

LA IDENTIDAD DE LA MUJER EN EL DERECHO PENAL MODERNO –EL CASO DEL ABORTO–

Marcela Abadía

INTRODUCCIÓN

La tipificación del delito de aborto en el Código Penal colombiano, dentro del título que busca proteger la vida y la integridad de las personas, comporta la idea –*el poder simbólico del Derecho penal*¹– de que la mujer que interrumpe su embarazo está incurriendo en un homicidio y por ello debe el Estado, a través de su aparato punitivo, imponerle un castigo. Más allá de la pura pretensión de preservar la existencia futura de un embrión, la fuerza legitimadora de esta norma penal parece radicar en la idea de que la mujer está matando a otro ser humano y por ello se debe regular su vida sexual a fin de que no se presente esa conducta o, si se presenta, deba la mujer ocultar su “acción criminal” y evitar así ser castigada.

Si ello es así, esto es, si la sociedad coincide en imponer una pena a la mujer que se aparta de los roles que ésta misma le ha fijado y “da muerte” al feto, resulta fácil advertir la dificultad teórica en reconocer en nuestro sistema normativo la libre opción de la maternidad y admitir, más que el derecho de la mujer a la privacidad –fruto del pensamiento clásico liberal–, su derecho a la *integridad corporal*², entendido como el

1 Sobre la función simbólica del derecho penal, JOSÉ JOAQUÍN URBANO. *La legitimidad del Derecho penal, equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Monografías de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 144, MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993.

2 El concepto que propongo como punto de partida para rearticular el derecho de optar por ser o no madre y que el Derecho penal no pueda intervenir en ello, es el de la *integridad corporal*, que en el sentido que

derecho que tiene a proyectar su individualidad, el propio sentido de su *yo*, así como a otorgar su propio significado al hecho de dar por terminado un embarazo sin que el Derecho penal intervenga en ello.

Este derecho a la *integridad corporal* no tiene correspondencia con el derecho liberal a la *privacidad* o a “*no ser molestado*”³. Implica, en cambio, el reconocimiento a unas *mínimas condiciones de individualización* necesarias para un correcto entendimiento del *yo*⁴. La limitación conceptual del derecho liberal a la *privacidad*, atada a la infravaloración de lo femenino, impone una rearticulación del derecho a abortar dirigida no sólo a que el Estado se abstenga de obstaculizar a las mujeres, mediante la amenaza de una pena, de su decisión de abortar sino a entender el derecho a la *integridad corporal* dependiente de su reconocimiento social y simbólico.

Esta distinta conceptualización de proyección de la individualidad, que comprende mucho más que la idea del pensamiento clásico sobre la propiedad del cuerpo, es la idea que pretendo desarrollar con el presente escrito, y cuyo desarrollo permitirá aceptar que la mujer tiene un derecho pleno sobre la maternidad, y sobre el cual el Derecho penal moderno no puede legítimamente intervenir al tipificar el aborto, o no, por lo menos, sin contradecir internamente sus propios postulados.

A partir de una postura teórico crítica⁵ buscaré, entonces, revelar la estructura encubierta que subyace al discurso penal liberal y penal moderno, que en el específico caso del aborto, a través del manejo de la dogmática jurídico-penal y la idea de protección de bienes jurídicos, ha cerrado de manera categórica la posibilidad conceptual de destipificar esta conducta, soportando la carga de la ilegitimidad al incluir como objeto de control formal conductas que, más allá de la calificación que abiertamente hace de su carácter inmoral o incluso pecaminoso⁶, lo que encarnan es realmente una concepción de infravaloración de lo femenino.

pretendo transmitir se aleja de la idea que en nuestro medio se pueda tener respecto del de *integridad física*, cuyo significado, a diferencia de aquél, no traspasa las fronteras de lo corporal (mental y físico) del ser humano como objeto de tutela ante eventuales agresiones no justificadas de terceros.

- 3 En inglés “*right to be let alone*”. La expresión, en nuestro contexto, corresponde a la del artículo 28 de la Constitución Política “*Nadie puede ser molestado en su persona o familia*”.
- 4 DRUCILLA CORNELL. “*Dismembered Selves and Wandering Wombs*”, en *Left Legalism/Left Critique*, WENDY BROWN y JANET HALLEY (eds.), DURNHAN y LONDON, Duke University Press, 2002. Esta autora fundamenta su relato sobre la fragilidad del concepto de individualismo en los escritos de JACQUES LACAN y la constitución del *yo*.
- 5 Sobre la teoría crítica de izquierda, *Left Legalism/Left Critique*.
- 6 Respecto de la inclusión de criterios religiosos en la negativa a reconocer el derecho al aborto, en la sentencia de la Corte Constitucional C-134/94, los magistrados llegaron a citar un aparte de la encíclica *Humanae Vitae* del papa PABLO VI, según la cual: “*si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y sus funciones*”.

La ideología clásica liberal, a pesar de esgrimir como bandera los derechos a la privacidad y al individualismo, impidió el pleno reconocimiento de lo que es una mujer⁷ e impuso una determinada concepción universal de lo que ella y su útero debían significar para la vida social⁸. 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 de toda cosa, y en la maternidad se expresa y realiza gran parte del destino femenino⁹.

El paradigma del individualismo impregnó el orden normativo y “naturalizó” figuras jurídicas como la imposibilidad de despenalizar el aborto. Los argumentos que constitucionalmente impiden en nuestro medio despenalizar en términos absolutos el aborto afirman no desconocer la autonomía o autodeterminación de la mujer, o que se ignore su derecho a la dignidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a su integridad física y moral, a su honor o intimidad personal y familiar, sino que todos estos derechos, en el caso del aborto, “deben ceder” a la protección del feto¹⁰.

El Derecho penal colombiano actual, que ha sido influenciado por la dogmática alemana en torno la ideología de protección de los bienes jurídicos de esencial valor para la sociedad como fundamento para su legitimación¹¹, no pudo, a mi juicio, haber resultado inmune a esa definición universalista originada en el pensamiento de la Ilustración.

-
- 7 CAROLE PATEMAN afirma: “la doctrina del contrato supone que hay un solo origen, convencional, del Derecho político; aún así, con la excepción de la teoría de HOBBS donde los dos sexos son descritos como naturalmente libres e iguales, los teóricos del contrato insisten en que el derecho del varón sobre la mujer tiene base natural. Sólo los varones tienen los atributos de “individuos” libres e iguales.(...) las mujeres nacen con sujeción *El contrato sexual*. México, Anthropos, 1995, p. 60.
- 8 Para la autora SEYLA BENHABIB, “*Las teorías morales universalistas de la tradición occidental desde HOBBS hasta RAWLS son sustitucionalistas en el sentido de que el universalismo que defienden es definido subrepticamente al identificar las experiencias de un grupo específico de sujetos como el caso paradigmático de los humanos como tales. Estos sujetos invariablemente son adultos blancos y varones, propietarios o al menos profesionales*”: “El otro generalizado y el otro concreto”, en S. BENHABIB y D. CORNELL (comps.). *Teoría feminista y Teoría crítica*. Valencia, Ediciones Alfons el Magnànim, 1990, p. 127.
- 9 “Infirmis sexos. La mujer en el imaginario penal”, de MARINA GRAZIOSI, p. 140. *En Identidad femenina y discurso jurídico*, Editorial Biblos, Universidad de Buenos Aires, 2000.
- 10 Mediante sentencia de constitucionalidad C-355-06, por medio de la cual se decidió la demanda de constitucionalidad contra los arts. 122, 123 (parcial) y 124, modificados por el art 14 de la Ley 890 de 2004 y el art 32, n.º 7, de la Ley 599 de 2004, respecto de la despenalización del aborto, la Corte consideró en todo caso 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.
- 11 Nuestro país, considerado dentro de la distinción centro-periferia como un “sitio de recepción” (DIEGO LÓPEZ MEDINA. *Teoría impura del Derecho, La transformación de la teoría jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004), ha organizado su sistema penal con fundamento en la remisión a las doctrinas que dominan el pensamiento hispánico-germánico como punto de partida de revalidación de la tradición jurídica colombiana. El saber científico se ha venido construyendo a partir de lo que LÓPEZ MEDINA denomina una “lectura enriquecida” del modelo dogmático continental-europeo, el cual ha conducido a una “transmutación” y no a una mera “transplantación” o una “mala lectura” del mismo, la cual, si

Los avances que, con insistencia, nuestra dogmática proclama en torno a una nueva visión del Derecho penal que pretende desterrar de sí aquel formalismo clásico en su estructuración y aplicación¹², resultan, sin embargo, desmentidos al momento de penalizar el aborto. La idea de la legítima escogencia por parte del legislador penal de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal (esto es, la protección imperiosa del feto frente a otros bienes propios de las mujeres pero que se consideran, desde un punto de vista valorativo, intrascendentes para el Derecho penal) parece no superar esa idea muy propia que el Derecho penal, desde sus orígenes, mantuvo en relación con la forma en que definió a la mujer.

El concepto de ponderación de bienes jurídicos termina así por excluir la visión propia de lo femenino con fundamento en una idea que se pretende inmodificable y positivizada por la Carta Fundamental y amparada por los tratados internacionales relativos a los derechos humanos. La ponderación de bienes que argumentó nuestra Corte Constitucional para destipificar el aborto en casos excepcionales (violación, malformaciones genéticas o grave peligro para la salud de la madre) demuestra cómo esa conceptualización que se ha construido veladamente sobre el carácter sacrosanto de la vida del feto no permitirá, si no se rearticula el derecho de la mujer a la maternidad, la destipificación de la figura.

Detrás de la construcción de pensamiento sobre el cual se eleva a herético el derecho del embrión a vivir, además de resultar adornado de componentes morales e incluso religiosos, subyace una interpretación masculina que subvalora el rol femenino y que, por lo mismo, torna en ilegítima la prohibición de abortar.

La lógica del valor metafísico de la vida del que está por nacer –particularmente relacionado con su carácter sagrado¹³– impone entonces, bajo esta lógica, que el Estado

bien recibe en el caso colombiano la “influencia” de los países centrales, ha generado un proceso relevante de transformación que, en palabras de MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, permite reconocer la existencia de un saber de enorme riqueza y originalidad, al punto de poder afirmar la existencia de un modelo dogmático del Derecho penal propio. Para este propósito tenemos, como punto de partida asumir que el modelo dogmático de la teoría del delito elaborado por la ciencia del Derecho penal alemana encaja perfectamente en lo que LÓPEZ MEDINA denomina una “teoría transnacional del Derecho”, en la medida en que ese modelo se exporta con pretensiones de validez universal y es asumido por la casi totalidad de la comunidad científica, en especial la iberoamericana: “Originalidad o dependencia en el pensamiento jurídico colombiano”, en *Dogmática y criminología, Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Bogotá, Legis, pp. 265 y ss.

12 Acá hago referencia a la superación de la dogmática jurídico penal desarrollada dentro de los rígidos límites impuestos por el positivismo jurídico de comienzos del siglo XX, según el cual la única tarea del jurista consistía en interpretar el Derecho positivo y desarrollar en un sistema cerrado, conforme a principios lógico-deductivos, los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios fundamentales y desterrando, en esta labor, cualquiera consideración de índole criminológica o político-criminal. CLAUS ROXIN. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Edit. Barcelona, Bosch, 1972.

13 Sentencia C-133 de 1994, que declaró exequible el art. 343 del decreto 100 de 1980, que tipificaba el aborto.

consagre normas que repriman y castiguen al aborto, al considerarlo “*un acto en sí mismo repudiable*” que jamás podría someterse a discusión frente a cualquier otro derecho¹⁴. Se da por sentado que la maternidad es una condición que “*dignifica y enaltece a la madre*”¹⁵.

El ansiado “*respeto debido a la integridad del organismo humano*”, proveniente del pensamiento de la ilustración abandona el concepto de mujer como ser sexuado, cuya resimbolización resulta esencial para contribuir a desterrar figuras penales que realmente no deben ser sujetas de control punitivo. Los postulados de igualdad que formula el liberalismo clásico describen al hombre y a la mujer sin relación alguna a su diferente sexualidad, y a la misma vez unifican la universalidad de esos postulados con la única idea del hombre como referencia para la creación del Derecho positivo¹⁶. La integridad del organismo humano es la integridad del hombre, que impide hoy en día darse cuenta de que a la mujer le corresponde también una ciudadanía plena que incluye la posibilidad característica de disponer o no de la maternidad sin restricción alguna por parte del control formal punitivo.

La intención de este ensayo es, entonces, abrir un camino teórico para replantear en nuestro medio normativo el derecho a la *integridad corporal*¹⁷, que impondrá una nueva significación de la diferencia sexual, devaluada por el Derecho penal moderno al criminalizar el aborto. Amparándose en la teoría del bien jurídico para legitimar su

14 Sentencia C-013 de 1997.

15 Como afirma JEAN L. COHEN, la experiencia del embarazo constituye un cambio fundamental en la organización corporal (*embodiment*) de la mujer, en los niveles físico, emocional y simbólico y, en consecuencia, en su identidad y en el sentido que pueda tener de sí misma. Un embarazo no deseado impone a la mujer una forma sumamente opresiva de corporeidad (*embodiment*), en la que se teme mucho perder el control sobre las funciones de su cuerpo y sobre el sentido de sí misma. Pero además le impone una nueva identidad no deseada, trascendiendo en mucho el malestar físico o la simple transformación de estilo de vida, con lo que, en palabras de COHEN, “*los adversarios de la libertad de elección consideran resume el problema no deseado*”.

16 La pretensión liberal de derivar derechos a partir de los seres humanos que supuestamente somos no resulta más que un falaz intento, pues no hay tales seres humanos en abstracto, sino que hay seres humanos, esto es, hombres y mujeres, situados históricamente, desplegando cada uno un papel, cuyo significado deriva de las tradiciones culturales propias de cada medio. CARLOS PEÑA GONZÁLEZ, Prólogo, *Género y Derecho*. ALDA FACIO y LORENA FRIES (eds), Colección Contraseña, Estudios de Género, serie Casandra, 1999, pp. 13 y s.

17 Debo hacer claridad: la estrategia retórica que pretendo emplear no comprende aquella posición que aboga por el derecho de las mujeres al aborto exclusivamente a partir de los términos feministas históricos, según los cuales “nuestros cuerpos nos pertenecen”. Mi punto de vista más bien comprende aquella vertiente que sostiene que el tema se debe tratar como un asunto relacionado con la construcción de la ciudadanía, y afirma la idea de que los Estados deben ser seculares y de que debe haber tanta libertad como sea posible, de manera que cada persona pueda ejercer su sexualidad o maternidad como quiera. Sobre este punto, entre otros, ARTURO ESCOBAR, SONIA E. ÁLVAREZ y EVELINA DAGNIGNO. *Política cultural y cultura política, Una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*, CLAUDIA MONTILLA V., 2001, Distribuidora y Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., CARMEN TORNARÍA, coordinadora nacional de Grupo Iniciativa Peking-Uruguay, Bogotá, Colombia. p. 355.

intervención, y en la vida como valor sagrado para castigar el “homicidio” del feto, el Derecho penal colombiano, en palabras de FERRAJOLI¹⁸, establece una referencia ontológica externa –*la pecaminosidad intrínseca del delito, que en este caso considero como un preámbulo para mantener una concepción infravalorada de la mujer*– que le resulta suficiente, tanto para la definición teórico-jurídica como para la justificación ético-política de la punición, sin que cumpla ninguna función de limitación o de deslegitimación del Derecho positivo.

Esta reconstrucción del concepto de *integridad corporal* supondrá que el Derecho penal actual recupere sus postulados y permita a la mujer actuar como plena ciudadana. La indivisión de este concepto impone reconocer la legitimidad del derecho de decidir o no continuar con un embarazo, sin que se pueda invocar como argumento en contra una desfigurada prelación de derechos, en la cual, en el caso del aborto, siempre prevalecerá la del feto, pues se le concibe ya como un ser autónomo.

Debo resaltar que la propuesta que acá presento, a diferencia de las críticas que en nuestro medio se han presentado constantemente contra la tipificación de esta conducta y que han abordado la discusión desde fuera del discurso teórico del Derecho penal¹⁹, se aborda a partir de exteriorizar las contradicciones internas que el propio Derecho penal actual deja entrever cuando fundamenta la figura típica del aborto. A partir de un estudio crítico desde el propio discurso dogmático penal considero que se puede concluir la ilegitimidad de este tipo penal sin que con ello, por supuesto, se quiera decir que se desconocen las pretensiones elevadas desde fuera para demandar, muy fundadamente, por su despenalización.

