



INFORME TÉCNICO

**PROYECTO DE LEY QUE DESPENALIZA EL ABORTO EN LOS
CASOS DE EMBARAZO A CONSECUENCIA DE UNA
VIOLACIÓN SEXUAL, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O
TRANSFERENCIA DE ÓVULOS NO CONSENTIDAS
Proyecto de Ley 3839/2014-I.C.**

Elaborado por

**INSTITUTO DE CIENCIAS PARA EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA - USAT
INSTITUTO DE BIOÉTICA - USAT
FACULTAD DE DERECHO - USAT**

Comité Académico

Mgtr. Abog. Erika Valdiviezo López (Coordinadora)

Mgtr. Abog. Kathia Vassallo Cruz

Mgtr. Med. Luis Enrique Jara Romero

Chiclayo, Mayo 2015

INFORME TÉCNICO¹

PROYECTO DE LEY QUE DESPENALIZA EL ABORTO EN LOS CASOS DE EMBARAZO A CONSECUENCIA DE UNA VIOLACIÓN SEXUAL, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE ÓVULOS NO CONSENTIDAS **Proyecto de Ley 3839/2014-I.C.**

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Que la vida humana empieza desde el momento de la concepción, es un hecho innegable, eso significa que no es cuestión de posturas o corrientes científicas o ideológicas: es un hecho demostrado y real.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad y a su libre desarrollo y bienestar y que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, son derechos inalienables reconocidos en el Art. 2° de nuestra Constitución.

Que la protección de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo del Estado, es un principio constitucional al cual se encuentra sometido no solo el Estado Peruano, sino todos los ciudadanos que habitamos este país.

Pretender que el Estado desconozca todos estos principios y despenalice el aborto es vulnerar gravemente las bases sobre las cuales está constituido nuestro sistema democrático de derecho y sobre todo es desconocer que la función principal del Estado es proteger precisamente a aquellos que no pueden ejercer su defensa por sí mismos, a los más vulnerables, a los inocentes, a quienes no tienen voz.

¹ Para la elaboración de este informe se contó con la valiosa colaboración de *Guisella Barboza, Franklin Hoyos, Zoila Zumaeta, Pamela Durand, Marlid Saucedo, Victoria Ballena, Wendy Becerra, Christian Sánchez, Claudia Martínez, Jorge Acosta, Omar Quiroga y Miller Díaz*; estudiantes de último año de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

La Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, a través del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia, el Instituto de Bioética y la Facultad de Derecho, ha elaborado el presente informe técnico sobre el “Proyecto de Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas - Proyecto de Ley 3839/2014-I.C” (en adelante el Proyecto).

El objetivo del presente informe es analizar y discutir, con base científica y jurídica, los argumentos en los que se sustenta el Proyecto, con el fin de contribuir a un análisis integral de lo que significaría la despenalización del aborto en los supuestos mencionados, que, lejos de ser una solución al problema planteado, se constituiría en una grave retroceso legislativo y social, por las consecuencias que su aprobación generaría.

A lo largo de su desarrollo, este informe pretende demostrar y en su caso reiterar:

- a. Que la vida se origina desde el momento de la concepción y es un derecho de todo ser humano.
- b. Que el Estado tiene el deber de proteger la vida *intra* y *extra* uterina.
- c. Que el aborto es un delito tipificado en el Código Penal, que supone terminar con la vida del niño por nacer, con el consentimiento de la madre.
- d. Que el aborto no se encuentra justificado en los casos en que el embarazo haya sido consecuencia de una violación.
- e. Que en estos casos, el aborto no se convierte en una “cura” para superar el trauma de la violación sufrida.
- f. Que el aborto genera en la mujer graves daños en su salud psíquica y mental, que lamentablemente se sumarían al trauma sufrido por la violación.
- g. Que pueden existir otras alternativas que contribuyan a la mejora de la mujer violentada y a su vez, no acaben con la vida del niño por nacer.

- h. Que, los derechos de un individuo – en este caso, la madre gestante – terminan donde empiezan los derechos del otro, el concebido.
- i. Que el proyecto no ha seguido para su elaboración, una adecuada técnica legislativa, lo que imposibilita su aprobación.

Es evidente que nos encontramos ante una corriente de pensamiento muy arraigada (aunque en un reducido sector de nuestra sociedad), que pretende relativizar los derechos fundamentales, haciendo unos más valiosos que otros (por ejemplo la libertad de decidir de la mujer, frente al derecho a la vida del concebido).

Si bien la circunstancia que rodea y pretende justificar la despenalización del aborto en este caso, es una muy dolorosa y que afecta a la sociedad en su conjunto, no es suficiente - de acuerdo a lo esbozado en este informe - para aceptar como jurídicamente válida la terminación de la vida del concebido, que es sujeto de derecho y se encuentra en el mismo plano de dignidad que cualquier sujeto nacido.

Al respecto, debemos considerar que:

“El respeto a todas y cada una de las vidas humanas ha sido siempre clave de la medicina occidental, y es la ética que ha hecho que los médicos traten de preservar, proteger, reparar, prolongar y realzar el valor de la vida. Puesto que la “vieja ética” todavía no ha sido completamente desplazada, se ha tenido que aislar la idea del aborto de la de matar, que continúa siendo aborrecible a la sociedad. El resultado ha sido que, curiosamente se elude el hecho científico que todo el mundo en realidad conoce, que la vida humana comienza en el momento de la concepción y continúa, sea intra-uterina o extra-uterinamente, hasta el momento de la muerte. Las peripecias semánticas que se requieren para argumentar a favor del aborto de otra forma que no sea la destrucción de una vida humana, serían

*ridículas si no fueran expuestas a menudo bajo las más impecables razones sociales (...)*²

En este sentido, las razones sociales, si bien son objetivas y reales, no pueden ser suficientes para que en la conciencia jurídica y en el ordenamiento legal de nuestro país, se acepte el aborto. Como señala Bianchi, “la tolerancia del aborto constituye un hecho inconstitucional al que se ha intentado revestir de constitucionalidad”³.

Asimismo, debe desestimarse la idea de que la despenalización del aborto es consecuencia del “progreso” de la sociedad y un cambio necesario que debe operar a fin de estar “a la par” con los países más desarrollados.

“La simpatía legal por las prácticas abortivas contrasta de modo chocante, por ejemplo, con la creciente preocupación por los animales en países donde el aborto es oficialmente presentado como un signo de progreso humano”⁴.

Si ya con la “regulación” del aborto terapéutico⁵ se inició un camino peligroso de desprotección de la vida⁶; la despenalización del aborto en el caso de embarazo a causa de violación supone una puerta abierta a la total despenalización del aborto. Porque, como ha sucedido en otros países, se irán introduciendo más causas para abortar. Si ahora se justifica social y legalmente el aborto en caso de violación, y ya se encuentra justificado el aborto por ***“cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente”⁷***, pues nada falta para que se

² *Journal, California State Medical Assn, Setiembre 1970*, citado por WILLKEY, J.C., “Manual sobre el aborto”, Eunsa, Pamplona, 1974, p. 51

³ BIANCHI, Alberto, “En contra del aborto”, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 47.

⁴ BLAZQUEZ, Niceto, “El Aborto”, BAC Popular, Madrid, 1977, p. 4.

⁵ Nos estamos refiriendo al Protocolo del Aborto Terapéutico o la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal”, aprobado por R.M. N° 486-2014-MINSA.

⁶ En el mismo sentido, véase SILVA ABBOTT, Max; “Bioética, una cuestión vital”, Universidad San Sebastian, CIP, Santiago de Chile, 2014, p. 51

⁷ “Sobre la base de lo consensuado por sociedades médicas del Perú se consideran las siguientes entidades clínicas de la gestante, en las que se amerita evaluar la interrupción terapéutica del embarazo: (...) 11. ***Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere***

justifique también el aborto en casos de defecto genético del niño, posible enfermedad de la madre, dificultades para la educación futura de la criatura, número de hijos, edad de la madre o simplemente porque se trata de un hijo “no deseado”⁸. Y en estas circunstancias nos preguntamos, ¿cuál es el valor que se le da a la vida? ¿Qué clase de Estado sería aquel que deja en la total desprotección a los más débiles e indefensos?

Lo cierto es que los argumentos a favor del aborto “no resisten ningún análisis”. En un primer nivel de discusión no es posible opinar sobre el origen de la vida o sobre el reconocimiento jurídico del concebido, porque eso ya está superado (toda persona tiene derecho a la vida, el concebido es persona). Un segundo nivel de discusión incluiría la prevalencia de los “derechos reproductivos” de las mujeres sobre el derecho a la vida; pero aquí el conflicto se resuelve a favor del concebido, pues el derecho al desarrollo de la libre personalidad no puede lesionar la vida de nadie⁹.

Finalmente el informe aborda también las inconsistencias técnico-legislativas del proyecto, lo que tendría que generar su desaprobación por las comisiones correspondientes, no solo por cuestiones de fondo, sino también de forma.

Confiamos en que este informe aporte a la discusión que genera el proyecto de ley analizado y que contribuya a reforzar los argumentos para proteger la vida del niño por nacer y proteger y acompañar a la gestante, víctima de violación, a superar las secuelas traumáticas de ese episodio, sin necesidad de acabar con la vida de su hijo.

en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica”. Cfr. Protocolo del Aborto Terapéutico, num. 6.1.

⁸ La ampliación de las causales de aceptación del aborto se ha presentado en todos los países que empezaron a admitir por lo menos alguna de ellas, hasta legalizar casi completamente el aborto. Así sucedió en Islandia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suiza, Alemania, Francia, España, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Austria, Japón, Canadá, Estados Unidos, Camerún, Marruecos, Sudáfrica, entre otros. Cfr. BLAZQUEZ, Niceto, pp., 30-51. En este sentido, WILLKEY señala que “la violación como razón para liberalizar el aborto no son más que pretextos bajo los cuales se abren las puertas al aborto permisivo por otras muchas razones”, Cfr. WILLKEY, J.C., Op. Cit., p. 55

⁹Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, “Aborto en caso de violación”, En:

<http://udep.edu.pe/icf/educacion-y-juventud/adolescentes-y-padres-de-familia/aborto-en-caso-de-violacion>

II. PREMISA: EL DERECHO NO REGULA PERCEPCIONES CIUDADANAS

Uno de los argumentos que se esgrimen en la Exposición de Motivos del Proyecto para despenalizar el aborto es que:

*“en los últimos tiempos la ciudadanía se viene expresando a favor de la despenalización del aborto por violación sexual. Así (...) el 32.32% de las personas encuestadas a nivel nacional señaló estar a favor del aborto en caso de violación sexual (...)”*¹⁰

Al respecto, debemos señalar que nos encontramos en un Estado Social y Democrático de Derecho (Art. 43° CPP), cuyos fines vienen determinados por (i) *la conservación del grupo social*, (ii) *la juridificación de la vida coexistencial* y (iii) *el fomento del bien común*¹¹. Esto significa que el Estado tiene la responsabilidad de establecer una comunidad que alcance su propio “bien”, que acceda al perfeccionamiento y al bienestar mancomunado. Para ello, debe establecer un orden jurídico que permita definir las relaciones generales del comportamiento social “dentro de los valores socialmente deseados”¹² y constitucionalmente definidos.

Esto significa también que el Estado tiene dos deberes básicos¹³:

- (i) El deber de resguardar la dignidad de sus miembros
- (ii) El deber de promover el desarrollo y el mantenimiento de un orden basado en la justicia

En este contexto, las “percepciones ciudadanas” (y mucho menos en minoría) no pueden ser referente legislativo para el Estado. No se puede, en este sentido, legislar en función de lo que opinan algunos, si para ello se ponen en juego los principios sobre los que se sustenta el propio Estado. Pues no debe olvidarse

¹⁰ Proyecto, p. 5

¹¹ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor; “El Estado peruano como Estado Social y Democrático de Derecho”. En: GUTIERREZ, Walter, (Dir.); *La Constitución Comentada*, Tomo II, 2da. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 925 y ss.

¹² Idem, p. 928.

¹³ Idem, p. 930. Véase también los Artículos 1° y 44° de la CPP, en los cuales se plasma el marco general de los deberes del Estado Peruano.

que *“la persona humana y su dignidad constituyen la premisa esencial sobre la cual se fundamenta toda la actuación del Estado”*¹⁴.

Si se sigue el argumento de las preferencias de la ciudadanía y éstas se constituyen en la base de la política penal, llegaríamos a aceptar que *“si la conservación de la sociedad no está en peligro por una despenalización amplia del aborto, la circunstancia de que se trate de una práctica social extendida y cuya evitación resulta difícilmente exigible, junto al hecho de que buena parte de la opinión pública considere inaceptable su criminalización, parecen razones poderosas para adoptar una posición de tolerancia desde el punto de vista penal”*¹⁵. Que es el planteamiento del proyecto de ley.

Pero, aun cuando en un momento determinado, una parte de la población de un país no percibiera el aborto como intrínsecamente malo, esto no significa que deba dejar de sancionarse o perseguirse por el Estado.

Porque, si fuese éste el caso, debemos entender que esa parte de la población estaría equivocada, como lo estaban quienes en otras épocas no cuestionaban o mejor, aceptaban, la esclavitud o la tortura. Quienes están equivocados tienen derecho a que se les ayude a salir de su error, y se les impulse a no causar daños irreparables por actuar conforme a su error.

Los valores básicos y esenciales, como la vida del ser humano y su dignidad, son previos, independientes y superiores a las determinaciones de las mayorías. Por eso los Estados no deben guiarse por las opiniones o presiones de grupos de minoría en lo que hace referencia a la naturaleza de las cosas. Las cosas no son verdaderas o falsas, bellas o feas, buenas o malas, porque así lo pueda disponer una mayoría en un momento concreto.

III. EL ABORTO COMO DELITO TIPIFICADO EN EL CÓDIGO PENAL

Desde la doctrina penal, el aborto es definido como la *“destrucción de la vida humana, producto de la concepción, dentro del claustro materno o por su expulsión*

¹⁴ LEÓN VASQUEZ, Jorge Luis; “Deberes fundamentales del Estado”. En: GUTIERREZ, Walter, (Dir.); Op. Cit., p. 948.

¹⁵ GIL DOMINGUEZ, Andrés; “Aborto voluntario, vida humana y Constitución”, EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 37, citando a RUIZ MIGUEL, Alfonso.

*prematuramente provocada (...)*¹⁶. La muerte del concebido configura el delito al margen de si hay o no expulsión o si esta se produce dentro o fuera del vientre de la madre, solo así se logra comprender de manera satisfactoria la consideración del aborto como delito contra la vida¹⁷.

El aborto se encuentra tipificado como delito en nuestro Código Penal, en el Capítulo de los “Delitos contra el cuerpo y la salud”, que también se encuentra compuesto por el delito de homicidio y lesiones. Esta ubicación se da en función del bien jurídico que protege esta figura.

