sí ha sido objeto de críticas desde la perspectiva de la filosofía y la teoría del Derecho. El mismo Alexy intenta responder a las críticas propuestas por Habermas. (Alexy, 2009, p. 3-14) Desde Rawls, horizonte a partir del cual se aborda el problema de investigación de este trabajo, también se pueden proponer críticas a la ponderación y a la forma en que se ha confundido en el contexto colombiano la propuesta de Alexy con la de Dworkin. (Mejía, 2012) Una lectura de Rawls desde “la jerarquización de los principios de justicia, que este recoge en la figura del orden lexicográfico, se encuentra el origen de la perspectiva deontológica del derecho que Dworkin desarrolla y que Habermas reivindica”. (Mejía, 2012, p. 70) No se puede perder de vista que la posición original permite garantizar la neutralidad e imparcialidad de los principios de justicia, que se escogen mediante un procedimiento de argumentación consensual que permite descartar la valoración a partir de intereses particulares. La posición original puede leerse como “el consenso político que se produce al interior de un congreso constituyente”. (Mejía, 2012, p. 71) El orden en que se aplican los principios está dispuesto desde la posición original, producto del acuerdo constituyente y no de un acto de discrecionalidad. De ahí que la aplicación de dichos principios ajustada al orden lexicográfico no permita la aplicación de un principio subsiguiente si antes no se ha satisfecho el primero, es un orden que define las condiciones de prioridad entre principios, teniendo prioridad la libertad. “Estos principios y subprincipios no sólo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un criterio de adjudicación sobre todas las normas que pretendan regular la estructura básica de la sociedad” (Mejía, 2012, p. 74). Este horizonte se distingue del propuesto por Alexy, quien parte de principios que en apariencia están en el mismo nivel, son horizontales, cuya aplicación se hace en cada caso con el fin de establecer de forma concreta qué principio se aplica con el fin de optimizarlo. Este ejercicio tiene un alto contenido pragmático, de hecho cada uno de los apartes del test se refieren a un juicio que recurre a la experiencia, (idoneidad y necesidad).

Finalmente, la jurisprudencia de 2006 apenas logra la liberalización de circunstancias que de por sí ya son extremas para las mujeres. En ese sentido es aceptable la afirmación según la cual, la sentencia representa

(...) la protección mínima de los derechos de la mujer dentro del marco de una política de penalización severa del aborto, que es la que ha sido adoptada históricamente como política criminal por Colombia. Es entonces incompatible con la Constitución y con los estándares internacionales relativos a los derechos sexuales y reproductivos que Colombia opte por una mayor penalización del aborto. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 75)

La mínima protección y garantía de los derechos de las mujeres reconocida en la sentencia, no constituye un límite en la potestad del Estado colombiano en el avance hacia la despenalización de la IVE en otras circunstancias. En ese sentido se han expuesto recomendaciones de expertos en materia de política criminal, quienes consideran no sólo que la despenalización es compatible con la Constitución sino que además:

(...) es recomendable, puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 75)

La experiencia, no sólo en el contexto colombiano sino en muchos lugares del mundo, ha mostrado que una penalización fuerte a la IVE no tiene eficacia, ya que no logra disuadir a las mujeres de su intención de interrumpir un embarazo, no garantiza que se cumpla con los fines de prevención general y especial de la pena. Por el contrario, genera situaciones de clandestinidad con todos los riesgos que acarrea para la salud y vida de las mujeres, en especial aquellas que poseen menos recursos económicos.

Si bien es cierto, la Corte Constitucional estaba facultada, de manera legítima, para tomar la decisión de liberalizar las sanciones por IVE, en tanto escenario de la razón pública, la decisión del 2006 es insuficiente frente a la garantía de los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales.

En el siguiente apartado se expondrán los argumentos que desde la perspectiva de Rawls pueden tenerse en cuenta en la regulación de la IVE, coherentes con un Estado constitucional.

3.5. La prevalencia de argumentos políticos en el debate: una solución compatible con el Estado Constitucional a partir de los argumentos que deberían prevalecer en un consenso sobre la IVE

Como se ha defendido, el debate en Colombia en torno a la IVE ha excluido la perspectiva omnicomprendiva de las mujeres y en ocasiones ha incorporado argumentos que difícilmente pueden ser valorados como argumentos políticos, como es el caso de los argumentos que valoran la vida como sagrada y que pueden confundirse con argumentos de tipo religioso. Si bien es cierto, dichos argumentos no se han expuesto de forma explícitamente religiosa, pueden valorarse siguiendo la perspectiva de Dworkin a partir de la cual existen creencias que pueden identificarse como religiosas. Dichas creencias deben someterse a un juicio que pregunta si

(...) es suficientemente similar en contenido a las que son palmariamente creencias religiosas. Con este criterio, la creencia de que el valor humano de la vida trasciende el valor que tiene para la criatura que la vive –esto es, que la vida humana es impersonal y objetivamente valiosa- es una creencia religiosa, incluso cuando es sostenida por individuos que no creen en Dios. (Dworkin, 1994, p. 204)

De lo expuesto hasta este punto, se puede deducir que la sanción penal que subsiste para los casos no amparados por la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional de Colombia, tal como se ha analizado en el discurso del Constituyente y en parte del discurso de la Corte como intérprete de la Constitución, sustentada en una idea de la vida como “sagrada”, se encuentra fundada en un discurso religioso que orienta la concepción de la vida. Desde esa perspectiva puede considerarse la sanción penal como una limitación a la libertad, pues los asociados, ciudadanos y ciudadanas de un Estado están en libertad de decidir la forma como valoran la vida.

Definir institutos jurídicos como el tipo penal de aborto a partir de la consideración de que la vida es sagrada, es violatorio del derecho a la libertad religiosa, ya que se impone una noción de santidad de la vida cuyo contenido se identifica claramente con preceptos religiosos, imponiéndole a las personas no religiosas la obligación de orientar sus acciones a partir de esta noción y sancionando a quienes actúen de forma contraria. Siguiendo el argumento de Dworkin, el Estado que criminaliza la interrupción voluntaria del embarazo, niega el libre ejercicio de la religión tanto a las mujeres que toman decisiones frente a la IVE a partir de su visión religiosa, como a aquellas que se separan de preceptos religiosos para decidir; desde esta perspectiva, “cualquier gobierno que prohíbe el aborto se compromete a sí mismo con una interpretación controvertida de la santidad de la vida y, por lo tanto, limita la libertad al imponer una posición esencialmente religiosa sobre otras posibles”. (Dworkin, 1994, p. 215)

El Estado colombiano ha incorporado elementos del Estado Constitucional, como son la supremacía de la Constitución y el control jurisdiccional a través de la Corte Constitucional, del mismo modo incorporó un esquema de libertades, igualdad y dignidad. Desde esa perspectiva existen argumentos que se pueden presentar como razones públicas para la toma de decisiones en materia de IVE, que incorporan la perspectiva de las mujeres, y son coherentes con una concepción política de la justicia. La elección de las mujeres a decidir sobre el número de hijos que quieren tener, lo cual incluye la decisión de no tenerlos, está amparada en el derecho a la autonomía procreativa fundamentada en la libertad y la igualdad. Este derecho se funda en la idea de la dignidad humana individual “esto es, que las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse, por sí mismas, a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vida, respondiendo a sus propias conciencias y convicciones”. (Dworkin, 1994, p. 215)

En lo que sigue, se desarrollarán argumentos para sustentar la idea de que es posible defender una regulación que permita la interrupción voluntaria del embarazo, en cualquier etapa de la gestación, de fetos no viables, con el fin de garantizar la libertad e igualdad de las mujeres y en cualquier tiempo, siempre que corra peligro la salud y vida de la mujer gestante o que existan malformaciones del feto incompatibles con la vida. No aceptar dicha

regulación, deja a las mujeres frente a un déficit de protección de su igualdad de ciudadanía, en tanto desconoce la realización de su proyecto de vida y la garantía de igual consideración y respeto. Se defenderá la idea de que dicho marco de regulación es razonable con la protección de la vida y protege la prioridad de la libertad de las mujeres, argumentos coherentes con una concepción política de la justicia.

3.5.1. La razonabilidad de la IVE a partir del criterio de viabilidad del feto

Una de las discusiones en torno a la protección jurídica a la vida, producto de la concepción, se funda en la determinación de su estatuto moral. Hasta aquí se ha defendido la tesis de que el producto de la concepción, en ninguna de sus etapas, es una persona en términos jurídicos, como se expuso en el primer capítulo. Desde ahí es valiosa la distinción entre vida, vida humana y persona. Existen importantes avances de la ciencia que permiten hacer distinciones sobre la vida humana. La investigación del proceso de gestación ha permitido determinar que sólo después de la semana 12 se forma la corteza cerebral, rasgo que distingue a los miembros de la especie humana de otros primates. (Carpizo & Valdés, 2008) Este argumento ha justificado algunos sistemas de plazos que facultan la interrupción del embarazo sin otro requisito adicional hasta ese periodo.

La protección jurídica del feto se justifica en muchos sectores en la formación de sus rasgos humanos, los cuales no aparecen antes de la semana 12. El valor intrínseco dado a la vida, que difícilmente se puede separar de argumentos religiosos, puede comprenderse como una razón que goza de una importante aceptación pero no es suficiente para limitar los derechos de la mujer gestante a optar libremente por la maternidad durante en ese periodo.

La investigación en neurología y neonatología ha permitido construir otros argumentos en torno al desarrollo embrionario. Los avances científicos, pese a que no exista completo acuerdo sobre ellos, permiten sostener que antes de la semana 24 no se puede afirmar que el feto sea viable. La definición de lo anterior se formula teniendo en cuenta el desarrollo pulmonar y cerebral, etapa que a su vez coincide con la presencia de actividad nerviosa, propia de los seres de la especie humana.

El criterio de viabilidad fetal se expresa como una noción más completa, que va más allá de la evaluación de la capacidad de respirar o de las funciones cardiacas, incorporando la evaluación de la forma humana y la capacidad cognitiva adecuada del producto de la gestación. Esta noción es coherente con la propuesta de la Organización Mundial de la Salud que define el aborto como “la interrupción de la gestación antes de la viabilidad fetal” (OMS, 1970, p. 6). La viabilidad está determinada por la capacidad del feto de sobrevivir fuera del útero de la mujer gestante.

Pese a que no existe acuerdo unánime sobre la fecha exacta de la viabilidad del feto, puede afirmarse que la comunidad científica, con base en estudios realizados a los fetos prematuros, ha establecido dicho periodo entre la semana 24-26 de gestación. (ACAI, 2009)

De un feto viable puede decirse que tiene formas primitivas de sensibilidad y, por lo tanto, capacidad para sufrir dolor. Este hecho ha permitido afirmar que en este periodo, pese a que el feto no pueda ser considerado persona, tiene intereses propios, lo que hace que así como el Estado puede proteger a los animales, “el estado puede pretender intervenir legítimamente” (Dworkin, 1994, p.221) en su protección. En ese sentido la jurisprudencia norteamericana ha señalado como límite para la libertad procreativa de las mujeres la viabilidad del feto, tomando como criterio para establecer limitaciones a la regulación legal en materia de IVE, que el Estado no puede imponer cargas excesivas a las mujeres que hagan nugatorio su derecho a decidir libremente sobre la maternidad.

La determinación de la viabilidad del feto constituye un límite que puede ser justificado por razones públicas, que parten de una adecuada protección de la vida humana del feto sin perjuicio de los derechos de las mujeres. La noción de dolor como determinante para proteger al feto una vez sea viable, parece razonable en la medida en que como sujetos morales puede aceptarse que no es correcto causarle dolor a ningún ser que pueda sentirlo, incluidos los animales.

En consecuencia, el criterio de la viabilidad permite una franja de libertad para que las mujeres decidan continuar o no un embarazo, pero esta restricción debe levantarse siempre que corra peligro su salud y su vida o que existan graves malformaciones del feto

incompatibles con la vida, pudiendo optar, en estos casos, por la IVE en cualquier tiempo. En estos supuestos hay otro tipo de razones: en primer lugar, la garantía de la vida de las mujeres como personas en acto, quienes no están obligadas a sacrificarse por el fruto de la concepción, y en segundo lugar, la dignidad reconocida al feto que permite justificar la no prolongación de su vida para exponerlo a tratos crueles.

3.5.2. El déficit de protección de derechos para las mujeres atribuibles a criterios sospechosos en razón del género y a la forma en que se ha configurado la organización familiar. La activación del segundo principio de justicia en virtud de la condición de desventaja en que se encuentran las mujeres

La anterior consideración debería ser públicamente aceptada sin mayores dificultades, si se parte de considerar que Colombia es un Estado que privilegia la libertad y la igualdad. Sin embargo, cuando se ha abordado la discusión en torno a la IVE, no han sido invocados estos principios.