A fin de desarrollar los planteamientos expuestos en precedencia, dedicaré la primera parte a describir cómo la ideología del pensamiento liberal contagió al derecho penal clásico y moderno, ideología que, al mantener un concepto muy propio de la mujer, ha permitido, bajo una apariencia de legitimidad, mantener criminalizadas ciertas conductas –como el aborto–, que contrarían los postulados sobre los cuales se pretende justificar.

En la segunda parte me dedicaré a explicar cómo el Derecho penal actual no se ha podido desprender totalmente de la confusión entre Derecho y moral y Derecho y religión, situación que, en el caso del aborto, tiene como sustento la ideología patriarcal que siempre ha venido definiendo cómo se debe regular la conducta de la mujer y, por lo tanto, la irracionalidad que atribuye el Derecho penal a la acción de abortar. Igualmente mostraré cómo los intentos de la dogmática actual en torno a la teoría del bien jurídico, pese a su esfuerzo por legitimar la figura, tampoco resultan a mi juicio convincentes al momento de cuestionar la prohibición de abortar.

18 LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón*, Editorial Trotta, 1997.

19 Por ejemplo, aquellas que aclaman principalmente su descriminalización por razones de salud pública, en razón de las constantes muertes y afectaciones graves a la salud de mujeres que deben acudir a centros clandestinos que no tienen la capacidad profesional requerida para este tipo de intervenciones.

Finalmente, la tercera parte del escrito impondrá, como consecuencia, presentar una idea de reconstrucción de lo femenino para, a partir de allí, y del reconocimiento del derecho a la maternidad, entender que la acción de abortar no es ya una situación que deba concernir al Derecho penal, o no si, por lo menos, no se quiere deslegitimar sus propios postulados²⁰.

I. ILUSTRACIÓN, DERECHO PENAL Y MUJERES

1. Ilustración e ideología penal

La idea según la cual no hay una relación necesaria entre el Derecho y la moral proviene de los premisas del positivismo jurídico que reflejó el proceso de secularización del Derecho y de la moral, culminado al inicio de la edad moderna e iniciado por el pensamiento ilustrado²¹.

En el derecho penal, BECCARIA²² fue determinante en lo que se denominó el proceso de humanización, originado en las ideas contractualistas que igualmente fundamentaron el principio de legalidad de los delitos y las penas y la conveniencia de una política de prevención del crimen. Consideró, en su reconocida obra *De los delitos y las penas* (1764), que las penas debían ser proporcionales al daño social causado y rechazó su extrema crueldad y dureza²³.

En Alemania, FEUERBACH (1775-1833), seguidor del pensamiento de KANT y LOCKE, fue considerado el garante del liberalismo penal por su contribución a la profundización en la distinción entre moral y derecho. Afirmaba este autor, al tratar de legitimar el poder punitivo, que el ser humano, haciendo uso de su razón, podía reconocer cuál era su deber moral pero también podía reconocer cuál era el límite de su derecho a actuar de modo diferente a ese deber, pues de lo contrario tendería a desdibujarse la diferencia entre moral y Derecho²⁴.

20 Debo reconocer, en todo caso, que mi ubicación conceptual no supone desconocer los avances de la Ilustración en la construcción de la modernidad; supone, más bien, plantear una crítica dirigida a poner de presente esas sinrazones que dejaron por fuera a la mujer y deslegitimaron figuras como el aborto en el Derecho penal.

21 El proceso de secularización del Derecho penal se desarrolló en el siglo XVIII con las teorías iusnaturalistas de HOBBS, PUNFENDORF, GROCIO, THOMASIIUS, y alcanzó su pleno desarrollo con los Ilustrados franceses e italianos, así como con las doctrinas iuspositivistas de BENTHAM y AUSTIN. FERRAJOLI. Ob. cit., p. 214.

22 CÉSAR BECCARIA. *De los delitos y las penas*, Madrid, 1879.

23 BECCARIA hace alusión al infanticidio y propugna por la conviencia de sustituir su pena por medios preventivos. CESAR BECCARIA, “*De los Delitos y las Penas*”, cit., pp. 181 y ss.

24 ZAFFARONI, en *Derecho penal, Parte general*, p. 267.

Las tres corrientes fundamentales de la Ilustración: la racionalista de MONTESQUIEU, la iusnaturalista de PUFFENDORF y la utilitarista de BENTHAM, encarnaron así una reacción contra el Derecho y la jurisprudencia del *Anciene Régime* vigentes hasta finales del siglo XVIII. Se sublevaron contra un sistema cuyas leyes respondían a la sola idea de prevención general o intimidación y que tomaba al delincuente como mero “ejemplo” para los demás. Leyes vagas y atroces, procesos penales arbitrarios, secretos, inquisitoriales, basados en la confesión y en el tormento, conllevaron el establecimiento de los pilares de la escuela clásica liberal: legalismo, humanismo e individualismo²⁵.

Según lo sostiene LUIGI FERRAJOLI, la teoría de la separación entre la legitimación externa y la legitimación interna²⁶ constituyó el presupuesto teórico del modelo penal garantista que se reveló ante la crueldad en la imposición de las penas, que se creían justificadas por el respeto debido a Dios. A partir de allí comenzó a configurarse al derecho penal como un instrumento de defensa de los valores esenciales de la sociedad, que sólo debía emplearse contra ataques muy graves y de manera limitada por la ley.

Esta concepción Ilustrada del Derecho penal se fue imponiendo como criterio determinante para ser considerado como una ciencia racional orientada a las necesidades sociales.

De este modelo ideal se derivaron así relevantes consecuencias en la concepción del poder punitivo del Estado. Si la misión del Estado consiste en garantizar la coexistencia entre ciudadanos, entonces sólo podrá ser castigado aquel comportamiento que lesione derechos de otras personas, y no simplemente un comportamiento pecaminoso o inmoral. La pena sólo podrá imponerse en aquellos casos donde otros medios menos radicales no sean suficientes para combatir fenómenos de perturbación social. De allí la identificación del Derecho penal moderno con los principios de intervención mínima, de legalidad²⁷, culpabilidad o de prescripción de la responsabilidad objetiva.

Este nuevo pensamiento supuso que la legitimación política del Derecho únicamente pudiera fundarse en valores e intereses individuales o colectivos efectivamente tutelados por el Derecho y externos a él, y que la legitimación jurídica sólo pudiera basarse

25 ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal, Introducción*. Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 421.

26 Este autor afirma que de la legitimidad del Derecho penal se puede hablar en dos sentidos distintos: en el sentido de la *legitimación interna* que hace *relación* a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico y tiene que ver con su *validez*; y en el sentido de la *legitimación externa*, que hace referencia a principios normativos externos al Derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra jurídico, y tiene que ver con la *justicia*. *Ibíd.*, p. 213.

27 El sistema anglosajón, a diferencia del nuestro continental, sustituye el principio de legalidad de los delitos y las penas por el de la vinculación del juez al precedente judicial (*common law*) y al Derecho emanado del parlamento (*statute law*).

en la ley y principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad²⁸. Además de la estricta legalidad y jurisdiccionalidad, desde un punto de vista axiológico, para que el delito sea justificable (esto es, legítimo desde el punto de vista externo) no puede tener ya la misión de imponer una determinada moral, sino únicamente la de impedir actos que dañen a terceros. La pena tampoco podrá implicar sancionar para determinar la inmoralidad ni tender a modificar los patrones morales del condenado. El garantismo liberal tampoco sancionará ya por las simples intenciones, actos internos, pensamientos, inclinaciones o ánimos que se consideren perversos y que no atenten contra los demás.

En suma, la bandera revolucionaria del liberalismo pretendió ser la reivindicación total de la licitud de los actos internos y de un derecho natural a la inmoralidad. Si ello es así, resulta significativo, para los efectos que en este trabajo se exponen, recapacitar sobre cómo este renacer del Derecho penal realmente contribuyó a superar la visión de la mujer, pues acorde con los postulados que lo sustentan se supondría una modificación esencial en torno a la reivindicación de sus derechos, acorde con la autocalificación de esta rama del Derecho de constituirse como un instrumento de defensa de los valores esenciales de la sociedad y el cual sólo debe emplearse contra ataques muy graves y de manera limitada por la ley.

A fin de profundizar sobre ello, expondré seguidamente cómo, pese a los postulados de la Ilustración, se continuó manteniendo una concepción universal de lo que se supone debía ser la mujer y su papel en la sociedad. La mujer continuó siendo descrita como lo que no es y como lo que quiere ser, en la medida en que su identidad siguió siendo definida en función del *otro* que la define.

2. La ideología²⁹ penal en relación con las mujeres

De manera paralela a la trascendente concepción de las instituciones jurídicas e ideas políticas en la estructura del pensamiento liberal, permanecía inmodificable la formulación dual o de pares opuestos que definía, y define aún hoy, conceptos como los de racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular, en los cuales el primer término de cada par (racional, objetivo, poder, etc.) se

28 FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, cit.

29 FACIO y FRIES consideran una ideología como “un sistema coherente de creencias que orientan a las personas hacia una manera concreta de entender y valorar el mundo; proporciona una base para la evaluación de conductas y otros fenómenos sociales; y sugiere respuestas de comportamiento adecuadas. Una ideología sexual sería, entonces, un sistema de creencias que no sólo explica las relaciones y diferencias entre hombres y mujeres, sino que toma a uno de los sexos como parámetro de lo humano. Basándose en este parámetro, el sistema especifica derechos y responsabilidades, así como restricciones y recompensas, diferentes e inevitablemente desiguales en perjuicio del sexo que es entendido como diferente al modelo. Además, el sistema justifica las reacciones negativas ante quienes no se conforman, asegurándose así el mantenimiento del *statu quo*”, cit., p. 23.

considerará como de mayor jerarquía y estimación, y por ende se le relacionará con lo masculino, lo público: y al término opuesto (esto es, irracional, sentimiento, pasivo, emoción) se le considerará como negativo, inferior o inconveniente y, por tanto, se le relacionará con el lado femenino, lo privado³⁰.

La distinción entre lo público y lo privado opera así como un velo ideológico en el pensamiento liberal: los procesos de mercado, administración burocrática y la producción capitalista constituyeron el espacio de lo calculable y de lo racional, mientras que la esfera de la familia constituiría el espacio de la emoción, del cariño y de la sexualidad. Esta distinción, pese a ser considerada por la tradición liberal como un valioso instrumento para la protección del individuo, no permite advertir que espacios como la familia son, también, espacios de poder y de lo calculable, y que en el mercado y la administración burocrática se infiltran también la emoción y el erotismo³¹.

Tal distracción ideológica esconde la permanente idea de subordinación de la mujer, y por supuesto de otros sectores marginados de la sociedad, que permite mantener una específica forma de ejercicio de poder reflejado en otras múltiples esferas, entre ellas, por supuesto, la del Derecho penal.

En efecto, la evolución del pensamiento penal, no obstante sus avances en torno a la aparente separación entre Derecho y moral, continuó, respecto de la mujer, manteniendo la misma estructura de pensamiento y de allí la dificultad en aceptar hoy en día la coexistencia de valores diferentes a los normalmente aceptados en el régimen constitucional y legal.

La historia de libertad narrada por la Ilustración proclamó en el mismo plano la igualdad y libertad de los sexos pero concedió un contenido diferente a los derechos que se desprendían de tales postulados. Los atributos de “*individuos*” libres e iguales sólo fueron reconocidos en términos reales a los hombres; las mujeres permanecieron en la historia a través de su sujeción al varón, aceptando su muerte civil a cambio de manutención y protección³².

Las mujeres formaron su historia a través de la simbolización e idealización de su papel como señoras del hogar, caracterizadas por su irracionalidad y alabadas por su sensibilidad y carácter protector³³. A partir de allí, tuvo lugar la concepción de deter-

30 Sobre la sexualización de los dualismos, entre otros, FRANCES OLSEN. “El sexo en el Derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, y Editorial Biblos, 2000, p. 25.

31 CARLOS PEÑA GONZÁLEZ. Prólogo. *Género y Derecho*. Cit., pp. 13 y ss.

32 Desde una óptica feminista, uno de los aportes más significativos en torno a los orígenes de la democracia moderna es el de CAROLE PATEMAN, *El contrato sexual*, Anthropos, Editorial del Hombre, México, 1995.

33 A manera de ilustración, lo siguiente era lo que afirmaba un doctrinante del derecho penal en el año

minados tipos penales como el uxoricidio, que jurídicamente se expresaba en la no penalización del hombre que mataba pretendiendo mantener limpio su honor afectado por el comportamiento deshonesto y antinatural de su mujer.

Nuestro Código Penal de 1890³⁴, por ejemplo, en su artículo 642, reducía casi hasta su eliminación la pena para cuando el aborto lo practicaba “una mujer honrada y de buena fama anterior”, cuyo único móvil era el de “encubrir su fragilidad”³⁵. Por su parte, el artículo 640 de ese mismo Código eximía de toda pena a quien practicara el aborto como medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer; sin embargo, en este caso, disponía la normatividad: “No por eso debe creerse que la ley aconseje el empleo de esos medios que generalmente son condenados por la Iglesia, únicamente se limita a eximir de pena al que, con rectitud y pureza de intenciones, se cree autorizado para ocurrir a dichos medios”. Por su parte, el Código de 1936 permitía el aborto para salvar el honor³⁶, honor, claro, descrito a partir de la definición masculina, que suponía que CONCEPTOS como la virilidad y la capacidad de mantener pautas de conducta sobre el proceder sexual de las mujeres a su cargo se le “salieran de las manos”³⁷.

1972, respecto del derecho y el sexo: “La diferencia fisiológica entre los dos sexos tiene también consecuencias en Derecho penal. Sin embargo, esta discriminación tiene una finalidad protectora de la mujer. La anhelada igualdad de los sexos no existe en el Derecho penal. No obstante, esa desigualdad penal no ha sido objeto de protestas por parte de las entusiastas feministas. Tradicionalmente se ha pensado que la libertad, el honor, el pudor, la honestidad, la moral o cualquiera otro valor similar, merece mayor protección en la mujer que en el varón. Por razones genéticas, fisiológicas, culturales, religiosas, ambientales, se ha entendido que el acto sexual puede tener mayores repercusiones en el sexo débil que en el hombre”. LISANDRO MARTÍNEZ, *Derecho penal sexual*, t. 1, Editorial Temis, Bogotá, 1972, p. 11.

34 Que a su vez era fiel copia del Código de Santander de 1837.

35 El Código Penal peruano de 1836 establecía igualmente: “la mujer embarazada que para abortar emplea sabiendas alguno de los medios expresados y aborte efectivamente, sufrirá una reclusión de uno a dos años; pero si fuere soltera no corrompida y de buena fama anterior, y resultare a juicio de los jueces que el único y principal móvil de la acción, fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá de uno a dos años de arresto”.

36 El artículo 389 del Código de 1936 decía: “Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial”.

37 FRANCESCO CARRARA, en su *Programa de Derecho criminal, Parte especial*, editorial Temis, Bogotá, 1973, p. 333, decía, aludiendo al feticidio (hoy aborto): “La tiranía de las pasiones y el choque de las condiciones sociales exigen a veces que la mujer sienta odio a lo que debería excitarla a suma alegría, es decir, a ser madre. A destruir anticipadamente en sus propias entrañas el don de la Providencia, fueron impulsadas las mujeres en todas las épocas, por distintas causas, la más frecuente de las cuales consiste en el anhelo de esconder una falta, y esta es la más excusable, pero no la única, pues la historia nos enseña muy a menudo que indiferentemente son llevadas a estos excesos, o por la molestia de la crianza de los hijos, o por contrariar a un marido a quien no se ama, o por evitar los dolores y peligros del parto, y hasta (y parece increíble) con el único fin de no afeear el vientre hermoso con arrugas precoces”.

Pese a los aparentes esfuerzos del Iluminismo por eliminar cualquier vestigio de carácter religioso en el Derecho penal, así como por rebelarse frente a la dureza de las penas que se venían imponiendo, la doctrina católica continuó influyendo poderosamente en las legislaciones laicas³⁸. La atenuación que progresivamente, a partir del siglo XIX, los códigos penales otorgaron a las penas no se contrastó con la permanencia en las ideas de carácter religioso y moral con que la Iglesia bautizó estas conductas³⁹.