3.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación de si estamos ante un bien jurídico digno de protección es importante para determinar la legitimidad de perseguir una conducta considerada delictiva, y tanto la legislación interna como internacional ya ha zanjado el tema: el concebido tiene derecho a la vida¹⁸ y *“no es propio de un Estado de Derecho desconocer el derecho a la vida del concebido a partir del debate de si concebido tiene o no la condición de persona”*¹⁹.

Si bien es cierto que comparativamente hablando los grados de sanción difieren entre el delito de aborto y el de homicidio – aunque el bien jurídico protegido sea el mismo –, esto no significa que el Estado, titular del *ius puniendi*, valore menos la vida intrauterina que la extrauterina. Sino que, a decir de algunos autores *“la realidad social postula un incremento en la valoración de la vida en la medida que avanza su desarrollo”*²⁰ y esto justificaría la técnica legislativa adoptada. Sin embargo, insistimos, esto no significa una renuncia por parte del Estado a la protección de la vida humana a

¹⁶ CASTILLO ALVA, José Luis; “El delito de Aborto”, ARA Editores, Lima, 2005, p. 91. Véase también GIL DOMINGUEZ, Andrés; Op. Cit. p. 15.

¹⁷ Idem.

¹⁸ El óvulo fecundado, como bien se sabe, tiene una identidad genómica propia, única e irrepetible; no cambiará a lo largo de la vida. Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios generales*. Trujillo, Normas Legales, 1995, pp. 28-36.

¹⁹ *“Ese proceso de despersonalización de seres humanos para, acto seguido, desconocer los derechos más elementales de cualquier sociedad civilizada es, desde todo punto de vista, inadmisibles”*. Cfr. ORE SOSA, Eduardo Arsenio, “Sobre el delito de aborto y la protección penal de la vida del concebido”, En: AA.VV. *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernandez Sessarego*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2010, p. 114.

²⁰ Véase CASTILLO ALVA, Luis, Op. Cit. p. 19

tramos anteriores al nacimiento o que el grado de desarrollo sea razón suficiente – a nuestro criterio – para proteger más o menos la vida humana.

En efecto, el concebido no tiene menos dignidad que el ser humano después del nacimiento, *“posee igual dignidad dado que un hecho biológico – el parto – no puede significar la aparición de una distinta y originaria valoración de la vida humana”*²¹.

En este sentido, el Código Penal debe interpretarse en concordancia con el resto del ordenamiento jurídico, y en especial, con los principios constitucionales que lo informan. De esta manera, el Art. 1° de la Constitución Política del Perú al señalar que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, establece el marco de interpretación para determinar la relevancia de la protección de los bienes jurídicos protegidos en el ámbito penal. Y en este contexto, no existe ninguna diferencia entre los diferentes estadios de desarrollo de la vida humana.

Podemos citar aquí, una sentencia del Tribunal Constitucional Español, que señala

*“Si la Constitución protege la vida (...) no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es un momento de desarrollo de la vida misma”*²².

3.2. EL CONSENTIMIENTO DE LA MADRE GESTANTE

En algunos casos, como señala ORE SOSA²³, el consentimiento tiene por virtud eliminar el injusto típico, para que esto ocurra es fundamental que el consentimiento lo otorgue el titular de un bien jurídico de libre disposición (Art. 20°, inc. 10 CP).

²¹ Idem, p. 21

²² STC Español citada por CASTILLO ALVA, Luis; Op. Cit., p. 22

²³ ORE SOSA, Eduardo Arsenio, Op. Cit., p. 115. El autor se refiere, por ejemplo, a los casos en los que no se configura el delito de violación de domicilio si se consintió en la entrada del sujeto, o el delito de violación, si se llevó a cabo con consentimiento.

Sin embargo, en el caso del aborto, la madre gestante NO es la titular del derecho a la vida del concebido, y por esto, NO puede disponer libremente de la vida del hijo que lleva en su vientre, aun cuando el embarazo haya sido consecuencia de una afectación injusta a su libertad (el delito de violación).

Por esta razón, carece de sentido que en la fórmula legal se requiera el “consentimiento de la madre”, pues ello, no es suficiente para justificar la impunidad del aborto.

3.3. EL DERECHO PENAL MÍNIMO

Lo que se pretende a través del proyecto de ley en cuestión, es fundamentar la despenalización del aborto en el hecho que su tipificación como delito no ha significado una reducción del número de abortos (clandestinos) practicados en el país.

En este sentido, señala:

“Es preciso indicar que en los Estados con vocación democrática, el derecho penal de mínima intervención se debe aplicar como última ratio, es decir, solo si otro tipo de controles sociales no han dado resultado. De este modo, se deben diseñar políticas extrapenales que permitan prevenir los embarazos no deseados y en consecuencia los abortos clandestinos e inseguros (...).”²⁴

Desde este punto de vista, podría decirse que como la tipificación del delito de homicidio no ha reducido los índices de delincuencia ni atentados contra la vida, éste debería legalizarse. Lo mismo podría decirse de conducir en estado de ebriedad. El argumento, de por sí, resulta falaz, en tanto que si bien la función del derecho penal es desincentivar las conductas delictivas, las políticas criminales deben ir necesariamente acompañadas de otros mecanismos que aseguren la protección de los

²⁴ Proyecto, p. 7

bienes jurídicos protegidos. El derecho penal, por sí solo, no hará desaparecer los delitos ni los conflictos sociales²⁵.

Es verdad que el Derecho Penal que se sustenta en el principio de mínima intervención, por el cual sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Sin embargo, una visión reduccionista de este principio puede llegar a plantear que, no todo interés digno de protección gozará siempre de protección penal o no todo bien jurídico constituye un bien jurídico penal²⁶. De esta manera, la determinación de la “importancia” de un bien jurídico o la necesidad de su protección dependerá del legislador, de la política criminal que adopte el Estado o de la “presión social”.

Ahora bien, la existencia de un derecho penal mínimo (y de *ultima ratio*) no es incompatible con el mantenimiento del delito de aborto en el CP, toda vez que se configura con éste, la protección del derecho a la vida del niño por nacer. Y esta protección, es un deber del Estado que no puede ser desconocido por presiones externas o planteamientos reduccionistas.

Los Estados tienen obligación de poner los medios, también los jurídicos, para que no se practiquen abortos, del mismo modo que tienen obligación de poner los medios necesarios para que no se asesine, se viole o se robe; y conforme a las técnicas jurídicas actuales, la tipificación penal del aborto como delito es la medida jurídica proporcionada a la gravedad del atentado que supone contra la vida humana.

También existen otros medios jurídicos para que los Estados desarrollen una política contraria a la práctica de abortos (sanciones administrativas, premios o subvenciones a la natalidad, etc.), pero su carácter liviano y colateral no estaría proporcionado a la gravedad intrínseca del aborto, que, por ser un atentado radical a un bien básico y fundamental, merece la máxima protección jurídica, que hoy no es otra que su configuración como delito. Lo mismo se puede decir del homicidio o la violación: deben ser

²⁵ Como señala ORÉ SOSA, “la función preventiva de la pena no apunta a la desaparición absoluta del fenómeno criminal sino a desincentivar la comisión de dicha conducta”. ORE SOSA, Eduardo Arsenio, Op. Cit., p. 126

²⁶ Idem. p. 117

delito, pues no sería proporcional amenazar al asesino o al violador solamente con una multa o algo semejante.

Lo cierto es que la legislación sobre el aborto no debe ser una decisión arbitraria del legislador, ni mucho menos debido a la imposición de una minoría que no tiene claros los valores que rigen a nuestra sociedad. No se trata de una cuestión de ideologías, se trata de la conciencia del deber de respeto y protección de la vida humana, en todas sus etapas, frente a otros derechos que paradójicamente, dependen del primero para existir²⁷.

3.4. EL ABORTO COMO CONFLICTO DE INTERESES

Se parte de la postura que no existen “derechos absolutos” y en este sentido, el derecho a la vida no sería un derecho absoluto.

Desde el punto de vista penal, puede considerarse que, en efecto, incluso el derecho a la vida tiene limitaciones, por ejemplo, en el caso de legítima defensa, en el que “el acto de matar no genera responsabilidad penal”²⁸.

Sin embargo, esto no puede suponer que en el caso del aborto se pueda aplicar la misma regla, es decir, librar de responsabilidad penal el acto de matar – a un niño por nacer – solo por el hecho de contrastarlo con otros intereses concurrentes en el supuesto, como por ejemplo, la libertad de la madre²⁹.

La consideración del aborto como un conflicto de intereses genera tres posibles sistemas de imputación, a saber (i) *sistema común de penalización*, que considera que el aborto es delito en toda circunstancia y que el conflicto entre el interés del concebido y de la madre, se resuelve a favor del primero; (ii) *sistema del plazo*, que permite el aborto mediando la voluntad de la madre dentro de los primeros tres meses de embarazo y

²⁷ En el mismo sentido, SILVA ABBOTT, Max; Op. Cit., p. 47.

²⁸ Véase ORÉ SOSA, Eduardo Arsenio, Op. Cit., p. 118

²⁹ También APARICIO ALDANA (Coord.) “Derecho a la vida desde una perspectiva filosófica jurídica”, En: AA.VV., *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernandez Sessarego*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2010, p. 27.

(iii) *sistema de indicaciones*, que establece como regla la prohibición jurídica del aborto y como excepción su permisividad bajo determinadas circunstancias y requisitos establecidos en la ley³⁰.

Nuestro Código Penal no acoge por completo el sistema de indicaciones, es decir, no sostiene la impunidad del aborto cuando se dan las circunstancias previstas por la ley. “Solo está establecida una atenuación y rebaja de la pena cuando el embarazo sea consecuencia de una violación sexual o inseminación artificial no consentida (siempre que los hechos hubiesen sido denunciados cuando menos policialmente)”³¹.

Desde esta perspectiva, si el aborto plantea un conflicto de derechos, sería inconciliable en cuanto la aceptación de la libertad conduce necesariamente a la destrucción de la vida humana, y el derecho al bienestar en sus múltiples manifestaciones no puede condicionar el derecho a la vida³².

Dado que la persona por nacer es incapaz de defenderse por sí misma en forma absoluta (lo que no sucede normalmente en la mayoría de los otros delitos) no puede la autoridad social abstraerse de castigar el aborto, porque la amenaza de un castigo se presenta como el único medio real de protección. De otro modo al derecho a la vida se convierte en algo ilusorio y puramente potestativo de terceros y en este sentido, la tutela de la vida humana es de orden público porque se trata de un piso mínimo de subsistencia de una sociedad. La autonomía de la voluntad siempre encuentra límites cuando existe lesión de derecho de terceros.

3.5. CASOS DE ATENUACIÓN DE LAS PENAS EN EL DELITO DE ABORTO

Actualmente, el Art. 120° del Código Penal (CP) regula los casos de aborto atenuado de la siguiente manera.

³⁰ Sobre el particular, Cfr. CASTILLO ALVA, Luis, “El delito de Aborto”, ARA Editores, Lima, 2005, pp. 28-44.

³¹ Cfr. CASTILLO ALVA, Luis, Op. Cit., p. 40

³² Cfr. BADENI, Gregorio. El derecho constitucional a la vida en Derecho a nacer, p 33 y 34.

“Artículo 120°.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados cuando menos policialmente (...).”

En este caso, el Estado ha optado por criminalizar el aborto del embarazo causado por violación antes que declarar la impunidad de dicha conducta. Es verdad que esta posición dista de las que actualmente ostentan las demás legislaciones, sin embargo, eso no significa que el Estado actúe de forma errada, solo significa que es un Estado coherente con los principios y las obligaciones constitucionales que detenta. En este sentido el modelo asumido por la legislación peruana es a favor de la instauración, como regla, de la punición de todas las modalidades de aborto, estableciéndose solo para un caso (el aborto terapéutico), la impunidad.

La ley penal no sólo tiene como fin la persecución del delito, sino también ayudar a conformar la conciencia social sobre los valores básicos de la convivencia, estimulando a los ciudadanos a no cometer lo que se penaliza. Por eso, cuando una determinada conducta se despenaliza, se hace cada vez más frecuente hasta llegar a ser vista como buena y, por lo tanto, a practicarse con naturalidad, en la equivocada creencia de que todo lo legal es moral, y todo lo ilegal es inmoral.

IV. EL EMBARAZO CAUSADO POR VIOLACIÓN SEXUAL

Sin duda, la violación sexual es una de las manifestaciones más terribles de violencia contra la mujer. Los índices de violencia sexual son alarmantes y no solo el Estado, sino la sociedad en su conjunto deben hacerse cargo del problema.

En este sentido, es deber del Estado proteger a las mujeres violentadas y castigar a los perpetradores de estos delitos y sobre todo, brindar a las víctimas las garantías necesarias para:

- (i) Disponer de los medios idóneos para canalizar sus denuncias y concretar la protección jurídica y
- (ii) Recibir la adecuada atención médica y psicológica que les permita superar el trauma sufrido.

Si bien de acuerdo a los datos existentes, la tasa de violaciones en nuestro país es bastante elevada (teniendo en cuenta solo los hechos denunciados), no se puede decir lo mismo de la incidencia de embarazos a causa de dicha violación.

De acuerdo a la literatura especializada, los embarazos bajo estas circunstancias son extraordinariamente raros³³ por varias razones, entre las cuales tenemos: la tasa de disfunciones sexuales (que es extremadamente alta en los violadores)³⁴; otra causa es la total o temporal infertilidad de la víctima; la víctima también puede estar tomando anticonceptivos, puede llevar un dispositivo intra uterino (DIU) o haberse hecho la ligadura de trompas. Así, sólo una minoría de las víctimas tiene una potencial fertilidad.

Un estudio determinó que se registraron solamente 0,6% de embarazos en 1290 víctimas de violación. En una serie de 3,500 violaciones en 10 años en el Hospital San Pablo de Minneapolis, no hubo un solo caso de embarazo³⁵.

³³ Véase SILVA ABBOTT, Max; Op. Cit., p. 73. El autor señala que en los países donde se encuentra legalizado el aborto, bastante menos del 1% corresponde a esta lamentable situación. También BIANCHI, Alberto; Op. Cit., p. 117.