Esto se puede comprender desde la configuración jurídico-política del Estado, en el que las mujeres han sido una población discriminada y en donde las expectativas de rol las han ubicado en el ámbito doméstico. La historia de los derechos de las mujeres en Colombia es muy reciente, pues hasta hace muy poco ejercen la ciudadanía en términos políticos. La configuración familiar en Colombia ha impuesto las labores de crianza y cuidado de los hijos, lo cual ha configurado un escenario de desventajas económicas y sociales, al punto de que se puede afirmar que existe una penalización por maternidad sobre los ingresos económicos que perciben las mujeres. Esta penalización o brecha familiar, puede ser comprendida como “una de las causas con frecuencia citadas como explicación de la desigualdad de género”. (Olarte & Peña, 2010, p. 193)

De hecho, en el contexto norteamericano se ha estudiado cómo en algunos casos los defensores de la intervención del Estado en la regulación y prohibición de la IVE se identifican como defensores del papel tradicional para las mujeres y de la distinción entre roles para las mujeres y los hombres. En ese sentido, activistas pro vida “piensan sin duda

que el aborto y, de hecho, todos los métodos de control de la fertilidad subordinan el valor especial del embarazo y la singularidad del lugar natural de la mujer”. (Tribe, 2012, p. 452)

Con el fin de eliminar las brechas de género, se han incorporado medidas en la legislación colombiana para tratar de eliminar las desventajas de las mujeres. Es el caso de acciones como la ley de cuotas electorales, la ley de cuotas para la participación de la mujer en cargos de dirección en la administración pública, la protección especial mediante el fuero de maternidad, la protección especial a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, medidas que bien podrían considerarse como aplicaciones del segundo principio de justicia. Estas acciones legales buscan garantizar el acceso y permanencia en el empleo y cargos de poder para las mujeres, con el fin de subsanar las brechas que por razones de género existen, proponiendo ventajas a un grupo menos aventajado.

Estas disposiciones se pueden comprender como acciones correctivas, producto de la imposibilidad de garantizar la aplicación del primer principio de justicia, entendidas como transitorias, mientras se logra superar la situación de desventaja. En su teleología estas medidas suponen una ganancia no sólo para las mujeres sino para la sociedad en general, ya que es una aspiración de la sociedad cooperada eliminar desventajas.

3.5.3. La protección de los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales y su proyecto de vida: la prioridad de la libertad

Las medidas mencionadas no son coherentes con una aplicación de los principios de justicia. Pese a que se promuevan acciones afirmativas para eliminar las brechas de género, ninguna de ellas logra garantizar que se protejan los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales frente a la garantía de su proyecto de vida, amparado en la prioridad de la libertad. Estas disposiciones logran impactar aspectos económicos y políticos, pero no en el ámbito personal de la libertad y la libre procreación. En ese sentido

(...) las decisiones de los jueces son capaces de cobijar las demandas de las mujeres para un tratamiento igualitario en el trabajo, en la participación política, en la repartición de bienes y en todos aquellos aspectos en los que las demandas de igualdad

se sustentan en la mujer como ser humano. Sin embargo, en los temas –que son los más importantes- en los que las exigencias de las mujeres se fundan en su condición de mujer, es decir, cuando estamos frente a una verdadera desigualdad, este criterio resulta incapaz de protegerla. (Motta, 1999, p. 180)

Los cálculos de interés a favor del no nacido siguen restando autonomía a las mujeres embarazadas, en cuyo proyecto de vida no se encuentra ser madres. La dignidad e igualdad de las mujeres supone que estas son capaces de determinar su propia existencia y ni el Estado ni la sociedad pueden imponer cargas que ningún otro ciudadano debe asumir. En ese sentido, la aclaración de voto de los Magistrados Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, en la Sentencia C-355 de 2006 señalaban, frente a la autonomía de las mujeres, que el Estado y la sociedad deben asumir la garantía este derecho, pues es la base de la libertad. De ahí la obligación de restringir la potestad del legislador para intervenir en los asuntos que afectan fundamentalmente al individuo, como presupuesto de la democracia. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

En el presente análisis se partió de la concepción de Rawls de que en un régimen constitucional, el primer principio de justicia funda el deber del Estado y las instituciones de garantizar la mayor esfera de libertad para todas las personas, principio de libertad que prevalece sobre cualquier consideración de orden material, como base de las libertades básicas.

En ese sentido advierten los magistrados Araujo y Vargas, que si el Estado colombiano se ha estructurado en el principio de la *libertad*, y así se ha interpretado en la jurisprudencia constitucional, las restricciones a este principio sólo son legítimas si se promueven con el fin de garantizar otros fines constitucionales y la protección a otras personas, de tal suerte que

(...) en el evento en el cual la *necesidad* que se plantea es incierta debe operar de manera inmediata el principio *in dubio pro libertate* (la duda a favor de la libertad). Por consiguiente, quien desee limitar la libertad, posee la carga de demostrar que la *necesidad* de dicha limitación tiene carácter constitucional. Por el contrario, quien

desea mantener la libertad no posee carga alguna en materia probatoria, por cuanto ésta es la base estructural de la democracia. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

Si un Estado se funda esencialmente en la libertad, la dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de todas las personas, esos derechos se predicán también para la mujer embarazada, lo cual excluye que pueda menoscabarse los derechos de la mujer embarazada en favor de la protección de la vida del no nacido en etapas de su desarrollo embrionario en donde aún no es viable.

Los derechos constitucionales de la mujer embarazada son derechos ciertos, asumir una concepción de la vida que la valore desde la santidad, supone una imposición de una cosmovisión que desconoce los derechos de libertad de los asociados y puede considerarse una pretensión paternalista. De la interpretación de los preceptos constitucionales del 91 deviene un rechazo a modelos que impongan fórmulas de vida adecuadas y perfeccionistas, en su lugar se defiende una interpretación que valora la autonomía personal. Ejemplos de esta visión se encuentran en la sentencia de eutanasia y en la sentencia que despenaliza el consumo de la dosis mínima. La Corte Constitucional ha señalado sobre la autonomía personal que “cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses”. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006)

La regulación de la IVE no debe partir de la consideración prioritaria de los eventuales intereses del feto antes de su viabilidad, sino que debe partir de la consideración de la libertad como principio base para las mujeres como ciudadanas libres e iguales, cuyos intereses y proyectos de vida deben ser valorados.

Las mujeres como ciudadanas son personas que gozan de la titularidad del conjunto de libertades básicas, entendidas por Rawls como bienes primarios indispensables para la realización de un proyecto racional de vida. Estos bienes, “son cosas que necesitan los ciudadanos en tanto que personas libres e iguales, y las exigencias acerca de estos bienes se

consideran exigencias apropiadas”. (Rawls, 1995, 177) En su formulación, Rawls parte de la base de que todos los ciudadanos tienen un plan de vida racional, que requiere para su desarrollo el acceso a los mismos bienes. No se puede afirmar desde Rawls, siguiendo la lectura de la profesora Pilar Zambrano, que exista un valor intrínseco de la vida humana, lo que sí se puede afirmar es que existe una racionalidad de la forma en que se asume la vida, “la racionalidad de cada plan es un asunto completamente personal: depende únicamente de que el sujeto lo desee en forma intensa y permanente”. (2005, p. 69)

En el proyecto racional de vida de las mujeres, se incluye su libertad procreativa. Las mujeres como ciudadanas tienen la facultad de decidir y el derecho a esperar que los demás ciudadanos respeten esa elección.

El constitucionalismo democrático parte de la premisa de que la fuerza y autoridad de la Constitución depende de su legitimidad (Post & Siegel, 2013, p. 46) y para que una decisión del Estado en materia de IVE sea legítima, debe incorporar la visión de las mujeres. Existen múltiples visiones de las mujeres en torno a la regulación o no de la IVE; no puede perderse de vista que “cuando el Estado regula el aborto, se está permitiendo regular el cuerpo femenino. Permitirse regular el cuerpo femenino es adoptar la idea de que la mujer, como ser humano, no es inviolable”. (Motta, 1999, p. 181) La negación del derecho de las mujeres a interrumpir un embarazo constituye una violación a la identidad de las mujeres y a la construcción de su proyecto racional de vida.

Cualquier regulación en materia de IVE debe incorporar la visión de las mujeres, la garantía de sus derechos como ciudadanas libres e iguales, a partir de un ejercicio en donde los argumentos propuestos deben asumir la carga del juicio, de tal forma que puedan ser considerados como argumentos públicos. La Corte Constitucional de Colombia, como tribunal que representa el ejercicio de la razón pública, sigue siendo un escenario legítimo donde se promueva el debate constitucional sobre la liberalización de la IVE. El reto para la Corte será desprenderse de consideraciones que puedan valorarse como argumentos de

tipo religioso que impiden la configuración de un verdadero consenso y vincular la visión de las mujeres.

Pese a que existen fuertes argumentos para defender que la procreación debe ser una decisión exclusiva de las mujeres, la incorporación de un criterio como el de la viabilidad del feto permite romper la tensión entre los defensores extremos de la vida y la defensa de la libertad, toda vez que la opción de la libertad de decisión, antes de la viabilidad del feto se propone como un argumento razonable, fundado en razones públicas, que excluye la toma de decisiones a través de una visión fuertemente ligada al discurso religioso.

De forma razonable los ciudadanos democráticos deberían aceptar que pese a que no estén de acuerdo con la IVE y que nunca lo harán, es desproporcionado limitar la libertad de las mujeres antes de que el feto sea viable, por lo menos si se atienen a razones públicas.

3.6. Conclusiones del capítulo

El capítulo partió de la defensa de la tesis de que en Colombia existen diversas concepciones sobre la forma en que debería regularse la IVE, lo cual permite afirmar que este asunto es una cuestión divisiva que bordea las esencias constitucionales, por tratarse de un tema que involucra la regulación de la libertad, la igualdad y la vida. Pese a lo anterior, en nuestro sistema institucional no siempre se han tomado decisiones por procedimientos legítimamente democráticos que involucren a todos los participantes.

De ahí que se haya propuesto la tesis de que a partir de la concepción política de justicia se debe reconocer que las mujeres constituyen una minoría discriminada, cuya visión onmicomprensiva debe ser tenida en cuenta en cualquier debate institucional en donde sus decisiones las afecten. En esa medida la visión de las mujeres debe ser vinculada en la elección de los principios que orientarán la regulación en materia de IVE.

Se pudo establecer que si bien el ordenamiento constitucional del 91 constituye un gran avance en el discurso de los derechos en Colombia, no se logró un consenso traslapado, pues apenas se alcanza un *modus vivendi*, entendido como un simple acuerdo de mayorías. Pese a ello, en Colombia se reconoce la existencia de pluralismo y la Constitución integra los supuestos para la adopción de una concepción política de justicia. Para su realización es preciso incorporar la visión de las mujeres y preferirse aquellos argumentos coherentes con las concepciones públicas y la esfera de la razón pública formal.

La jurisprudencia del Sistema Interamericano así como la jurisprudencia de Estados Unidos de Norte Americana y del Tribunal Constitucional de España han construido reglas jurisprudenciales orientadoras del debate. En algunas de sus decisiones estos tribunales han actuado como verdaderos escenarios de la razón pública.

En Colombia, la Corte Constitucional, como representante de la razón pública, ha propuesto unas subreglas para regular, en parte, la constitucionalidad de la no penalización de algunos eventos en que las mujeres pueden acceder a la IVE, actuando de manera legítima. Sin embargo, dicha decisión es insuficiente, lo que hace necesario continuar en el avance frente a la regulación de las opciones legales para acceder a estos procedimientos.

Finalmente, se proponen los argumentos políticos a ser tenidos en cuenta en la discusión sobre la regulación de la IVE en Colombia, partiendo, en primer lugar, de la razonabilidad de la IVE a partir del criterio de viabilidad del feto. En este aspecto se tienen en cuenta los avances que desde la neurología y la genética se han propuesto sobre funciones neuronales del no nacido y cómo es razonable que exista un plazo que le permita a las mujeres disponer libremente de la continuidad o no del embarazo, teniendo en cuenta que sus derechos prevalecen ante el escaso desarrollo embrionario del feto.

El segundo argumento en consideración, defiende que cualquier regulación que proteja al feto por encima de los derechos de las mujeres antes de que este logre un desarrollo embrionario importante, deja a las mujeres en un déficit de protección de sus derechos, déficit atribuible a criterios sospechosos en razón del género y a la forma en que se ha configurado la organización familiar. Esta realidad permite la activación del segundo

principio de justicia en virtud de la condición de desventaja en que se encuentran las mujeres.

Finalmente, el tercer argumento defiende que la adecuada protección de los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales y la igual consideración que merece su proyecto de vida, permite priorizar la libertad, a la hora de definir los intereses en conflicto.

Estos argumentos deberían ser aceptados de forma razonable por los ciudadanos democráticos, a pesar de estar en desacuerdo con la IVE, pues es desproporcionado limitar la libertad y negar la igualdad de las mujeres antes de que el feto sea viable.

CONCLUSIONES

La discusión sobre la IVE y su regulación ha sido abordada desde diferentes enfoques. La investigación realizada partió de una fundamentación iusfilosófica con el fin de proponer los argumentos que permitieran resolver la tensión presentada entre los valores y derechos en conflicto, en los casos en que las mujeres defienden su derecho a decidir libremente sobre la continuidad o no de un embarazo.

Una vez adelantado el plan de trabajo se puede concluir que pese a que se ha intentado romper la tensión entre los grupos de argumentos pro vida y pro libertad, identificados tradicionalmente como grupos a favor de la vida del no nacido y a favor de la libertad de las mujeres, dicha tensión sigue presente en la doctrina, en parte de la legislación, en grupos y movimientos sociales con incidencia en la toma de decisiones.

Es importante resaltar la existencia de tesis moderadas que intentan romper la tradicional tensión entre estos dos grupo, que exponen argumentos considerados como alternativas razonables.

Desde Rawls se sugieren tres valores políticos en conflicto en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, el respeto a la vida humana, la reproducción ordenada y la familia, y la igualdad de las mujeres respecto de los hombres, en su condición de ciudadanas, valores que se expresan sin que el tema haya sido desarrollado por el autor.

La pertinencia del filósofo recae en los elementos que de su obra permiten proponer alternativas para resolver cuestiones divisivas, como la regulación de la IVE, un asunto que toca con las esencias constitucionales, rompiendo el esquema de la discusión en términos liberales e incorporando argumentos que permiten pensar en la configuración de una democracia constitucional.