Suprimir el castigo para el delito de aborto suponía en nuestro medio *“un gran número de mujeres de escasa moralidad, no tuvieran el menor inconveniente en someterse a tratamientos abortivos, proporcionados especialmente por personas de escasa preparación en tales materias. La libertad de abortar traería como consecuencia el que no solamente acudieran a él las preñadas solteras, sino también muchas casadas que hoy se abstienen de destruir el fruto de la concepción por temor a la pena y a la publicidad que da el juicio penal. La mujer no se respetaría ya y podría entregarse libremente a una libertad sexual desordenada. Si la mujer llegare a tener libertad absoluta para el aborto, las casadas podrían perder todo temor a uniones sexuales extramatrimoniales, o a los hijos ilegítimos, pues éstos serían evitados, sin temor a una sanción”*⁴⁰.

La sociedad colombiana del siglo XIX y hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX fue guiada por códigos sociales de honor. Sólo así se explican figuras como la no penalización del hombre que mataba pretendiendo mantener limpio su honor, afectado por el comportamiento deshonesto de su mujer⁴¹.

La idea que expreso a continuación es que la concepción del pacto social y la exclusión en él de las mujeres como plenas ciudadanas irradió a todo el sistema jurídico y consecuentemente al Derecho penal, que continuó manteniendo un discurso que se pretende legítimo a la luz de una superada concepción del antiguo Derecho que abiertamente mezclaba conceptos morales religiosos, y con ello arrastraba una discriminación hacia los sectores menos privilegiados de la comunidad, entre éstos, por su puesto, la mujer con su verdadera identidad⁴².

38 CÉSAR BECCARIA. *De los delitos y las penas*, Madrid, 1879, pp. 181 y ss, hace alusión al infanticidio y propugna por la conveniencia de sustituir su pena por medios preventivos.

39 SEGUNDO MARIANO MONTOYA CALLE. *Impunidad del aborto frente a la eugenesia y al honor*, Editorial Rao. Perú, 2004, p. 139: *“La doctrina de la Iglesia se ha concretado al fin en la famosa Encíclica de Pío XI Casti connubii del 31 de diciembre de 1930 en la que se reprueba toda especie de aborto, negándose incluso a la mujer amenazada en su propia vida el derecho de sacrificar al feto para huir de la inminencia de la muerte”*.

40 MARTÍNEZ LISANDRO, Ob.cit., pp. 264 y s.

41 MYRIAM JIMENO, *Crimen pasional, Contribución a una antropología de las emociones*, Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 97.

42 El Derecho no opera en forma neutral, ahistórica, o independientemente de las relaciones de poder que subyacen en la sociedad. Detrás del discurso que aparece como neutral, se han escondido verdades que han ayudado a mantener las jerarquías de poder o las formas desiguales en que las sociedades han estado organizadas en términos de clase, raza, etnia y género, entre otros.

3. Mujer y pacto social

El pensamiento político ilustrado va a elaborar la teoría del contractualismo como la única justificación posible de la existencia de un Estado o cuerpo político que pueda obligar al hombre libre. Esa libertad e igualdad de los individuos que suscribieron el pacto supuso la idea universalista, irreversible e irrenunciable, consistente en que el poder político garantizaría a todos los ciudadanos por igual sus derechos y libertades.

Sin embargo, y sin que sea objeto del presente estudio profundizar sobre las diferencias conceptuales entre los diferentes autores contractualistas, lo que se puede afirmar es que los conceptos de igualdad y libertad que fundamentaron la constitución del Estado fueron identificados únicamente a partir de un grupo específico de personas: adultos, blancos, varones y propietarios⁴³. La mujer no intervino activamente en el acuerdo entre racionales. Al ser identificada como el otro no racional, quedó excluida del proceso de constitución del orden político, jurídico y social, salvo en cuanto guardiana del hogar, los sentimientos y la familia.

CAROLE PATEMAN, en *The Sexual Contract* (1995)⁴⁴, afirma que la doctrina del contrato supone que hay un solo origen, convencional, del Derecho político; aún así, con la excepción de la teoría de HOBBS donde los dos sexos son descritos como naturalmente libres e iguales, los teóricos del contrato insisten en que el derecho del varón sobre la mujer tiene base natural. Sólo los varones tienen los atributos de “individuos” libres e iguales, las mujeres nacen con sujeción.

PATEMAN acusa a los teóricos contractualistas de silenciar un aspecto del pacto original⁴⁵, cual fue el que otorgó al hombre el poder sobre la mujer, y que es lo que la autora denomina el *contrato sexual*. Según PATEMAN, el pacto original creó a la vez la familia y la sociedad, pero sus historias fueron distintas, pues el contrato social es una historia de libertad y el contrato sexual una historia de sujeción de la mujer al varón, aceptando su sumisión y su muerte civil a cambio de manutención y protección⁴⁶.

El pacto social tuvo como objeto exclusivamente el dominio de los asuntos públicos –que se supone que son los que tienen trascendencia política–⁴⁷. La esfera de lo privado-familiar, y por supuesto la mujer como su principal protagonista, “*permanece*

43 BENHABITR S. y D. CORNELL (comps.). “*El otro generalizado y el otro concreto*”, en *Teoría feminista y Teoría crítica*, Valencia, Ediciones Alfons el Magnànim, 1990, p. 127.

44 CAROLE PATEMAN, *El contrato sexual*. Anthropos, Editorial del Hombre, México, 1995, cit., p. 60.

45 LOCKE, ROSSEAU y MILL parten de la distinción entre las actividades y competencias de lo público y de lo privado, del hombre y de la mujer “*como si se tratara del marco límite que no se debe traspasar en la elaboración de un pensamiento político coherente*”. CRISTINA MOLINA PETTI. *Dialéctica feminista de la Ilustración*, Anthropos, Editorial del Hombre, Comunidad de Madrid, 1994, p. 39.

46 CAROLE PATEMAN. *The Sexual Contract*, Stranford, CA, Stanford University Press, 1988, p. 1.

47 *Dialéctica feminista de la Ilustración*. cit., p. 36.

*regida por una suerte de ley divina o natural y atada al antiguo derecho sacro*⁴⁸. Dice PATEMAN que los hombres pactaron el dominio de las mujeres, sobre las mujeres, antes de pactar el dominio entre libres e iguales. El contrato sexual –el que firman los hombres entre sí para excluir a las mujeres– es previo al contrato social y garantiza la exclusión de las mujeres de la convención social (ellas no son libres e iguales) y, por tanto, de la esfera de lo público. La historia del contrato sexual, continúa PATEMAN, ayuda a entender cómo en la sociedad están garantizadas tanto la libertad de los hombres como la sujeción de las mujeres. Los hombres, por naturaleza libres e iguales, han de consentir el gobierno de otros, pactan el gobierno de unos sobre todos, y las mujeres, por naturaleza, están sometidas a los hombres.

Para ANDREA DWORKIN, la mujer, aceptando la domesticidad que le ofrecen unos hombres, queda protegida de la violencia de los otros hombres. Para esta autora, la mujer que entiende y acepta este discurso pacta implícitamente su permanencia en lo privado, aun reconociendo la carga de inconvenientes y frustraciones que ello puede acarrear, a cambio de seguridad y tranquilidad⁴⁹.

Se ha de entender que los hombres en la esfera pública son libres e iguales. Son considerados individuos, ciudadanos, titulares de derechos y libertades. Esta esfera pública se rige por normas generales y abstractas, principios universales que se aplican a todos por igual y de un modo imparcial. En la esfera de lo privado, donde permanecen las mujeres⁵⁰, las normas ya no son generales ni abstractas, no hay ciudadanía, ni derechos, no hay razón, ni legalidad, ni igualdad.

La adscripción a la “esfera privada” en el reino de lo doméstico es así el mecanismo por el que en la tradición ilustrada y en la ideología liberal se opera el distanciamiento de la mujer de las promesas ilustradas: “*fuera de lo ‘público’ no hay razón ni ciudadanía, ni igualdad, ni legalidad, ni reconocimiento de otros*”⁵¹.

La posición de subordinación de la mujer resulta evidente a partir del pensamiento de ROUSSEAU, cuando afirma que la autoridad del padre está establecida por naturaleza –no por contrato– y que por lo mismo no puede ser compartida con la madre, porque “*es necesario que el gobierno sea único y que en caso de división de opiniones, haya*

48 *Ibíd.*, p. 36

49 ANDREA DWORKIN. *Right-Wing Women*, Nueva York, Perigee Books, 1983, pp. 22-23.

50 MOLINA PETTI explica cómo ROUSSEAU, con el fin de explicitar la diferencia entre *el hombre* y el ciudadano, acude en *el Emilio* a la anécdota de la madre lacedemonia que relata PLUTARCO: la mujer debe moverse en todo momento por sentimientos naturales con vistas al bien particular de lo suyo, que es en la esfera familiar, y nunca por los dictados del interés general que es lo que define al ciudadano. La mujer de ROUSSEAU pertenece a la esfera privada de los “sentimientos naturales” y es definida por ella: *Dialéctica feminista de la ilustración*, cit., p. 80.

51 *Ibíd.*, p. 22.

*una voz preponderante que decida*⁵², y que por supuesto es la del padre. Las reglas que rigen la sociedad civil no tienen nada que ver con las reglas que ROUSSEAU propone para la familia, “*cómo podría el gobierno del Estado asemejarse al de la familia, siendo tan diferentes sus fundamentos respectivos? Por ser el padre físicamente más fuerte que sus hijos (.) el poder paterno parece, con razón, establecido por naturaleza*”⁵³.

Las mujeres no están, sin embargo, totalmente excluidas de la sociedad. Su participación se entiende en tanto seres sexuados destinados a la procreación, garantes del orden privado sobre el que se asienta el público. Gracias al contrato sexual, afirma PATEMAN, los hombres pueden “salir” a la esfera de lo público, en la medida en que sus necesidades básicas (afectivas, de cuidado, nutrición, higiene) están cubiertas por el “trabajo” de las mujeres en lo doméstico. El contrato sexual es la condición de posibilidad del contrato social y también una condición de posibilidad para la construcción del trabajador como individuo que tiene una mujer detrás de él, que se ocupa de liberarle de sus necesidades cotidianas y de permitirle seguir trabajando y “manteniendo” a la familia.

En suma, a partir de la consideración de la mujer como “naturaleza”⁵⁴ y de su limitación a lo privado-doméstico se podría afirmar que nunca llegó, por voluntad propia, a alcanzar de manera real la “segunda naturaleza” social civil reservada al hombre, pues su identidad fue definida por los hombres y forzada a desempeñar un papel impuesto por el hombre y para el hombre.

3.1. La razón patriarcal⁵⁵ de la Ilustración

Las formas de legitimación del ejercicio del poder político, basadas en el nacimiento y la tradición, sustento del Antiguo Régimen, se desmoronaban bajo el peso de los acontecimientos. La Reforma protestante, la Revolución inglesa, las guerras de religión, la

52 J.J. ROUSSEAU. *Discurso sobre la economía política*, p. 4.

53 *Ibíd.*

54 El siguiente fragmento del texto del Emilio, de ROUSSEAU, es significativo en este aspecto: Así como Emilio es hombre, SOFÍA debe ser mujer; quiero decir que ha de tener todo cuanto conviene a la constitución de su sexo y su especie para ocupar su puesto en el orden físico y moral. Empecemos, por tanto, examinando las diferencias y conformidades de su sexo y el nuestro. (ROUSSEAU, 1955: p. 246).

55 El término patriarcado que incorporó KATE MILLET (*Sexual Politics*, Nueva York, Doubleday and Co, 1970) a la teoría feminista en 1960 significa el poder legal, personal y político que ejerce el hombre sobre la mujer. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como lo puntualiza ROSALIND COWARD, que la universalidad del patriarcado se debe predicar con mucha cautela, pues no ha sido igual la forma de control masculino en todas las culturas (ROSALIND COWARD. *Patriarcal Precedents. Sexuality and Social Relations*. London, Routledge and Kegan Paul, 1983, p. 271). No es este un concepto cuyo origen haya sido necesariamente un aporte de las teorías feministas. ENGELS y WEBER lo mencionaron, refiriéndose el primero en su obra *Estado, familia y propiedad privada* como al sistema de dominación más antiguo, coincidiendo ambos autores en que hace relación con un sistema de poder y por tanto de dominio del hombre sobre la mujer. Las teorías feministas, sin embargo, como lo explican ALDA FACIO y LORENA FRIES. *Feminismo, género y patriarcado*. cit., han sido las que han actualizado el concepto, dejado de lado por los científicos sociales.

férrea defensa de los privilegios de la nobleza en Francia, contribuyeron a generar un clima político e intelectual que favoreció el contractualismo como pretensión de abolir el orden presente e instituir otro sobre bases más sólidas.

La teoría del contrato fue la teoría emancipatoria por excelencia: prometía la libertad individual como principio de la era moderna. La subordinación del dominio civil sólo podía provenir del consentimiento, no ya de argumentos divinos o de la fuerza del uno sobre el otro.

Bajo la aparente universal y sexualmente neutra categoría de “hombre” se pretendió subsumir a los seres femeninos. En términos abstractos, la mujer parecería en pie de igualdad frente al hombre; sin embargo, en términos concretos, en su vida cotidiana siguió siendo no libre y no igual porque su vida siguió siendo definida como domesticidad –pues nunca accedió voluntariamente al pacto social–, y sin posibilidad de trascender de esta definición dentro del propio sistema liberal: su domesticidad, se reitera, es precisamente la condición de posibilidad para que el hombre acceda a lo privado como “lo propio” y a lo público como social⁵⁶.

Afirma CRISTINA MOLINA PETTI que la razón patriarcal de la Ilustración es “antiilustrada” en tanto que “antiuniversalista”. Ello, por cuanto la mujer fue excluida del pacto social que fundamentó las teorías emancipatorias de la Ilustración. La Ilustración no cumplió sus promesas, la razón no es la razón universal, la mujer quedó fuera como aquél sector que *las luces no quieren iluminar*⁵⁷.

La mujer continuó, así, siendo definida como la pasión, la naturaleza, el “refugio fantasmático de lo originario”⁵⁸, previo al ámbito de lo social-civil. La premisa biológica, tomada como punto de partida para derivar los roles que se le han asignado ideológicamente al sexo femenino, aparece clara en el pensamiento de ROUSSEAU cuando afirma que la mujer es pasiva y dócil porque así lo es “naturalmente” en su relación sexual, pero al propio tiempo defiende que a la niña hay que enseñarle –es decir, ya no es “natural”– la pasividad y sumisión como ideal de feminidad.

Esta designación de la “naturaleza” de la mujer y la premisa que se constituyó a partir de allí para suponer su incapacidad para desempeñarse en la esfera pública caracterizaron por tanto al periodo ilustrado. Por ello, la crítica feminista censura la trampa que esconde el ideal abstracto de ciudadanía, construido “a la medida justa de quienes ‘casualmente’ participaron en su definición”⁵⁹, y por ello pretende reivindicar la

56 MOLINA PETTI. *Dialéctica feminista de la Ilustración*, cit., p. 112.

57 *Ibíd.* p. 20.

58 MARÍA DEL CARMEN IGLESIAS, *El pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Alianza 1984, p. 338.

59 DIANA MAFIA. *Socialismo y Liberalismo en la teoría política contemporánea*, Argentina, p. 175.

razón para la mujer a través de una revisión de la historia del pensamiento que busque corregir esas visiones parciales⁶⁰.

A partir, entonces, de esta definición de la mujer, el Derecho penal ilustrado fundó sus premisas en torno a cómo debía mantenerla, a través de este medio de control formal y sujeta bajo la amenaza de una pena, a unos condicionamientos de conducta sobre su sexualidad y forma de expresarla.

El proceso de codificación que se desarrolló durante el siglo XVIII en el Derecho penal –al igual que en el civil– constituyó un fiel reflejo de la abstracción universal asumida por el liberalismo, el cual, pese a las formas de organización social entre hombres y mujeres –constituidas sobre la base de roles claramente asignados a cada uno (mujer-privado-inferior, hombre-público-superior)– puso de manifiesto, en palabras de LORENA FRIES y VERÓNICA MATUS, que “*la abstracción de sujeto único y su supuesta neutralidad se constituye desde la mirada masculina. Por lo tanto, el principio de economía con que se argumenta la creación de sujeto único de parte de los juristas, hizo del varón el parámetro de lo humano en materia de ciudadanía y de relaciones jurídicas en las esferas pública y privada*”⁶¹.