³⁴ En tres estudios se constató que el 39, el 48 y el 54% respectivamente de las mujeres víctimas del ataque no habían quedado expuestas al esperma durante la violación, por *fallas en la erección del atacante*; otro estudio se comprobó que el 51% de los violadores experimentaron *disfunciones* que no les permitieron terminar el acto sexual. Véase REARDON, David C.; "Aborto y violación: lo que muestran los estudios"; Tomado del documento "Embarazos producidos por la violación o incesto: ¿Es el aborto la solución?", resumen de los estudios estadísticos realizados y que aparecen en el libro *Aborted Women: Silent No More* de David C. Reardon, Aci Prensa. En: <http://www.terra.com.pe/religion/aborto6.shtml>

³⁵ REARDON, David C.; Op. Cit. En el mismo sentido, la literatura especializada chilena señala que "desde una perspectiva epidemiológica, el riesgo o probabilidad de un embarazo en casos de una violación aislada es extremadamente infrecuente, lo cual indudablemente no le resta gravedad al delito". Cfr. KOCH, Elard; "Aborto en casos de violación: perpetuando un ciclo de violencia", fecha de publicación 09.jul.2013 En: <http://www.chileb.cl/perspectiva/aborto-en-casos-de-violacion-perpetuando-un-ciclo-de-violencia/>. El proyecto de ley, p. 4, señala las siguientes cifras: el 20% de las mujeres que buscaron tratamiento en un servicio de salud en Puerto Príncipe, Haití quedaron encinta a consecuencia de la agresión. En México, entre el 7%

No obstante, no se puede negar que las violaciones ocurren y los embarazos a consecuencia de éstas también, y ningún porcentaje, por mínimo que sea, puede ser motivo de satisfacción, sobre todo en un Estado que debe procurar el bienestar de sus ciudadanos.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que la despenalización del aborto NO tendrá incidencia directa en el número de violaciones perpetradas. Es decir, no se puede alegar este lamentable hecho (el alto número de violaciones) como causal justificante y suficiente para despenalizar el aborto.

En otras palabras aunque el aborto se llegara a despenalizar (supuesto que esperamos no suceda) NO se reduciría el número de violaciones, ni el número de embarazos, pues los planos de acción son distintos.

4.1. EL EMBARAZO “NO DESEADO” COMO CAUSA JUSTIFICANTE PARA DESPENALIZAR EL ABORTO.

Esta circunstancia – la del embarazo – es considerada por el proyecto de ley, como una situación aberrante e injusta para la mujer pues se encuentra obligada a mantener un embarazo no deseado.

Así, la exposición de motivos del Proyecto señala que:

“... las que deciden hacerlo [el aborto] se encuentran con un marco jurídico que penaliza la conducta y las obliga a llevar adelante un embarazo forzado que afecta su salud mental y coloca en riesgo su integridad física al exponerse a un aborto inseguro”³⁶ (el resaltado es nuestro).

Sobre el particular, el argumento planteado contiene dos puntos que al parecer justificarían la despenalización del aborto:

- (i) *la afectación de la salud mental de la madre por tener un embarazo no deseado.*

y el 26%. En Perú, más del 90% de embarazos en niñas menores de 15 años fue producto de incesto. Sin embargo, es legítimo cuestionar las estadísticas presentadas por Amnistía Internacional, pues es sabido que es una institución con vocación abortista.

³⁶ Proyecto, p. 4

- (ii) *la afectación de su integridad física por tener que exponerse a un aborto inseguro (o clandestino).*

Sobre el primer punto, es verdad que ante una violación la mujer es una víctima, hay violencia sobre su cuerpo y sobre él han quedado secuelas físicas y psíquicas. Además de esto, “la mujer debe hacerse cargo del embarazo producido por un hombre al que repudia, o quizá no puede ni identificar”³⁷. Parecería que el ultraje que la violación supone, engendra en la mujer el derecho a liberarse de la carga que aquella le ha impuesto. Sin embargo, el aborto no debería ser la respuesta inmediata. Sobre todo si éste se funda en argumentos subjetivos – válidos, es verdad – pero no lo suficiente para considerar jurídica una conducta que atenta contra la vida de otro.

Sobre el segundo punto podemos afirmar, basándonos en la experiencia de otros países que han legalizado el aborto que “la legalización del aborto no reduce, no ha reducido, ni reducirá el número de abortos clandestinos”³⁸. Las razones por la que los abortos clandestinos no disminuyen pueden ser múltiples, sin embargo, se considera que la principal es el miedo de la mujer a ser descubierta, o a hacer público el problema³⁹, ya que al utilizar los medios de salud instaurados ocurriría de todas maneras pues existen procedimientos, padrones, listas de espera y evaluaciones que tendrían que realizarse que expondrían a la mujer que quiere abortar. Esta circunstancia se reduce con los abortos clandestinos, y he allí la razón de su no disminución.

Esto se demuestra con las estadísticas que presentan los países que tienen actualmente legalizado el aborto. En vez de disminuir, éstos aumentan⁴⁰.

Por otro lado, el proyecto señala que:

³⁷ BIANCHI, Alberto, “En contra del aborto”, Abaco de Adolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, p 117- 121

³⁸ WILLKEY, J.C., Op. Cit., pp. 106. El autor refiere que ni en Suecia, Escandinavia, Alemania, Suiza, Rusia, Inglaterra y otros países de Europa donde se encuentra permitido el aborto, ni en Japón ni Estados Unidos, la liberalización del aborto ha influido en el número de abortos clandestinos.

³⁹ Cfr. BLAQUEZ, Niceto, Op. Cit., p. 19

⁴⁰ Idem, pp. 21-26

“El embarazo forzado como producto de una violación sexual, se convierte en un segundo hecho de violencia sexual que es ejercida por el Estado, quien (...) desconociendo el sufrimiento y dolor psíquico de orden traumático de la víctima, le impone la continuación de un embarazo (...) La imposición del embarazo (...) atenta contra la autonomía y dignidad de las mujeres, a las que el Estado no trata como “sujetos de derecho” sino como medios para resguardar la vida o la salud de otro ser”⁴¹.

De acuerdo a este planteamiento, pareciera que la posición de la mujer es la de una víctima obligada a realizar un acto “heroico” en contra de su voluntad (y de sus intereses); y en este sentido, nadie puede estar jurídicamente compelido a comportarse como un héroe y salvar la vida de alguien, en este caso, el ser humano que lleva en su vientre.

Sin embargo, una cosa es estar obligado o no a salvar la vida de alguien y otra decidir cuándo se interrumpe la vida de otro⁴². En el primer caso, se trata de salvar a alguien ya destinado a morir. En el mantenimiento del embarazo, se pide una mujer lleve a cabo un acto propio de su naturaleza- estar embarazada- para evitar que quien habrá de ser su hijo muera, cuando su destino no era ese. En el primer caso, al héroe se le pide que cambie el curso de los acontecimientos, con el mantenimiento del embarazo, se pide lo contrario, que no se cambie.

Es verdad que la dignidad que ostenta la persona humana impide que sea tratada como medio, pero se olvida el proyecto de ley que “*el otro ser*” al que hace referencia (y cuya vida se preserva con la continuación del embarazo), también es sujeto de derecho, también posee dignidad. No puede ni debe interpretarse la maternidad como lo hace el proyecto de ley, es una visión cerrada y utilitarista que desconoce la trascendencia de este hecho que además, es propio de la mujer.

Cuando el Estado – con la penalización del aborto – dirige las acciones de la mujer a continuar el embarazo, de ninguna manera la está tratando

⁴¹ Proyecto, p. 5

⁴² Véase BIANCHI, Alberto; Op Cit., p. 117- 121

como “medio”. Lo que esta medida busca es que precisamente cumpla con uno de sus fines, en este caso, el de la maternidad. La mujer naturalmente está diseñada para engendrar vida y no destruirla. Y si esta naturaleza biológica atenta contra su dignidad y autonomía nos encontraríamos en un contrasentido, la mujer negándose a sí misma. Si bien se trata de circunstancias muy difíciles, pero no imposibles para la madre, si se considera que el bien protegido es el de otra vida humana.

4.2. EL SÍNDROME POST ABORTO

El proyecto de ley curiosamente no hace mención alguna al efecto traumático - demostrado científicamente - que padecen todas las mujeres que se someten a un aborto (sea cual fuere la circunstancia que las lleva a tomar dicha decisión). Antes bien, insisten en señalar que el mantenimiento de un embarazo “no deseado” produciría graves secuelas en la gestante. Esto demuestra que aborda el hecho del aborto, desde un punto de vista sesgado y su tratamiento se restringe a los fines que persigue el proyecto de ley (su despenalización).

Respecto del Síndrome Post Aborto (SPA), puede decirse que numerosas investigaciones y la experiencia clínica demuestran que las reacciones psicológicas varían de una mujer a otra, pero que en ningún caso es inocuo. Es decir, **ninguna mujer que se somete a un aborto, deja de sufrir consecuencias traumáticas por este hecho**. Las distintas investigaciones y la experiencia clínica describen desde reacciones ansiosas, depresivas, sentimientos de vacío y dolor, hasta un síndrome específico, el síndrome post-aborto, el cual presentaría casi las mismas características del estrés pos-traumático⁴³.

En la práctica clínica el SPA se presenta de forma característica como un cuadro afectivo depresivo-ansioso con sentimientos específicos de culpa-vergüenza, incapacidad para perdonarse y necesidad de reparar. También se presentan una serie de manifestaciones típicas: pesadillas, pensamientos y recuerdos intrusivos recurrentes sobre la temática

⁴³ FUENTES MARTÍNEZ, Ximena. Síndrome post-aborto: reacciones psicológicas post-aborto, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Medicina, Santiago, 2009, 183-193p.

abortiva, evitación de estímulos o situaciones relacionadas con el aborto y reacciones de aniversario. El cuadro suele completarse con diversas alteraciones de la conducta: disfunciones sexuales, trastornos alimentarios, agresividad auto y heterolesiva, distorsiones de las relaciones sociales (aislamiento, explotación permitida o resignación ante el maltrato) y problemas adictivos de distintos tipos e intensidades

El SPA, como cualquier otro síndrome o trastorno por estrés postraumático, se caracteriza por una serie de manifestaciones que aparecen tras haber sufrido el trauma del aborto y que generalmente se agrupan en tres síntomas básicos⁴⁴:

(i) Síntomas de reexperimentación:

El aborto es reexperimentado por las pacientes persistentemente de diferentes formas: como recuerdos -imágenes, pensamientos o percepciones- del aborto, recurrentes e intrusivos, que les provocan malestar; como sueños de carácter recurrente sobre el aborto y sus circunstancias; con actuación o sensación de que el aborto está ocurriendo, como si revivieran la experiencia, con ilusiones, alucinaciones y *flashbacks* de la misma; y como malestar y síntomas fisiológicos de ansiedad ante objetos o situaciones que recuerdan el aborto o ante estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan algún aspecto del mismo.

(ii) Síntomas de evitación y embotamiento:

Las pacientes evitan los estímulos que asocian con el aborto y presentan un estado de embotamiento general que no padecían antes del aborto en forma de: esfuerzos para evitar pensamientos, sentimientos o conversaciones sobre el aborto, o para evitar actividades, lugares o personas que motivan recuerdos del mismo; incapacidad para recordar un aspecto importante del aborto y de las circunstancias que lo rodearon; falta de interés por actividades que

⁴⁴ GÓMEZ LAVÍN, Carmen; ZAPATA GARCÍA, Ricardo, “El Síndrome Post-aborto”, Congreso Mundial de las Familias, Mayo 2012.

antes les apetecían; sensación de desapego o alejamiento emocional de los demás; **restricción de la vida afectiva** con incapacidad para sentir amor y cariño; y una sensación de futuro sombrío con pesimismo y desesperanza sobre las normales expectativas de la vida (obtener un empleo, casarse, formar una familia o, en definitiva, llevar una vida normal).

(iii) Síntomas de activación:

Las pacientes presentan un aumento generalizado de la activación psicobiológica (arousal) que se manifiesta como: dificultad para conciliar o mantener el sueño; estado de tensión con fácil irritabilidad o ataques de ira; dificultad para concentrarse; estado de hipervigilancia y respuestas exageradas de sobresalto e inquietud motora.

Los resultados del primer estudio internacional a largo plazo dirigido por el doctor Vincent Rue (2004) revelan evidencias de síntomas de estrés postraumático en mujeres que han abortado⁴⁵.

Las estadísticas recogidas en Norteamérica revelan lo siguiente:

- El 55% de las mujeres que habían abortado informaron de pesadillas y preocupación con el aborto.
- El 73% describe situaciones de volver a revivirlo.
- El 58% de las mujeres informa de pensamientos suicidas que relacionan directamente con sus abortos.
- El 68% revela que se sienten mal consigo mismas.
- El 79% informa de culpabilidad, con incapacidad para perdonarse a sí mismas.
- El 63% tiene miedo respecto a sus futuros embarazos y maternidad.
- El 49% tiene problemas al estar cerca de bebés.
- El 67% las describe a sí mismas como “emocionalmente entumecidas”.

Una exhaustiva revisión de muchos otros estudios y la experiencia clínica indican que para muchas mujeres el inicio de disfunciones sexuales y

⁴⁵ FUENTES MARTINEZ, Ximena, Op. Cit., p. 190.

desórdenes alimentarios, el aumento del tabaquismo, desórdenes de pánico y ansiedad, pueden ser vistos como consecuencia de su experiencia abortiva.

Si, como lo enuncian en el proyecto de ley, la salud mental es el estado de bienestar producto del buen funcionamiento físico, emocional y social, pues entonces caeríamos en contradicciones, ya que despenalizando el aborto se afecta de mayor manera dicho derecho.

Como puede observarse por los informes médicos, el SPA es tanto o más peligroso para la mujer que el propio hecho de quedar embarazada y mantener el embarazo, el mismo que, con un tratamiento y seguimiento psicológico adecuado, podría continuarse sin necesidad de afectar la salud mental de la madre - que es lo que ocasionaría un aborto - ni afectar la vida del niño por nacer.

En este sentido, la peor violencia que se podría ejercer contra una mujer embarazada que piensa abortar, es ocultarle los efectos del SPA.

4.3. EL ABORTO NO ELIMINA EL TRAUMA PSICOLÓGICO CAUSADO POR LA VIOLACIÓN.

Otro de los argumentos esgrimidos en el Proyecto de Ley, es que el aborto del feto producto de violación reduciría o eliminaría para la madre, el dolor y el trauma de la violación. Sin embargo, esto no es así.

Un robusto cúmulo de evidencia científica, sugiere actualmente que el aborto como tal no resuelve el problema. Hasta la fecha, ningún estudio en la literatura biomédica ha sido capaz de demostrar cualquier beneficio del aborto electivo sobre la salud mental o reproductiva de la mujer⁴⁶.

El argumento médico es:

“los psiquiatras saben muy bien que la terapia moderna puede eliminar cualquier problema psíquico que provoque un embarazo

⁴⁶ Cfr. KOCH, Elard; “Aborto en casos de violación: perpetuando un ciclo de violencia”, fecha de publicación 09.jul.2013 En: <http://www.chileb.cl/perspectiva/aborto-en-casos-de-violacion-perpetuando-un-ciclo-de-violencia/>

(no deseado). Es más: saben que los abortos son los que producen muchas perturbaciones mentales”⁴⁷.

Filogenéticamente el ser humano tiende a proteger sus crías nacidas o por nacer. La realidad biológica de la mujer ha sido estructurada para el cuidado y nutrición de su hijo, aun el no nacido, por lo tanto cuando una mujer decide interrumpir activamente un embarazo está violentando su biología, atenta no sólo contra la vida del feto sino también contra sí misma.