La reconstrucción del estado del arte permitió evidenciar los valores en tensión en materia de regulación de la IVE, la vida, la libertad y la igualdad, y cómo esta sigue siendo una cuestión divisiva en el marco de las democracias contemporáneas.

De la revisión normativa y jurisprudencial, de los aportes de la doctrina y del nutrido grupo de intervenciones a favor y en contra de liberalizar las sanciones penales a la IVE, así como de las posturas de los actores, se puede afirmar que se presentan tres tipos de posiciones en el debate sobre la regulación de la IVE:

a. Los defensores del derecho a la vida del no nacido, quienes identifican al no nacido con una persona y le asignan todos los derechos. Estos consideran desde esa perspectiva que la IVE debe penalizarse como forma de proteger el bien jurídico tutelable. Con tal fin agrupan tres tipos de argumentos en torno a la defensa de la vida: i. Los que hacen referencia a argumentos científicos, quienes mencionan, sin referenciar las fuentes, argumentos que les permiten apoyar su tesis de la persona humana desde el momento de la concepción; ii. Los interpretes de la prevalencia del derecho a la vida por encima de cualquier otro derecho quienes acuden a juicios de ponderación y argumentos sobre jerarquía de valores; y, iii. Los religiosos, que le otorgan a Dios la disposición de la vida.

En lo normativo, la consecuencia de esta tesis es la penalización de la IVE, aunque ya no quedan tantos países con penalización absoluta, aún existen Estados que mantienen fuertes restricciones, y otros cuyas excepciones son muy limitadas.

b. Quienes sostienen a partir de la vinculación de los derechos de las mujeres, que estas pueden optar libremente por la IVE en ciertos casos o a partir de ciertas causales, restringir dicho derecho vulneraría la autonomía, libertad y dignidad de las mujeres y por lo tanto, constituiría un trato cruel que los derechos del no nacido prevalezcan sobre los de la mujer. Estas tesis se identifican con argumentos moderados, que tienen en cuenta nociones como la viabilidad del feto y en lo normativo, sustentan regímenes de plazos o causales de excepción a la sanción penal.

En este grupo también se encuentran los que fundan sus razones en argumentos de salud pública y evaluación de la eficacia de las normas penales, para concluir que no son las medidas punitivas las que deben resolver el objeto de la controversia y que en algunos casos debe permitirse la IVE.

c. Quienes defienden a partir de los derechos de las mujeres la completa libertad para optar por la interrupción voluntaria del embarazo, prescindiendo incluso del debate sobre el estatuto moral del feto. Estos desde luego defienden la abolición total de cualquier tipo de sanción penal.

El primer grupo de argumentos (a) se identifican con posturas conservadoras radicales que fundan sus tesis en una suerte de paralelismo entre la persona y el no nacido. Independientemente de la razón que den para justificar dicho paralelismo, los defensores de este grupo no consideran que los derechos de las mujeres puedan ser razón suficiente para desproteger la vida del no nacido. El segundo grupo se identifica (b) con las tesis moderadas, encontrando que en algunos casos optan por no incorporar la discusión sobre la vida del no nacido y que admiten que aunque esta debe protegerse, hay razones en las que la penalización absoluta vulnera los derechos de las mujeres y les impone cargas excesivas. Por último, el tercer grupo, identificado con las tesis liberales radicales a favor de las libertades de las mujeres, frente a la libre opción por la maternidad, valora que toda intervención del Estado es abusiva.

La argumentación derivada de las intervenciones y de los distintos actores, permite afirmar que la cuestión acerca de la regulación estatal en materia de IVE en Colombia toca con las esencias constitucionales, la garantía de derechos como la libertad, la igualdad y la vida, y que se trata de una cuestión divisiva que debe ser resuelta con el fin de asegurar la estabilidad de la sociedad mediante el logro de un consenso entrecruzado.

Algunas de estas posiciones asumen, desde su particular doctrina comprensiva, una valoración para los derechos del no nacido, los derechos de las mujeres, la necesidad de asegurar la salud pública y de garantizar los fines de la pena. Se puede evidenciar la orientación religiosa en argumentos sobre la necesidad de penalizar la IVE para proteger la vida del que está por nacer e incluso a las mujeres, siendo quizás, estas razones las que gozan de mayor divulgación en la discusión en nuestro país.

En Colombia por ejemplo, luego de nueve años de la Sentencia del C-355 de 2006, persisten fuertes obstáculos para la aplicación de unas causales que liberalizan en algunos aspectos la penalización de la IVE en situaciones extremas. Organizaciones como la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, han acompañado más de 955 casos en donde, pese a que existe una solicitud de interrupción del embarazo amparada en una causal legal, las mujeres han sido víctimas de las instituciones de salud que les impusieron trabas en el ejercicio de su derecho. (Sarralde, 2015) De igual forma se ha agudizado el conflicto entre sectores fuertemente conservadores y defensores de derechos humanos frente a la implementación de la sentencia, como es el caso de las solicitudes de nulidad emprendidas por el jefe del ministerio público contra la sentencia y fallos posteriores al 2006.

¿Cómo debe resolverse la tensión en torno a la decisión de interrumpir un embarazo de manera voluntaria y el conflicto con los posibles derechos del no nacido, a partir de los postulados de Rawls en el marco del Estado Constitucional Democrático?

Las ideas fundamentales planteadas por Rawls permiten proponer un marco teórico para analizar los elementos que integran ese debate, bajo el supuesto de que en una sociedad democrática debe poder construirse un consenso que tenga en cuenta las diversas consideraciones sociales razonables en colisión. Bajo esta premisa se analizaron los valores y derechos en tensión, con el fin de responder a la pregunta de investigación propuesta.

La configuración del Estado Constitucional supone garantizar que, en la toma de decisiones acerca de cómo se debe resolver la tensión entre los derechos y valores a proteger frente a

la regulación de la IVE, se deba lograr una decisión que por lo menos disminuya la tensión y logre promover los valores de la justicia con el fin de garantizar la estabilidad de la sociedad.

La respuesta dada, se aborda desde el constitucionalismo democrático y en un nivel más abstracto, desde una posición que permite justificar a nivel *ius* filosófico los presupuestos de este Estado. Para esto, se parte de reconocer que la filosofía política cumple un papel orientador en la solución de cuestiones divisivas como la abordada.

Del marco teórico sugerido se concluye que la concepción política de justicia, como idea organizadora de una sociedad, permite disminuir la brecha de los desacuerdos en cuestiones divisivas. Dicha concepción está orientada a definir los principios de justicia que guían las instituciones básicas de la sociedad, partiendo de la base de ciudadanos libres e iguales.

En esta concepción, el consenso entrecruzado como instrumento procedimental para alcanzar la convivencia política democrática, parte de reconocer que no existen doctrinas razonables aceptadas por todos los ciudadanos, lo cual tiene como consecuencia la existencia de desacuerdos por las diferentes valoraciones que cada uno hace. Es así que los ciudadanos religiosos pueden otorgar mayor peso a la vida, mientras que las mujeres en su visión omnicomprensiva pueden considerar más valioso defender su vida y libertad en algunos casos.

¿Cómo se logra llegar a un consenso que permita alcanzar la convivencia política teniendo en cuenta dicho pluralismo? Una concepción política de justicia en tanto se limita al dominio de la política con el fin de lograr estabilidad, es aquella en la que sus ciudadanos y ciudadanas, aunque tengan doctrinas comprensivas que colisionan entre sí, pueden llegar a un consenso entrecruzado mediante un procedimiento de democracia discursiva como acuerdo político. Este consenso está garantizado siempre que se superen los momentos que llevan hacia el consenso traslapado. Para ello, en primer lugar, es preciso alcanzar un

modus vivendi, entendido como una condición inicial, necesaria, pero que no deja de ser un acuerdo de mayorías.

La segunda etapa es el consenso constitucional, presupuesto para llegar al consenso entrecruzado, para lo cual se requiere de la noción de razón pública como garantía y etapa final del proceso.

La idea de razón pública es esencial para responder a la pregunta de ¿cómo es posible que en aquellos casos en los que se están definiendo cuestiones constitucionales esenciales y asuntos de justicia básica, los ciudadanos respeten la estructura del régimen democrático y las leyes?

La respuesta a esta pregunta tiene como base la idea de ciudadanos razonables, que están dispuestos a aceptar justos términos de cooperación social a partir de la concepción política de justicia que resulte más razonable. Esta idea permite que los ciudadanos, a pesar de que tengan diversas visiones, puedan admitir decisiones que resulten contrarias a sus concepciones, pues las valoran como razonables, además de que son aceptadas de forma recíproca por los demás ciudadanos.

La razón pública se ocupa de cuestiones de justicia fundamental y de aquellas relacionadas con las esencias constitucionales, estas últimas, como elemento esencial del acuerdo político, suponen acuerdos sobre los principios fundamentales que determinan la estructura del gobierno y del sistema político, y el esquema de derechos y libertades básicos.

Para el problema de investigación abordado, la regulación en materia de IVE es un asunto que bordea las esencias constitucionales, ya que está referido a derechos y libertades básicas, y la vida y la libertad de las mujeres resulta afectada cuando se decide sobre este asunto.

La reconstrucción de la noción de democracia consensual deliberativa, a partir de la concepción política de la justicia de Rawls y de las nociones de razón pública y consenso trasladado, permitió dar sustento a la subhipótesis de que, en las sociedades democráticas contemporáneas, profundamente divididas por las visiones religiosas, políticas y morales de sus ciudadanos y ciudadanas, la definición de cuestiones divisivas debe abordarse a partir de procedimientos democráticos que permitan llegar a consensos, entendido como una forma para disminuir las diferencias, y que en estos debates se debe participar con argumentos de razón pública, siempre que se delibere en la esfera pública formal.

Esta propuesta implica necesariamente la incorporación de todas las personas afectadas por las decisiones tomadas, para lo cual, con el ánimo de apoyar este supuesto, se incorporaron las propuestas de Habermas y Fraser, quienes coinciden con Rawls en que debe vincularse la visión de los interesados en un conflicto. Pese a que existan controversias entre dichos autores, su punto de encuentro radica en dicha vinculación y en la idea de que los argumentos expuestos en la esfera pública, entendida por Habermas como esfera pública formal, deben ser argumentos que actúen como razones públicas.

Desde la perspectiva de Fraser, los asuntos debatidos en la esfera pública formal, son asuntos públicos. La definición de sí un asunto es público o privado depende de los argumentos de los intervinientes en el debate. La configuración de las reglas sobre la IVE es un asunto en el que deben participar las mujeres como directamente afectadas por dichas decisiones. Quienes participen en el debate para la toma de decisiones institucionales lo deben hacer a partir de razones públicas, mientras este siga siendo un debate público.

Ahora, frente a la pregunta sobre cómo se debe resolver la tensión de los valores en conflicto en materia de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia, el análisis de la situación de la regulación de la IVE, partió de la tesis de que Colombia es un Estado constitucional y democrático, cuyos principios fundantes se expresan en su Constitución. En esta se declara la existencia de una sociedad pluralista, donde se incorpora una formulación de derechos y libertades, y una estructura institucional

que hacen pensar que desde sus fundamentos constitucionales se ha adoptado una concepción política de justicia; sin embargo, una vez analizada la forma en que se ha construido el consenso para la elección de los principios de justicia que guían la configuración del Estado, se pueden señalar algunas deficiencias en el proceso, como la ausencia de participación de las mujeres y los pactos entre grupos hegemónicos, lo cual configura, de entrada, serias dificultades para la determinación de la forma en que se resuelven cuestiones divisivas como la regulación de la IVE.

En el contexto colombiano se pueden identificar diversas concepciones en torno a la forma en que se debe regular la IVE. Algunas de ellas no pueden ser valoradas como concepciones políticas y por lo tanto sus argumentos no deberían ser tenidos en cuenta en las discusiones institucionales en la esfera de la organización del Estado.

Para defender esta afirmación es importante tener en cuenta la distinción propuesta por Rawls sobre el ejercicio de la razón pública, destinada al foro político público. En este escenario los ciudadanos con funciones públicas deben incorporar argumentos conforme a la idea de razón pública y los ciudadanos por su parte, deben tomar decisiones sobre su voto “en términos de un razonable equilibrio de los valores políticos públicos, y que todo el mundo entienda, por supuesto, que la pluralidad de las doctrinas comprensivas que profesan los ciudadanos sea considerada por ellos mismos un apoyo más, a menudo trascendente, para esos valores”. (Rawls, 2001, p. 230)

Con base en lo anterior, se considera que una decisión, en materia de una cuestión divisiva, será exitosa, siempre que sea la más razonable al ser juzgada desde la perspectiva de la razón pública. Esto supone, que aunque las diferentes doctrinas que se profesan en un Estado no estén completamente de acuerdo con la respuesta dada el problema propuesto, pueden considerarla aceptable.

La Corte Constitucional de Colombia, siguiendo a Rawls, debe ser valorada como representante de la razón pública. Desde ese escenario se han propuesto subreglas para

definir, en parte, la constitucionalidad de la no penalización de algunos eventos en que las mujeres pueden acceder a la IVE, actuando de manera legítima y amparando su decisión en argumentos de razón pública. Sin embargo, dicha decisión es insuficiente, en la medida en que no logra incorporar la visión omnicomprendiva de las mujeres, ni satisfacer plenamente la garantía de sus derechos, lo cual tiene como consecuencia que continúe el déficit de protección y se sigan generando situaciones de vulnerabilidad para quienes, amparadas en su derecho, soliciten un procedimiento de IVE con base en una de las causales legalmente aceptadas.