En las líneas que siguen expondré cómo esa manera en la que el Derecho continuó manteniendo una concepción sobre la mujer y el rol único en el cual podía válidamente desempeñarse, contagió no sólo al Derecho penal liberal sino al Derecho penal moderno, el cual teóricamente supuso un avance en la legitimidad del control formal punitivo⁶² –en cuanto irrumpido por valoraciones finalísticas derivadas de pautas supraleales de valoración positiva–, mas no en cuanto se trata de regular la conducta de las mujeres.

60 Sin embargo, en este sentido CRISTINA PETTI se cuestiona sobre la tensión por la que el feminismo forcejea con la razón ilustrada: “*trata de exprimirla su yugo emancipatorio para realizar la vocación universalizadora a la que no puede renunciar sin traicionarse a sí misma: se puede luchar contra el patriarcado con las armas de la Ilustración? Acaso no es ella misma un constructo pasional?*” *Dialéctica feminista de la Ilustración*, cit.

61 LORENA FRIES y VERÓNICA MATUS, *Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del Derecho patriarcal*, en *Género y Derecho*, ALDA FACIO y LORENA FRIES (eds.), Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, Santiago de Chile, 1999, p. 155.

62 En palabras de JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, el Derecho penal actual discurre por caminos esencialmente valorativos y cada proposición suya se articula a partir de posiciones politicocriminales en torno a la pena, el error relevante e incluso la misión del Derecho penal, o bien se articula en el contexto de las normas, principios y valores de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos: *Derecho penal liberal de hoy, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 53.

II. DEL DERECHO PENAL LIBERAL AL DERECHO PENAL DE HOY. ¿CONTINUIDAD DE LA MUJER EN EL ÁMBITO DE LO PRIVADO?

La revolución del pensamiento liberal entró en crisis en el siglo XIX con la consolidación del Estado liberal y con la paralela conversión conservadora de la cultura jurídica liberal. Esta situación resultó más visible en el Derecho penal, quizá por ser en esta rama más estrecha la relación entre moral y Derecho y más difícil de delimitar los conceptos de dañosidad social y moralidad de la sociedad.

Se pretendió atribuir un carácter vehemente al Derecho penal como, en palabras de FERRAJOLI, “brazo secular de la moralidad media de los ciudadanos”, y se excluyó la aceptación de cualquier punto de vista axiológico externo como parámetro de reflexión política acerca del Derecho penal. El Derecho penal positivo vigente en los ordenamientos codificados se reafirmó como único Derecho existente, el cual no hay que justificar pero tampoco es posible deslegitimar.

El problema de la justificación, es decir, de los límites y fundamentos morales y políticos del Derecho penal, fue del todo descartado. Ya no resultó determinante, dada la confusión entre las esferas del Derecho y la moral, cuestionar desde un punto de vista externo qué es justo castigar y qué es lo justo de prohibir; a más de ello, “*Se establece una referencia ontológica externa, como por ejemplo la pecaminosidad intrínseca del delito, y se le concibe como suficiente para la definición teórico-jurídica como para la justificación ético-política de su punición, sin que cumpla de hecho ninguna función de limitación o de deslegitimación del Derecho positivo*”.

El resultado de ello es lo que FERRAJOLI denomina un *legalismo ético* —es decir, una adhesión moral y política a los valores e intereses protegidos por el Derecho positivo— o un *constitucionalismo ético*, consistente en la sacralización de los valores constitucionales en cuanto tales, absolutizados e interiorizados como específica jurídica progresista⁶³. Piénsese en la figura de la “peligrosidad social” producida bajo el influjo de la Escuela Positivista, o en la gran cantidad de legislación de policía producida en Europa tras la mitad del siglo XIX, que supuso una expansión del Derecho penal mucho más allá de los límites garantistas de la determinación del hecho, de su lesividad y materialidad, y de la culpabilidad de su autor.

El avance del pensamiento penal persistió en todo caso en la idea de limitar la esfera de las prohibiciones penales sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. El intento de superar el abuso utilitarista del Derecho penal al servicio de fines nacionalsocialistas que se produjo en la época nazi supuso volver a retomar el modelo del contrato social de la Ilustración. El pacto social, una vez traducido a pacto consti-

63 *Ibid.*, p. 231.

tucional, dejó de ser una hipótesis filosófico-política para convertirse en un conjunto de normas positivas que obligan recíprocamente al Estado y al ciudadano.

La ley penal deberá dirigirse, entonces, a prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por esos efectos lesivos y sólo así se podrá justificar el coste de las penas y prohibiciones. El principio axiológico de separación entre Derecho y moral impedirá la prohibición de comportamientos meramente inmorales o peligrosos e impondrá, en atención a los principios de la *autonomía* y la tolerancia, el respeto jurídico de todo comportamiento no lesivo para terceros.

Se hablará así del principio de necesidad como primer límite para la intervención punitiva, el cual, por su intrínseca gravedad, impone la pena sólo para casos irremediables. El pensamiento liberal clásico fundamentó las prohibiciones y los castigos en la necesidad única de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales consideró como bandera del rompimiento del pensamiento pre-ilustrado.

Por imponerlo así la secularización del Derecho y su separación de la moral, la concepción utilitarista de la necesidad penal impuso, como segundo límite para la intervención punitiva, la tutela de bienes fundamentales no garantizables de otro modo. Este es el principio de lesividad que supone que sólo las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes. La necesaria lesividad del resultado condiciona toda justificación utilitarista del Derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Los términos “lesión”, “daño” y “bien jurídico” son, por tanto, valorativos.

El ciudadano será únicamente responsable por su actuar visible pero inmune en su ser a límites y controles; debe protegerse su *libertad interior* como presupuesto de su vida moral y de su *libertad exterior*, y se debe respetar a la *persona humana* “y tutelar su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla”⁶⁴. Se heredó del pensamiento ilustrado la idea de sustraer de la criminalización la *interioridad* de la persona, es decir su alma o su personalidad física.

Los Estados constitucionales modernos incorporaron a gran parte de su Derecho positivo valores de justicia elaborados por las teorías contractualistas y utilitaristas de los derechos naturales. Principios como los de igualdad, inviolabilidad de la persona humana, las garantías penales y procesales se consagraron ya como principios fundamentales que sirvieron como base filosófica del Derecho penal moderno.

64 *Ibíd.*, p. 481.

La protección al individuo y al libre desenvolvimiento de su personalidad fueron determinantes para el Derecho penal moderno, que no castigará conductas que supongan una intromisión dañina en la esfera jurídica ajena. De allí el destierro que la mayoría de las legislaciones penales hicieron de conductas como el proxenetismo, la homosexualidad o la pornografía de adultos. Igualmente podría pensarse en la destipificación de la tentativa de suicidio en donde el Derecho penal considera que “*es el carácter inhumano de una pena para el infeliz que enfrentando los instintos más primarios de supervivencia, decide quitarse la vida*”⁶⁵.

El Derecho penal moderno resaltaré, como limitación, la producción de *leyes penales constitutivas*⁶⁶, que son aquellas que no prohíben actuar sino ser. Como ejemplo de ellas se puede citar aquellas que castigaban la condición de bruja. Sin embargo, se ha dicho que la condición de bruja ha sido reemplazada por aquellos que nunca han logrado alcanzar la igualdad de trato: “*Una y otra vez el lugar de las brujas ha sido ocupado por los herejes, los judíos, los infieles, y, en la época moderna, por las clases y sujetos peligrosos, por ociosos y vagabundos, por los proclives a delinquir y los dedicados a tráfico ilícitos, por los enemigos del pueblo y los subversivos, por camorristas y mafiosos o por otros tipos de autor o de delincuente*”⁶⁷.

En todo caso, para esta línea de pensamiento, el Derecho penal ha supuestamente superado aquella confusión entre moral y Derecho, y se insiste en que la tipificación de conductas como el aborto en nada suponen un sustrato ético o moral⁶⁸. Así lo advirtió la Corte Constitucional en su sentencia C-355 de 2006, al exponer que la penalización del aborto no puede ser considerada una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales.

Pese a tales argumentaciones, no se puede dejar de advertir que las teorías del Derecho contemporáneo continúan en cierta medida manteniendo una confusión entre Derecho y moral que, en palabras de FERRAJOLI, sirve para “*ocultar la ilegitimidad jurídica latente de los ordenamientos positivos*”⁶⁹. Se presenta una confusión entre validez y vigencia en el Estado constitucional de Derecho, que incorpora el *deber ser* en forma de garantías jurídicas.

65 LUIS FERNANDO TOCORA, *Derecho penal especial, Delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico, delitos sexuales*, 10ª ed., Librería ediciones El Profesional 2004.

66 De acuerdo con la filosofía analítica, las normas pueden ser *regulativas* o *constitutivas*. Las primeras regulan un comportamiento, clasificándolo deónticamente como permitido, prohibido u obligatorio, y condicionan a su comisión los efectos jurídicos que preveen. Las segundas establecen inmediatamente, sin la mediación de comportamientos, efectos jurídicos.

67 FERRAJOLI. *Derecho y razón*. Ob cit., p. 504.

68 CLAUS ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción FRANCISCO MUÑOZ CONDE y DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA. Universidad de Sevilla, 1981.

69 *Ibíd.*, p. 361. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit.

La adecuación a determinados criterios morales y la pregunta de si ello otorga legitimidad al Derecho penal parecería ser entonces una cuestión primordial por resolver hoy.

1. El bien jurídico, bandera del Derecho penal moderno

A pesar de la pretensión teórica según la cual la existencia del delito se corresponde con la dirección política que el Estado pretende impartir a los ciudadanos –con fundamento en los valores que actualmente considera realmente fundamentales para una convivencia pacífica de la sociedad⁷⁰– surge el interrogante de si el concepto de bien jurídico no responde en realidad a la interpretación del Derecho vigente sino que muchos tipos penales, en este caso el aborto, contienen factores que, por la misma laxitud del concepto, resultan disimulados bajo una concepción aparentemente transparente y resguardada por la dogmática penal moderna.

La dogmática penal parte de la idea de que el Derecho punitivo moderno funda su legitimidad en el concepto del bien jurídico, el cual se deriva de aquellos valores previstos en las constituciones y cuya vulneración impone la criminalización de una determinada conducta⁷¹. Este es el límite y referente único que hoy en día da cabida en nuestro Derecho penal a la intervención punitiva del Estado⁷².

A partir de los postulados de la Ilustración se ha pretendido mantener una definición objetiva u ontológica a los bienes jurídicos. Sin embargo cada momento histórico ha dado su propio significado, expandiendo o reduciendo el concepto, pero sin encontrar un criterio que, de manera más o menos acertada, permita identificarlo, sin riesgos de traspasar otros límites que deslegitimen la intervención punitiva.

70 En este sentido, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU afirma que “si la técnica de protección de los derechos fundamentales en el Estado Liberal era la prohibición de las interferencias a los derechos de autonomía, en el Estado Social la técnica consistirá en la imposición de mandatos que obligan a actuar en orden a cuidar, proteger o salvaguardar los bienes jurídicos fundamentales”: *Constitución derechos fundamentales y dogmática penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 22.

71 “...los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia pacífica constituyen los fundamentos de la imputación penal, cuentan con soporte normativo, tienen respaldo en la Constitución política, gozan de fuerza vinculante sobre la legislación y han sido aplicados por la jurisprudencia constitucional para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las normas que tipifican y sancionan conductas punibles”: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, *Fundamentos Constitucionales de la imputación penal*, en *Dogmática y criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, homenaje de los grandes tratadistas a ALFONSO REYES ECHANDÍA, Legis, Bogotá, México y Buenos Aires, 2005.

72 La teoría del bien jurídico como parte integrante de los bienes personales y sociales no es solo el primordial contacto del Derecho penal y la dogmática con la realidad social, sino el principal tope político al poder punitivo del legislador y de los jueces. Hoy en día esta orientación del Derecho penal es mantenida por las líneas político-criminales de ROXIN y HASSEMER –que vienen del proyecto alternativo alemán de 1962–, pero en cambio es sujeta a fuertes negaciones por parte de JAKOBS.

El pensamiento ilustrado consideraba como objeto del delito aquello fundamental para la vida y para cuya tutela, según LOCKE, nace el Estado⁷³. El objeto del delito era entonces la vida y los medios necesarios para preservarla: la libertad, la salud, los miembros o los bienes.

En la tradición liberal se concibió al Estado de Derecho limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del *individuo* a no ser privado de los bienes pre-políticos de la vida y de las libertades (además de la propiedad). Las *garantías liberales o negativas* consistirán únicamente en deberes públicos negativos o de no hacer –de dejar vivir y de dejar hacer– que tienen por contenido prestaciones negativas o no prestaciones.

Para la Escuela Clásica el bien jurídico se concebía como algo nocivo para el bienestar ajeno. Para CARRARA⁷⁴, era “el mal sensible que el delito produce al violar el derecho atacado”.

En la segunda mitad del siglo XIX se desplaza la concepción del bien jurídico de los intereses *individuales* al interés afectado del Estado. Se protegerá lo que el Estado considere digno de proteger o incluso se protegerá como interés la obediencia o fidelidad del Derecho. Para HEGEL, el delito debía ser eliminado, no como la producción de un perjuicio, sino como la lesión del Derecho en cuanto Derecho⁷⁵.

BINDING, JHERING y LISZT ampliaron el concepto de bien jurídico a la simple idea del Derecho y del Estado. Era un concepto siempre externo al Derecho, independiente de él. La orientación formalista terminó por plasmar el concepto sobre el de norma jurídica, dilatándose con ello su contenido al punto de comprender las situaciones más vagas de peligro presunto o abstracto. A partir de concepciones tales se llegó al límite de identificar el objeto del delito con la idea de interés del Estado en la vida humana y la libertad personal. En este punto se admitió que el Derecho y el Estado son valores éticos y fines en sí mismos; los conceptos de bien y daño terminaron por identificarse con lo que le guste o no al soberano. Acá la justificación externa se identifica con la legitimación interna y aconseja la criminalización de la simple desobediencia precisamente por ser desobediencia⁷⁶.

Posteriormente, ante el giro espiritualista e irracionalista que se produjo a comienzos del siglo XIX, el concepto de bien jurídico se desmaterializó definitivamente y abandonó aquella concepción liberal e ilustrada que limitaba la punición solo a delitos de peligro concreto y no abstracto. El concepto de bien jurídico terminó por transformarse según

73 LOCKE, *El Segundo Tratado*, cap. II, 6, pp. 7, 38, y 243.

74 CARRARA, *Derecho penal, Parte general*, vol. I, p. 94.

75 HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, pp. 220, 294.

76 FERRAJOLI. *Ob.cit.*, p. 469

FERRAJOLI⁷⁷, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y auto-reflexivo de legitimación política de los intereses tutelados –y, con ellos, de las normas positivas– directamente asumidos como “valores ético-culturales”, o simplemente, como valores, cuya violación da lugar a comportamientos inmorales.

El Derecho penal nazi evidencia abiertamente la confusión entre Derecho y moral, pues el concepto de bien jurídico pasó de ser la tutela de derechos subjetivos a la tutela del Estado. Se reemplazó el concepto de bien jurídico por el de “desvalor de la actitud interna” o “infidelidad” al Estado. En suma, se perdió el referente externo alcanzado en la época ilustrada, y se consolidó una confusión de ideas y una falta de limitación entre Derecho y moral.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, se pretendió un renacimiento de la cultura penal liberal y democrática y la búsqueda de la recuperación garantista del concepto de bien jurídico. Se quiso de nuevo buscar su referente objetivo en intereses de hecho independientes de las normas jurídicas, así como dar importancia a su función crítica y axiológica, aunque solo fuese como límite interno referido a valores o bienes constitucionales. Esta perspectiva es mantenida por autores como ROXIN, BRICOLA y W. SAX, entre otros.

De la anterior visión, se podría afirmar que el Derecho penal de hoy superó la confusión de ideas y limitación entre Derecho y moral. Sin embargo, acá igualmente aparece latente la persistencia, en torno a la definición de bien jurídico, del constitucionalismo ético o la identificación del horizonte axiológico del jurista con la constitución.