La decisión de la interrupción voluntaria del embarazo por la madre mediante maniobras abortivas va acompañada de un fuerte correlato emocional previo de angustia y de estrés. Son muchas las razones que una mujer puede alegar para abortar, entre ellas, la violación⁴⁸, no obstante cuando una mujer toma la decisión de abortar por cualquier motivo, en ese momento está negando a su hijo la calidad del ser humano a quien ella debe proteger; sin esta disociación o negación ninguna mujer podría abortar.

Es tal el efecto negativo de la producción del aborto para la mujer que los efectos se han agrupado en el denominado Síndrome Pos Aborto, sobre el cual hemos hecho referencia en el apartado anterior.

Ahora bien, es verdad que el hecho de la violación causa una afectación psicológica, física y mental muy grave a la víctima, sin embargo, no existe ningún estudio científico o médico que acredite que el hecho de la producción del aborto genere la eliminación o disminución del trauma sufrido por la mujer a causa de la violación.

Sobre el particular, reconocidos especialistas han señalado lo siguiente:

⁴⁷ Cfr. BLAZQUEZ, Niceto, Op. Cit., p. 88

⁴⁸ La mayoría de las mujeres cree y dice tener poderosas razones para justificar su decisión, entre las cuales la violación es una de las más frecuentes, así mismo se tiene a la falta de soporte socio-económico, el ser soltera, el abandono del padre del hijo, el miedo al rechazo familiar y a ser expulsadas del hogar y a veces la coacción de la pareja son algunas de las explicaciones que las mujeres dan a su decisión de abortar.

“Razones serias en psiquiatría, para justificar un aborto, prácticamente no existen” y en todo caso “Ningún tipo de enfermedad mental conocido puede curarse mediante un aborto”⁴⁹.

Este tema generalmente va ligado a la causal de aborto (aborto terapéutico) que implica la afectación a la “salud mental” de la madre, entendiéndose que “la eliminación del feto, producto de la violación, aliviaría las afecciones psicológica o psiquiátricas que la madre habría sufrido por el hecho de la violación”⁵⁰.

En realidad, con la producción del aborto se está afectando doblemente la salud mental de la madre. Es decir, al trauma de la violación se le añaden dos males: la muerte de una vida inocente y el trauma del aborto⁵¹.

Si bien lo pasado no se puede remediar, el futuro sí se puede prevenir y en este sentido, con un adecuado tratamiento y acompañamiento a la mujer gestante se puede llevar la gestación a término sin que ello implique el aumento de la intensidad del dolor o el trauma por la violación sufrida⁵².

4.4. LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO CONTRIBUYE A LA CADENA DE VIOLENCIA

Lejos de “curar” a la mujer víctima de la violación, el aborto lo que hace es continuar un ciclo de violencia, en el que no solo no se castiga al agresor, sino que en realidad, se castiga al inocente.

⁴⁹ Véase WILLKEY, J.C., Op. Cit. Pp. 59.

⁵⁰ SILVA ABBOTT, señala que en España existe un “masivo y descarado fraude a la ley que permite el aborto, al abusarse de su tercera causal: “peligro para la salud física o psíquica de la madre” que se invoca en el 96,6% de los casos. Total, solo basta con la firma de un psiquiatra, muchas veces contratado por la misma clínica abortista, sin perjuicio que se han descubierto informes en blanco firmados de antemano y mucho abortos no declarados”. SILVA ABBOTT, Max; Op. Cit. p. 77.

⁵¹ Una revisión sistemática y meta-análisis de 22 estudios (denominado *Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995–2009*, elaborado por Priscilla K. Coleman) conducidos entre 1990 y 2008, concluyó que el aborto electivo incrementa el riesgo de problemas de salud mental subsiguiente respecto a mujeres que continúan con su embarazo. Fuente: Cfr. KOCH, Elard; Op. Cit.

⁵² Véase WILLKEY, J.C., Op. Cit. Pp. 55 y ss. También BIANCHI, Alberto; Op. Cit., pp. 117-121.

A esto se debe sumar a presión a la que se ven sometidas las mujeres para someterse a un aborto. Este hecho, según algunos autores, permanece muchas veces oculto, sobre todo en menores de edad, convirtiéndose en otra forma de perpetuar este ciclo de violencia “que puede dejar impune al violador y condenar a la mujer o niña abusada a permanecer en este círculo vicioso”⁵³.

Los estudios más recientes, señalan unívocamente una lamentable realidad: el aborto inducido por coerción es cada vez más frecuente, y se encuentra entrelazado en una compleja cadena de eventos asociados a diversas formas de violencia contra la mujer que impactan seriamente su salud mental posterior. Un velo de silencio en las agencias de salud pública respecto a la presencia de coerción en mujeres que se realizan un aborto, ayuda a perpetuar este ciclo de violencia y vulnerabilidad, entorpeciendo o bloqueando el acceso a servicios de asesoría legal, apoyo psicológico y educacional⁵⁴.

En este sentido, el aborto en casos de violación debe ser evitado o prevenido, no facilitado. Proponer como solución el aborto legal, como una suerte de derecho positivo, es una propuesta simplista, fracasada y estéril. Sólo empeora la situación, favoreciendo que se incrementen los abortos por coerción sexual.

V. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO VALOR SUPREMO

5.1. LA DIGNIDAD COMO PRESUPUESTO ONTOLÓGICO

Todos los seres humanos en cuanto tales, poseen el presupuesto ontológico denominado “dignidad”, la cual puede ser definida como aquel “bien personal y el bien social por excelencia”⁵⁵, en cuanto implica de suyo “respeto”; y jurídicamente, se traduce en el reconocimiento -sin

⁵³ Cfr. Cfr. KOCH, Elard; Op. Cit.

⁵⁴ Idem

⁵⁵ MYRIAM HOYOS, Ilva. *De la dignidad y de los derechos humanos*, Editorial TEMIS, Colombia, 2005, p. 220

distinción alguna- de los derechos fundamentales por parte de la sociedad y del Estado⁵⁶.

La dignidad es el tipo de valor que posee la persona por ser fin, gracias a este valor absoluto es posible prohibir absolutamente la instrumentalización de la persona como medio, es decir, del valor “dignidad” surge un deber de parte de los otros y los derechos de parte de uno mismo⁵⁷.

5.2. ¿DESDE CUÁNDO SE TIENE DIGNIDAD?

El hombre tiene dignidad desde el primer hasta el último instante de su existencia⁵⁸. Así, **no hay condición, evento, o circunstancia que aumente o disminuya su dignidad inherente, que es absoluta** desde que inicia la vida humana hasta su término.

En este sentido, tiene dignidad (la misma) el embrión, el feto, el niño, la madre gestante, el anciano o cualquier persona y no existe circunstancia alguna que posibilite el desconocimiento de esta condición propia de la existencia humana. De esta manera, la dignidad es una cualidad igualitaria de todas las personas, cuyo respeto no depende de estadios de vida ni de diferencias.

A partir de que existe vida humana y hasta el momento de su muerte, la persona es merecedora del respeto y protección constitucional⁵⁹. Esto es así, porque todos los hombres tienen una idéntica y permanente dignidad, que se deriva del hecho natural de pertenecer a la especie humana⁶⁰.

⁵⁶ Santo Tomas de Aquino así lo había ya advertido, en cuanto manifiesta que “la dignidad es algo absoluto que pertenece a la esencia; es la perfección e intensidad de ser, y se predica de la persona, en cuanto esta es la realización existencial de la naturaleza humana.

⁵⁷ Cfr. SANTA MARÍA D´ANGELO, Rafael, “Dignidad Humana y “nuevos derechos”: una confrontación en el derecho peruano, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Palestra, Lima, 2012, p. 85

⁵⁸ MYRIAM HOYOS, Ilva. *Op. cit.*, p. 221.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 90-91. Cuando expresamos el término dignidad del hombre, con ello decimos que hay en él mayor valor ontológico, en tanto posee perfecciones, aunque se reduzca al nivel del conocimiento sensible. El hombre es un ente con un fin propio que realizar, mediante sus actos y mediante las cosas que posee. Por ello, sus bienes -personales exteriores- deben ser respetados por los demás, pudiéndose exigir ese respeto.

⁶⁰ Cfr. FORMENT, citado por SANTA MARÍA D´ANGELO, Rafael, *Op. Cit.*, p 87.

5.3. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La dignidad humana es el sustrato y sustento axiológico de los derechos humanos, los mismos que "son reconocidos como inherentes a esa dignidad de la persona, es decir, que le pertenecen por su naturaleza intrínseca"⁶¹, ya que esta dignidad es la cualidad del ser humano predicable única o exclusivamente como atributo de él, por lo que irrespetar la dignidad trae consigo la vulneración de aquellos derechos fundamentales e innatos del hombre⁶².

Consecuencia de lo anterior es que la dignidad se convierte en un principio constitucional⁶³.

El Tribunal Constitucional lo expresa de la siguiente manera:

“La dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como fundamento esencial de todos los derechos, que con calidad de fundantes, son habilitados por el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que la defensa de la

⁶¹CEA EGAÑA, José Luis. "Dignidad, derechos y garantías en el Régimen Constitucional Chileno", presentación y estudio introductorio a la obra de Carlos Peña González, titulada Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales, de la Colección Estudios N° 5 de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1996, p. 21.

⁶² En palabras de César Landa: "la dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es una dinamo de los derechos fundamentales; por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de la teoría institucional". LANDA ARROYO, César. *Dignidad de la persona humana*. En: Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de derechos constitucionales. N° 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

⁶³ La calidad de principio que encierra la dignidad, es reconocida por el supremo interprete de nuestra Constitución Política del Perú, al referir que: "... la dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.". Ver: Tribunal Constitucional Peruano, STC. N° 0050-2004-AI (acumulados), STC. N° 0019-2005-PI/TC, STC. N° 0030-2005-PI, STC. N° 1417-2005-AA, STC. N° 10107-2005-PHC.

persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”⁶⁴

Por otro lado, el supremo intérprete de la Constitución no sólo reconoce el carácter de principio de la dignidad, sino también de derecho fundamental:

“(…) en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana”⁶⁵.

Precisamente la dignidad humana se configura como *“(…) un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”⁶⁶*, por tratarse de un principio-derecho *“(…) preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado”⁶⁷.*

⁶⁴ Así, se ha manifestado en la sentencia recaída en el Exp. N° 06079- 2009- AA, FJ 5, en cuanto se señala que: *“La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se negaría el valor normativo del mismo principio de dignidad”*. En ese sentido, de la garantía institucional de la inviolabilidad de la dignidad humana, se puede desprender una “protección absoluta” de aquella frente a quien quiera que sea y la “protección general” ante toda intromisión; imponiéndole al Estado, el deber de respetar la dignidad humana y, con ello, otorga a cada individuo el derecho, garantizado constitucionalmente frente a la entidad estatal, de exigir de esta “la omisión de todas las acciones que menoscaban la dignidad humana”. También STC N° 00926-2007-AA, FJ 22-26. También STC. N° 02273-2005-HC, f. j. 5. Otra Sentencia del Tribunal Constitucional señala que *“... la dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamentada, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución”* STC. N° 0010-2002-AI, Fund. 213.

⁶⁵ STC. N° 02273-2005-PHC/TC, f. j. 10.

⁶⁶ STC. N° 0010-2002-AI, f. j. 161.

⁶⁷ STC. N° 1417-2005-PA/TC, f. j. 2. En el mismo sentido STC. N° 02273-2005-HC, f. j. 7 y 8. Como expresa MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ: *“Todo hombre por el hecho de serlo, es además titular de unos derechos y deberes fundamentales, derivados de su misma dignidad humana, frente a los demás seres*

En este sentido, si la protección del individuo por parte del Estado surge del presupuesto de su dignidad, y que ésta es la misma en cualquier estadio de su existencia; entonces, gozan del mismo derecho a la protección, la mujer que sufrió un ataque contra su libertad sexual, la madre gestante, o en niño por nacer.

5.4. CUANDO SE TERGIVERSA EL SENTIDO DE LA DIGNIDAD

Quienes presentan el proyecto de ley, alegan que la opción de despenalización del aborto en el embarazo causado por una violación, es la forma más adecuada de proteger la dignidad de la mujer violentada. Asimismo sostienen que obligarla a mantener un embarazo no deseado es convertirla en un medio para salvar la vida de otro ser y esto atenta contra su dignidad⁶⁸. También sostiene que:

“Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes o infringirle sufrimientos morales deliberados”⁶⁹.

Los proponentes entienden al embarazo y la maternidad como roles estigmatizantes – y negativos- asignados arbitrariamente a las mujeres (principios sostenidos por la ideología de género) y al embarazo causado por una violación, como la acción dirigida y deliberada del Estado, para crearle mayor sufrimiento a la mujer⁷⁰. Estas percepciones son equivocadas.

Cuando se tergiversa el sentido de la dignidad, se pueden llegar a realizar afirmaciones como las que se acaban de mencionar. En este caso, se entiende equivocadamente que de ella emanan derechos subjetivos absolutos, a los que no puede ser opuesto ningún otro derecho. Se

humanos con que se relaciona”. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. “La persona y el derecho de la persona. Curso de Derecho Civil”. Vol. I, 3ª Edición, Editorial COLEX, Madrid, 2008, p. 325.

⁶⁸ Proyecto, pp. 4-5

⁶⁹ Proyecto, p. 9

⁷⁰ Cfr. Proyecto, p. 9

desconoce, en este sentido que el ser humano es un ser en relación, cuyos derechos deben convivir con los de los demás, y que a cada derecho subjetivo le corresponde un deber en relación.

Si se plantea que no permitir el aborto de la mujer cuyo embarazo ha sido causado por una violación es una afectación a su dignidad, se está desconociendo por completo la existencia y concurrencia de otra dignidad en el supuesto, con el mismo valor intrínseco: la del niño por nacer, que no puede, de ninguna manera, ser soslayada por el Estado.

Cuando se entiende la dignidad como “la excelencia en el ser”, significa que cada individuo debe tener la posibilidad de crecer y desarrollarse plenamente de acuerdo a su naturaleza. El embarazo de una mujer (al margen de las circunstancias que lo provocaron) es una manifestación de su ser femenino y no podría entenderse como contrario a su dignidad, el hecho que se le permita mantener este *status*, el de la maternidad.

VI. NO EXISTE NI PUEDE EXISTIR EL “DERECHO AL ABORTO” COMO UN DERECHO DE LA MUJER

No cabe duda que la reivindicación de los derechos de la mujer ha sido uno de los logros más importantes de los últimos tiempos. La aceptación de que las mujeres tienen la misma dignidad y los mismos derechos que los varones, que no son sujetos de “segunda categoría” y que su aporte a la sociedad es igualmente importante, son algunos de los principios positivos que podemos decir, se han arraigado en la conciencia colectiva.

Sin embargo, con estas ideas, aparecieron aquellas mucho más radicales, que no solo buscaban la equiparación de derechos o la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, sino que han buscado la eliminación de todo rasgo que puede hacerlos diferentes, considerando estas diferencias, como sinónimo de inferioridad y sometimiento de la mujer al varón.