El Estado colombiano debe garantizar una regulación para la IVE que pueda asegurar el acceso a procedimientos legales, por lo menos en las primeras etapas del embarazo, siguiendo algunos acuerdos que la neurología y genética han propuesto sobre funciones neuronales del no nacido, con el fin garantizar los derechos de las mujeres como ciudadanas libres e iguales, pues de lo contrario se continuaría, como hasta ahora, en un déficit de protección de derechos para las mujeres, atribuibles a criterios sospechosos en razón del género y a la forma en que se ha configurado la organización familiar, ligada a preceptos no políticos como los que imponen doctrinas como las religiosas, imperantes en nuestro medio.

La valoración de la forma en que se configuró el Estado constitucional democrático en Colombia a partir de las consideraciones propuestas por la filosofía de Rawls, permite identificar importantes vacíos que explican por qué existen aún medidas restrictivas en materia de IVE. La tensión entre la libertad y la vida, y la forma en que se regula la IVE, siguen siendo una cuestión divisiva sin resolver. Las decisiones que se adopten para reducir esta tensión deben tomarse a partir de la construcción de un consenso que logre disminuir el conflicto en una sociedad profundamente dividida en temas como eutanasia, consumo de sustancias psicoactivas e IVE, temas que tocan con esencias constitucionales.

La propuesta de Rawls permite formular salidas para resolver la crisis de legitimidad de las democracias contemporáneas. La idea de razón pública permite tener como realizable el

modelo de democracia constitucional, como una democracia deliberativa de ciudadanos libres e iguales, más allá del sistema de democracia procedimental de mayorías que propuso el modelo liberal y que suponía que las mayorías podían imponer un modelo de justicia.

La Constitución de 1991 puede ser leída como un proyecto inacabado, pero que rompe en alguna medida con la tesis mayoritaria al reconocer la existencia del pluralismo y desde dicho supuesto la existencia de visiones omnicomprendivas como formas de vida que deben ser valoradas. Dicho proyecto constitucional puede visualizarse como la pretensión de lograr una sociedad bien ordenada, como destino al que se quiere llegar.

En ese contexto, resolver la tensión en torno a la decisión de interrumpir un embarazo de manera voluntaria y el conflicto con los posibles derechos del no nacido, a partir de los postulados de Rawls en el marco del Estado constitucional democrático, supone valorar:

Primero, que al analizar los argumentos que permiten sustentar la posición según la cual el derecho a la libertad de las mujeres incluye la libertad de decidir interrumpir de manera voluntaria un embarazo en cualquier tiempo, está amparado en el esquema de libertades que puede leerse como una tesis extrema, que difícilmente puede ser aceptada por sectores sociales que tienen una visión distinta, lo cual dificultaría llegar a un consenso.

Segundo, que al analizar los argumentos en defensa de la tesis de que la libertad de las mujeres debe limitarse frente a la decisión de interrumpir un embarazo al colisionar con derechos del no nacido, y que interrumpir un embarazo es una decisión que no atañe únicamente a la mujer gestante y debe limitarse, puede leerse como una tesis extrema, que difícilmente puede ser aceptada por sectores sociales que tienen una visión distinta, sobre todo si se tiene en cuenta que es una tesis fuertemente ligada a sectores religiosos. Quienes defienden esta visión, difícilmente pueden sostener argumentos que no tengan otra vinculación distinta a la religiosa, teniendo en cuenta que los argumentos científicos dejan sin peso algunas de sus afirmaciones sobre la vida humana.

Proponer una respuesta a la tensión entre los argumentos del conflicto sostenible desde la fundamentación teórica a partir de Rawls, permite orientar la solución al problema, en la medida en que se admite que las dos tesis expuestas son extremas y que el ideal desde la democracia deliberativa es reducir el conflicto de tal manera que se llegue a un consenso que pueda reconocer la existencia de las distintas visiones, además de que todas las personas como libres e iguales tienen un plan racional de vida que vale la pena tener en cuenta.

La evaluación de la participación de las distintas visiones en la construcción del proceso constituyente, permitió considerar la tesis de que la discusión y proceso que llevó a la construcción de la Constitución de Colombia en 1991, apenas había permitido configurar un acuerdo de mayorías como el que se alcanza en un *modus vivendi*. En dicho proceso prevalecieron los acuerdos de mayorías hegemónicas, que en temas como la libre opción de la maternidad, dejaron de lado la visión omnicomprensiva de las mujeres e hizo prevalecer los acuerdos con la iglesia. Esto a pesar de que Colombia es una sociedad pluralista, lo cual supone la adopción de una concepción política de justicia, lo que a su vez implica la necesidad de hacer el tránsito del *modus vivendi*, o en el más optimista de los casos, del consenso constitucional expresada en la Constitución del 91 al establecimiento de un consenso que reconozca todas las visiones coexistentes en Colombia.

Ahora, frente a la pregunta acerca de ¿qué concepciones comprensivas existen en Colombia sobre la IVE que debieran ser incluidas con miras a la construcción del consenso? Uno de los problemas que se observa en la tensión estudiada, radica en que la visión omnicomprensiva de las mujeres en materia de IVE, pese a que debió ser tenida en cuenta, no fue valorada en el debate constitucional.

En Colombia, las mujeres constituyen una minoría política, lo cual ha sido reconocido en diversos escenarios y ha justificado la inclusión de medidas correctivas adoptadas por el legislador, por ejemplo, las leyes de cuotas. No es suficiente con que las mujeres sean amparadas con el principio de igualdad formal si no tienen garantizados mínimos de dignidad humana para optar por su vida y salud en los casos en que un embarazo amenace

sus derechos. De igual forma, es insuficiente que se garanticen derechos sin vincular su particular visión en su construcción.

Lograr un consenso en materia de regulación de la IVE supone reconocer que todas las posiciones al respecto deben participar de una discusión razonada sobre el tema y sus argumentos deben partir de razones públicas que se incorporen al debate.

Pese a que la visión de las mujeres no se integró en la discusión de la Constitución de 1991, lo que facilitó que la regulación penal posterior se mantuviera fiel a la tradición de la vida sagrada, ligada a una fuerte ideología religiosa, esta visión debe romperse en los debates posteriores con ocasión de los juicios de constitucionalidad contra las normas penales que regulan la IVE.

La Corte Constitucional como escenario de la razón pública, ha intentado adecuar la Constitución Política, sus principios y valores, de tal modo que se logre con ello el reconocimiento de las minorías y así afianzar el proyecto constituyente del 91. La Corte como órgano que intenta resolver tensiones entre legalidad y legitimidad, ha buscado incorporar visiones que resulten razonables para resolver las tensiones de la democracia constitucional.

Bajo estas consideraciones se encuentra que la Corte Constitucional de Colombia estaba legitimada para decidir en materia de IVE en la Sentencia C-355 de 2006, decisión que aunque resulta valiosa para romper con la penalización extrema en Colombia, es insuficiente frente a la garantía de la igualdad de las mujeres como ciudadanas libres e iguales. La decisión rompe con la tesis extrema que protegía la vida del no nacido como valor absoluto, incluso sobre la vida de las mujeres, pero no logra integrar la visión omnicomprensiva de las mujeres en el debate constitucional al no incorporar el debate sobre la igualdad de las mujeres, sobre la carga que tradicionalmente representa la maternidad como factor de desigualdad y a la libertad de disposición de las mujeres sobre sus cuerpos, su sexualidad y la reproducción, desde la perspectiva de las mujeres y de cómo el derecho penal ha sido un instrumento para tomar decisiones sobre la vida y el cuerpo de las mujeres.

Para la profesora María Emma Wills, en el caso de las mujeres, “las iniciativas sociales –en particular, los contrapúblicos feministas – desempeñan un papel importante en la expansión de los reclamos y expectativas ciudadanas feministas”. (Wills, 2007, p. 147) Las reivindicaciones de las mujeres se pueden traducir en políticas públicas, legislación y reglas, sin embargo en Colombia se ha observado, como lo advierte la profesora Wills, que algunas de las medidas que se han alcanzado con el fin de lograr la inclusión de las mujeres no necesariamente traducen las exigencias de los contrapúblicos o movimientos de mujeres.

Esta realidad desconoce los presupuestos señalados a partir de Fraser y que también Habermas defendía, cuando señalaba que en la determinación de derechos, “sólo las afectadas mismas pueden clarificar en cada caso cuáles son los aspectos relevantes de la igualdad y la desigualdad”. (Habermas, 2008, p. 504)

El debate en Colombia aún está permeado por argumentos que se escapan de la razón pública, lo cual es incompatible con una solución al problema propuesta desde el marco del Estado Constitucional y Democrático, en el que deben prevalecer argumentos fundados en razones de justicia política. Un consenso entrecruzado debe partir de una construcción donde las mujeres participen en la determinación de los principios de justicia que van a vincularlas y la forma como se apliquen.

En esa medida, la consideración en torno a una propuesta razonable que incorpore la visión omnicomprensiva de las mujeres, supone en primer lugar, valorar que una penalización absoluta o que solo permita excluir casos extremos, genera un déficit de protección de derechos para las mujeres atribuibles a criterios sospechosos, en razón del género y a la forma en que se ha configurado la organización familiar. Este déficit de protección irradia cuatro niveles:

a. A nivel económico y social: en la medida en que la crianza y el cuidado de los hijos ha sido dejada tradicionalmente a cargo de las mujeres, lo que permite hablar de una penalización laboral por razones del embarazo. La discriminación hacia las mujeres se ve

agravada en las esferas laboral y económica por las cargas que en el campo familiar representa la maternidad. Así ha sido reconocido por diversos sectores, la posibilidad de que las mujeres puedan tener control sobre su vida reproductiva incide de manera favorable en su participación en términos equitativos en la vida económica y social.

b. En términos de garantía para la igualdad de ciudadanía, las sanciones penales por IVE encuentran asidero en criterios sospechosos, en la medida en que es un procedimiento y una sanción que afecta de forma exclusiva a las mujeres. Constituye un control para su vida reproductiva, lo cual incide negativamente en el acceso a la igualdad de oportunidades e impone restricciones sobre los cuerpos de las mujeres.

c. Frente a la libertad y autonomía de las mujeres, la penalización absoluta anula la garantía del esquema básico de libertades, pues impone la maternidad como una obligación, desconociendo que la maternidad se encuentra protegida por el libre desarrollo de la personalidad. De igual forma incide negativamente en las libertades reproductivas y sexuales, así como en la libertad de conciencia y religión de las mujeres, pues define pautas sobre su sexualidad, reproducción y conciencia, constituyendo una interferencia arbitraria. Así fue reconocido por la jurisprudencia norteamericana, de la que se desprende que prohibir la IVE viola el derecho de las mujeres a la autonomía personal y a determinar su proyecto de vida.

d. La penalización absoluta pone en riesgo la vida y salud de las mujeres, quienes tienen razones poderosas para interrumpir un embarazo y no son disuadidas por las medidas punitivas, lo cual deja como única alternativa que se vean avocadas a acudir a prácticas inseguras, insalubres, que causan complicaciones médicas llevándolas en muchos casos a la muerte.

No sobra recalcar que la vulneración de derechos que se produce en estos casos es más grave para las mujeres pobres, quienes tienen que acudir a procedimientos más riesgosos, trabajos menos remunerados y acceso restringido a mecanismos de planificación familiar eficaces.

En segundo lugar, es razonable aceptar que una protección de los derechos de las mujeres debe reconocerlas como ciudadanas libres e iguales e incluir la valoración de que el proyecto de vida de las mujeres, debe ser respetado. Lo anterior permite justificar la prioridad de la libertad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Esto encuentra fuertes contradictores si se defiende desde la tesis extrema, sin embargo, una consideración razonable debería aceptar como legítimo que existen circunstancias en que restringir la libertad de las mujeres de decidir por la continuidad o no de un embarazo, es una carga excesiva. Esto sucede cuando está en riesgo la vida y salud de las mujeres, frente a malformaciones del feto incompatibles con la vida y en embarazos producto de acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida, todos estos eventos no deberían tener mayor discusión en la esfera de lo razonable. Lo mismo se da en aquellos casos en que el feto no es viable, ya que los intereses de un feto inviable no deberían estar por encima de los derechos y la vida de las mujeres. Tener en cuenta el proyecto de vida de las mujeres, como un proyecto valioso, es reconocer su dignidad y la igual consideración y respeto que tiene sus derechos como ciudadanas.

En este punto se incorpora el tercer argumento. La IVE es un procedimiento razonable durante todo el periodo de gestación en el que medicamente se ha establecido que el feto no es viable, es decir, que no puede sobrevivir sin la mujer gestante, pues no se ha desarrollado su capacidad pulmonar, cardiaca y cerebral, y en esa medida no tiene sensibilidad frente al dolor. Los avances médicos han permitido distinguir entre la vida y la vida humana, hasta el punto de sostener que los rasgos humanos solo aparecen después de la semana 12 de gestación, fecha en la que se forma la corteza cerebral que distingue a los humanos de otros primates. En esa medida, el criterio de la viabilidad permite resolver la tensión entre las tesis extremas que defienden la vida del feto y la libertad de las mujeres, entendido como la capacidad del feto para sobrevivir en un medio diferente al útero de la mujer gestante, lo cual es coherente con el criterio adoptado por la Organización Mundial de la Salud.

Como se ha indicado, quienes no están de acuerdo con esta consideración, fundan sus razones en argumentos que difícilmente pueden desligarse de concepciones religiosas que no pueden servir de fundamento en la esfera de la razón pública. Los ciudadanos religiosos

están en su derecho de no aceptar prácticas de IVE y de no practicarlas en lo personal, pero no pueden imponer, ni siquiera siendo una mayoría en el Estado, restricciones que supongan cargas excesivas para las mujeres con base en su sistema de creencias.