Según FERRAJOLI, existe confusión entre las siguientes preguntas: a. Si las prohibiciones penales deben tutelar un bien cualquiera para no quedar sin justificación moral y política (que es una pregunta ético-política); b. Si un ordenamiento determinado ofrece la garantía de lesividad, esto es, si las prohibiciones legales y las sanciones concretas no son legítimas jurídicamente si no se produce un ataque a un bien cualquiera (que es una pregunta jurídico constitucional); c. Qué bienes, o cuáles no, tutelan normativamente las leyes penales (que es una pregunta jurídico-penal), y d. Que bienes tutelan, de hecho, las mismas leyes, y qué bienes son atacados por los comportamientos que ellas prohíben (que es una pregunta sociológico-empírica).

Se explica que las tres últimas cuestiones son descriptivas y la primera axiológica, pero que la respuesta a cada una de las tres primeras tiene un valor axiológico respecto de la siguiente. Así, la primera y la última reflejan un punto de vista externo (es decir, axiológico y fenomenológico, respectivamente), la segunda y la tercera son expresión de una perspectiva interna al ordenamiento y relativa, en una, a lo que el Derecho penal debe ser partiendo de la constitución y, en la otra, a lo que éste es partiendo de las leyes.

77 *Ibíd.*

Según FERRAJOLI, la confusión en la discusión sobre el bien jurídico es consecuencia de estos interrogantes que admiten respuestas distintas. Para este autor también existe un segundo factor de deformación del problema del bien jurídico, y es la idea de que una respuesta a la cuestión axiológica externa de “qué prohibir” tenga que suministrar un criterio positivo de identificación de los bienes jurídicos que requieren de tutela penal y por tanto un parámetro ontológico de legitimación apriorística de las prohibiciones y sanciones legales.

Ello ha conducido a varias inadecuadas definiciones del bien jurídico formuladas históricamente que pueden ser demasiado amplias, como la formulada por las corrientes eticistas que, al apelar al valor intrínseco del Derecho, o incluso a lo que se estima merecedor de tutela por el legislador, caen en vacuas peticiones de principio, o son demasiado estrechas, como las ilustradas o neoilustradas que identifican los bienes jurídicos con “derechos” o “intereses individuales”.

Para FERRAJOLI, ello supone que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente (y además, según este autor, no serviría de nada que nos lo dijera) que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un bien jurídico. Puede entonces ofrecer una serie de criterios negativos de deslegitimación (que no solo es la irrelevancia o no del bien tutelado sino también de la desproporción con las penas previstas, la posibilidad de una mejor protección con medios no penales, la inidoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o, incluso, la ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido) para firmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación, o que ésta es escasa. Pero por otra parte, continúa FERRAJOLI, esto es todo lo que se pide a la categoría del “bien jurídico” cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito. De allí se deriva la imposibilidad de configurar “obligaciones” constitucionales o incluso meramente políticas de tutela penal.

Se impone distinguir, entonces, el *problema político o externo del bien jurídico*, pues aferrarse a este concepto explica la permanencia de figuras penales que, como el aborto, terminan por caer en formas encubiertas de legalismo ético, impidiendo cualquier discusión en torno a ellas, distinta a la justificación del interés jurídico de la vida del que está por nacer. El problema externo del bien jurídico, o de justificación externa, debe independizarse y dirigirse a moldear criterios de política criminal que únicamente supongan una tutela de bienes fundamentales con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos.

El punto encuentra sin embargo dificultad cuando se trata de definir cuáles son los bienes fundamentales que justifican la prohibición penal. Se dirá, así, que en una nueva concepción del Derecho penal no sólo se han de incluir los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio

ambiente o a la salud o incluso, como lo sugiere FERRAJOLI, bienes que no son derechos, como el interés colectivo a una administración no corrupta de los asuntos generales. Si del caso del aborto se trata, pues, se dirá que la vida es un bien fundamental, sobre lo que no existe discusión.

Si lo que se supone, a fin de superar la antigua concepción del Derecho penal, es verificar la existencia de un daño o peligro verificable sin considerar en abstracto el contenido de la prohibición, surge de nuevo la cuestión de si el juicio de valor que debe efectuarse para justificar la punición del aborto relegará una vez más la pretensión, acallada con fundamento en la legitimidad del bien jurídico que pretende protegerlo, de destipificar esta conducta.

La inidoneidad de la prohibición, que desde un punto de vista utilitarista supone la no criminalización de conductas que no resulten intimidantes, tampoco parece que se acomoda cuando se trata del delito de aborto. A pesar de las contundentes estadísticas⁷⁸ que indican la inutilidad de la prohibición, ello tampoco parece concernir al insistente interés que nuestros doctrinantes proclaman en torno a un supuesto avance, al menos desde un punto de vista teórico, del Derecho penal.

Cuando se trata de discutir, desde esta óptica, la justificación externa de la prohibición del aborto, las discusiones no avanzan más allá de la pura afirmación simbólica de valores morales como suficientes para mantenerla.

Por otra parte, cuando la legitimidad del bien jurídico se condiciona a que las prohibiciones respondan a la producción de un ataque que comparte un resultado dañoso o peligroso como elemento estructural del delito (que FERRAJOLI cataloga como una pregunta jurídico constitucional), también en este evento, como ya se ha observado, la respuesta que se ofrece en nuestro medio frente al delito de aborto se restringe de nuevo al mismo argumento circular, cual es que el principio de lesividad, por derivarse de principios constitucionales, se resiste a “permitir quitar la vida” a un feto.

El misticismo respeto de la vida del que está por nacer se maneja como el discurso legitimante que pretende hoy satisfacer normativamente el principio de lesividad. Es el respeto por la vida, entonces, el criterio que no permitirá, bajo esta ideología, su despenalización, pues no existe en el ordenamiento superior una conceptualización diferente a la que considera como inconcebible matar a un ser humano, incluyendo al que se encuentra en el vientre materno.

78 Entre otras, las publicadas por las investigadoras LUCERO ZAMUDIO, NORMA PUBIANO y LUCY WARTENBERG, en *El aborto inducido en Colombia: características demográficas y socioculturales*, Universidad Externado de Colombia, 1999.

El principio de lesividad permite considerar “bienes” sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso. Por ello, se dirá que aceptar otra concepción, que permita asesinar a un feto, es irracional y contrario a la constitución de la escala de bienes tutelados por nuestro Derecho penal.

Este veredicto esconde tras de sí el carácter antiliberal del Derecho penal moderno que rechaza cualquier opinión diferente, y resalta el escaso valor que otorga a la libertad personal –que supuestamente es proclamada como su bandera– cuando prefiere sacrificarla, como consecuencia de la tipificación, antes que reconocer su ilegitimidad.

La variedad y contingencia del bien jurídico que a lo largo de los últimos años ha servido como fundamento a la tipificación del aborto, se dirá, no es más que el reflejo de la misma naturaleza fluctuante de los bienes jurídicos, que supone que existan diferentes valoraciones de lo que en cada sociedad y en cada determinado momento histórico se considere digno de tutela penal. Y como (.) quiera que el moderno Derecho penal ha abandonado cualquier rasgo religioso o moral para definir qué conductas deben ser o no criminalizadas, el único propósito de su criminalización es la protección de la vida del que está por nacer.

Sin embargo, surge el cuestionamiento de si tal contingencia y fluctuación de las razones que en cada época han servido de fundamento para castigar el aborto no demuestra más bien el afán del Derecho penal por retener funciones que no le corresponden. En cada época se construye un argumento que impide normativamente la descriminalización del aborto –justificándose en la variación en la evolución normal de las escalas de valores de la sociedad–, cuando es claro que la marginación de las mujeres ha sido una constante en el desarrollo y evolución del Derecho penal; y, sin embargo, pese a ser una cuestión latente, nunca se ha hecho evidente como objeto de discusión para aceptar que puede existir otra concepción, diferente a la idea del homicidio, y que normativamente puede ser aceptada y resultar legítima para acabar con una prohibición penal que ciertamente es ineficaz.

La mayoría de las legislaciones occidentales justifican hoy en día la intervención del poder punitivo del Estado en virtud de la protección del bien jurídico vida⁷⁹. Sin embargo, el aborto ha tenido a lo largo de la historia reciente otras significaciones para sancionarlo como delito que en manera alguna han tenido relación con la idea de la destrucción de la vida en el valor asignado por las culturas contemporáneas⁸⁰.

79 A manera de ejemplo, se tiene que actualmente los códigos penales de Argentina, Bolivia, Colombia, Alemania, y España tipifican el aborto dentro de los delitos que buscan proteger el bien jurídico vida. El Código Penal de Venezuela lo prevé dentro de los delitos contra las personas. El Código Penal chileno lo tipifica dentro de los delitos referidos a “El Orden de las Familias y contra la Moralidad Pública”, al considerarse que se trata de un sujeto pasivo que en rigor aún no es persona y por lo tanto no tiene existencia individual.

80 Es a partir del siglo VI de la era cristiana que el aborto se configura como delito, convirtiéndose en

En el pasado, el sentido económico de algunos pueblos primitivos determinó que estas conductas no tendrían sanción alguna dada la necesidad de evitar el aumento de la población⁸¹; algunas otras veces eran razones de carácter moral, religioso o incluso retribuciones gloriosas las que imponían sancionar el aborto; entre algunas otras tribus antiguas el aborto era desconocido pues consideraban que “*tan lícito es a una mujer destruir el fruto de sus entrañas como cortarse los cabellos. En la isla de Formosa se imponía el aborto por utilidad pública y las mujeres no concebían antes de los treinta y seis años*”⁸².

Tanto en Roma como en Grecia durante largo tiempo se mantuvo su impunidad, pues se consideraba al feto como una *portio viscerum matris*⁸³ y por tanto no había castigo para la mujer que hacía interrumpir su embarazo, pues estaba disponiendo de su propio cuerpo. Existía castigo únicamente si la mujer era casada, ya que entonces tal proceder se consideraba una ofensa hacia su marido. En la Alemania de la Edad Media por ejemplo, la represión quedaba a cargo de la Iglesia⁸⁴, cuya doctrina, condensada en el Derecho canónico, partía de la base de que el aborto era el aniquilamiento de un

homicidio con la promulgación del Código de Justiniano. No obstante, se afirma: “*La pregunta por la hominización del feto marcó la discusión teológica, se buscaba determinar en qué momento un embrión se convierte en ser humano, el momento en que adquiere animación o infusión del alma, tanto así que en un tiempo se aceptó que la hominización del feto ocurría cuarenta días después de la concepción en el caso de los varones y ochenta en el caso de las mujeres. Así, la respuesta fue distinta en el tiempo, hasta encontrar una única y definitiva, que coincide con la consolidación del poderío del Papado, su unificación y centralización de la autoridad y el proceso de codificación de la Ley canónica. Durante el periodo anterior a la codificación, el aborto es razón de penitencia porque tras él hay un pecado sexual. El aborto tiene la gravedad de las relaciones sexuales ilícitas, y es considerado más leve que el hurto y el soborno*”: LORENA FRIES y VERÓNICAS MATUS. *Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: el caso chileno*, en *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, 1999, p. 699.

81 LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal, Parte general y especial*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1986, p. 297. Anota igualmente este autor, refiriéndose al aborto en pueblos primitivos, que “*como lo explica ENRICO FERRI, allí donde escasean las subsistencias prevalecen normas familiares menos favorables a la multiplicación de nacimientos, por ejemplo en los sistemas poliandros o de matriarcado*”.

82 *Ibíd.*

83 CUELLO CALÓN EUGENIO, *Tres temas penales, El aborto criminal, El problema penal de la eutanasia y el aspecto penal de la fecundación artificial*, Bosh, Casa Editorial Urgel, Barcelona, 1955. Afirma este autor: “*Esta concepción perduró muchos siglos. Bien mediado el siglo XIX PHILIPPUS VAN DER BROECKE (De Crimine Partir Abacti, Gante, 1930) consideraba al feto como PARS MULIERIS, sin ningún derecho*”.

84 Sobre el papel de la Iglesia en el aborto, durante la edad media y la edad moderna, el autor peruano MONTOYA CALLE explica: “*El cristianismo tuvo que decir su última palabra sobre el problema del aborto; lo hizo en forma terminante ya que la religión católica no podía orillar una cuestión central que tan honda relación tiene con el dogma. La tesis sostenida por ésta, limadas sus asperezas, ha pasado a la legislación positiva y ella ha marcado las concepciones morales que fundamentan la punibilidad del aborto voluntario*”: MARIANO MONTOYA CALLE, *Impunidad del aborto frente a la eugenesia y al honor*, Editorial Rao, Perú, 2004, p. 49.

hombre animado, razón por la cual debía equipararse al homicidio⁸⁵. En estos casos se castigaba a la mujer con pena de muerte.

Los Incas castigaban a los autores de abortos hasta con la pena de muerte. Sin embargo la protección que hacía el Imperio inca del feto y de los niños tenía como fundamento razones de tipo demográfico (buscar un aumento en la población) y económico (mediante el logro del incremento de la familia, ya que la prole tenía un valor económico representativo, por la entrega de tierras que se hacía a cada padre de familia, por cada hijo que nacía)⁸⁶.

En Italia, para el año 1975, se afirmaba que lo que se pretendía proteger con la tipificación era la integridad y sanidad de la stirpe, pues “*al atentarse con esos hechos contra la maternidad como fuente perenne de los individuos y de la especie, se termina por ofender la vida misma de la nación y del Estado*”⁸⁷.

En nuestro país, el Código Penal de 1980, que abandonó la fuerte influencia de corrientes positivistas italianas que impregnaron la legislación de 1936⁸⁸, postuló la imposibilidad de aceptar la responsabilidad objetiva o la peligrosidad como fundamento de la pena para, en su lugar, asentar el delito sobre el supuesto de que es una conducta típica, antijurídica y culpable. Con base en esta conceptualización se incluyó el delito de aborto dentro de aquellos que pretenden proteger la vida y la integridad personal. Con los mismos términos y con la misma penalidad lo hizo la Ley 599 de 2000, actualmente vigente en nuestro país, con las modificaciones de exequibilidad hechas por la Corte Constitucional en el fallo C-355 de 2006.

La irradiación de las corrientes del Derecho penal moderno en nuestro Código Penal no admite discusión, para la mayoría de los doctrinantes colombianos, en cuanto a la

85 CUELLO CALÓN. Ob. cit., p. 12: *En la doctrina de la Iglesia referente a la represión del aborto tiene fundamental importancia la distinción entre el feto animado y no animado. Según la Biblia (Éxodo, XXI, 22 y sigs.), y las doctrinas de ARISTÓTELES y de PLINIO, aceptadas por los escritores eclesiásticos y por las colecciones canónicas, era preciso cierto tiempo después de la concepción para que el semen llegado al útero se formase como un cuerpo para recibir el alma, convirtiéndose en feto animado; esto, se creía, tenía lugar cuarenta días después de la concepción para los varones y ochenta para las hembras.*

86 MONTOYA CALLE. Impunidad del aborto frente a la eugenesia y al honor, cit.

87 SILVIO RAINIERI, *Manual de Derecho penal*, t. v, “Parte especial”, Editorial Temis, Bogotá, 1975.

88 La Escuela Positivista tiene como a sus grandes orientadores a LOMBROSO (1835-1909), GARÓFALO (1851-1934) y FERRI (1856-1929). Estos autores pretendieron derrumbar los postulados básicos de la Escuela Clásica, y sus principales postulados se pueden enunciar así: i. El Derecho es un fenómeno cultural, históricamente condicionado, que no puede ser abordado con los criterios de la lógica formal sino como un instrumento de regulación de la conducta humana; ii. El delito es un hecho antropológico, condicionado por causas endógenas y exógenas; iii. Formulación del concepto delito natural; iv. Rechazo del libre albedrío y la defensa como fundamento de la responsabilidad penal; v. La peligrosidad como medida de responsabilidad penal; vii. La sanción penal como tratamiento; viii. El delincuente como protagonista del delito: *Grandes corrientes del Derecho penal –Escuela Positivista–. Introducción a la lectura de César LOMBROSO, RAFAEL GARÓFALO y ENRIQUE FERRI, Bogotá, 1991.*

inexistencia de rasgos en la legislación que supongan una continuidad de la interiorización femenina. La creación de figuras penales como el aborto descansan en la idea, que parece no admitir discusión, de la defensa de la vida del feto, figura esta que pese a constituir un tipo penal diferente al homicidio –pues en términos dogmáticos ello supondría una impropiedad dada la desproporción entre matar a una persona y a un feto– no presentan una diferenciación clara en términos conceptuales, pues, en todo caso, el mensaje que se traslada a la ciudadanía es que practicar un aborto constituye un homicidio.