A este conjunto de ideas, se puede sumar el desarrollo de la filosofía actual, que ha desencadenado una sociedad hedonista y egoísta, que coloca la libertad individual por encima de cualquier otra categoría, y en el caso que nos ocupa, incluso se superpone al derecho a la vida. Así, se desconoce que “*La vida de todo*

ser humano – y el concebido no deja de serlo – está por encima y constituye un bien más alto que la libertad de elegir y la autodeterminación”⁷¹.

El aborto, en este contexto se plantea como un derecho, señalando como una causa justificante del aborto el “derecho a decidir sobre el propio cuerpo”, que tendría cada mujer. Bajo este argumento se considera que la decisión de abortar o no, le corresponde única y exclusivamente a la mujer⁷². Como no se entiende el concebido como un sujeto separado y distinto del sujeto madre, no se le puede conceder protección jurídica independiente.

Desde el punto de vista biológico, este argumento tendría sentido por ejemplo, si se tratar de un apéndice. Este órgano podría ser extirpado aparentemente sin ninguna razón, en tanto que las células del apéndice contienen códigos genéticos idénticos a los que están presentes en todas las demás células del cuerpo de la madre. Y en este sentido, forma parte de su cuerpo.

Sin embargo, cuando nos referimos al óvulo fecundado de una sola célula, o el cigoto de múltiples o el embrión humano que se está desarrollando dentro del útero, no puede, bajo ninguna circunstancia, considerarse como parte de ese cuerpo. Este nuevo ser viviente tiene un código genético totalmente diferente a las células del cuerpo de la madre. Es otra persona. Y en tanto otra persona, nadie tiene derecho a decidir arbitrariamente sobre su vida⁷³.

Como señala un autor, el aborto ha existido siempre y continuará existiendo, sin embargo, “lo preocupante es el cambio de mentalidad en relación con el valor de la vida del feto humano en abierta contradicción con el progreso científico y un presunto sentido de madurez cívica e histórica”⁷⁴.

Pero no puede aceptarse el planteamiento de quienes proponen que la manera adecuada de tratar el tema del aborto es *“olvidarse de la categoría ontológica del embrión o del feto y plantearse la cuestión de qué derechos tiene la mujer y cuáles supuestamente el feto, y tratar el aborto como un caso de conflicto de derechos en donde*

⁷¹ CASTILLO ALVA, Luis, Op. Cit., p. 19; citando a ROXIN

⁷² Idem. p. 23.

⁷³ Sobre el desarrollo de este argumento, véase WILLKEY, J.C., Op. Cit., pp. 74 y ss.

⁷⁴ BLAZQUEZ, Niceto, Op. Cit., p. 4

*nada está decidido de antemano*⁷⁵. Este planteamiento tiene acogida entre diversos sectores del derecho penal y pretende ser solucionado siguiendo el criterio del “interés preponderante”. Sin embargo, esta postura siempre se encuentra sesgada por la posición ideológica que pondera sobre la vida del concebido, la necesidad de respeto a la libertad y autodeterminación de la madre⁷⁶.

Acabar con la vida del concebido jamás podrá ser considerado un derecho de la madre gestante. No hay, pues, tal derecho a abortar, como se han apresurado a sostener algunos grupos feministas⁷⁷.

6.1. EL PLANTEAMIENTO DE LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO

La ideología de género parte de una antropología que considera que lo femenino y lo masculino son dimensiones de origen cultural en el ser humano, quitando toda relevancia al dato biológico. Es decir, puede someterse al arbitrio de cada uno, con lo cual, el sexo de la persona, deja de ser considerado como parte integral de la personalidad y es más bien un accidente variable, que puede construido - o deconstruido - por la cultura o por la propia persona⁷⁸.

Respecto de los mal llamados “derechos de la mujer” defiende la facultad de la mujer - amparada en la libertad - de decidir sobre su cuerpo: maternidad libre y voluntaria; legalización del aborto, entre otros. Hecho que se denota de modo total en el postulado del presente proyecto de Ley.

El aborto se postula como “un logro fundamental para el progreso de la mujer quien puede así “liberarse por fin de una manera legal y segura de

⁷⁵ VALDÉZ, Margarita M. (Comp.) “Controversias sobre el aborto”, UNAM, Fondo de Cultura Económica de México, México D.D., 2001, p. 13

⁷⁶ Cfr. CASTILLO ALVA, Luis, Op. Cit., p. 25

⁷⁷ En una nota de Demus (*NotiDemus*) que circuló el 7 de octubre de 2009 se señaló: “Las peruanas podrían acceder al derecho de interrumpir embarazos producto de una violación o con gestaciones cuyos fetos sean incompatibles con la vida, de acuerdo a las modificaciones adoptadas ayer en el Congreso por la Comisión Revisora del Código Penal que preside el legislador Carlos Torres Caro”.

⁷⁸ Para mayor detalle véase SANTAMARÍA D’ANGELO, Rafael; “Dignidad humana y “nuevos derechos”. Una confrontación en el derecho peruano”, Palestra – Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Lima, 2012, p.332 y ss.

un embarazo no deseado, dejar de estar en desventaja frente al varón para competir con él de igual a igual, y proyectarse como persona”⁷⁹.

“El derecho de la mujer a abortar es absoluto, incluido el de decidir sobre la vida de su hijo. El aborto debe ser la clave de un mundo nuevo para las mujeres... debe estar al alcance de todas sin encuestas insolentes, sin laberintos administrativos. Nuestros cuerpos son nuestros”⁸⁰.

Todos estos prerrogativas se enmarcan en una nueva categoría denominada “derechos sexuales y reproductivos”, entendidos como “aquellos derechos humanos que todo ciudadano, varón o mujer – sin importar su condición social, edad, raza, religión, estado civil u opción sexual – tiene al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada – o no- en la procreación”⁸¹.

Como señala SARTEA, “si con esta expresión queremos aludir al derecho que cada uno tiene – por lo menos, en los Estados sociales mejor organizados y que se lo pueden permitir – a recibir los mejores cuidados para sus enfermedades, incluyéndose en ellas la esterilidad, pues estamos plenamente de acuerdo y que les vaya bien”⁸². Sin embargo, esto no es así.

Si interpretamos sistemáticamente las disposiciones en que parece fundarse la doctrina que defiende la existencia de los derechos reproductivos veremos que éstos contienen, el derecho al aborto, a la fecundación heteróloga (y sus consecuencias: legalización del vientre de alquiler, congelamiento de embriones), el “derecho al hijo”, entre otros. Todos ellos bajo el presupuesto del desconocimiento de la dignidad del embrión o el niño por nacer o en todo caso, de la superposición de los derechos y libertades de los otros, por encima de éstos.

⁷⁹ SILVA ABBOTT, Max, Op. Cit. P. 90

⁸⁰ BLAZQUEZ, Niceto, Op. Cit., p. 72. El autor cita un artículo de la feminista Stella Brown, escrito en 1935.

⁸¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho y manipulación genética*. 1996. Pág. 250 – 251.

⁸² SARTEA, Claudio; “Nuevos derechos y nuevos sujetos en el contexto de los Derechos Humanos”, En: IUS- Revista de Investigación de la Facultad de Derecho – USAT; N° 07, Julio, 2014, http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2014/10/2014-I_Claudio_Sartea.pdf

6.2. EL SUPUESTO “DERECHO AL ABORTO” NO ENCUENTRA FUNDAMENTO EN EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

No se puede amparar a nivel constitucional, ni mucho menos a nivel legal, el aborto como un derecho subjetivo de la mujer, derivado de su autonomía reproductiva. Sin embargo, éste es el planteamiento del proyecto de ley. Este sostiene que mantener un embarazo no deseado es atentar contra el proyecto de vida de la mujer, con un plano de su libertad e intimidad que deben mantenerse intangibles.

“... cada mujer en forma autónoma debe determinar si elige o no la maternidad como parte de su “opción de vida”. De ahí que la penalización del aborto por violación signifique la vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) el Estado no debería, mediante una sanción penal, obligar a las mujeres a continuar un embarazo no deseado (...)”⁸³

Sin embargo, el aborto no es un problema de conciencia individual de la madre, pues afecta a alguien distinto de ella: el hijo ya concebido y todavía no nacido.

Los poderes públicos deben intervenir positivamente en la defensa de la vida y la dignidad del hombre, en todos los períodos de su existencia, con independencia de las circunstancias de cada cual. El aborto provocado no es sólo un asunto íntimo de los padres, sino que afecta directamente a la solidaridad natural de la especie humana, y todo ser humano debe sentirse interpelado ante la comisión de cualquier aborto.

La autonomía de la conciencia individual debe respetarse en función de la persona humana, pero precisamente por esta convicción, los Estados tienen la exigencia ética de proteger la vida y la integridad de los individuos, y despreciarían gravemente esta exigencia si se inhibieran en el caso del aborto provocado, como la despreciarían en el de la tortura.

⁸³ Proyecto, p. 10

En efecto, carece de sentido una argumentación según la cual los Estados deberían permitir la tortura cuando chocasen el interés de los torturadores por obtener una información o una confesión y el de las víctimas por no facilitarla o no confesar. Los Estados no pueden inhibirse en la defensa de la vida humana o su integridad física o moral argumentando que nadie puede oponerse a que alguien, según su conciencia, crea que debe practicar la tortura. El aborto, como la tortura, nos afecta a todos, y los Estados no pueden ser ajenos a eso.

El Tribunal Constitucional - máximo intérprete de la Constitución - respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad señala:

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad de actuación del ser humano en cada esfera del desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona, como ser espiritual dotado de autonomía y dignidad y en su condición de miembros de una comunidad de seres libres. Tales espacios de libertad (...) constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución Consagra”⁸⁴ (el subrayado es nuestro).

Precisamente el límite de la autonomía y la libertad que se pondera en este derecho es el sistema de valores que la Constitución Consagra, que tiene que ver con la relacionalidad del hombre. Por ende, le corresponde al Estado garantizar y contribuir al desarrollo pleno de estos derechos, disponiendo las medidas necesarias para que no se encuentren en conflicto unos y otros cuando se efectúe el ejercicio de estos

Asimismo, el TC sostiene que:

“Corresponde precisar que el derecho a la libertad personal comprende la posibilidad y el ejercicio de realizar todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que

⁸⁴ STC. N° 2868-2004-AA/TC, Fund. 14 (José Antonio Álvarez Rojas)

no riñan con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios”⁸⁵.

Es así, que el derecho de libre desarrollo de la personalidad es un bien jurídico de carácter genérico que permite realizar todas aquellas cosas que se desee, siempre que no existan prohibiciones con sustento constitucional en contra de ello podemos inferir que el ejercicio de este derecho, al igual que los demás derechos, se encuentra limitado, aunque sea considerado y reconocido como fundamental; ya que, a pesar de que nuestro sistema normativo intenta darle el mismo valor categórico a cada uno de los derechos, estos pueden entrar en conflicto, obligando a que se realice un análisis ponderativo⁸⁶.

De ello se desprende que el denominado “embarazo forzado” como consecuencia de la penalización del aborto no sería una causal de afectación a este derecho, pues el límite externo directo de este sería el derecho a la vida que también se encuentra debidamente protegido por nuestro ordenamiento y que a través de un análisis ponderativo y racional técnicamente tendría un mayor valor que el otro derecho.

La limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad se da en dos planos: (i) el interno, a través de la conciencia y moral que le permite tomar decisiones al ser humano; y (ii) en un plano externo por el Estado y el ejercicio de otros derechos; pues la protección especial que tiene el derecho a la vida encuentra su fundamento en que el ejercicio y salvaguardo de esta apertura la obtención del ejercicio y las garantías del resto de derechos.

El derecho de libre desarrollo de la personalidad está destinado a la plena realización de los seres humanos y debemos resaltar que cuando un ser humano alcanza su realización personal contribuye al desarrollo social y sirve de fundamento para el orden político y la paz⁸⁷. De acuerdo con ello,

⁸⁵ STC N° 05527-2008-PHC/TC, f. 4

⁸⁶ CASTELLANOS ARTUNDUAGA, Anamaría. “El Derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y los centros de reclusión” en Revista Investigaré de la Universidad Externado de Colombia. N°2. 2014. Pp. 2

⁸⁷ Idem., p. 3.

en los casos de embarazos a causa de una violación “la opción de vida” de una mujer a través del ejercicio de este derecho va más allá de la decisión de ser madre o no, pues el ejercicio pleno de este derecho no se encuentra individualizado sino que cumple una función social también, pues las decisiones tomadas a pesar de que sea individuales repercuten en desarrollo de una sociedad.

El TC sostiene que:

“Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio”⁸⁸

Por lo cual, resulta impensable reconocer un derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad que violente derechos de una vida por nacer y que por elección de la madre, no se vea realizado.

6.3. LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO NO ATENTA CONTRA LA IGUALDAD Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER.

Otro argumento del proyecto de ley es que:

“la penalización del aborto constituye una discriminación contra la mujer, pues ninguna otra circunstancia requiere que las personas provean el recurso de sus cuerpos sin querer hacerlo, para el sustento de otros (...) Este hecho solo se da respecto a las mujeres frente a su embarazo, pues ni siquiera los padres están obligados a proveer a sus hijos nacidos, de transfusiones de sangre o médula espinal pese a que de ello dependa su vida”⁸⁹.

⁸⁸ STC N° 2868-2004-AA/TC f. 15. Cabe señalar que en el proyecto de ley se hace referencia literal al f. 14 de esta sentencia, en la que se reconoce el derecho al libre desarrollo, sin embargo, no citan el fundamento siguiente que presentamos aquí, que precisamente señala el tema de los límites al derecho.

⁸⁹ Proyecto de Ley, p. 11.

En otras palabras, lo que sostiene el proyecto es que, si no se puede obligar a las personas a donar sus órganos (hacerlo sería un atentado contra los derechos humanos), tampoco se puede obligar a las mujeres a “donar” su vientre a fin de mantener un embarazo que no desea.

Este argumento carece de sustento jurídico, pues no se puede comparar la donación de órganos con el hecho del embarazo como medio para mantener una vida humana.

En efecto, la donación de órganos es la disposición de una parte del cuerpo de la persona (excepcionalmente en vida)⁹⁰, sin embargo, cuando nos referimos al embarazo, la vida humana no puede ser calificada como una extensión corporal, de la cual se pueda disponer con el solo consentimiento de la madre. En este sentido, si estamos ante supuestos de hecho distintos, no puede hablarse de discriminación o atentado contra la igualdad. No son situaciones siquiera semejantes.

Es una nueva vida, una vida distinta, por lo que no se encuentra dentro de la esfera de disposición de la mujer el decidir si la mantiene o no.