Los argumentos expuestos por los defensores extremos de la vida están muy ligados a nociones como lo sagrado, el criterio de protección absoluta de la vida y el sacrificio como modelos de vida deseables, los cuales desde el punto de vista de una sociedad pluralista no pueden ser tenidos como criterios que definan las condiciones y reglas para dirimir una cuestión divisiva como es la regulación de la IVE. Imponer una visión sobre lo que es la vida y su valor ligado a argumentos de este tipo, para proteger legalmente la vida, resulta violatorio de las libertades de conciencia y religión. Ningún Estado está legitimado para orientar las creencias religiosas de sus asociados. Sería un acto de tiranía que el Estado incorporara obligaciones que dirijan las relaciones de los asociados con sus creencias.

En Colombia ha sido muy marcado el discurso de grupos religiosos que cuentan con un gran poder político desde diferentes esferas. Esto se observa en el contexto del proceso de discusión y toma de decisiones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente en el 91, y posteriormente en la forma en que la Corte Constitucional argumentó sus decisiones en materia de IVE hasta el 2006. En el primer caso se recurrió a pactos con representantes de algunas iglesias para no incluir la libertad de opción frente a la maternidad, en el segundo caso, se interpretó el Artículo 11 de la Constitución a partir de una noción de vida sagrada. Estos discursos no son compatibles con los presupuestos de una concepción política de justicia.

El reto para una democracia que se proyecta e intenta consolidar como una democracia deliberativa, radica en asegurar los procedimientos para que las visiones de todos sus asociados puedan expresarse en igualdad de condiciones en los debates sobre la definición de las esencias constitucionales, teniendo como límite que en estas no pueden incorporarse argumentos religiosos. En el Estado no se pueden incorporar argumentos perfeccionistas o criterios de santidad, defendidos como una perspectiva comprensiva de un grupo de ciudadanos.

Las mujeres, como grupo tradicionalmente discriminado en Colombia, han librado batallas al interior de las Cortes, del Congreso y en la Asamblea Nacional Constituyente. Sin embargo, la voz de las mujeres no siempre ha encontrado eco y por el contrario, se han negado escenarios propios de protección de derechos como es el caso del Ministerio Público que, quebrantando las funciones constitucionales y legales, ha sostenido una fuerte campaña para limitar los pocos avances que en materia de derechos sexuales y reproductivos se han logrado en el país.

La adopción de una regulación tomada con base en argumentos en los que se pueda sospechar que existe un fundamento religioso, por ejemplo, en aquellos que defienden la vida del producto de la concepción en cualquier momento, porque la vida es sagrada, puede considerarse como una regulación violatoria de la libertad de conciencia y de religión, en tanto que no sólo le está imponiendo cargas a las y los ciudadanos no religiosos, sino que además les impone cargas a los ciudadanos religiosos y está determinando la forma en que se relacionan y viven sus creencias. Desde ahí que, incluso los ciudadanos religiosos deberían estar de acuerdo en que no es legítimo disminuir o imponer cargas a su libertad religiosa y de conciencia.

La propuesta de Rawls debería ser tomada en serio como un ejercicio de construcción de democracia y de ciudadanía. La regulación de la IVE como asunto que toca con las esencias constitucionales y como acto que genera conflicto en la vida social, debe discutirse más allá de las tesis extremas. Lograr incorporar argumentos políticos, que sean razonables, incluso para quienes no están de acuerdo con la penalización extrema y para quienes no estén de acuerdo con la liberalización de la penalización por IVE, cualifica el debate y permite la construcción de una verdadera deliberación democrática.

Se requiere entonces de la participación de ciudadanos y ciudadanas interesadas en la sociedad cooperada, antes que interesados en la defensa de sus propios valores no políticos. Esto no los obliga a desprenderse de sus propias visiones sobre la vida, pero si les exige tomar decisiones con base en consideraciones razonables que puedan ser aceptadas por todos, con el fin de que la sociedad tenga mayor estabilidad. Los ciudadanos y ciudadanas

deben acatar las reglas que de manera legítima sean adoptadas en el Estado, aunque estas se hallen en contradicción con sus concepciones religiosas, siempre que se valore que han sido tomadas en forma razonable, lo cual es coherente con el principio de civilidad que garantiza la estabilidad de una sociedad democrática y pluralista.

El constitucionalismo democrático y la democracia deliberativa parten de la legitimidad de la Constitución. Cualquier decisión tomada en la definición de principios y esencias constitucionales debe incorporar la visión de las mujeres, más aún cuando se trata de una decisión que afectará el cuerpo y la vida de las mujeres. En una democracia deliberativa, los ciudadanos democráticos, partiendo de argumentos políticos como los expuestos, deberían poder llegar al consenso de que limitar la libertad e igualdad de las mujeres a decidir sobre la interrupción de un embarazo antes de que el feto sea viable, resulta una carga desproporcionada a sus derechos como ciudadanas libres e iguales.

Los resultados de la investigación que se presentan aportan una perspectiva que desde la filosofía política enriquece el debate sobre la IVE y permite construir un escenario teórico para el análisis de otras cuestiones divisivas en el Estado democrático. De igual modo ofrece argumentos que pueden ser tenidos en la esfera de la discusión pública en nuevos procesos de revisión de la constitucionalidad de la norma que sanciona la IVE en Colombia, así como de argumentos que pueden tenerse en cuenta en la discusión legislativa sobre la regulación de esta, en la medida en que se proponen criterios para evaluar el tipo de argumentos que pueden ser presentados en las esferas institucionales del Estado.

Este trabajo constituyó un reto académico y personal. Desde mi formación de pregrado en derecho y filosofía, he adelantado procesos de investigación formativa en los que me he acercado a la discusión de problemas jurídicos de la vida cotidiana desde la perspectiva de la filosofía política, convencida del papel orientador que tiene la filosofía en la problematización del mundo de la vida y en la construcción de caminos orientadores de su solución.

La libre opción de la maternidad, la protección de los derechos de las madres en el mundo laboral, de las adolescentes embarazadas en la escuela, de las mujeres que no pueden tener

hijos por problemas relacionados con la fertilidad, de mujeres lesbianas que quieren concebir o adoptar, del alquiler de vientres y de las mujeres embarazadas que quieren interrumpir el embarazo han sido problemas objeto de estudio e investigación desde los inicios de mi formación. Todos estos son problemas que bordean la vida, la libertad y la igualdad, y en donde se exponen posiciones muy diversas y encontradas, escenarios de fuerte debate en donde fácilmente se puede pasar a lo irrazonable.

El principal aprendizaje de la investigación y consulta de fuentes, del análisis crítico de las mismas y de la redacción del informe durante estos tres años, fue el de poner a prueba mis propias convicciones, el de aprender a vivir con la duda académica, de poder argumentar desde la razón pública en un tema en donde habitamos en la sinrazón y en donde es muy difícil hacer ejercicios de equilibrio reflexivo. El segundo gran aprendizaje, fue el de aprender a conversar con aquellos argumentos que no parecen tan razonables, todo ello a partir del supuesto de que, en últimas, también es una virtud de los ciudadanos y ciudadanas democráticas convivir y dialogar otras visiones omnicomprensivas.

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2014) en el 2014 indicó que 47 mil mujeres en el mundo mueren al año por someterse a procedimientos inseguros y clandestinos para interrumpir voluntariamente un embarazo, detrás de esa cifra hay 47 mil nombres de mujeres en el mundo, esa debería ser una razón suficiente para buscar un consenso que parta de razones públicas con el fin de dialogar sobre argumentos que puedan ser aceptados por las distintas visiones comprensivas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abadía, M. (2006). *La legitimidad del derecho penal frente al delito de aborto*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Abadía, M. (2007). Revista Derecho Penal y Criminología. *La identidad de la mujer en el derecho penal moderno El caso de aborto*. 28(83). [pp 2-31]. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub122.pdf
- Abadía, M. (2012). Una reconstrucción histórica del derecho constitucional a la vida como barrera de la destipificación del delito de aborto. En Alviar, H (Coord.). *Perspectivas contemporáneas en la investigación jurídica*. Bogotá: Universidad de los Andes. (P. 129 - 150)
- Aguirre, J., Silva, A., & Pabón, A., (2015). *Análisis de la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública en diálogo con Ronald Dworkin*. Revista Estudios Socio Jurídicos. Bogotá. 17 (2). Pp. 167-197.
- Aguirre, Javier, (2012). Jürgen Habermas y la religión en la esfera pública, En: ideas y valores, Vol. Xi, N. 148, abril de 2012, ISSN 0120-0062, Bogotá: Universidad Nacional, p. 59 -78, p. 62
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*,(11), 3-14. Recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales_ponderacion_y_racionalidad_Rober_Alexy.pdf
- Alonso, J. (2012). Violación, aborto y las palabras de la ley. *Pensar en derecho*, 301-329.
- Alútiz, J. (2007). La moral posconvencional de J. Habermas y J. Rawls: un debate de familia. *Revista Papel Político*, Vol. 12 (2). Bogotá, Julio – Diciembre. p. 369-390.

Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-44092007000200003&script=sci_arttext

Alviar, H. (2008). *Derecho, feminismo y desarrollo: propuesta para un análisis distributivo*. Bogotá: Temis.

Alviar, H., & Jaramillo, I. (2012) *Feminismo y crítica Jurídica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Amaya, S. (2009). *Posiciones contra el aborto en Colombia*. Bogotá: Uniandes.

Annas, G. J. (2007). The Supreme Court and Abortion Rights. *New England Journal of Medicine*. 356 (21). doi: 10.1056/NEJhle072595. Recuperado en: <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMhle072595#t=article>.

Arango, M. (2013). Derechos sexuales y reproductivos. En Lacrampette, N. (Ed.) *Derechos Humanos y Mujeres: teoría y práctica*, 214. Recuperado de www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/101.pdf

Arango, R. (2005). John Rawls y los derechos constitucionales. En J. J. Botero (Ed.), *Con Rawls Y Contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea* (pp. 141-156). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Arango, R. (2005). John Rawls y los derechos constitucionales. En J. J. Botero (Ed.), *Con Rawls Y Contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea* (pp. 141-156). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Ardila, M. (2011). *El derecho humano de las mujeres a la anticoncepción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo. *Viabilidad fetal y malformaciones fetales después de la semana 22 de gestación*. (2009). Recuperado de <http://www.acaive.com/pdf/Viabilidad%20Fetal%20y%20Malformaciones%20mas%20de%2022%20semanas.pdf>

- Badinter, E. (2011). *La mujer y la madre*. Madrid: La esfera libros.
- Báez, C. 2008. *Informe regional de derechos humanos y justicia de género*. Bogotá: Corporación Humanas Colombia.
- Balcázar, A. (2010). *La despenalización del aborto en una sociedad liberal: El caso colombiano*. (Tesis de Maestría, Universidad del Rosario). Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1956/1/80758128.pdf>
- Barbajal, M. (2009). *El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente*. Buenos Aires: Paidós, 2009
- Bernal, A. (2006). *Colombia: balance crítico de la participación política de las mujeres en las elecciones para el congreso 2006-2010*. (Ponencia, FESCOL). Recuperado de <http://portel.bogota.gov.co/galeria/analisisselecciones.pdf>
- Boladeras, M. (2007). Vida, vida humana, vida digna. *Logos*, 40, 25-26.
- Brage, J. (2001). *Discriminación positiva en favor de la mujer en el derecho comunitario (en torno a la sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Britos, Patricia. (2012) *La justicia y el contrato social en John Rawls. Una forma de cómo superar sus limitaciones*. Bogotá: Universidad Libre.
- Burgos Velasco, J. M. (2008). Las convicciones religiosas en la argumentación bioética. Dos perspectivas secularistas diferentes: Sádaba y Habermas-Rawls. *Cuadernos de bioética*, 29-41
- Busdygan, D. (2013) *Sobre la despenalización del aborto*. La Plata: Universidad Nacional de la Plata.
- Camps, V. (1990). Introducción. En: Rawls, J. *Sobre las libertades*, Barcelona: Paidós.
- Cabal, L., Lemaitre, J., & Roa, M. (Edits.). (2001). *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América latina*. Bogotá: Temis.

- Cabal, L. & Motta, C. (Compiladoras) (2006). *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Carpizo, J., & Valdés, D. (2008). *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castro, E, Rojas. D. y Ruelle, A. (2009). *Visiones de la Teoría de la Justicia de John Rawls*. Bogotá: Universidad Libre – Facultad de Filosofía
- Cenedesi, R. (2005). El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . *Foro Constitucional Iberoamericano*, 74-112.
- Centro de derechos reproductivos. (2010). Aborto y derechos humanos. El deber de los Estados de moderar las restricciones y garantizar el acceso a servicios de salud reproductiva seguros. Recuperado de <http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/BRB-Aborto%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>.
- Centro de derechos reproductivos. (s.f.). *Panorama mundial del derecho al aborto*. Centro de derechos reproductivos .
- Chaneton, J., & Vacarezza, N. (2011). *La intemperie y lo intempestivo. Experiencias del aborto voluntario en el relato de mujeres y varones*. Buenos Aires: Marea.
- Chaparro González, N., & Dalén, A. (2015). *No interrumpir el derecho. Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de IVE*. Bogotá: Dejusticia.
- Chaparro, García, Guzmán, Rojas & Sandoval. (2013). *Lejos del derecho. La interrupción voluntaria del embarazo en Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Dejusticia, Bogotá
- Colombia. Presidencia de la República, Programa Integral contra violencias de género, (2011) Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 2005-2009, Bogotá, D.C.: Presidencia de la República.

Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL_23NOV.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141 Período de Sesiones de la CIDH*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Estándares jurídicos: igualdad de género y derecho de las mujeres*. Washington D.C: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. (2008). *Mortalidad materna: Otra cara de la violencia contra las mujeres. Un análisis desde la perspectiva jurídica*. Bogotá: Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura / Fondo de Población de las Naciones Unidas -UNFPA / Programa Integral Contra Violencias de Género. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/39729/7/mortalidadmaterna.pdf>

Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. (2011). *Justicia Constitucional, mujeres y género*. Bogotá: Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura / Fondo de Población de las Naciones Unidas - UNFPA / Programa Integral Contra Violencias de Género.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 3. Observación General 16: La igualdad de Derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. En *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, 34 Sesión de 2005*. 29 Documento de la ONU E/C.12/2005/4.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1982). *Observación General No. 6, Derecho a la vida (Artículo 6), 16º período de sesiones, U.N. Doc.*

HRI/GEN/1/Rev.7 at 143. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom6.html>

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1989). *Observación General No. 17, Derechos del niño (Artículo 24), 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7* at 165. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom17.html>

Comité de Derechos Humanos. (2004). *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL*. Recuperado de <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/419/15/PDF/G0441915.pdf?OpenElement>

Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1994). *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* U.N. Recuperado en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1999). *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, U.N. Recuperado de <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgeneral24.htm>

Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (2007) *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Colombia, 2007*. Disponible en: http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/SeguimientoPoliticasyEquidadDeG%E9nero/MarcoNormativo/RECOMENDACIONES_CEDAW_PARA_COLOMBIA.pdf

Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (2011). *Caso L.C. vs. Perú*. Recuperado de

http://cladem.org/index.php?option=com_rokdownloads&view=file&task=download&id=1632%3Acedaw-c-50-d-22-2009sp&Itemid=115

Comité de los Derechos del Niño. (2000). Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia. 2000. & 48. <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/nino.html>

Conferencia Episcopal de Colombia. (2012). *Declaración del presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto*. Recuperado de <http://www.cec.org.co/documentos/presidencia/569-presidencia-despenalizacion-del-aborto-2>

Cook, R. (Editora). (1997) *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*. Bogotá: PROFAMILIA.

Cook, R., Dickens, B., & Fathalla, M. (2003). *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*. Bogotá, Profamilia. Recuperado de <http://www.profamilia.com/images/stories/afiches/libros/libros/integracion-de-la-medicina-la-etica-derecho-1.pdf>

Coral, J. (2011) Constitucionalismo sin consenso: una crítica a la Constitución de 1991. *Revista Criterio Jurídico*. 11 (2), 57.

Corporación Humanas, 2010. Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas. Bogotá. Disponible en: http://www.humanas.org.co/archivos/estudio_de_la_jurisprudencia.pdf

Corporación Promotora del Desarrollo Colombiano. (1999). *El aborto: implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y políticas*. Bogotá: Procodes.

Correa Casanova, M. (2006). Dos versiones rivales sobre la tolerancia La crítica de Michael Sandel a John Rawls. *Veritas*, 97-119

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de Junio de 2001). Sentencia C-646. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional de Colombia. (10 de agosto de 2012). Sentencia T-627. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional de Colombia. (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355. [MP Jairo Araujo Rentería & Cara Inés Vargas]

Corte Constitucional de Colombia. (17 de marzo de 1994). Sentencia C-133. [MP Antonio Barrera Carbonell]

Corte Constitucional de Colombia. (19 de marzo de 2002). Sentencia C-200. [MP Alvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional de Colombia. (19 de marzo de 2002). Sentencia C- 198. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional de Colombia. (2 de septiembre de 1996). Sentencia T-407. [MP Fablio Moron Díaz]

Corte Constitucional de Colombia. (20 de junio de 2001). Sentencia C – 647. [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional de Colombia. (23 de enero de 1997). Sentencia C-013. [MP Jose Gregorio Hernández Galindo]

Corte Constitucional de Colombia. (23 de noviembre de 2010). Sentencia c-936. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional de Colombia. (28 de mayo de 2009). Sentencia T-338. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional de Colombia. (29 de enero de 2000). Sentencia C-010. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional de Colombia. (30 de octubre de 1997). Sentencia C-510. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

- Corte Constitucional de Colombia. (4 de febrero de 2003). Sentencia C-067. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional de Colombia. (4 de mayo de 2004). Auto 054 contra sentencia C-355. [MP Eduardo Montealegre]
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de mayo de 1994). Sentencia C-221. [MP Carlos Gaviria Diaz]
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de diciembre de 2006). Auto 360. [MP Clara Inés Vargas]
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de diciembre de 2001) Sentencia T-1391. [MP Rodrigo Uprimny]
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de diciembre de 2005). Sentencia C – 1299. [MP Alvaro Tafur Galvis]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2012. Recuperado en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Sentencia de 29 de Mayo de 2013. Recuperado de <http://cejil.org/sites/default/files/Resoluci%C3%B3nCorteIDH-MAYO30-2013.pdf>
- Cossío, J., Orozco, L., Conesa, L. (2012). Estudio preliminar. En Tribe, L. *El aborto: Guerra de absolutos*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Cossío, Orozco, & Conesa, (2012). *Estudio preliminar*, En: Tribe, Laurence, *El aborto: Guerra de absolutos*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Cotes, M. (2005). Revista Persona y bioética. *La despenalización del aborto en Colombia: Una solución innecesaria*, 9(2). (Pp. 88-100). Recuperado de

<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/921/1001>

Cruz, J, Vázquez, R. (2010). *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México: Editorial Fontamara.

Cuarta conferencia mundial sobre la mujer. (1995). *Declaración y plataforma de acción de Beijing*. Beijing.

Dalén, A., Guzmán, D., & Molano, P. (2013). *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

Dalén, A. (2013) *La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia*, Bogotá: Dejusticia

Daniels, N (1975). Reading Rawls. Critical studies on Rawls a Theory of Justice. New York: Basic Books, Inc. Publishers.

Departamento de Ciencia Política, Universidad de los Andes. (2012). *Constitución de 1991, 20 años logros y pendientes*. Bogotá: Universidad de los Andes. Obtenido de https://c-politica.uniandes.edu.co/docs/descargar.php?f=../data/Encuentro%20con%20la%20Constituci_n%2020%20a_os.pdf

Dreweke, J. (2014). U.S. Abortion rate continues to decline while debate over means to the end escalates. *Policy Review*, 2-7.

Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida*. Barcelona: Editorial Ariel.

Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

EFE, Redacción, (2015). El Papa Francisco concede que se absuelva el pecado del aborto durante el Jubileo. *El Colombiano*, 1 de septiembre de 2015. Recuperado en: <http://www.elcolombiano.com/el-papa-francisco-concede-que-se-absuelva-el-pecado-del-aborto-durante-el-jubileo-GK2639778>

- Encuentros de Magistrados de las Altas Corporaciones de Justicia de Colombia. (2010). *Memorias de un proceso para incorporar la igualdad de género de la rama judicial*. Bogotá: Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura / Fondo de Población de las Naciones Unidas -UNFPA / Programa Integral Contra Violencias de Género.
- Escrivá Ivars, J., & Hervada, J. (2009). *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2010). *Género y Justicia*. Bogotá: Pro-offset Editorial S.A.
- Farrell, M. (2011). ¿Existe un derecho constitucional al aborto? En P. Bergallo (Comp.), *Aborto y justicia reproductiva* (s.p.). Buenos Aires: Editorial del puerto.
- Faúndes, A., & Barzelatto, J. (2005). *El drama del aborto. En busca de un consenso*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Ferrajoli, L. (2009). La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos. En G. Pisarello, & R. García Manrique (Eds.), *Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso y Manuel Atienza. La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (I. De la Iglesia, G. Pisarello, & R. Manrique, Trad., pp. 25-70). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Recuperado de http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/LA_TEORIA_DEL_DERECHO.PDF
- Ferreira, J. (2009). *Filosofía jurídica y política del liberalismo: John Rawls – Ronald Dworkin*. Barranquilla: Corporación Universitaria de la Costa.
- Finnis, J., Thomson, J., Tooley, M., & Wertheimer, R. (1992). *Debate sobre el aborto*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Fort, L. (2009). El aborto y los derechos humanos. *Alegatos*, 247-263.

- Fraser N, (2006). *La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación*, En: N. Fraser, A. Honneth, ¿Redistribución o reconocimiento?, Ediciones Morata, Madrid
- Fraser, N. (1993). Repesar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. *Debate feminista*, 23-58. Recuperado de <http://www.debatefeminista.com/PDF/Articulos/repens1080.pdf>
- Fraser, N. (1997). *Iustitia interrupta*. Reflexiones críticas desde la posición postsocialista, Bogotá: Siglo del Hombre
- Galindo, D. (2010). *Las tensiones entre las perspectivas axiológicas y deontológicas del derecho y el modelo de principios en Colombia*. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia). Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/2967/1/697325.2010.pdf>.
- Gallo, H., Jaramillo, B. López, R. y Ramírez, M. (2010). *Feminidades. Sacrificio y negociación en el tiempo de los derechos*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- García, D. (2009). El embrión humano o nasciturus como sujeto de derechos. *Direito*, 91-108.
- García, Mauricio, El aborto y la opinión pública, Septiembre 19 de 2015, Publicado en el Espectador, disponible en: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2763>
- García, J. (2010). Iatreria. *Consideraciones sobre la despenalización del aborto en Colombia*. 28(3). Recuperado de: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/iatreia/article/view/13934/12344>
- García, M. (1997). *La eficacia simbólica del Derecho*. Bogotá, Ediciones Uniandes.
- Gargarella, R. (1999). John Rawls, el liberalismo político, y las virtudes del razonamiento judicial. *Isegoría*, 151-156.

- Gargarella, R. (2008). John Rawls, la razón pública y el papel del poder judicial. *Praxis Filosófica*, 287-296.
- Gargarella, R. (2008). John Rawls, la razón pública y el papel del poder judicial. *Praxis Filosófica*, 287-296.
- Giraldo, J. (2011). *Género y Derecho de Familia*. Bogotá: Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial – CNGRJ, Consejo Superior de la Judicatura / Fondo de Población de las Naciones Unidas -UNFPA / Programa Integral Contra Violencias de Género.
- Gómez, C. (2006). Revista nómada. *Visibilizar, influenciar y modificar: Despenalización del Aborto en Colombia*. Vol (24). Recuperado de http://www.ucentral.edu.co/images/editorial/nomadas/docs/nomadas_24_8_visibilidad_claudia.pdf
- González , A. C. (2008). *La construcción de un consenso: la causal salud en América latina*. Buenos Aires: CEDES. Recuperado de http://www.clacai.org/documentacion/materiales-informativos/item/download/72_0083b95dfb3966a1a2d7b664684de1ea.html
- González, J. (2001). El paradigma interpretativo en la investigación social y educativa: nuevas respuestas para viejos interrogantes. *Cuestiones pedagógicas: revista de ciencias de la educación*, 227-246.
- González, L. (2012). La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional. *Cuestiones Constitucionales*, 135-164.
- González, A. (2005). *La situación del aborto en Colombia entre la ilegalidad y la realidad*. *Cadernos de Saúde Pública*. 21(2). [624-628]. Marzo - Abril Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/csp/v21n2/30.pdf>
- González, A. (2011). *Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe*. Recuperado del sitio de internet de Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas:

http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/45264/Serie_110_Ana_Cristina_Gonzalez.pdf

González, A., & Bohórquez, V. (2013). Estudio de caso sobre Colombia: Estándares sobre aborto para avanzar en la agenda del programa de acción de el Cairo. *SUR Revista internacional de Derechos Humanos*, 201-215.

González, A. (2012). Grupo Médico por el derecho a decidir, Negación de servicios por razones de conciencia. p. 24. Disponible en: <http://globaldoctorsforchoice.org/wp-content/uploads/Negaci%C3%B3n-de-servicios-por-razones-de-conciencia.pdf>

González, D., & Billings, D. (2002). *El aborto en México*. México: Ipas.

González, J., & Pérez, M. (Comps.). (2008). *Pluralismo, legitimidad y economía política. Ensayos críticos sobre la obra de John Rawls*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Grueso, D. (2008). *La filosofía y la política en el pluralismo. La metafilosofía del último Rawls*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Grueso, D. (Comp.). (2005). *John Rawls. Legado de un pensamiento*. Cali: Programa Editorial, Universidad del Valle.

Grupo Médico por el derecho a decidir (2012). El embarazo adolescente: afectación de la salud y garantía de los derechos, p. 19. Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/index.php/documentos/4-otros/file/15-el-embarazo-adolescente-afectacion-de-la-salud-y-garantia-de-los-derechos>

Guttmacher Institute. (2012). *Facts on induced abortion worldwide*. New York: Guttmacher Institute.

Guttmacher Institute. (2015). *An overview of abortion laws*. New York: Guttmacher Institute.

Guttmacher Institute. (2015). *Protecting access to clinics*. New York: Guttmacher Institute.

Guttmacher Institute. (2015). *State Policies on later abortions*. New York: Guttmacher Institute.