La legitimación de la prohibición es pacífica en las explicaciones que los doctrinantes colombianos ofrecen: la necesidad de castigar el aborto por ser una conducta que vulnera o pretende vulnerar el bien jurídico de la vida del feto, “*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*”⁸⁹.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-133 de Lg 94, al pronunciarse sobre la demanda contra el artículo 343 del Decreto 100 de 1980, anterior Código Penal, señaló, para fundamentar su exequibilidad, que si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida debe existir el consecuente amparo estatal, dado su carácter inviolable.

A juicio de dicha corporación, 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 encargado de reprimir aquellas conductas destinadas a *provocar la muerte* del aún no nacido, a quien considera un ser existencialmente distinto de la madre y cuya conservación no puede quedar sometida a la libre decisión de la embarazada. Ello, para la Corte, no implica ni el desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja, ni que se ignoren los derechos a la dignidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral, al honor e intimidad personal y familiar, “*pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos, debe compatibilizarse con la protección de la vida humana*”.

Para dar mayor fundamento a sus aseveraciones los magistrados en ese momento llegaron a citar un aparte de la encíclica *Humanae Vitae* del PAPA PABLO VI, según la cual, “*si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites a que ningún hombre privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y sus funciones*”.

89 GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, 1998, Universidad Externado de Colombia, pp. 274 y ss.

La traslación de esta conceptualización al Derecho penal supone, a fin de legitimar la figura bajo los supuestos de la dogmática actual, afirmar que la protección punitiva no busca, sin más, la preservación de la vida bio-fisiológica, “*sino la vida inmersa en el entendimiento actual de lo que es el ser humano*”⁹⁰. Sin embargo, el entendimiento actual de lo que es el ser humano, como límite infranqueable para la intervención punitiva, por lo visto no incluye la condición de lo femenino y ni el reconocimiento pleno de su sexualidad e *integridad corporal*.

Por lo demás, tampoco hoy en día parece haber acuerdo sobre la real afectación del bien jurídico que pretende proteger esta figura, pues varios sectores doctrinales propugnan por que igualmente se proteja el bien jurídico de la salud pública –haciendo referencia a la gravísima situación que afecta la salud de las mujeres a causa de prácticas clandestinas–. Se debe también reflexionar, exponen algunos, sobre el derecho de la autonomía procreativa en la medida en que una sociedad liberal no debiera imponer la procreación no deseada⁹¹.

Afirman que la criminalización del aborto es retardataria y conservadora pues depende en gran medida de las concepciones de la Iglesia Católica⁹². La solución que proponen es que, en razón de las altas tasas de mortalidad por abortos mal practicados y demostraciones objetivas de los científicos, se trate el aborto, también, como un problema de salud pública.

Es decir, al lado del bien jurídico vida, que el tipo prohibitivo del aborto proteja también la “vida y la salud de la madre embarazada”, de tal manera que a través de un catálogo de causales de justificación permitidas constitucional, legal y jurisprudencialmente, además avalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se establezcan los eventos que por involucrar un choque, conflicto o colisión de bienes jurídicos merecen dejarse impunes, por la vía de las causales de justificación, a la manera de la solución de los plazos e indicaciones adoptados en Alemania y España⁹³.

Esta propuesta doctrinaria tuvo una salida dogmática en el fallo C-355 de 2006, que por vía de una demanda de inconstitucionalidad despenalizó la interrupción del embarazo cuando el desarrollo de éste constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida y cuando el em-

90 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU y JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal, Lecciones de Derecho penal especial, Parte especial*, Universidad Externado de Colombia, 2003-2004, p. 898.

91 LUIS FERNANDO TOCORA, *Derecho penal especial, Delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico y delitos sexuales*, 10ª. ed., Librería ediciones El Profesional, 2004, p. 92.

92 GÓMEZ PAVAJEAU y URBANO MARTÍNEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, cit., p. 991.

93 Las indicaciones son médica, eugénica, ética y económico-social, y se presentan como el reconocimiento de que la vida del feto es un bien jurídico digno de tutela penal, pero que, en ocasiones, puede ser sacrificada ante situaciones conflictivas que el Derecho no puede ignorar. *Ibíd.*, p. 990.

barazo es el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, de inseminación artificial, o de incesto. Se efectuó una ponderación de bienes jurídicos: el derecho a la vida de la madre frente al derecho a la vida del que está por nacer, entendiéndose que, en esos únicos eventos, criminalizar la conducta supondría cargas desproporcionadas en la salud de la mujer gestante.

En todo caso, la decisión de la Corte Constitucional no significó un gran avance para suponer la legitimidad de la prohibición ni respecto a la concepción que siempre se ha tenido del aborto y la cual no se ha reconstruido bajo la perspectiva de las ideas proclamadas por el Derecho penal moderno.

Si se hace una interpretación sistemática de nuestro Código Penal vigente se entiende que el legislador facultó⁹⁴ al juez para prescindir de la pena cuando la mujer realiza el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación⁹⁵ (por ejemplo, en los casos en que el embarazo haya sido fruto de una violación)⁹⁶. En estos casos, el juicio valorativo de antijuridicidad material se ve disminuido, pues se entiende que existe una colisión de bienes jurídicos –vida del nasciturus vs. dignidad y autonomía personal de la mujer, y por ello el juez podrá prescindir de la pena cuando no fuere necesaria en el caso concreto.

Más aún, cuando las “extraordinarias condiciones de motivación” llegan a un punto en el que psicológicamente afectan de tal manera a la mujer que la llevan a los límites del descontrol y ésta pierde de manera total la capacidad de autogobernarse, se debe entender, según nuestra dogmática penal, que ha obrado inculpablemente y por lo tanto no surge la responsabilidad penal. En estos casos no se debe prescindir de la pena (que implica previa declaratoria de culpabilidad) sino proceder a la absolución por inexigibilidad de otra conducta.⁹⁷

94 Acá no me referiré a los cuestionamientos que pueden surgir en torno a la discrecionalidad que pueden tener los jueces al aplicar esta norma y la posibilidad de que la misma no tenga el impacto deseado dados esos mismos márgenes de subjetividad con que el juez puede “manipular” un caso.

95 Cuando se habla de “extraordinarias condiciones de motivación” se habla de fenómenos psicológicos que anulan la libertad, es decir, que afectan la culpabilidad, puesto que la persona no tiene la capacidad de elección.

96 Art. 124 de la Ley 599 de 2000 (declarado exequible el parágrafo por la Corte Constitucional, en sentencia C-641 de 2001): “*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 ato sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto*” (Resaltado fuera de texto).

97 GÓMEZ PAVAJEAU y URBANO MARTÍNEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal.*, cit., p. 998.

Por su parte, el aborto terapéutico podía manejarse a través de la figura del estado de necesidad, y de allí derivar la ausencia de responsabilidad penal. La conducta podía justificarse a través de las normas de la Parte general del Código Penal, esto es, por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

Se acepta que existe una colisión de dos bienes jurídicos y que debe primar el de la madre “*en cuanto titular del interés jurídico integral a la vida que no sólo disfruta plenamente sino que generó el que ahora le disputa primacía*”⁹⁸. El estado de necesidad se reconoce igualmente para quien salvare a la mujer cuando su vida estuviere en peligro a causa del embarazo⁹⁹. En ese caso, se dice que la vida de la madre prima sobre la del feto.

Se podría afirmar, sin embargo, que el fallo de la Corte Constitucional representó un avance en la medida en que la sentencia supone que la conducta de la mujer que procede en esos precisos eventos no tenga que ser ya “judicializada”. Sin embargo, la legitimidad con que se pretende adornar la prohibición penal continúa idéntica.

En suma, la dogmática penal, bandera del principio liberal de intervención legalizada, no ha podido, en mi sentir, dar una solución más allá de la explicación circular acerca de la protección constitucional a la vida del que está por nacer. Este discurso de protección a la vida del que está por nacer no despegas de esa adhesión piadosa del Derecho penal a este valor constitucional, absolutizado de tal forma en torno al discurso del aborto, que convierte en irracional permitir aflorar la participación plena de la mujer en la sociedad y entender que el derecho de interrumpir o no el embarazo, de abortar o no, no es un asunto criminal, no es un homicidio, y que legítimamente el Derecho penal no puede irrumpir en la posibilidad de que cada individuo se realice y sea consecuente con su propia concepción del bien.

2. La ficción dogmática del Derecho penal moderno frente al delito de aborto

La legitimidad del Derecho penal supone que se deba distinguir la idea de justificación externa o ético-política acerca de qué bienes debe tutelar, y que al momento de definir, desde un punto de vista jurídico-constitucional y jurídico-penal, cuáles conductas prohibir o cuáles no, pueda únicamente limitarse a excluir de la amenaza de pena aquellas

98 GÓMEZ MÉNDEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, cit., pp. 274 y ss.

99 JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, p. 78: “Respecto a la aplicación del estado de necesidad hay que tener presente que para la ley es mucho más valiosa la vida humana independiente que la vida de un feto. Esta diferente valoración se traduce en penas mucho menores para los delitos de aborto que para los que el Código llama de homicidio. En consecuencia, quien ante un conflicto de esta clase, sacrifica la vida de la madre para salvar la del feto, no está amparado por el estado de necesidad justificante que concurrirá en caso contrario”.

situaciones que conduzcan a establecer que se presenta desproporción con las penas previstas, que existe la posibilidad de una mejor protección con medios no penales, que hay una inidoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o, incluso, que hay una ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido.

La identificación del horizonte axiológico del legislador penal debe abandonar ese parámetro ontológico de legitimación apriorística de la prohibición de abortar, con fundamento en la protección a la vida, pues se condena a reducir la discusión a la imposibilidad de que el Derecho penal pueda permitir el homicidio del que está por nacer.

La *condiciones mínimas de individualización* que permiten a la mujer reconocer la ciudadanía plena de la que es acreedora deben ser entonces el único referente externo que explicará por qué el Derecho penal no puede convertir la discusión en un asunto criminal y utilizar la ideología del bien jurídico para construir el discurso bajo el argumento circular de que es imposible la destipificación del aborto por cuanto con ello se estaría violando el principio de lesividad.

2.1. La idea de ponderación de bienes jurídicos y la mujer fraccionada en su integridad

¿Cuál es, entonces, el argumento que justifica la legitimidad del delito de aborto? ¿Es la orientación a la realización de valores, como el aseguramiento a la vida, lo que se está protegiendo¹⁰⁰? O simplemente esconde tras de sí una ética muy particular respecto de lo que, desde sus orígenes, se ha considerado que debe ser el cuerpo de la mujer y cómo, a través de este medio de control, puede continuar manteniendo una disciplina inflexible que hace inmodificable la ideología de lo irrazonable y antinatural que supone que es terminar voluntariamente con un embarazo, no por respeto a la vida del que está por nacer sino por la inercia que siempre ha mantenido el Derecho penal en torno a la identidad de lo femenino?

Los modelos de discurso legitimantes del poder punitivo conservan su vigencia y, como afirma ZAFFARONI¹⁰¹, no se formulan ya en sus formas puras u originarias sino en construcciones eclécticas que los yuxtaponen, o bien los presentan bajo nuevas formas enunciativas. No existen nuevas ideas sino nuevas combinaciones y formulaciones de las tradicionales y que en, este caso, no quieren abandonar el concepto infravalorado de la mujer y su incapacidad para disponer de su *yo* sin ninguna construcción patriarcal.

La visión conjunta que hoy en día pretende darse al Derecho penal resulta marcada de disparidad, dando lugar a construcciones y discursos por completo diferentes e in-

100 JOSÉ JOAQUÍN URBANO. *La Legitimidad del Derecho penal, Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Monografías de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 2001.

101 ZAFFARONI, ALAGIA y BLOCAR, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 53.

compatibles que en nada dejan ver esa supuesta solidez presumida por la dogmática penal.

El Derecho, y en especial el Derecho penal, no pueden negar el discurso social que subyace a él y que, como tal, participa de ese proceso de construcción de la realidad. Como orden impuesto que es, prescribe lo que se debe y lo que no se debe hacer, decir o pensar, y sin que se advierta, evoluciona “naturalizando ciertos vínculos y relaciones”¹⁰², mediante el mecanismo de la legitimación selectiva de alguno de ellos: “*El Derecho interfiere en nuestras vidas cuando promete, otorga, reconoce o niega. Cuando crea expectativas y cuando provoca frustraciones. Las calidades de mujer y de hombre, de padre de familia, de cónyuge (...) de delincuente y de víctima, de culpable y de inocente, están siempre jurídicamente estatuidas*”¹⁰³.

La poca consistencia conceptual que existe en torno al bien jurídico que pretende proteger el delito de aborto es una muestra de la escasa solidez fundamentadora y de la crisis continua del discurso jurídico penal que, en la práctica, terminan deslegitimándolo, con la mujer como única sacrificada al no ser reconocida su identidad de manera simétrica frente a la del “hombre”.

MUÑOZ CONDE¹⁰⁴ afirma que la necesidad de protección, como elemento necesario que cualifica al concepto de bien jurídico, es uno de los argumentos que se aconsejan para despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo. Desde este punto de vista, se acepta, como verdad irrefutable, que la vida del feto merece protección penal pero se reconoce la ineficacia de la protección penal al hacerse a expensas de la libertad, la vida y la salud de la mujer, bienes estos a los que estos doctrinantes reconocen también como bienes jurídicos merecedores de protección penal¹⁰⁵.

Pareciera que se quisiera poner sobre la mesa la idea de ponderación de bienes jurídicos. Mas la discusión no avanza más que para terminar por concluir que pesa más la protección de la vida del que está por nacer, y que sólo en algunos casos puede el Derecho penal hacer caso omiso de la sacralización de la vida y aceptar no judicializar la conducta en pro de ese sopesamiento de bienes jurídicos que el Derecho penal actual, en virtud de sus modernos fundamentos, concede como gracia a la mujer.

¿Pero cuál la razón para no reconocer la primacía del derecho de la madre no sólo cuando su vida está en peligro? (ahora, como se dijo, con el fallo de constitucionalidad C-355 de 2006 la solución dogmática del estado de necesidad fue desplazada por la

102 ALICIA E.C. RUIZ. *Identidad femenina y discurso jurídico*. Universidad de Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, p. 14.

103 *Ibíd.*

104 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte general*, 2ª. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

105 *Ibíd.*

destipificación del aborto en casos excepcionales). La idea de la ponderación de bienes jurídicos no parece resultar ya ser razonable cuando se trata del delito de aborto; aquí ya no hay discusión, toda vez que el carácter sagrado y natural de la vida (de la vida del feto, no de la mujer) siempre primará sobre cualquier otra concepción.

Detrás de esta negativa a aceptar que por la vía de ponderación de bienes jurídicos podría llegarse a concluir que no resulta legítimo criminalizar el aborto, se encuentra el propósito de no permitir abrir las puertas, a través del *poder simbólico del Derecho penal*, a la libertad de elección de la mujer de ser madre o no.

Si el Derecho penal fuese realmente neutral, tendría que tratar las necesidades exclusivas de cualquiera de los sexos como situaciones que requieren de un trato especial: *“Mientras las de los hombres se equiparen a las necesidades humanas y las de las mujeres sean tratadas como ‘específicas’, el Derecho seguirá siendo androcéntrico, que es lo mismo que decir no objetivo, no neutral y definitivamente parcial al sexo masculino (...)El Derecho reconoce y protege la necesidad que tienen los hombres de tener certeza sobre la paternidad biológica. Para ello, es necesario activar mecanismos de control sobre la sexualidad y capacidad reproductiva femenina, y por extensión controlar la reproducción humana. Esto último a pesar de que es en el cuerpo de las mujeres que se realiza esta importante función. Así, el Derecho pretende pasar por universal una necesidad que es de los varones y que además repercute en la restricción del ejercicio de autonomía sexual y reproductiva de las mujeres. Es el caso de la prohibición del aborto o de la diferencia que existía entre el adulterio de un hombre (amancebamiento) y el de una mujer”*¹⁰⁶.