El Art. 2º, num. 2 de la CPP señala que toda persona tiene derecho:

“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”

Esto, en palabras del Tribunal Constitucional, significa que:

“(…) este derecho no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos

⁹⁰ Ser donante es tomar la decisión de donar órganos y/o tejidos después de la vida y en circunstancias especiales en vida. Se debe comunicar la decisión de donación a la familia para que respeten y sean portavoces de la decisión al momento del fallecimiento. Sólo ante una necesidad extrema, frente a la falta de donantes cadavéricos, se plantea la posibilidad del donante vivo, debiendo existir un vínculo familiar de acuerdo a la legislación vigente. Esta alternativa se refiere únicamente al caso trasplantes de tejidos regenerables o aquellos órganos cuyas funciones pueden ser compensadas (el órgano más común es el riñón, ya que una persona puede sobrevivir con un solo riñón en funcionamiento). Véase la Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos - Ley N° 28189.

afirmado que su programa normativo admite la realización de tratos diferenciados. Esto último no puede confundirse con el trato discriminatorio”⁹¹ (el subrayado es nuestro).

En este caso, hay un trato diferenciado entre mantener el embarazo (que es el efecto de la penalización del aborto) y la donación de órganos, pues no se trata de situaciones jurídicamente comparables⁹².

Ahora bien, no se puede soslayar el hecho que se trata de una situación psicológicamente difícil el modo en que la mujer violentada asumiría un rol de maternidad “no deseado”, sin embargo, la objetividad y la justicia deben primar a fin de no desamparar la vida de este ser humano indefenso, bajo criterio – único – de la calidad de víctima de la madre, ni mucho menos, afectación al principio de igualdad.

6.4. LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO NO ATENTA CONTRA EL DERECHO A LA SALUD.

El proyecto de ley sostiene que:

“el derecho a la salud como derecho constitucional constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las mujeres aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de tercero u otros bienes de relevancia constitucional”⁹³.

⁹¹ STC 00035-2010-PI/TC- FJ 28

⁹² El TC al respecto señala que “es preciso, igualmente, que el tertium comparationis sea idóneo. El requisito de idoneidad al que aquí se alude no se relaciona con las cargas argumentativas que exige el subprincipio del mismo nombre que conforma el principio de proporcionalidad (...) Antes bien, (...) la idoneidad del término de comparación, en este contexto, hace referencia a la necesidad de que éste represente una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia. Tal identidad no alude a la equivalencia de rasgos entre las dos situaciones que se comparan, sino al hecho de que se trate de situaciones que puedan ser jurídicamente equiparables. Entre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado, ha de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad”. Por todas, véase STC 05238-2011-PA/TC, fund. 6 (Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial). También APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, Op. Cit. P. 29

⁹³ Proyecto, p. 11

En otras palabras, el proyecto de ley nuevamente le otorga a un derecho – en este caso el derecho a la salud – una configuración absoluta, en el sentido que al parecer ninguna concurrencia de derechos podría oponérsele. Esto no es así.

Como ya se ha señalado, los derechos encuentran sus límites en los principios que componen el orden constitucional y de acuerdo a lo manifestado por el Tribunal Constitucional, ningún derecho puede ser considerado absoluto, sobre todo si el ejercicio de éstos supone una afectación de interés general, el interés de terceros u otros bienes de relevancia constitucional.

Asimismo refiere que el mantenimiento de un embarazo no deseado afectaría gravemente la salud de la madre, causándole serios trastornos psíquicos y psicológicos. Sin embargo, como se verá más adelante, más graves son los efectos generados por el síndrome post aborto, que aquellos que podrían generar la opción de vida.

VII. LOS ALCANCES DE UNA ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD - COMO OBLIGACIÓN DEL ESTADO - NO IMPLICA LA ASISTENCIA DE ABORTO.

A lo largo de este informe se ha demostrado – con diversos argumentos – que la despenalización del aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación no puede ser aceptada, en tanto que no soluciona ninguno de los problemas planteados y porque, al contrario, vulnera el derecho a la vida del niño por nacer y los derechos de la madre, a quien se le agrega, al trauma generado por la violación, el trauma generado por haber dado muerte a su hijo y el generado por el síndrome post aborto.

Por otro lado, en atención a su deber constitucional de defensa de la persona humana, el Estado no puede – de ninguna manera – incluir dentro de las prestaciones de salud que brinda a la población aquellas que promuevan y asistan el aborto. Esto sería una grave contradicción legal y funcional.

7.1. LO QUE EL PROYECTO PROPONE COMO SERVICIO INTEGRAL PARA LA MUJER GESTANTE

El Artículo 3° que contiene la fórmula legal del proyecto de ley sostiene que:

“Entre los servicios integrales a que tienen derecho las víctima de violación sexual se incluirá la prestación de la interrupción del embarazo en este supuesto de aborto no punible. Es obligación del Ministerio de Salud protocolizar la atención de los casos de abortos no penalizados para garantizar igualdad en los estándares de atención de calidad”.

Es evidente la falta de sustento lógico de esta propuesta, pues no fundamenta en qué sentido van aplicarse esas políticas. La exposición de motivos en ninguna parte de su desarrollo ha abordado siquiera un programa estructurado que respalde lo señalado en el artículo 3° propuesto.

No se sustenta a partir de qué mecanismos se implementaría (ya sea un proyecto sistemático para su aplicación en la sociedad, la creación de una o varias entidades estatales que se encarguen de tales situaciones, el presupuesto destinado para la aplicación de tales políticas, etc.), la prestación del “servicio de interrupción del embarazo” en el supuesto de aborto no punible.

Solo debe tenerse en cuenta que intentar implementar esta política implicaría un gasto exorbitante para el Estado que sería imposible de asumir si consideramos que actualmente menos del 10% del PBI se destina a la atención de políticas de salud (con las deficiencias además que se tienen actualmente).

7.2. LO QUE DEBERÍA SER EL SERVICIO INTEGRAL PARA LA MUJER GESTANTE, VÍCTIMA DE VIOLACIÓN.

El Estado peruano debe garantizar el cuidado de la mujer gestante solventando todos los gastos que amerita el control de la gestación, el parto institucional, la reinserción de la madre en la sociedad y la atención

y cuidado del recién nacido, para lo cual se debería crear un programa especial dirigido por el Ministerio de Salud, que incluya la responsabilidad por el recién nacido, si la madre decide no criarlo.

Con este fin se debería crear una institución para el cuidado de los niños “rechazados” por sus madres (que en la práctica deben ser menos de los que las cifras pretenden hacer creer, si la madre lleva un adecuado acompañamiento psicológico), donde se les brinde los cuidados médicos, educación y todo aquello a lo que tiene derecho un niño. No olvidemos que la sociedad es la responsable de sus integrantes en especial de los indefensos y tiene que poner todos los medios para cuidar de ellos.

Bajo esta visión, la mujer cuya gestación es producto de una violación debe ser atendida de manera integral, es decir en los aspectos orgánico, psicológico y económico.

- (i) **Aspecto Orgánico o biológico:** Se debe brindar atención médica tanto para la madre como para el embrión durante todo el periodo de la gestación. Vigilar que el embarazo se desarrolle con todos los cuidados que necesita como: controles periódicos, ecografías, suplemento vitamínicos o nutricionales, análisis sanguíneos y garantizar un parto institucional.
- (ii) **Aspecto Psicológico:** Brindar el apoyo psicológico a cargo de especialistas en este aspecto (violación). Que reciba terapias para sobreponerse a este trauma dirigidas también a comprender que el niño que está en su vientre no tiene la culpa de lo que le ha sucedido, que comprenda que abortar no resuelve el trauma de la violación y que al contrario someterse a un aborto podría profundizar aún más el trauma pues le generaría un sentimiento de culpa al haber decidido eliminar a un ser indefenso e inocente de todo lo que ha vivido. Debería el Estado darle la alternativa de completar su gestación y que luego del parto la madre pueda darlo en adopción quedando el recién nacido, durante este tiempo, bajo la tutela del Gobierno. Deberían crearse asociaciones que brinden apoyo psicológico a las mujeres que son violadas, gesten o no.

- (iii) **Aspecto Económico:** El Estado a través del Ministerio de Salud solventaría los gastos que origina el cuidado adecuado de la mujer durante el periodo de gestación, así como los gastos que origine los cuidados del recién nacido. Este subsidio se justifica en la obligación constitucional del Estado de proteger a los más débiles y a quienes se encuentran en estado de necesidad.

Si los espacios donde suelen ocurrir los actos de violación son el hogar, vecindario o escuela. Es en aquellos lugares donde más deben enfocarse todos los esfuerzos del Estado por superar tales dificultades que atañen hoy a nuestra sociedad (particularmente a las mujeres) y no buscar aparentemente la solución más rápida (despenalización del aborto por violación), pues no se trata solo de acceder a regular aquellas pretensiones (minoritarias) matizadas de derecho, que tergiversan el contenido del mismo. De lo que se trata es que la labor que realiza el Estado debe trascender y avocarse a encontrar ese punto de equilibrio, ese orden social justo, esa tutela y respeto de derechos que está llamado a promover (como ente director de las políticas estatales) dentro de una determinada sociedad en la cual tiene jurisdicción y efectivo ejercicio de su soberanía.

VIII.LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA POR PARTE DEL ESTADO ES INDISCUTIBLE

8.1. EVIDENCIAS CIENTÍFICAS SOBRE EL INICIO DE LA VIDA

Aunque pareciera innecesario abordar este tema en el presente informe dado que la pregunta sobre el inicio de la vida fue dilucidada ya por las observaciones de la embriología descriptiva y experimental, consideramos necesario desarrollarlo, a fin de sustentar la postura adoptada en este documento.

Si bien al comienzo de la vida se le denominó siempre concepción y se reconocía que para esto debía participar *“una semilla proveniente de la mujer y otra del hombre”* no fue sino hasta el descubrimiento de los gametos (el espermatozoide y el óvulo), y la obtención de las primeras descripciones de la penetración del óvulo por el espermatozoides que inicia el proceso

de fertilización, que se tuvo una comprensión del momento en que se inicia la vida.

Luego, los descubrimientos de la genética demostraron claramente que la vida de un nuevo individuo se inicia con la unión de dos células altamente especializadas, haploides (con 23 cromosomas), el espermatozoide y el óvulo, que dan origen a una nueva célula: el cigoto. Este último contiene un nuevo código genético de 46 cromosomas. Se origina así un conjunto individual y único, con el que comienza la vida de un nuevo organismo de la especie humana, o, lo que es lo mismo, un nuevo individuo o ser humano⁹⁴.

El desarrollo más reciente de la biología del desarrollo está representado en el Premio Nóbel de Medicina otorgado en 1995 a los Drs. Edward B. Lewis, Christiane Nüsslein-Volhard y Eric F. Wieschaus por su descubrimiento del “control genético del desarrollo temprano del embrión”. Se puede concluir en base a las investigaciones más recientes de esta disciplina que con la fertilización se activa un programa de desarrollo que está comandado por la información genética propia de cada especie, este programa se despliega etapa a etapa de forma CONTINUA y sólo será interrumpido por la muerte de ese individuo⁹⁵.

“Desde que se forma el embrión, por medio de la fertilización del óvulo, comienza un proceso biológico único y continuo que se prolonga ininterrumpidamente a lo largo de toda la vida del individuo hasta su muerte. En este proceso además no es posible – como pretenden los abortistas – una suerte de punto de inflexión hasta el cual la criatura no es humana y a partir el cual se convierte en tal. Un simple examen biológico revela que el embrión recién formado posee una formación que o convierte en un ser único con vida propia, fruto de la combinación de cromosomas de su padre y

⁹⁴ Lippincott Williams & Wilkins, “Langman’s Medical Embriology”, 2000. Esto concuerda con otros textos de Embriología.

⁹⁵ Moore expresa lo mismo en su famoso libro *Heredity and Development*: “el cigoto contiene todas las instrucciones requeridas para el desarrollo de un nuevo ser humano”. En el mismo sentido, Cfr. BLASI, Gastón Federico; “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario”. En: Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas, AA.VV, Motivensa, 1era. Ed., Lima, 2009, p. 119.

*de su madre, lo que excluye la tesis de que se trata de un simple segmento del cuerpo de la mujer del cual ella puede disponer a voluntad. Es imposible decir que la eliminación de un organismo en cualquier momento después de que ha sido gestado, no es la eliminación de un ser humano”.*⁹⁶

Por su parte, cabe destacar la posición que el Tribunal Constitucional peruano ha fijado en la sentencia que forma parte del expediente N° 02005-2009-PA/TC, en la que se discute la posible afectación al derecho a la vida del concebido con la distribución gratuita de la píldora del día siguiente. En esta línea el Tribunal Constitucional determina que la concepción se da con la fecundación:

*“con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de un nuevo ser. Un ser único e irrepitable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio”*⁹⁷.

Este es el criterio dado por el supremo intérprete que establece el momento en que se produce la concepción, criterio que es de aplicación general para todo el Derecho nacional, permitiendo sustentar en este trascendente hecho biológico el inicio de la vida, requisito vital para conferir el carácter de sujeto de derecho al concebido, y con ello a todo ser humano.

Por lo demás, no debemos olvidar que así como existe un reconocimiento de derechos al concebido, también surge una principal exigencia: brindar primaria tutela al concebido no sólo por ser humano, sino por encontrarse en la etapa inicial de la vida, que lo coloca en un estado de indefensión,

⁹⁶ BORK, Robert H., *“Slouching towers Gomorrah, modern liberalism and American decline”*, Regan Books, 1997, p. 175. Citado por BIANCHI, Alberto, Op. Cit. P. 69

⁹⁷ Tribunal Constitucional Peruano. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, f. j. 38.

ello lo hace pasible de una especial protección por parte de la sociedad y del Estado.

8.2. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

En nuestro ordenamiento jurídico se evidencia una vinculación entre la noción de vida, a partir de la concepción, y la de ser humano entendido como persona, por existir una acentuada y marcada tendencia “personalista” en nuestra normativa que fundamenta el engranaje constitucional y el propio ordenamiento, siempre partiendo de la defensa de la persona y el respeto de su dignidad⁹⁸.

El Código Civil en su Art. 1°, realiza una distinción entre dos sujetos de derechos: la persona nacida y el concebido; a fin de establecer la capacidad de los derechos de las personas, sin que ello implique la negación al concebido de su condición de persona humana, que lo hace pasible de protección constitucional por tratarse de un ser humano digno, y por tal, persona humana y sujeto de derechos⁹⁹.

La primera, la persona humana nacida, como lo prescribe el artículo tercero del CC, tiene el goce pleno de los derechos civiles¹⁰⁰ y, por ende, de los deberes que le impone el ordenamiento jurídico, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley. Mientras que, el concebido, es sujeto de derecho privilegiado en el mismo tenor, pero con una precisión puntual: “es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”¹⁰¹.

⁹⁸ Véase al respecto Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. “La protección jurídica desde el principio de la vida humana: A propósito del reconocimiento de la concepción en la legislación civil peruana”, *Gaceta Constitucional*, Tomo 61, Enero 2013, pp. 211-213

⁹⁹ Véase SANTILLAN SANTA CRUZ, Romina, “La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica”, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, MOTIVENSA, Lima, 2014.

¹⁰⁰ Goce de los derechos civiles. “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”. Código Civil Peruano de 1984, art. 3.