- Guzmán F., Moreno, S., Arias, C. & Barragán, R. (2013). *El espinoso tema del aborto en Colombia*. En: Tribunal de ética médica, Gaceta Jurisprudencial, Junio. P. 403-434.
- Habermas, J. & Rawls, J. (1998). *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez*, Editorial Trotta, Madrid, 2008
- Henshaw S. (2009). *Restrictions on Medicaid Funding for Abortions: A Literature Review*. New York: Guttmacher Institute. Recuperado de <https://www.guttmacher.org/pubs/MedicaidLitReview.pdf>
- Herrera, F. (1999). *El derecho a la vida y el aborto*. (2da ed.). Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Herrera, F. (1999). *El derecho a la vida y el aborto*. 2da ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Hervada, J. (1975). Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo. *Revista persona y Derecho*. 2(1). 221. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=903744>.
- Hoyos, I. (2009). La Corte Contitucional: entre la ley de gradualidad y la gradualidad de la ley. Bogotá: Universidad de La Sabana. Recuperado de <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/view/1346>.
- Human Rights Watch. (2005). *Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina*. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2005/05/01/derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-y-aborto-en-am-rica-latina>
- Ibáñez, J. (1992). *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga. (2012). *Agenda de género y mujer en Colombia. Entre la realidad y las buenas intenciones. Boletín N 2015*. Bogotá: Observatorio legislativo -Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga.

- Jaramillo, I. (1999). La crítica feminista al Derecho. En West, R. *Género y teoría del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores & Universidad de los Andes, pp. 25-66.
- Jaramillo, I. (2004). Estudio preliminar. En West, R. *Género y teoría del Derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo de Hombre Editores, 51-52.
- Jaramillo, I. (Motta, C. & Sáez, M) Editoras Académicas. (2008). *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana. Tomo 1*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Jaramillo, I., & Alfonso, T. (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores & Universidad de los Andes.
- Jaramillo, I. (2013). *Derecho y familia. Historias de raza, género y propiedad (1540 – 1980)*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Jerman, J., & Jones, R. (2014). Secondary measures of acces to abortion services in the United States, 2011 and 2012: gestational age limits, cost and harassment. *Women's health issiues*, e419-e424.
- La mesa por la vida y la salud de las mujeres & la alianza nacional por el derecho a decidir. (2008). *Causal salud. Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*. Recuperado de <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/publicaciones/causal-salud.pdf>.
- La mesa por la vida y la salud de las mujeres, (2009). Un derecho para las mujeres: La despenalización del aborto en Colombia. Bogotá, <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/IMG/pdf/Despenalizacion-3.pdf>
- La mesa por la vida y la salud de las mujeres, (2009). Un derecho para las mujeres: La despenalización parcial del aborto en Colombia. Bogotá. Recuperado de www.despenalizaciondelaborto.org.co/index.php/documentos/1-publicaciones?download=21:un-derecho-para-las-mujeres-la-despenalizacion-parcial-del-aborto-en-colombia&start=3

La mesa por la vida y la salud de las mujeres. (2011). El acceso al aborto seguro y su impacto en la salud de las mujeres en Colombia. Disponible en: <http://despenalizaciondelaborto.org.co/index.php/documentos/1-publicaciones/file/18-el-acceso-al-aborto-seguro-y-su-impacto-en-la-salud-de-las-mujeres-en-colombia?start=3>

La mesa por la vida y la salud de las mujeres. (2014). *Barreras para la garantía del derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo* (Intervención Debate de control político sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Sesión Comisión Séptima del Senado de la República). Bogotá.

La mesa por la vida y salud de las mujeres. (2014). El Procurador General de la Nación: cuatro años de actuaciones contrarias a los derechos sexuales y reproductivos 2009 – 2012, disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/index.php/documentos/1-publicaciones/file/11-el-procurador-general-de-la-nacion-cuatro-anos-de-actuaciones-contrarias-a-los-derechos-sexuales-y-reproductivos-2009-2012>

La Silla Líder, (s.f.) #ForoAborto *Presente y futuro en Colombia ¿Quién toma el liderazgo sobre una difícil decisión?* Recuperado en: <http://lasillallena.lasillavacia.com/node/1353>

Lacrampette, N. (Ed.). (2013). Derechos Humanos y Mujeres: teoría y práctica. *Centro de Derechos Humanos*, 16. Recuperado de www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/101.pdf

Ladd, M. (2012). *Slavery and abortion: the paradox of american liberalism*. (Tesis de Doctorado, Wayne State University). Recuperado de http://digitalcommons.wayne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1415&context=oa_dissertations

Lamas, M. (1992). El feminismo mexicano y la lucha por legalizar el aborto. *Política y cultura*, 9-22.

- Lamas, M. (2001) Del cuerpo a la ciudadanía. El feminismo y la despenalización del aborto en México. En Valdés, M. (Comp.). *Controversias sobre el aborto*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica. (PP.221-239)
- Lamus, D. & Useche, X. (2002). *Maternidad y paternidad: tradición y cambio en Bucaramanga*. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Lemaitre, Julieta, (1991). La paz en cuestión. La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991, Bogotá: Universidad de los Andes.
- León, C. (2000). Aspectos bioéticos relacionados con el comienzo y el valor de la vida humana. *Revista de la Facultad de Medicina*. 23 (2). Recuperado de http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-04692000000200002
- López, L. (2005). *El resurgir de la filosofía política liberal*. En Grueso, D, (Comp.). *John Rawls, Legado de un pensamiento*. Cali: Programa Editorial, Universidad del Valle. Pp. 89 – 110
- Malagón, L. (2006). El reconocimiento del derecho fundamental a abortar Un camino para evitar la desigualdad. *Revista Derecho del Estado*, (num 19), [3-22]. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3404283>
- Maniaci, G. (2013). *Equilibrio reflexivo y discurso racional en la argumentación judicial*. En: Neoconstitucionalismo y equilibrio reflexivo. Bogotá: Universidad Libre.
- Martínez, M. (1990). *¿Qué pasa con la Criminología Moderna?*. Bogotá: TEMIS.
- Medina, L. (2015). *Controvertido foro sobre el aborto terminó en posiciones irreconciliables*. Revista digital. Opinión&Saúd.com. Recuperado en: <http://www.opinionysalud.com/controvertido-foro-sobre-el-aborto-termino-en-posiciones-irreconciliables/>
- Mejía, O. & Encinales, N.(2011) *Elementos para una Historia de la Filosofía del Derecho en Colombia*. Bogotá: Ibañez.
- Mejía, O. (1996). *Justicia y democracia consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores & Ediciones Uniandes.

- Mejía, O. (1996). *El paradigma consensual del Derecho en la Teoría de la justicia de John Rawls. Estudio preliminar en Rawls, J. El derecho de los pueblos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Mejía, O. (1997). La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: En torno a Faktizität und Geltung. *Ideas y valores*, 32-52.
- Mejía, O. (2001) A dos décadas de la Constitución Política de 1991, En: Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 15, n° 29., p. 104. Recuperado de http://institucional.us.es/araucaria/nro29/monogr29_2.pdf
- Mejía, O. (2002). Dominación y exclusión en la Constitución de 1991. La constitucionalización de la mentira. *Palimpsestus N° 2*. Recuperado de http://www.espaciocritico.com/sites/all/files/artcls/a0049_om-a02.pdf
- Mejía, O. (2002). *La Constitución de 1991 como proyecto inacabado*. Recuperado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-07.pdf>
- Mejía, O. (2005). La Filosofía Política de Jonh Rawls [I]. En Botero, J. (Edit.). *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá: Unibiblos. 29-62.
- Mejía, O. (2005). La Filosofía Política de Jonh Rawls [II]. En Botero, J. (Edit.). *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá: Unibiblos. 63-92.
- Mejía, O. (2006) Poder constituyente, crisis política y autoritarismo en Colombia. *Revista Jurídicas*. 3 (2), 49. Recuperado de en: http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas3-2_3.pdf
- Mejía, O. (2006). *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho* En: Revista Pensamiento Jurídico (N° 16), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias políticas y sociales, Universidad Nacional.
- Mejía, O. (2007). *Elites, eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia*. En publicación: Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía. Hoyos Vásquez, Guillermo. CLACSO, Consejo Latinoamericano de

Ciencias Sociales, Buenos Aires. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/hoyos/17Quintana.pdf>

- Mejía, O. (2010). Del liberalismo racional al republicanismo razonable. *Precedente*, 172-204.
- Mejía, O. (2010). *Patriotismo de la constitución y opinión pública*, En: Revista Diálogo de Saberes, N. 32 Enero – Junio de 2010, Universidad Libre, Bogotá. P. 135-158. P. 137 Disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Articulo%209.pdf>
- Mejía, O. (2012). *El dilema histórico de la decisión judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas*. *Revista Panameña de Política* N° 14. Recuperado de <http://cidempanama.org/wp-content/uploads/2013/05/EL-dilema-hist%C3%B3ricoRPP14.pdf>
- Mejía, O. (2013). *Curso de Filosofía Política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mejía, O. (2014). *Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho*. En: Revista pensamiento jurídico, N. 39, Enero – Junio, Bogotá: Universidad Nacional, pp. 15-53.
- Mejía, O., & Formizano, M. (1998) . Hacia la Asamblea Constitucional como instrumento de democratización y herramienta de paz en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, N. 1. Bogotá: Universidad de los Andes. 61-65. Recuperado de <http://res.uniandes.edu.co/view.php/29/view.php>
- Melkewink, B. (2006). *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ministerio de la protección social y Universidad Nacional de Colombia. (2007). *Implicaciones ética, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de 2006*. Recuperado de <http://www.unal.edu.co/bioetica/documentos/conveniodoc/parte%20interna%20cartilla.pdf>

- Ministerio de Salud y Protección Social / Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), (2014), *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en mujeres colombianas*, Bogotá, p. 12. Disponible en: <http://www.profamilia.org.co/docs/SM%20-Determ%20aborto%20inseguro.pdf>
- Molina, C. (2006). *El derecho al aborto en Colombia: I parte el concepto jurídico de vida humana*. 1ra ed. Medellín: Universidad de Medellín.
- Molina, C., & Roldán, S. (2006). *La distancia entre el discurso jurídico y la práctica del aborto en Colombia*. En: Opinión jurídica. Vol. 5 N. 10 Julio – Diciembre. Medellín
- Moncayo, V.M., Gaviria, C., Uprimny, R., Villa, W., Kalmanovitz, S., Uribe, M.T., et al. (2002). *El debate a la constitución*. Bogotá D.C., Colombia: ILSA
- Motta, C. (1999). *El aborto como un asunto constitucional: una crítica feminista. Derecho Constitucional: perspectivas críticas*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del hombre editores.
- Naciones Unidas. (1996). *Informe de la Cuarta conferencia mundial sobre la mujer*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Nash E et al. (2014). *Laws affecting reproductive health and rights: 2013 state policy review*. Recuperado del sitio de Guttmacher Institute: http://www.guttmacher.org/pubs/fb_induced_abortion.html
- Nash, E., Benson, R., Rowan, A., Gwendolyn R., & Vierboom, Y. (2013). *Laws Affecting Reproductive Health and Rights: 2013 State Policy Review*. Recuperado del sitio de Guttmacher Institute: <http://www.guttmacher.org/statecenter/updates/2013/statetrends42013.html>
- Navarro, C. (2009). *Análisis del debate público sobre la despenalización en Colombia en el periódico el tiempo (2005 a 2007)*. (Tesis de grado, Universidad Javeriana). Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/comunicacion/tesis224.pdf>

- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel.
- Nino, C. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia*. Argentina: Siglo veintiuno editores.
- Nussbaum, M. (2012). *Mujeres y desarrollo humano*. Barcelona: Herder.
- Okin, S. (1996). Gender Inequality and Cultural Differences, en Political Theory. En Catells, C. (Comp.). *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona, Paidós, 185-206.
- Okin, S. M., (1989). *Reason and Feelling in Thinking about Justice*, Ethics, 99.2
- Okin, S. M., (1994). *Gender Inequality and Cultural Differences, en Political Theory*, 22, 1994, pp. 5-24. (“Desigualdad de género y diferencias culturales”, en Catells, C. (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 185-206.
- Olarte, L., & Peña, X. (2010). El efecto de la maternidad sobre los ingresos femeninos. *Ensayos sobre política económica*. 28 (63). Bogotá: Banco de la República, 190 - 230.
- Orellana, V. (1998). *El liberalismo político en John Rawls*. (Tesis de Doctorado, Universidad de Malaga). Recuperado de <http://www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/16284999.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Resolución 2200 A (XXI). Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los derechos del Niño, Resolución 44/25. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. (2005) *K.L. v. Perú.*, Comunicación No. 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003. Recuperado en: http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/6%20Resoluciones%20de%20casos%20de%20los%20comites%20del%20sistema%20universal/47.pdf

Organización de los Estados Americanos. *Medidas cautelares, MC 114/13*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>

Organización de los Estados Americanos. (21 de septiembre de 2009). *Medidas cautelares, MC 270-09*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/proteccion/cautelares.asp#inicio>

Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (6 de marzo de 1981). *Caso 214, Estados Unidos de América*. Resolución No. 23/8. Recuperado de <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>

Organización de Naciones Unidas. (5-13 de septiembre de 1994). *Informe Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*. Recuperado de https://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. (18 de diciembre de 1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Resolución 34/180. Recuperado de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_eliminacion_discriminacion_mujer.html

Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, Derecho a la vida (Artículo 6), 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982). Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom6.html>

Organización Mundial de la Salud. (1970). *Aborto espontaneo y provocado, Serie de informes técnicos N. 461.* Recuperado de http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_461_spa.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2012). *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud.* Recuperado de http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77079/1/9789243548432_spa.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2012). *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud.* Montevideo: Organización Mundial de la Salud.