3. La resimbolización de lo femenino en el Derecho penal

Las consideraciones críticas que los doctrinantes plantean en torno a la perversión del concepto de bien jurídico –esto es, cuando es utilizado por grupos dominantes que tienen sus propios intereses y que llevan a considerar como bienes jurídicos aquellos que realmente no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad– no son abiertamente planteadas en torno al delito de aborto, sobre el cual existe la tendencia a suponer que la limitante a su destipificación únicamente recae en talanqueras morales o religiosas, dejando de lado que la fragilidad del grupo dominado –las mujeres– es esencial para comprender el manejo ilegítimo del concepto de bien jurídico que pretende tutelar este delito.

El reconocimiento de trasfondos religiosos o moralistas que subyace a la valoración de los bienes jurídicos, y que hace explícito el Derecho penal liberal moderno para

106 CARLOS PEÑA GONZÁLEZ. Prólogo, *Género y Derecho*. ALDA FACIO y LORENA FRIES (eds.) Colección Contraseña, Estudios de Género, serie Casandra, 1999, p. 27.

justificar la indeterminación del concepto, desvía la discusión, que debe hacerse manifiesta y que ha estado marginada de la evolución del Derecho penal, de la idea de la *individualidad* femenina. Aceptar discutir el papel infravalorado de lo femenino conllevaría, si el Derecho penal moderno pretende ser consecuente con sus postulados, abrir la oportunidad de reconocer la ilegitimidad de delitos tales como el aborto, prohibición que destruye las condiciones elementales de la mujer, niega su desarrollo personal, contrariando la visión personalista del bien jurídico proclamada por el derecho penal moderno.

Aun siendo conscientes del carácter ilegítimo del delito de aborto (si se es consecuente con los postulados de un Derecho penal garantista como se autocalifica al nuestro, se colige que se conoce cuáles tipos penales no encajan en el sistema punitivo), quienes han tenido el poder de definir el carácter punitivo de una conducta han llegado incluso a apelar abiertamente a argumentos éticos y morales que les sirven como mecanismos de defensa y apoyo de toda la comunidad para respaldar sus argumentos en contra del aborto. Mas sin embargo, más allá de ese discurso moralista y religioso que gobierna ilegítimamente la conducta de los destinatarios de la prohibición penal de abortar, continúa latente una concepción especial sobre la diferencia sexual y la necesidad de que lo masculino –representado en la razón y la fuerza– sea lo que tenga el poder de decidir sobre la procreación.

El discurso jurídico incide en la construcción de la subjetividad y de las identidades sociales e individuales. Esto explica por qué el Derecho penal ha sutilmente mantenido ciertos tipos penales como el aborto y ha construido todo un sistema normativo que le sirve de sustento, a fin de mantener la identidad femenina como siempre la ha querido.

El Derecho penal no es únicamente un conjunto de normas. En la constitución del sujeto de Derecho, y por supuesto del Derecho penal, así como en el reconocimiento de identidades individuales o colectivas, están presentes todos los niveles del discurso jurídico, que interactúa, además, con otros discursos sociales, como el de la política o el de la moral¹⁰⁷.

Así, las cualidades que definen a la “mujer honesta” no están ciertamente definidas en la ley: es la “honestidad jurídicamente valorada”¹⁰⁸ la que determinará que una mujer sea o no alcanzada por la condena. El concepto de honestidad que el Derecho hace suyo se conforma con prescripciones normativas, con creencias inmersas en el imaginario social, con teorías sustentadas por los doctrinantes, con interpretaciones enunciadas

107 JULIO KRISTEVA, *Sentido y sinsentido de la revuelta. Literatura y psicoanálisis, tomado de Identidad femenina y discurso jurídico*, cit., p. 18.

108 *Ibíd.*

por los jueces, con concepciones ideológicas y con conocimientos científicos propios de una época y de una sociedad.

Lo anterior resulta trascendental, pues la manera en que quede asignada la identidad de mujer para el Derecho penal tendrá una relación directa con lo que la mujer sea para sí misma y para los demás. La calidad de mujer resultará así jurídicamente construida, tanto en sus derechos como en las discriminaciones.

Si bien puede afirmarse que la definición no depende únicamente del Derecho, es indudable la fuerza prescriptiva y legitimante de este discurso social que en la modernidad desplazó a otros discursos, morales o religiosos, manejándolos a su acomodo para, como en el caso de delito de aborto, forzar la interiorización de una determinada ética, que, como he venido sosteniendo, tiene un trasfondo de regulación y sometimiento de la mujer a una determinada visión de lo femenino.

La idea que acá presento no pretende ser a corde con lo universal, buscando una pretendida igualación con los derechos del hombre, o que se aspire a que todos tengan los mismos valores. Tampoco se trata de afirmar una “diferencia” sexual intocable y sagrada, ni combatir algún tipo de tendencias con otras. Se trata más bien de combinar la universalidad con la singularidad de cada individuo: “*‘Yo es otro’: esta será mi ‘diferencia’ y ‘yo’ formaré mi especificidad practicando distorsiones en los clisé, empero necesarios, de los códigos de comunicación, así como desconstrucciones permanentes en las ideas-conceptos-ideologías-filosofías de las que ‘yo’ soy ‘heredero’*”¹⁰⁹.

ALESSANDRO BARATTA¹¹⁰ afirma que la pretensión es abrir el camino para reconstruir las reificaciones esencialistas que están en la base de las dicotomías respecto de atributos y valores, así como su utilización polarizante en la construcción social de géneros e instituciones de control de conducta, como en efecto lo es el Derecho penal.

La búsqueda debe ser por una subjetividad humana integral o *andrógina*¹¹¹, portadora de los atributos y valores que han sido separados y contrapuestos en el proceso de la creación social de género; por un saber adecuado a las necesidades del desarrollo humano en una sociedad compleja, que integre las diferentes variables de la desigualdad y de la opresión, recomponiendo la unidad de la cuestión humana y del proyecto emancipatorio.

109 KRISTEVA, *Sentido y Sinsentido de la Revuelta. Literatura y Psicoanálisis*. Tomado de *De las mujeres y el derecho*, ALICIA E. C. RUIZ, compiladora de *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000. p. 9

110 ALESSANDRO BARATTA. “*El paradigma de género, Desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana*”, en *De las mujeres y el Derecho*, cit., pp. 110-111.

111 *Ibíd.*

3.1. La identidad femenina a partir de la visión del Derecho penal moderno

Como se había dicho, la estructura del pensamiento, formada a partir de dualismos sexualizados, supone al hombre como un ser racional y superior y a la mujer, al otro lado, como un ser irracional e inferior y únicamente necesario en la medida en que suple la labor reproductiva. Esta verdad, impuesta de manera paralela a las ideas revolucionarias de la Ilustración, se mantiene aún hoy en día como absoluta.

Y es a partir de allí, en mi sentir, que el Derecho penal continúa manteniendo criminalizado el aborto, y no por la necesidad político criminal de defender un bien jurídico, el cual, en todo caso, ha sido acomodado como “sustancia ética” auto-justificada¹¹². Este desvío, que impondría sacar del catálogo punitivo conductas que realmente no se legitiman a la luz de los postulados del Derecho penal moderno, aparece matizado cuando se trata del tipo penal de aborto.

El eticismo, del cual el Derecho penal no se ha podido desprender, abraza una ideología sobre lo femenino que se niega a alterar la concepción indiscutible del derecho a la vida del que está por nacer, sacralizado como valor constitucional. Se asegura así que nuevas concepciones que legítimamente puedan reconocer el derecho a la mujer a interrumpir de manera voluntaria el embarazo no puedan ingresar al ordenamiento normativo, que las encontrará siempre irrazonables y desproporcionadas.

Aquí ya no tendrán lugar discusiones de fondo –además de la ideología del carácter inviolable de la vida del feto– en torno al principio de lesividad, la exterioridad o materialidad de la acción y la función de la pena. Estos supuestos dogmáticos se consideran agotados y fuera de discusión: se lesiona a un tercero que es el feto, y ello es suficiente para que la conducta sea legítimamente prohibida. Sin embargo, lo que en últimas contiene el argumento, esto es, la irrazonabilidad y desproporcionalidad de suponer que la mujer pueda libremente, sin intervención del control punitivo, ejercer un Derecho a la maternidad, no será ya un elemento que se pueda discutir abiertamente para advertirle a esta rama del derecho de su contradicción.

El Derecho penal tiene ya construido su discurso dogmático, instrumento hermético que lo exime de aceptar posiciones críticas en torno a ciertas prohibiciones que se niega a abandonar.

112 Afirma FERRAJOLI que en las culturas penalistas las teorías liberal-democráticas se han concebido a sí mismas no como parámetros sino como fuentes de legitimación absoluta de los sistemas políticos edificados en su nombre. Conceptos como “democracia”, “liberalismo” y “socialismo” se han convertido en *ideologías* de legitimación en las que se cambian las funciones ideales del Estado por las reales, la fuente normativa de justificación por la justificación misma, el deber ser político por el ser jurídico o, peor todavía, por el ser de hecho de los poderes institucionales. Y cada vez que el Derecho resulta así idealizado o valorizado éticamente tiende a perder su carácter instrumental para transformarse, como se ha venido exponiendo, él mismo en fin, valor o “sustancia ética” auto-justificada.

3.2. La rearticulación del derecho al aborto

El derecho a la maternidad del que acá se habla y que se pretende sea reconocido significa mucho más que *escoger* tener un aborto desde la perspectiva liberal clásica de los derechos relacionados con el reconocimiento de la autonomía del ser humano. Más allá de eso, supone reclamar para sí la legitimidad sobre la proyección individual la mujer respecto de su propia *integridad corporal* –que supone un entendimiento más amplio del simple elemento corpóreo y se encamina a su reconocimiento sustancial de plena ciudadana–, caso en el cual las construcciones dogmáticas construidas para mantener la prohibición penal del aborto –en especial la idea de ponderación de bienes jurídico penales y el principio de lesividad– deberán ceder paso, pues ellas ya no tendrán un espacio de legitimidad en cuanto se trate del derecho al aborto.

Lo dicho en precedencia implica reconstruir el pensamiento que el Derecho penal ha mantenido sobre lo femenino para, a partir de allí, sustraer la discusión del derecho al aborto de la órbita penal¹¹³.

El concepto que propongo como punto de partida para rearticular el derecho de optar por ser o no madre y para que el Derecho penal no pueda intervenir en ello, es entonces el de la *integridad corporal*, que en el sentido que pretendo transmitir se aleja de la idea que en nuestro medio se pueda tener respecto del de *integridad física*, cuyo significado, a diferencia del de aquél, no traspasa las fronteras de lo corporal del ser humano como objeto de tutela ante eventuales agresiones no justificadas de terceros¹¹⁴.

A fin de explicar esta posición, me serviré de los argumentos expuestos por DRUCILLA CORNELL en su ensayo “*Dismembered Selves and Wandering Wombs*”¹¹⁵, cuyo eje de discusión consiste en afirmar que el derecho al aborto debe ser tratado como un derecho a la *integridad corporal*.

113 GERLINDA SMAUS mostró la posición paradójica en la que se encuentran las mujeres, que son al mismo tiempo autoras y “víctimas” de la disciplina penal del aborto. Ella interpreta en tres direcciones el funcionamiento de esta disciplina que sirve para mantener la estructura de género de la sociedad: la criminalización del aborto es útil, en primer lugar, para representar simbólicamente el rol asignado a las mujeres en el ámbito (privado) de la reproducción natural; en segundo lugar, para asegurar la dominación patriarcal sobre la mujer y, por último, para imponer a la mujer (por medio de su función en el ámbito reproductivo) un papel subordinado en el interior del régimen de transmisión de la propiedad de la construcción de los patrimonios. Citada por ALESSANDRO BARATTA. *El paradigma de género; cit.*, pp. 118 y s.

114 Nuestra Corte Constitucional ha utilizado el concepto de integridad personal fundado en un criterio físico-biológico en las sentencias C-133-94 y C-013-1997. En la sentencia C-355-06 reconoció que las diversas formas de violencia de género vulneran los derechos de la mujer a su *integridad corporal*, entendida no sólo en su aspecto físico sino psicológico.

115 En *Left Legalism/Left Critique*, WENDY BROWN y JANET HALLEY (eds), Duke University Press, Durham y London 2002, p. 336.

Esta reformulación y redefinición del contenido del derecho al aborto impone un esfuerzo por simbolizar lo femenino dentro de la diferenciación sexual, borrada, en palabras de CORNELL, por la jurisprudencia liberal cuando ha partido de la pretendida premisa del sujeto por encima de su sexo. Esta conceptualización, afirma la autora, explica las contradicciones con las cuales se enfrenta la jurisprudencia liberal para entender el aborto como un derecho, en la medida en que, refiriéndose a las cortes norteamericanas, muy a menudo y a pesar de defender tal posición, las mismas han sostenido la “realidad” del útero como diferencia preexistente y natural, suficiente para evitar cualquier reclamo de equidad¹¹⁶.

Por ello, insiste la autora en que la condición única del embarazo, y que indefectiblemente se constituye en una característica sexual relevante para el derecho, no puede ser homogeneizada con aquellas situaciones definidas por el mismo derecho que imponen un deber absoluto de protección a la vida de las personas. Este imaginario de lo que la mujer es –un simple útero que reduce su sexo a una simple función maternal– supone eso mismo: un imaginario (un *qué*), no lo que realmente la mujer es (un *quién*, *su yo*).

El derecho al aborto no debe entonces ser entendido como el derecho a *escoger* tener un aborto, sino como el derecho a darse cuenta de la legitimidad de la proyección individual de la mujer hacia su propia *integridad corporal*, consecuente con la imaginación de su *yo* al momento de decidir dar por terminado su embarazo. Esta rearticulación impone que los Estados no puedan imponer ninguna restricción al derecho al aborto, ya que ello significa negar a la mujer su plena *individualidad* y su capacidad de otorgar su propio significado al hecho de dar por terminado un aborto, sin que el Estado intervenga en ello.

3.2.1. El fallo ROE vs. WADE

Un examen de este fallo resulta primordial para CORNELL, a fin de demostrar la limitación que a su juicio la jurisprudencia liberal estadounidense ha otorgado al derecho al aborto.

En este pronunciamiento, la Suprema Corte norteamericana reconoció por primera vez *el derecho a la privacidad* como fundamento del derecho al aborto, el cual, sin embargo, fue limitado en razón a que al Estado le fue permitido regularlo con mayor o menor injerencia dependiendo de la cercanía del momento del alumbramiento (sistema

116 “The Supreme Court has repeatedly upheld the regulation of reproductive freedom against equal protection challenges. In *GEDULDIG v. AIELLO*, 417 U.S. 484 (1974), the Court held that state regulation of pregnancy is no sex-based because such regulation does not categorically distinguish the class of women from the class of men. HOWEVER, in *MICHAEL M V. Superior Court*, 450 U.S. 464 (1981), the Court suggested that state regulation of pregnancy is a real categorical difference between genders”. *Ibíd.* p. 369.

de plazos). Se afirmó así que el derecho al aborto no podía ser absoluto, incurriendo en un contrasentido con lo que siempre había afirmado sobre el *derecho a la privacidad* en otros casos, en los cuales afirmó su carácter absoluto.

A su juicio, también se contradijo la Suprema Corte al afirmar que en “*algún*” momento del embarazo el Estado tendría derecho a intervenir para proteger una vida potencial, toda vez que el feto, a la luz de la Enmienda Catorce, no podría ser considerado como una persona y por ello no podría, consecuentemente, ser equiparable a los derechos de la madre. Tampoco se otorgó certeza sobre cuándo se podría hablar de la viabilidad de un feto.

Debe señalarse que CORNELL, en todo caso, no pretende la eliminación del *derecho a la privacidad*, sino que busca su redefinición en razón a la señalada crítica respecto del limitado entendimiento que la jurisprudencia liberal le dio. Ello, a diferencia de otras feministas teóricas¹¹⁷, quienes proponen abandonar el *derecho a la privacidad* como fundamento de los derechos reproductivos y plantean, en su lugar, alguna versión de la *doctrina de la igualdad de trato*. Aducen que el discurso de la *privacidad* refuerza un engañoso modo liberal de la relación entre sociedad y Estado, que oculta las jerarquías de género y disimula la realidad social que él mismo contribuye a constituir en vez de exponerlas al escrutinio público. En este modelo, el Estado se identifica con la esfera de lo *público* y todo lo que queda fuera de él con lo *privado*. El *derecho a la privacidad* se basa en la premisa –falsa para ellas– de que mientras el Estado no interfiera en la vida privada, los individuos autónomos actuarán libre e igualitariamente.