¹⁰¹Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas: exposición de motivos y comentarios al libro Primero del Código Civil peruano*, 9° ed., Grijley, Lima, 2004, pp. 7-8. También VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*, Tomo I, Grijley, Lima, 1996, pp. 140-141.

Por tal, entendemos que no existen diferencias radicales entre la protección que el Código Civil hace al concebido con la que confiere a un niño nacido, pues ambos, ejercerán sus derechos al carecer de su capacidad de ejercicio a través de sus representantes, sus padres.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 273337) no hace distinción entre concebido y persona humana, así:

“considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años” (Artículo I, Título Preliminar)

En este sentido, reconoce tanto su calidad de sujeto de derechos¹⁰², como su capacidad jurídica para ser titular, tanto de los derechos inherentes a la persona humana, como de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Asimismo, este Código reconoce en su articulado que:

“Todo niño tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico y mental”.

El Código Penal Peruano, tutela el derecho a la integridad del concebido en su artículo 124-A, partiendo de la tipificación del delito de lesiones al concebido:

“El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”.
(Art. 124-A)

Cabe precisar que, la conducta típica de dicho delito es causar daño en el cuerpo o en la salud del concebido, y para efectos de la aplicación del referido tipo penal la intensidad del daño no es tomada en cuenta, por cuanto lo único importante será demostrar que hubo una afectación de la salud del concebido para aplicar el artículo 124-A del Código Penal. La incorporación de este artículo al cuerpo normativo penal, se efectuó como

¹⁰² Ver. Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337). Título preliminar, Art. II.

consecuencia del reconocimiento del concebido como ser humano y sujeto de derecho¹⁰³.

Continuando con la normativa que protege al concebido, es preciso invocar el Decreto Legislativo 346 o Ley de Política Nacional de Población, que establece en su artículo IV, inciso I de su título preliminar lo siguiente:

“La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: A la Vida -y que- el concebido es sujeto de derecho desde la concepción”

De la normativa nacional expuesta podemos concluir que, en el Perú se resguarda el derecho a la vida del concebido, que por su inicial y particular situación biológica necesita del vientre materno para nacer, así como requiere -después de su nacimiento- de cuidados especiales que permitan contribuir al adecuado desarrollo de su persona. Por el hecho de existir, la perspectiva jurídica nacional hace de la persona por nacer (concebido), un centro de imputación jurídica, del mismo modo que la persona nacida; ello responde al evidente hecho de que la vida humana es una sola, ya sea antes o después del nacimiento¹⁰⁴. En este sentido, no se justifica la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer a través de la despenalización del aborto por embarazo a causa de violación u otras¹⁰⁵.

8.3. LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

A continuación se destaca los principales instrumentos de carácter internacional, que brindan en su texto normativo protección jurídica al concebido.

¹⁰³ SESSAREGO FERNANDEZ, Carlos. *El concebido en el Derecho Contemporáneo*, 2011 [ubicado el 09.III 2013]. Obtenido en <http://intranet.usat.edu.pe/usat/files/2011/01/Discurso-Sessarego.pdf>

¹⁰⁴ “La vida no puede ser un derecho solo de los nacidos. No se adquiere el derecho humano por el hecho de nacer, no se posee el derecho a nacer por el hecho de ser humano”. Cfr. SANTA MARIA D’ANGELO, Rafael, *“Exigencias de la bioética al bioderecho”*. En: Apuntes de Bioética, Año 1, Número 2, USAT, Chiclayo, Octubre 2011, p. 51.

¹⁰⁵ Véase también, GARCIA CHAVARRI, Abraham; “Entre el derecho y la moral. Anotaciones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En. Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. AA.VV., Motivensa, 1era. Ed., Lima, 2009, p. 1015.

Declaración Universal de los Derechos Humanos:

“(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”¹⁰⁶ y que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona¹⁰⁷.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” y que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”(Preámbulo).

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“toda persona tiene derecho a que se respete su vida, que este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, por lo que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”(Art. 41°)

De tal forma, bajo este precepto se garantiza el derecho del concebido *“a que se le reconozca y se le respete el valor supremo de su vida”.*

Convención sobre los Derechos del Niño

“Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (...) [y] garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. (Art. 6°).

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos

“(...) cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y demás derechos, cualquiera que sean sus características, imponiendo esta dignidad que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas” (Art.2°).

¹⁰⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Preámbulo.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Art. 3.

Cabe concluir que, la normativa internacional, del mismo modo que la nacional, reconoce la dignidad y calidad de persona al niño concebido, tanto antes (desde su concepción) como después del nacimiento, por lo que es válido concluir que protege al fruto de la concepción.

IX. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS OBSERVACIONES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

El proyecto de ley hace referencia a una serie de recomendaciones del Comité de Derechos Humanos y otros organismos internacionales, para justificar la despenalización del aborto, haciendo referencia tangencial a la obligatoriedad de los mismos.

“En suma, podemos afirmar que diferentes órganos internacionales encargados de la protección de derechos humanos, han venido enfatizando sobre la necesidad de que los Estados despenalicen el aborto, específicamente, a fin de que aquellas mujeres víctimas de una violación sexual puedan acceder a la interrupción del proceso de gestación”¹⁰⁸.

Lo que no se señala en el proyecto es que las recomendaciones de emitir los comités de los organismos internacionales de derechos humanos, no dejan de ser solo eso: recomendaciones, y no puede pretenderse su aplicación como si se tratara de disposiciones obligatorias o de ejecución inminente por parte de los Estados.

Esta categoría, pertenece a lo que en Derecho Internacional se denomina, “instrumentos *soft law*”, es decir, son disposiciones formuladas en términos exhortatorios¹⁰⁹. El término es usualmente empleado por la doctrina para describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante¹¹⁰.

¹⁰⁸ Proyecto, p. 17

¹⁰⁹ Cfr. DULITZKY, Ariel, “Pobreza y Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares”. En: Revista IIDH. San José, 2009.

¹¹⁰ Cfr. SZTUCKI, Jerzy, “Reflections on International “Soft law”, Ramberg, Jan, et al. (eds), *Festskrifttill Lars Hjernner. Studies in International Law*, Norstedts, Stockholm, 1990, pp. 549-575. También THÜRER

Este fenómeno abarca una amplia gama de documentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o *non-self-executing*; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen's agreement*, códigos de conducta, directrices, estándares, etc¹¹¹.

En este sentido, si bien los instrumentos *soft law* se caracterizan por ser documentos que reflejan la tendencia actual de la comunidad internacional para una mayor interrelación, interdependencia y globalización¹¹²; ello no implica que dichos instrumentos impongan obligaciones internacionales vinculantes para los Estados¹¹³.

Las resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales (recomendaciones) despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, por cuanto proponen una conducta deseable, más no obligatoria para los Estados; por lo tanto su aplicación es flexible, y no compromete la responsabilidad internacional de los Estados^{114 115}.

Daniel, "Soft Law", en Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2000. p. 454. (la traducción es nuestra).

¹¹¹ SHELTON, Dinah, "Law, Non-law and the problem of 'Soft Law'", en *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000. pp. 449-450.

¹¹² Cfr. WOLFGANG, H. y MARTIN WITTE, Jan, "Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords" y O'Connell, Mary Ellen, "The role of Soft Law in a Global Order", ambos en Shelton, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, pp. 76-114. También HEY, Ellen, "Hard Law, Soft Law, Emerging International Environmental Law and the Ocean Disposal Options for Radioactive Waste", en *Netherlands International Law Review*, WL, 405-448, 1993; FITZMAURICE, Malgosia, "International Protection of the Environment", *Recueil des Cours 2001*, t. 293, 2002, pp. 9-488

¹¹³ Cfr. CASSESE, Antonio, "International law", Oxford University Press, 2002, pp. 160-161.

¹¹⁴ Cfr. VIRALLY, M. "A propos de la *Lex ferenda*", en *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le Droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 526.

¹¹⁵ Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C. Derecho Internacional Público. Madrid: Trotta. 1995, p. 618, NIKKEN, Pedro. La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo. Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1987. P. 159.

Por otro lado, el legislador debe tener en cuenta el principio *pro homine*. Se trata de un criterio de interpretación que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

En este sentido, frente a una recomendación que afecta el derecho a la vida, cuando el Estado tiene en su normativa interna el deber de protección de la misma, se preferirá la normativa interna.

Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Por esta razón, despenalizar el aborto en nuestro país, es ir en contra de los tratados internacionales que el Perú ha ratificado sobre los derechos humanos, en tanto que cada peruano tiene derecho a la vida, no puede ser aprobada una ley que evidentemente atentaría contra este derecho.

X. CRÍTICAS A LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y LA FÓRMULA LEGAL PLANTEADA EN EL PROYECTO

10.1. INADECUADO ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La viabilidad de la norma en el proyecto se muestra como aparente, mas no es sustentable en la realidad porque:

- (i) Se ha visto que el solo hecho de implementar las políticas de salud que se plantean supondrían un gasto adicional al presupuesto del Estado
- (ii) No se ha previsto el costo social que se tendrá al permitir la muerte de todos los niños por nacer que se producirían como consecuencia de la despenalización del aborto, y
- (iii) No se han previsto los gastos en los que incurriría el Estado, por la atención del síndrome post aborto que sufrirán las mujeres que se sometan a este procedimiento.

Así, el proyecto de ley presentado, en su apartado **IV Análisis Costo Beneficio** señala:

“El presente proyecto no demandará ni generará gasto alguno al erario nacional”

Y luego, hace una referencia a supuestos ahorros obtenidos (citando fuentes extranjeras que no podrían aplicarse a nuestra realidad)¹¹⁶.

A fin de tener un marco de referencia a partir del cual evaluar la idoneidad del análisis costo beneficio señalado en el proyecto, tendremos en cuenta lo señalado por el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por D.S. N° 008-2006-JUS y la Guía metodológica para la elaboración de iniciativas legislativas (2007)¹¹⁷.

Así, el Art. 3° del Reglamento D.S. N° 008-2006-JUS, señala:

3.1. El análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos”.

La “Guía metodológica para la elaboración de iniciativas legislativas”, señala pautas concretas que podrían tenerse en cuenta a fin de evaluar la idoneidad de la propuesta. En este sentido señala:

- (i) *“...toda iniciativa legislativa debe tener un enfoque socio-económico, es decir la búsqueda del máximo beneficio en menor costo, así como establecer la viabilidad y efectividad de los beneficios de la iniciativa legislativa en corto, mediano o largo plazo y sus efectos multiplicadores”.* Esto no se

¹¹⁶ Proyecto, p. 20

¹¹⁷ Documento elaborado por el Centro de Investigaciones del Comité Ejecutivo del Poder Judicial 2007.

observa en el proyecto de ley, sobre todo porque no se puede identificar como “máximo beneficio” la muerte de los niños por nacer. Tampoco como “máximo beneficio” el que las mujeres aborten, pues ya se ha dejado sentada la existencia del síndrome post aborto.

- (ii) “...se debe tener en cuenta si el impacto de la norma es cuantificable económicamente o no, y en segundo lugar, si este impacto afecta de manera positiva o negativa a entidades, grupos o sujetos”. En este caso, no se han identificado los costos que generará la aplicación de la norma – que los hay – y tampoco se ha hecho mención que la aprobación del proyecto impactaría negativamente en dos grupos vulnerables: los niños por nacer y las mujeres sometidas a dicho procedimiento.
- (iii) “...se recomienda la elaboración de un balance que deberá contener los resultados positivos o negativos del impacto de la norma en los campos señalados en el párrafo precedente”. El proyecto no presenta ningún balance.
- (iv) “...teniendo en consideración que, en términos generales, una ley es de aplicación nacional, consecuentemente debe beneficiar a toda la sociedad; entonces la iniciativa legislativa debe responder a la siguiente pregunta: ¿Mejora la sociedad con esta iniciativa legislativa?” Es evidente que el proyecto de ley no se plantea la pregunta sugerida, y mucho menos se puede responder positivamente, en tanto que no hay forma de plantear una mejora de la sociedad a partir de la vulneración de los derechos fundamentales de los más débiles en aras de mantener los derechos de las mujeres violentadas, que bien podrían atenderse a través de otros mecanismos.
- (v) “... con el propósito de justificar la necesidad de la norma se recomienda calcular la contribución de la propuesta a los objetivos generales desde la perspectiva del bien común”. El proyecto de ley no contiene este cálculo, pero es evidente que esta norma está dirigida a satisfacer

los intereses de un grupo reducido de peruanos y de ninguna manera contribuye a la consecución del bien común, en los términos que se espera en un Estado Social y Democrático de Derecho.

En mérito a lo señalado líneas arriba, podemos decir que el proyecto no presenta un adecuado análisis costo-beneficio de la norma, por lo que, además de ser observado por el fondo y contenido, podría ser observado por la forma.

10.2. CASOS DE “INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA” Y CASOS DE “TRANSFERENCIA DE ÓVULO FECUNDADO NO CONSENTIDA”

El proyecto de ley, pese a pretender modificar el Código Penal haciendo referencia también a los embarazos por causa de inseminación artificial no consentida e introducir la causa de “transferencia de óvulo fecundado no consentida”, no hace ninguna mención a las mismas.

Es decir, a lo largo del proyecto NO se señalan las razones legales, sociales o médicas, que podrían sustentar y justificar el aborto en el caso de concurrencia de las causales señaladas. Simplemente son agregadas de manera arbitraria.

Por otro lado, la segunda causal (la transferencia de óvulo fecundado no consentida) tiene como premisa la manipulación de embriones, situación que no se encuentra aún prevista - ni autorizada - en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁸, en tanto que “no existe un “derecho a procrear” que permita el acceso irrestricto a las TERAS (Técnicas de Reproducción Asistida)”¹¹⁹.

¹¹⁸ Sobre este tema, se recomienda el “Análisis bioético y jurídico del proyecto de ley de técnicas de reproducción asistida - Proyecto de Ley 1722/2012-CR” elaborado por el Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia y el Instituto de Bioética de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, VALDIVIESO LÓPEZ, Erika (Coord.), Chiclayo, Junio, 2013.

¹¹⁹ Idem, p. 15

Este hecho, por sí mismo, llevaría a desestimar la propuesta legislativa y más aún a no considerar la modificación planteada del Art. 119° del Código Penal.

No puede aceptarse la introducción de fórmulas legales que afectarán gravemente la vida y la salud de las personas (niños por nacer y madres) sin que haya habido un serio estudio para su justificación y sustento.

10.3. LA FÓRMULA LEGAL DE LA MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 119° Y 120° DEL CÓDIGO PENAL

El proyecto se ley propone la modificación del Art. 119° del Código Penal en los siguientes términos:

“Artículo 119°.- No es punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer embarazada o su representante legal en los siguientes casos:

- 1. Cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente;*
- 2. Cuando el embarazo sea el resultado de un acto de violación sexual, o de un acto de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida.*

Si se tratare de una persona menor de edad, el consentimiento será prestado por su representante legal”.