Organización Mundial de la Salud. (2014). *Prevención del aborto peligroso.* Nota descriptiva N°388. Recuperado de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/es/>

Organizaciones colombianas integrantes de la Campaña 28 de septiembre, 2010, Comunicado de prensa: las mujeres deciden, la sociedad respeta y el Estado garantiza. Bogotá. Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/index.php/noticias/196-las-mujeres-deciden-la-sociedad-respeta-y-el-estado-garantiza>

- Orrego, C. (2009). El hombre (in) visible: por qué debemos abolir las leyes del aborto. *Derecho y humanidades*, 61-73.
- Ortiz , E., Quintero, C., Mejía, J., Romero, E., & Ospino, L. (2010). *Vigilancia de la morbilidad materna extrema (MME)*. Bogotá: División general de salud pública, Ministerio de protección social, Fondo de población de las Naciones Unidas, Linea de gestión de conocimiento-convenio 620.
- Ortiz, G. (2009). *La moralidad del aborto*. México, Siglo veintiuno editores.
- Pabón, A. (2014). La protección al principio de libertad en las decisiones de la Corte Constitucional: el caso de las sentencias sobre liberalización de la interrupción voluntaria del embarazo. *Revista Ratio Juris*, 151-174.
- Pabón, L. (2008). *Aborto y jurisprudencia constitucional: análisis sobre la interpretación y aplicación de la sentencia C-355 de 2006 emitida por la Corte Constitucional para la garantía y protección de los derechos de las personas*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Peña, C. (2008). Rawls, el problema de la realidad y la justificación en la filosofía política. México: FONTAMARA.
- Post, R., & Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Bogotá: Siglo XXI Editores.
- Prada, E., Singh , S., Remez, L., & Villareal, C. (2011). *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias*. Nueva York: Guttmacher Institute.
- Pradilla R, S. (2014). Dificultades en la aplicación de la causal para interrumpir voluntariamente el embarazo referente a que exista “grave malformación del feto que haga inviable su vida”. *Summa Iuris*, 41-58.
- Puyol, A. (2001). *El discurso de la igualdad*. Barcelona: Ediciones Crítica.
- Quintero, B. (2005). *Las Mujeres Colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 – Participación e Impactos*. Recuperado del sitio dela Comisión Económica

para América Latina y el Caribe, Unidad Mujer y Desarrollo:
http://www.cepal.org/mujer/reuniones/Bolivia/Beatriz_Quintero.pdf

Rawls, J. (2001). *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona: Paidós.

Rawls, J. (2002). *Justicia como equidad*. Madrid: Tecnos.

Rawls, J. (1990). *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós.

Rawls, J. (1995). *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica y UNAM.

Rawls, J. (1996). *El derecho de los pueblos*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. Madrid: Fondo de cultura Económica.

Rawls, J. (2001b). *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*.
Barcelona: Paidós.

Restrepo, E. (2002). *Reforma Constitucional y progreso social: la “constitucionalización de la vida cotidiana” en Colombia*. Trabajo presentado en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política en Yale Law School. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14

Rey, F. (2011). ¿El el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia “A,b y c v. Irlanda” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 743-752.

Ribotta, S. (2009). *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson.

Roa, M. (11 de Abril de 2011). El derecho a decidir: avances, obstáculos y amenazas. *Razón Pública*. Obtenido de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/669-el-derecho-a-decidir-avances-obstlos-y-amenazas.html>.

Roa, M. (s.f.) *Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 122, 123,124 y 32 (7) de la Ley 599 de 2000, Código Penal*. Recuperado de http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=proyectos&dc=10

- Rodilla, M. (1986). Presentación. En Rawls, J. *Justicia como Equidad*. Madrid: Tecnos.
- Rodilla, M. (2006). *Leyendo a Rawls*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Rodríguez, D. (2012). *Un paso para el abolicionismo: La deconstrucción del género a través de la televisión*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/9705/1/06700489.2012.pdf>
- Rodríguez, J. (2003). *La política del consenso. Una lectura crítica de El liberalismo político de John Rawls*. México: Anthropos.
- Rorty, R. (2008). *El pragmatismo, una versión Antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel.
- Rubio Carracedo, J. (2005). Algunas precisiones sobre la argumentación a favor y en contra del aborto. *Contrastes*, 79-98.
- Sanclemente, J. (2013). *John Rawls – Jürgen Habermas: una solución normativa y procedimental a la tensión entre el Estado democrático y la pluralidad étnica, cultural y religiosa*. *Revista Prospectiva*: N. 18:161-191. Recuperado de: <http://revistapropectiva.univalle.edu.co/index.php/prospectiva/article/view/2503>
- Sarralde, Milena, (2015). A 9 años de histórico fallo, siguen las trabas para el aborto legal, En: El Tiempo, julio 12 de 2015, disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/aborto-a-9-anos-de-historico-fallo-siguen-las-trabas-para-el-aborto-legal/16080849>
- Seleme, H. (2004). *Neutralidad y justicia. Entorno al liberalismo político de John Rawls*, Barcelona: Marcial Pons.
- Senado de la República, (2011), *Ponencia para primer debate y Pliego de modificaciones al Proyecto de Acto legislativo número 06 de 2011, Senado, por medio del cual se adiciona el artículo 11 de la Constitución Política, sobre le drecho fundamental a la vida humana*. *Gaceta número 682*. Bogotá: Imprenta de Colombia.
- Shapiro, I. (2009). El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: una introducción. *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*, 437-464.

- Siegel, R. (2008). *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*. Recuperado del sitio de Yale Law School: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers
- Siegel, R. (2009). *La dignidad y el debate del aborto*. Recuperado del sitio de Yale Law School: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Siegel_Sp_PV_signed.pdf
- Siegel, R. (2012). The constitutionalization of abortion. En M. Rosenfeld, & A. Sajo (Edits.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (págs. 1057-1078). Oxford: Oxford University Press.
- Singh, S., Wulf, D., Hussain, R., Bankole, A., Sedgh, G., (2009). *Aborto a nivel mundial: Una década de progreso desigual*. New York: Guttmacher Institute
- Staff, M. Mariblanca. *La perspectiva de género desde el Derecho*. (2000-2003). Recuperado de http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_21a.htm
- Supreme Court of the United States. (1973). *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.
- Supreme Court of the United States. (1976). *Bellotti v. Baird*, 428 U.S. 132
- Supreme Court of the United States. (1976). *Colautti vs. Franklin*, 428 U.S. 476
- Supreme Court of the United States. (1976). *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, 428 U.S. 52
- Supreme Court of the United States. (1977). *Beal v. Doe*, 432 U.S. 464
- Supreme Court of the United States. (1977). *Maher v. Roe*, 432 U.S. 467.
- Supreme Court of the United States. (1980). *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297.
- Supreme Court of the United States. (1981). *H.L. v. Matheson*, 430 U.S. 398.

Supreme Court of the United States. (1983). *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416.

Supreme Court of the United States. (1983). *Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri vs. Ashcroft*, 462 U.S. 476.

Supreme Court of the United States. (1983). *Simopoulos v. Virginia*, 462 U.S. 476.

Supreme Court of the United States. (1986). *Thornburgh vs. American College of Obstetrician and Gynecologist*, 476 U.S. 747

Supreme Court of the United States. (1989). *Webster vs. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490

Supreme Court of the United States. (1990). *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417.

Supreme Court of the United States. (1990). *Hodgson vs. Minnesota*, 497 U.S. 417.

Supreme Court of the United States. (1990). *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 508

Supreme Court of the United States. (1990). *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*,
Supreme Court of the United States. (1992) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* , 505 U.S. 833

Supreme Court of the United States. (1990). *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S 502

Supreme Court of the United States. (2000). *Stenberg U.S Carhart*, 530 U.S. 914.

Supreme Court of the United States. (2007). *González vs. Carhart* , 127 S.Ct. 1610.

Supreme Court of the United States. (2013). *Planned Parenthood Of Greater Texas Surgical Health Services vs. Gregory Abbott, Attorney General Of Texas*, No. 13A452.

- Teimil, I. (2011). Críticas feministas a la democracia liberal. *Eikasia Revista de filosofía*, 13-37.
- Thomas, F. (1997). *Conversación con un hombre ausente*, Bogotá: Arango editores.
- Thomas, F. (2006). *Conversaciones con Violeta*, Bogotá: Aguilar.
- Thomas, F. (2010). *Había que decirlo*. Bogotá: Ícono Editorial
- Thompson, J. Defensa del aborto. En Dworkin, R.(1980). *Filosofía del derecho*. Mexico D.F. FCE. (211-240)
- Tómas-Valiente, C. (2009). La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto. En I. Shapiro, P. de Lora, & C. Tómas-Valiente, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto* (pp. 87-126). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Recuperado de http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/LA_SUPREMA_CORTE_DE_ESTADOS_UNIDOS_Y_EL_ABORTO.pdf
- Tovar, A. (Coordinadora). (2014). *Lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia (2006-2014). Lo que hay que saber sobre el aborto legal*. Bogotá: Women's Link Worldwide y Profamilia.
- Treves, R. (1989). Kelsen y la sociología. En Ó. Correas (Comp.), *El otro Kelsen* (pp. 195-214). México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/970/10.pdf>
- Tribe, L. (2012). *El aborto: Guerra de absolutos*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Tribunal Constitucional Español. (25 de febrero de 1985). Sentencia 53
- Undurraga, V. (2011). Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)* Paper 93. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/93.

- Unicef. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado en: https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf
- Uprimny, R. (2005). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. En “Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional.” Volumen I, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia junio de 2000. Recuperado en: [http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf)
- Uprimny, R. (01 de Octubre de 2012). Aborto, pluralismo y política criminal. *Razón Pública*. Obtenido de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3301-aborto-pluralismo-y-politica-criminal.html>
- Uprimny, R. (1997). Estado social de Derecho y decisión judicial correcta. *Hermenéutica Jurídica*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 113-146.
- Uprimny, R. (2005). *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Curso de formación de promotores/as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente. Red de escuelas sindicales.
- Urbina, F. (2008). Rawls y una disputa sobre derechos. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 58, 185-242. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2724917>
- Vaggione, J. (2006). *El aborto. Las nuevas fronteras*. Red latinoamericana de católicas por el derecho a decidir.
- Valdés, M. (2001). *Aborto y personas*. En: *Controversias sobre el aborto.*, México, D.F. Fondo de Cultura Económica
- Valencia, H. (2010). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Editorial Panamericana.

- Valero, D. (2013) Procurador reitera desde El Vaticano rechazo al aborto. El Tiempo, Mayo 13 de 2013, Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12795942>
- Vargas, E. Jaramillo, I. Trujillo, Maza. (2012). *Médicos y derechos. El papel de la formación médica en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Villanueva, R. (2006). Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. *Revista IIDH*, (43). Recuperado de <http://186.113.12.12/discoext/collections/0026/0008/02630008.pdf>
- Villavicencio, L. (2009). Algunas críticas a la idea de razón pública rawlsiana. *Revista de derecho (Valparaiso)*, 533-557.
- Viveros, M. (1997) El aborto en Colombia: debate público y dimensiones socioculturales. Prepared for delivery at the 1997 meeting of the Latin American Studies Association, Continental Plaza Hotel, Guadalajara, México, April 17-19. Recuperado en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lasa97/viveros.pdf>
- Vives, Tomás, Cuerda, María. (2012) *El debate acerca de la legalización del aborto*. México: Tirant Lo Blanch México.
- Warren, M. (1973). On the Moral and Legal Status of Abortion. *The Monist*, 57(4). En Feinberg, J. (ed.). *The Problem of Abortion. Part II* reprinted, with postscript. Recuperado de <http://www.amber-hinds.com/wp-content/uploads/2012/01/warren-moralandlegalstatusofabortion.pdf>
- Wills Obregón, María Emma, (2007). *Inclusión sin representación: la irrupción política de las mujeres en Colombia. 1970-2000*, Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Wills, M. (2004). *Las trayectorias femeninas y feministas hacia lo público en Colombia (1970-2000) ¿Inclusión sin representación?* Recuperado de

<http://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/1455/willsobregonm30908.pdf>

Wollstonecraft, M. (1977). *La vindicación de los derechos de la mujer*. Madrid: Editorial Debate.

Women's Link Worldwide, (s.f) Situación legal del aborto en el mundo. Disponible en: <http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/bajarFS.php?tl=1&per=185>

Women's Link Worldwide, (s.f) Situación legal del aborto en el mundo. Disponible en: <http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/bajarFS.php?tl=1&per=185>

Women's Link Worldwide. (2013). *Lo que hay que saber sobre el aborto legal (2006-2013). Lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia*. Bogotá: Women's Link Worldwide. Disponible en: <http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/bajarFS.php?tl=1&per=185>.

Wulf, H, Bankole, & Sedgh, G. (2009). *Aborto a nivel mundial: Una década de progreso desigual*. New York: Guttmacher Institute

XI Conferencia regional sobre la mujer de América latina y el caribe. (2010). *Consenso de Brasilia*. Brasilia: CEPAL, Naciones Unidas.

Zambrano, M. (2005). *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Universidad Austral.

Zambrano, M. (2001). *La razón pública en Rawls*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña. Vol (5). [871-886]. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217512>.

Zamudio, L, Rubiano, N. & Wartenberg, L. (1999). *The Incidence and social and demographic characteristics of abortion in Colombia.*" En: *Abortion In The Developing World. Estados Unidos: World Health Organization* , p.407 – 446.

Zamudio, L., Rubiano N., y Wartenberg, L. (1999). *El aborto inducido en Colombia: características demográficas y socioculturales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zúñiga Fajuri, A. (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de Derecho*, 163-177.