Por su lado, JEAN COHEN¹¹⁸ sostiene, en este sentido en consonancia con los planteamientos de CORNELL, que, en sociedades sumamente diferenciadas como las nuestras, los *nuevos derechos a la privacidad* desempeñan una importante función en la protección de las capacidades de las personas para formar, mantener y presentar a los otros una concepción coherente, auténtica y nítida de sí mismas, y la posibilidad de desarrollar una propia concepción del bien, consecuente con su identidad.

Si el aborto es tratado como un derecho puede jugar un papel importante en la resimbolización del embarazo, de manera que no podrá negarse el poder de la maternidad ni definir únicamente a la mujer por su capacidad reproductora. Rechazar el derecho al aborto refuerza efectivamente la identificación de la mujer con la función maternal.

117 Entre ellas, MACKINNON. “*Privacy vs Equality*”, en *Feminism Unmodified*, y FRANCES E. OLSEN, “*A Finger to de Devil: Abortion, Privacy and Equality*”, pp. 377-382, citadas por JEAN L. COHEN. “*Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto*”, en *Debate Feminista*, Año 10, vol. 19, abril 1999, “*Ley, cuerpo y sujeto*”, p. 19.

118 *Ibíd.*, p. 35.

La *equidad* y la *individualización* de la mujer son negadas al ser considerada ésta como el otro inferior a la luz del concepto de *igualdad* de la jurisprudencia liberal. Bajo esos términos, no puede hablarse realmente de *equidad*. La escapatoria de la justicia colombiana cuando admite la idea de ponderación de bienes para no tipificar el aborto únicamente en casos excepcionales (casos de violación, malformaciones fetales y salud de la madre) no es igualitaria ni equitativa, es falsamente liberal y no se corresponde con la lógica que funda el Derecho penal actual.

La *equidad* por la que se lucha no descansará en una directa comparación de las mujeres con los hombres sino, mejor, en un análisis de las mínimas condiciones para que todos los seres sexuados alcancen su *individualidad*. Para CORNELL, siguiendo a BARBARA KATZ ROTHMAN, el derecho al aborto, teniendo en cuenta el derecho a la *integridad corporal*, debe ser entendido como el derecho a que el feto no sea compelido a nacer. Negar el derecho al aborto es negar a la mujer igual protección de las *condiciones mínimas de individualización*.

Insistir en lo contrario, esto es, en mantener la discusión de la penalización del aborto sobre el carácter inviolable de la vida del feto, significa continuar el entendimiento del *yo* femenino bajo la óptica masculina respecto del cuerpo de la mujer y su inferioridad, al no permitírsele su reconocimiento como sujeto pleno de derechos y capaz de decidir sobre el criterio que quiera otorgar a la maternidad, como condición sexual exclusiva y única del ser femenino.

Se propone, por tanto, al Derecho penal colombiano reconocer a la mujer su plena ciudadana y, en consecuencia, desterrar de su catálogo punitivo aquellas figuras que, como el aborto, terminan por contaminar la legitimidad que pretende irradiar. El principio de lesividad impide reconstruir un concepto pleno de ciudadanía femenina. El daño, el “homicidio” con que se bautiza la acción que despliega cuando decide ser o no madre¹¹⁹, se convierte así en la gran limitante para la mujer y para su anhelo de ser reconocida como ciudadana plena y con una integridad especial, diferente a la del hombre, que debe también ser reconocida por el Derecho.

Esta integridad plena y este reconocimiento de su condición de ciudadana-mujer suponen que, cuando opte por ser o no madre, no pueda el sistema punitivo entrar a hacer valoraciones respecto del resultado de esta acción. El instrumento de tutela que se reclama de un Derecho penal moderno no puede ser ese frágil intento por recubrir la acción dentro de las categorías dogmáticas construidas –protección del que está por nacer– cuando es el mismo Derecho penal quien propicia, de acuerdo con sus intereses,

119 SEBASTIÁN SOLER. *Derecho penal Argentino*, t. III, Editorial Tipográfica Editora, Buenos Aires, en 1967, p. 96, asimilaba ya desde ese momento el homicidio al aborto cuando afirmaba: “*Así como el homicidio es la muerte inferida a un hombre, el aborto es la muerte inferida a un feto*”.

qué conductas prohíbe y cuáles no. Si se toma tan en serio la vida, ¿entonces por qué, bajo esa misma lógica, no se continuó criminalizando la tentativa de suicidio?

CONCLUSIONES

Las ideas descritas han pretendido poner en evidencia un sentido clamor respecto de la ilegitimidad que rodea la prohibición penal del aborto, no sólo por su confusión con órbitas como la moral, la ética o la religión, sino, por sobre todo, por el carácter discriminatorio hacia la mujer que se esconde tras la figura.

Si ello es así, la discusión debe dirigirse hacia la reconstrucción de un derecho de la mujer que nunca ha podido salir a la superficie y que impondrá al Derecho penal, reconocer sin más, que la acción de interrumpir el embarazo no puede ya ser entendida como un acto criminal ni lesivo de un derecho de un tercero.

De no ser ello así, la discusión en torno al aborto no abandonará jamás el discurso impuesto sobre el carácter inviolable de la vida y girará siempre, pues no podrá salir de allí, sobre la irracionalidad de dar muerte al feto.

Esta trampa conceptual impone efectuar un esfuerzo para la reconstrucción que acá se propone, y que realice los postulados de un liberalismo que relegó el papel de la mujer y que por lo mismo debe retribuirle reconociendo plenamente su condición de ciudadana con todas las consecuencias lógicas que sus postulados conllevan. En este caso, asentir al derecho, que le es propio, de abortar.

Las contradicciones internas expresadas y que analizo como metodología a partir de la crítica de FERRAJOLI en torno a la legitimidad del Derecho penal, dar cuenta de por qué el delito de aborto no debe aparecer en el catálogo punitivo y cómo, a pesar de un reconocimiento tácito compartido por los doctrinantes penales actuales respecto de la necesidad de destipificar el aborto (ya sea por condiciones de salud pública o por inidoneidad de las penas, o por cualquiera otra razón expresada de manera teórica en sus escritos), las discusiones acerca de las condiciones de legitimidad que un Derecho penal moderno debe cumplir para mantener una prohibición penal no llegan nunca a aflorar para este preciso tipo penal.

La función crítica y axiológica que se presenta como ganancia del Derecho penal moderno resulta siempre malograda cuando se trata de destipificar esta figura. Las supuestas abandonadas concepciones acerca de tintes moralistas o religiosos en figuras penales que, como el aborto, disciplinan la vida de la mujer se transforman ahora en nuevos discursos legitimantes que no permiten que su ciudadanía plena despegue.

Los postulados liberales que promulga nuestro Derecho penal moderno se conciben no como parámetros sino como fuentes absolutas de legitimación del sistema edifica-

do en su nombre. Así, la protección absoluta de la vida del que está por nacer terminó por convertirse en ideología de legitimación en la que se cambió la fuente normativa de justificación por la justificación misma, o, en palabras de FERRAJOLI, el deber ser político por el ser jurídico, permitiendo su transformación en una “sustancia-ética” autojustificada que se niega a reconocer a la mujer unas condiciones mínimas de individualidad que siempre ha tenido y nuestro Derecho no ha querido reconocer.

El Derecho penal moderno prefiere así asumir el precio de ser calificado como el “brazo armado de la moralidad” antes de aceptar reconocer que cuando una mujer opta por abortar no pone en riesgo ninguna esfera jurídica ajena de las que resultan, o por lo menos deban resultar, relevantes para nuestra juridicidad.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA VARGAS, GLADIS, *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispánico*, 1996, en *Género y Derecho*, editoras ALDA FACIO y LORENA FRIES, Colección Contraseña, Estudios de Género, serie Casandra, 1999.

ARENDT, ANA, *El espacio de la política*. Por CRISTINA SÁNCHEZ MUÑOZ, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BARATTA, ALESSANDRO, “*El paradigma de género, desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana*”, en *De las mujeres y el Derecho*, ALICIA E. C. RUIZ, compiladora de *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000

BARRETO ARDILA, HERNANDO, *El Sistema Penal en Tiempos de Redefiniciones Etiológicas Postmodernas*, Penal, 1998.

BECCARIA, CÉSAR, “*De los Delitos y las Penas*”, Ed. Temis, Bogotá, 1990.

BENHABIB SEYLA y DRUCILLA CORNELL, *El otro generalizado y el otro concreto, Teoría feminista y Teoría crítica*. Valencia, Ediciones Alfons el Magnánim, 1990.

BENHABIB SEYLA. *El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Rohlberg-Gilligan y la Teoría feminista*, en SEYLA BENHABIB y DRRUCILLA CORNELL (ed.), *Teoría feminista y Teoría crítica*, Valencia, Ed. Alfons el Magnánim, 1990

BERGALLI, ROBERTO y BEIRAS IÑAKI RIVERA, *Historia y legitimación del castigo. ¿hacia dónde vamos?*, en *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch. Alternativa, Valencia, 2003.

BROWN WENDY y HALLEY JANET, *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press/Durham y London /, 2002.

BROWN WENDY y WILLIAMS PATRICIA, *La crítica de los derechos*, estudio preliminar de ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Instituto Pensar.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982.

CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho criminal, Parte especial*, Témis, Bogotá, 1973.

CARRASQUILLA, JUAN FERNÁNDEZ, *Derecho penal liberal de hoy, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2002.

CANTOR, REY, *Teorías Políticas Clásicas de la formación del Estado*. Temis, Bogotá, 1996.

CARRARA, FRANCESCO, *Derecho penal, Parte general*, vol. 1, Editorial Temis, Bogotá, 1973.

COHEN, JEAN L. *Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto*, en *Debate Feminista, Ley, Cuerpo y Sujeto*, año 10, vol. 19, abril de 1999.

CÓRDOBA TRIVIÑO, JAIME. *Fundamentos Constitucionales de la Imputación penal*, en *Dogmática y Criminología, Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, homenaje de los grandes tratadistas a ALFONSO REYES ECHANDÍA, Legis, Bogotá, México y Buenos Aires, 2005.

CORNELL, DRUCILLA. *Dismembered Selves and Wandering Wombs*, en *Left Legalism/ Left Critique*, Duke University Press, 2002.

CORNELL, DRUCILLA; MICHEL ROSENFELD y DAVID GRAY CARLSON, Routledge, New York, y London, 1989.

COWARD, ROSALIND, *Patriarcal Precedents. Sexuality and Social Relations*, London, Routledge and Kegan Paul, 1983.

CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Tres Temas Penales, el Aborto Criminal, el Problema Penal de la Eutanasia y el Aspecto Penal de la Fecundación artificial*, Bosh, Casa Editorial Urgel, Barcelona, 1955.

DAVIS, NANNETE y MARLENE FAITH, *Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación*, en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, ELENA LARRAURI (comp.), Siglo XXI Editores, México, 1994.

DWORKING, ANDREA, *Right-wing Women*, New York, Perigee Books, 1983.

ESCOBAR, ARTURO; ÁLVAREZ SONIA y EVELINA DAGNIGNO. *Política cultural y cultura política, Una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericano*", CLAUDIA MONTILLA V.(trad), Distribuidora y Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., CARMEN TORNARÍA, coordinadora nacional de Grupo Iniciativa Peking-Uruguay, Bogotá, Colombia, 2001.

El aborto inducido en Colombia, Centro de Investigaciones Sobre Dinámica Social, Cuadernos del Cids, Serie I, Universidad Externado de Colombia, 1999.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, Editorial Trotta, 1997.

FERRI, ENRICO, *Principios de Derecho criminal*, 1933. *Grandes Corrientes del Derecho Penal –Escuela Positivista– Introducción a la Lectura de CESAR LOMBROSO, RAFAEL GARÓFALO y ENRIQUE FERRI*, Bogotá, 1991.

FERRO, JOSÉ GUILLERMO, *Bien protegido en los delitos contra la vida y la integridad personal*, en *Dogmática y criminología, Dos visiones complementarias de fenómeno delictivo*, homenaje de los grandes tratadistas a ALFONSO REYES ECHANDÍA, Legis, Bogotá, México y Buenos Aires, 2005.

FOUCAULT, MICHAEL. *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings*, Colin Gordon (ed.), Panteon Books, New York, 1972-1977.

FRASER, NANCY. *Iustitia Interrupta, Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, MAGDALENA HOLGUÍN e ISABEL CRISTINA JARAMILLO (trads.), Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Derecho penal, Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, Editorial Temis, Bogotá, 1983.

GOLDMAN, EMMA. *Tráfico de mujeres y otros ensayos sobre feminismo*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1977.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Constitución derechos fundamentales y dogmática penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. *Delitos contra la vida y la integridad personal, Lecciones de Derecho penal especial, Parte especial*, Universidad Externado de Colombia, 2003-2004.

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

GRAZIOSI, MARIANA. “*Infirmitas sexos. La mujer en el imaginario penal*”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Editorial Biblos y Universidad de Buenos Aires, 2000.

HABERMAS, JÜRGEN. “*¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*” (1987), *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Ediciones Paidós e I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

HERRERA, JOSÉ FRANCISCO, *El derecho a la vida y el aborto*, Universidad del Rosario, Bogotá, 1999.

IGLESIAS, MARÍA DEL CARMEN, *El pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Alianza, 1984.

JIMENO, MYRIAM. *Crimen pasional*, Contribución a una antropología de las emociones, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

KRISTEVA, JULIA. *Sentido y sinsentido de la revuelta. Literatura y psicoanálisis en Las mujeres y el derecho*, ALICIA E. C. RUIZ, compiladora de *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

LARRAURI, ELENA (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI Editores, México, 1994.

MAFIA, DIANA. *Socialismo y Liberalismo en la teoría política contemporánea*, Argentina.

MARTÍNEZ, LISANDRO. *Derecho penal sexual*, t I, Editorial Temis, Bogotá, 1972.

MERCURO, NICHOLAS y MEDEMA STEVEN, *From Posner to Post-modernism*, Princeton University Press, New Jersey, 1997.

MIR PUIG, SANTIAGO, “*Límites del normativismo en el Derecho penal*”, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Bogotá, Legis, 2005.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho penal, Concepto y método*, Bosh, Barcelona.

MOLLET, KATE. *Sexual politics*, New York, Doubleday and Co, 1970.

MONTOYA CALLE, SEGUNDO MARIANO. *Impunidad del aborto frente a la eugenesia y al honor*, Editorial Rao, Perú, 2004.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal, Parte general*, 2ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “*Protección de Bienes Jurídicos como Límite Constitucional del Derecho Penal*”, XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 1998.

OLSEN, FRANCES, *El Sexo en el Derecho, en Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Universidad de Buenos Aires y Editorial Biblos, 2000.

PATEMAN, CAROLE, *El Contrato Sexual, Anthropos*, Editorial del Hombre, México, 1995.

PETTI MOLINA, CRISTINA, *Dialéctica Feminista de la Ilustración*, Anthropos, Editorial del Hombre y Comunidad de Madrid, 1994.

PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho penal, Parte general y especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

RAINIERI, SILVIO, *Manual de Derecho penal, t v, Parte especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1975.

ROUSSEAU, J.J. *Discurso sobre la economía política*.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho penal español, Parte especial*, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1975.

ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 1972.

ROXIN, CLAUS, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*. Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

ROXIN, CLAUS, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE y DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA(trads.), Universidad de Sevilla, 1981.

RUIZ, ALICIA, *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000.

SILVA GARCÍA, GERMÁN, “*El control penal sobre la sexualidad, Fundamentos, extralimitaciones y limitaciones*”, XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 1998.

SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t III, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1967.

TOCORA, LUIS FERNANDO *Derecho penal especial, Delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico, delitos sexuales*, 10.^a ed., Librería ediciones El Profesional 2004.

URBANO, JOSÉ JOAQUÍN, *La legitimidad del Derecho penal, Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Monografías de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 2001.

ZAFFARONI, ALAGIA y BLOCAR, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAMUDIO, LUCERO; NORMA RUBIANO y LUCY WARTENBERG. *El aborto inducido en Colombia: características demográficas y socioculturales*, Universidad Externado de Colombia, 1999.