De la revisión de la fórmula legal se puede concluir que ésta tiene graves problemas en cuanto a la técnica legislativa, como por ejemplo:

- 1. Se está modificando - sin que haya habido ningún sustento en el proyecto de ley - el tratamiento al aborto terapéutico.**

El artículo 119° original y vigente en el Código Penal señala como requisito que el aborto terapéutico sea practicado por un médico:

“Artículo 119°.- No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

¿Se han valorado acaso las consecuencias de prescindir de este requisito en la modificatoria de la norma? Evidentemente no. Además, esta modificación excede los límites expresados en el tenor del proyecto de ley, que solo hace referencia a la inclusión de otras causales de impunidad del aborto (y no a la modificación del régimen previsto para el aborto terapéutico).

No debemos olvidar que la razón por la que solo se autoriza a los médicos a practicar el aborto, no se basa en un capricho y arbitrariedad del legislador, sino más bien a la pretensión de dejar en manos de los especialistas la determinación del diagnóstico respecto a si es conveniente o no la ejecución del aborto, así como dejar en manos de profesional con las competencias y habilidades necesarias, el procedimiento a seguir.

Otra razón que ha tenido el legislador para exigir la concurrencia de un médico es impedir, de esta manera, los abortos clandestinos y la práctica de los mismos por profesionales que no cumplen un mínimo de estándares que aseguren la salud de la madre¹²⁰.

Sin embargo, quienes han propuesto este proyecto de ley, ni siquiera han mencionado en la exposición de motivos la modificación de esta parte de la ley - lo que ya supone una falta al procedimiento de propuesta legislativa - y mucho menos han tomado en cuenta la necesidad de contar con un profesional que pueda realizar adecuadamente el procedimiento.

Por este hecho, la propuesta debería desestimarse.

2. **Para el aborto de embarazo causado por violación, NO se ha considerado la exigencia que la interrupción del embarazo sea practicada por un médico titulado.**

Esto traerá graves consecuencias, pues la falta de esta exigencia abrirá las puertas no solo a los abortos clandestinos, sino a aquellos

¹²⁰ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis..... p. 213

realizados por profesionales que no cumplan con las competencias básicas para realizarlo, lo que pondría en peligro grave la salud de las mujeres que se pudieran someter a este procedimiento. Y en ese caso, la protección a la salud a la que alude el proyecto, quedaría sin sustento.

3. **Para el aborto de embarazo causado por violación, NO se ha considerado un límite temporal en el que se pueda realizar el procedimiento.**

En el caso (lamentable y no querido) que se llegara a aprobar el proyecto de ley, no se contaría con la referencia legal respecto del plazo máximo en el que se podría realizar el aborto. En este sentido, se deja una cuestión tan importante y vital a la reglamentación y arbitrariedad de la autoridad administrativa¹²¹.

Incluso si se mantuviera la fecha límite establecida para el aborto terapéutico, debe saberse que éste se encuentra en el límite de viabilidad fetal establecido por la OMS.

Como señala el presidente de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), José Manuel Bajo Arenas, *“a partir de la semana 22 de gestación las interrupciones del embarazo no deberían llamarse aborto sino destrucción de un feto viable”*¹²².

4. **Para el aborto de embarazo causado por violación, NO se ha considerado la exigencia que los hechos de violación deberían ser denunciados o investigados, cuando menos policialmente**

¹²¹ Recordemos que para el caso del Aborto Terapéutico, la guía señala como tiempo límite un embarazo menos a las 22 semanas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que a las 22 semanas el feto tiene 25 cm y su peso varía entre 250-300 gr. Dado el tamaño que ya alcanza y su capacidad para moverse, comienza a hacerse notar. Es una etapa en la que, además de estar activo, tiene una relativa facilidad de movimientos y es habitual que cambie de posición. Comienzan a diferenciarse la alternancia entre ciclos de reposo y actividad, que serán muy característicos del feto a partir de este momento. A nivel de la cara ya están formados los párpados y las cejas. Los labios se delimitan muy bien y dentro de las encías se están empezando a formar los dientes. El sistema límbico está en pleno desarrollo (esta estructura que está en el cerebro será la encargada de controlar las emociones y los sentimientos). En esta etapa desarrolla mucho más el sentido del tacto siendo capaces de distinguir el frío del calor y de responder con estrés a estímulos dolorosos. Las uñas de los dedos crecen y se comienzan a apreciar pliegues que darán lugar a las huellas dactilares. Fuente: <http://www.natalben.com/guia-embarazo/embarazo-quinto-mes/desarrollo-fetal-22-semanas>

¹²² Fuente: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/03/mujer/1215080479.html>

Esta omisión resulta sumamente preocupante, pues se elimina este requisito que se encuentra para el tipo punible de aborto en el Art. 120° del Código Penal, que en su versión original señala:

“Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente (...).”

La falta de técnica legislativa en el proyecto se evidencia porque, en ninguna parte del mismo, se señalan las razones por las que se ha eliminado la exigencia de la denuncia de la violación por parte de la víctima, siendo este tema de vital importancia.

La razón por la que en el Artículo original se exige el requisito de la denuncia es que debe existir una relación de causalidad entre el embarazo y el hecho de la violación para que el supuesto de aborto pueda realizarse con impunidad.

Al eliminar el requisito de la investigación o tan siquiera denuncia, se está abriendo la puerta a que con la sola declaración de la mujer de que su embarazo fue producto de una violación se lleve a cabo el aborto impunemente, al margen de las causas que lo originaron.

Esto puede originar que se repita el lamentable caso *Roe vs Wade (1973)*, un caso emblemático que trajo consigo la despenalización del aborto en los Estados Unidos y años después la demandante confesó que no fue violada: el fallo se había sustentado en un hecho de violación falso

En otras palabras, **se estaría legalizando el aborto en todas sus modalidades** pues amparados en una norma que contempla un supuesto - que no necesita denuncia, prueba, ni investigación - se realizarían otros abortos (que nada tienen que ver con el tema aquí planteado) que asumirían la apariencia de abortos por violación.

XI. CONSIDERACIONES FINALES

Tal como se ha expresado a lo largo de este informe, el proyecto de ley tiene tanto deficiencias de fondo, como de forma y de técnica legislativa. Además de solo atender los intereses de la mujer (entendidos éstos de manera errada, claro está) y obviar absolutamente los intereses de aquel ser nuevo e independiente dentro de la gestante.

Sería un contrasentido que el Congreso de la República, que recientemente acaba de aprobar normas relativas a la protección de los animales, se ocupe ahora de aprobar una norma atentatoria contra la vida de los niños por nacer, como si pertenecieran a una categoría inferior que los primeros (los animales merecen protección, los niños por nacer, no).

El simple indicio de vida humana obliga a adoptar una actitud de sumo respeto, de reverencia, exigida por quien se encuentra adornado por la dignidad de lo personal, pues la personalidad no es una cualidad sino un constitutivo esencial de la especie *homo sapiens*. Por lo que, **la dignidad es el sustento de todo derecho.**

Para que un derecho, sea concebido como tal debe ser acorde a la dignidad de la persona humana, si no es un *falso derecho*, no existe como tal. Como no existe el “derecho al aborto” que se plantea peligrosamente en el proyecto de ley.

Por lo señalado en el presente informe, la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, junto a la Facultad de Derecho, el Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia y el Instituto de Bioética, **no recomienda la aprobación del Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC** que despenaliza el aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas; en tanto que vulnera lo señalado en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la protección de la persona como sujeto de derechos y el reconocimiento del inicio de la vida desde el momento de la concepción, así como la evidencia científica que demuestra este hecho y permite la disposición seres humanos como objetos sobre los cuales se pueden ejercer derechos e incluso disponiendo sobre su

posibilidad o no de vivir. Sobre todo, porque no resuelve en lo más mínimo, el problema planteado en el propio proyecto de ley.

Chiclayo, 05 de mayo 2015

Referencias Bibliograficas:

1. WILLKEY, J.C., "Manual sobre el aborto", Eunsa, Pamplona, 1974
2. BIANCHI, Alberto, "En contra del aborto", Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998
3. BLAZQUEZ, Niceto, "El Aborto", BAC Popular, Madrid, 1977
4. "Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal", aprobado por R.M. N° 486-2014-MINSA.
5. SILVA ABBOTT, Max; "Bioética, una cuestión vital", Universidad San Sebastian, CIP, Santiago de Chile, 2014
6. GARCÍA CAVERO, Percy, "Aborto en caso de violación", En: <http://udep.edu.pe/icf/educacion-y-juventud/adolescentes-y-padres-de-familia/aborto-en-caso-de-violacion>
7. GARCÍA TOMA, Víctor; "El Estado peruano como Estado Social y Democrático de Derecho". En: GUTIERREZ, Walter, (Dir.); *La Constitución Comentada*, Tomo II, 2da. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
8. LEÓN VASQUEZ, Jorge Luis; "Deberes fundamentales del Estado". En: GUTIERREZ, Walter, (Dir.) *La Constitución Comentada*, Tomo II, 2da. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
9. GIL DOMINGUEZ, Andrés; "Aborto voluntario, vida humana y Constitución", EDIAR, Buenos Aires, 2000
10. CASTILLO ALVA, José Luis; "El delito de Aborto", ARA Editores, Lima, 2005.
11. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios generales*. Trujillo, Normas Legales, 1995.
12. ORE SOSA, Eduardo Arsenio, "Sobre el delito de aborto y la protección penal de la vida del concebido", En: AA.VV. *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernandez Sessarego*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2010
13. APARICIO ALDANA (Coord.) "Derecho a la vida desde una perspectiva filosófica jurídica", En: AA.VV., *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernandez Sessarego*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2010.
14. BADENI, Gregorio. El derecho constitucional a la vida en Derecho a nacer.
15. REARDON, David C.; "Aborto y violación: lo que muestran los estudios"; Tomado del documento "Embarazos producidos por la violación o incesto: ¿Es el aborto la solución?", resumen de los estudios estadísticos realizados y que aparecen en el libro *Aborted Women: Silent No More* de David C. Reardon, Aci Prensa. En: <http://www.terra.com.pe/religion/aborto6.shtml>
16. KOCH, Elard; "Aborto en casos de violación: perpetuando un ciclo de violencia", fecha de publicación 09.jul.2013

- En: <http://www.chileb.cl/perspectiva/aborto-en-casos-de-violacion-perpetuando-un-ciclo-de-violencia/>.
17. FUENTES MARTÍNEZ, Ximena. Síndrome post-aborto: reacciones psicológicas post-aborto, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Medicina, Santiago, 2009.
 18. GÓMEZ LAVÍN, Carmen; ZAPATA GARCÍA, Ricardo, "El Síndrome Post-aborto", Congreso Mundial de las Familias, Mayo 2012.
 19. MYRIAM HOYOS, Ilva. *De la dignidad y de los derechos humanos*, Editorial TEMIS, Colombia, 2005.
 20. SANTA MARÍA D´ANGELO, Rafael, "Dignidad Humana y "nuevos derechos": una confrontación en el derecho peruano, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Palestra, Lima, 2012.
 21. CEA EGAÑA, José Luis. "Dignidad, derechos y garantías en el Régimen Constitucional Chileno", presentación y estudio introductorio a la obra de Carlos Peña González, titulada *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, de la Colección Estudios N° 5 de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1996.
 22. LANDA ARROYO, César. *Dignidad de la persona humana*. En: *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de derechos constitucionales*. N° 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
 23. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. "La persona y el derecho de la persona. Curso de Derecho Civil". Vol. I, 3° Edición, Editorial COLEX, Madrid, 2008.
 24. VALDÉZ, Margarita M. (Comp.) "Controversias sobre el aborto", UNAM, Fondo de Cultura Económica de México, México D.D., 2001.
 25. SANTAMARÍA D´ANGELO, Rafael; "Dignidad humana y "nuevos derechos". Una confrontación en el derecho peruano", Palestra - Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Lima, 2012.
 26. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho y manipulación genética*. 1996.
 27. SARTEA, Claudio; "Nuevos derechos y nuevos sujetos en el contexto de los Derechos Humanos", En: *IUS- Revista de Investigación de la Facultad de Derecho - USAT*; N° 07, Julio, 2014,
En: http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2014/10/2014-I_Claudio_Sartea.pdf
 28. CASTELLANOS ARTUNDUAGA, Anamaría. "El Derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y los centros de reclusión" en *Revista Investigaré de la Universidad Externado de Colombia*. N°2. 2014. Pp. 2
 29. BLASI, Gastón Federico; "¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario". En: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas*, AA.VV, MOTIVENSA, 1era. Ed., Lima, 2009.
 30. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. "La protección jurídica desde el principio de la vida humana: A propósito del reconocimiento de la concepción en la legislación civil peruana", *Gaceta Constitucional*, Tomo 61, Enero 2013.
 31. SANTILLAN SANTA CRUZ, Romina, "La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica", Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, MOTIVENSA, Lima, 2014.

32. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas: exposición de motivos y comentarios al libro Primero del Código Civil peruano*, 9° ed., Grijley, Lima, 2004
33. VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*, Tomo I, Grijley, Lima, 1996.
34. SANTA MARIA D'ANGELO, Rafael, "Exigencias de la bioética al bioderecho". En: Apuntes de Bioética, Año 1, Número 2, USAT, Chiclayo, Octubre 2011.
35. GARCIA CHAVARRI, Abrahan; "Entre el derecho y la moral. Anotaciones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En. Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. AA.VV., Motivensa, 1era. Ed., Lima, 2009.
36. DULITZKY, Ariel, "Pobreza y Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares". En: Revista IIDH. San José, 2009.
37. SZTUCKI, Jerzy, "Reflections on International "Soft law", Ramberg, Jan, et al. (eds), *Festskrift till Lars Hjerner. Studies in International Law*, Norstedts, Stockholm, 1990.
38. THÜRER Daniel, "Soft Law", en Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2000.
39. SHELTON, Dinah, "Law, Non-law and the problem of 'Soft Law", en *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000.
40. WOLFGANG, H. y MARTIN WITTE, Jan, "Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords" y O'Connell, Mary Ellen, "The role of Soft Law in a Global Order", ambos en Shelton, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000.
41. HEY, Ellen, "Hard Law, Soft Law, Emerging International Environmental Law and the Ocean Disposal Options for Radioactive Waste", en *Netherlands International Law Review*, WL, 405-448, 1993.
42. FITZMAURICE, Malgosia, "International Protection of the Environment", *Recueil des Cours* 2001, t. 293, 2002.
43. CASSESE, Antonio, "International law", Oxford University Press, 2002.
44. VIRALLY, M. "A propos de la Lex ferenda", en *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le Droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981.
45. GUTIÉRREZ ESPADA, C. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Trotta. 1995.
46. NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1987.
47. VALDIVIESO LOPEZ, Erika (Coord.) "Análisis bioético y jurídico del proyecto de ley de técnicas de reproducción asistida - Proyecto de Ley 1722/2012-CR" elaborado por el Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia y el Instituto de Bioética de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Junio, 2013.