

EL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ

Dra. María Jennie Dador Tozzini

Contenido

- I. Base legal del aborto terapéutico en el Perú.
- II. Tratamiento legal y jurisprudencia regional.
- III. Acciones legales ante la negación del derecho a acceder a un aborto terapéutico.

EL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ

Dra. María Jennie Dador Tozzini

1

EL ABORTO
TERAPÉUTICO
EN EL PERÚ

PROMSEX 

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

2

EL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ

I. BASE LEGAL DEL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ

El aborto está penalizado en nuestro país, con excepción del que se practica por razones terapéuticas. Sin embargo, la desproporción entre el número de abortos que se producen –el último estudio estimado de Delicia Ferrando habla de 410,000 al año^{1[2]}–, aquellos que son denunciados y, los que terminan en procesos judiciales, revela que si bien la práctica del aborto es ilegal, la sociedad, con su silencio, parece ampararla y de esa manera, tolerar la muerte de miles de mujeres por esa causa.

Desde el Derecho Penal y los estudios de criminología se puede afirmar que las leyes penalizadoras no han cumplido con su finalidad de prevención específica ni general², es decir, la amenaza de una posible sanción no ha logrado inhibir la práctica del aborto, sino más bien, se ha convertido en una forma de ejercer violencia contra las mujeres en múltiples planos. Ello se manifiesta en el incremento de las muertes maternas y en los altos costos que la atención de abortos incompletos y de los problemas derivados de su práctica clandestina representan para los servicios de salud. En este sentido, es válido y pertinente considerar al aborto como un problema de salud pública.

^{1 [2]} Estimación trabajada sobre el supuesto de que cada aborto incompleto que llega a los hospitales representa otros 7 que no llegan a los centros de salud públicos (58,674 x 7 = 410,000).

² Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora...”.

3

EL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ

En el Perú^{3[3]}, desde el primer Código Penal de 1863 hasta el actual de 1991, pese a los cambios sociales y al desarrollo científico y tecnológico, no se ha producido ninguna modificación sustancial respecto al tratamiento del aborto.

El Código de 1863 consideraba abortos atenuados a los practicados por móvil de honor, es decir, para proteger la reputación de las mujeres y sobre todo, de la familia a la que pertenecían. Esta respuesta legal obedecía a una perspectiva moralista que consideraba las relaciones extra matrimoniales como una afrenta al orden de la familia y a la moralidad pública, ya que el lugar adecuado para nacimiento de los hijos/as era el matrimonio. Asimismo, la práctica del aborto consentido por la mujer, era también una figura atenuada.

El Código Penal de 1924, penalizó todas las figuras de aborto, con excepción del terapéutico. Cuatro años después, en 1928, dos juristas propondrían sin éxito la despenalización del aborto eugenésico y ético o por violación.

^{3[3]} Dador Jennie. *La discriminación de género en la ley penal. La discriminación de género dentro del matrimonio y la inaplicabilidad del aborto atenuado por violación sexual*. IDL, Lima, 1999.

El Código Penal de 1991, penaliza todos los abortos, con excepción –como ya se dijo- del terapéutico.

EL ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991		
MODALIDAD	DESCRIPCIÓN DEL TIPO PENAL	SANCIÓN
Autoaborto (artículo114)	La mujer que cause su aborto o consiente que otro lo practique.	Pena privativa de libertad no mayor de 2 años, o prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas.
Aborto consentido (artículo115)	El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante.	Pena privativa de libertad no menor de 1 ni mayor de 4.
	Sobreviene la muerte de la mujer y autor pudo preverla.	Pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 5.
Aborto sin consentimiento (artículo116)	El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento.	Pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 5
	Sobreviene la muerte de la mujer y autor pudo preverla.	Pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10.
Circunstancia agravante (artículo117)	El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto.	Pena privativa de libertad establecida en las modalidades de aborto consentido y sin consentimiento e inhabilitación. La inhabilitación producirá incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero la profesión; así como la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiera servido el agente para cometer el delito.
Aborto preterintencional (artículo118)	El que con violencia ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo.	Pena privativa de libertad no mayor de 2 años o con prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas.
Aborto terapéutico (artículo119)	Aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente	No es punible.
Abortos atenuados (artículo120)	Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual o de inseminación artificial no consentida, fuera del matrimonio, siempre que los hechos hubieran sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente.	Pena privativa de libertad no mayor de 3 meses.
	Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.	Pena privativa de libertad no mayor de 3 meses.

Fuente: Código Penal. Elaboración: María Jennie Dador.

4

EL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ

1.1 ¿EN QUÉ CONSISTE EL ABORTO TERAPÉUTICO?

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 TUVIERA, CUANDO ES EL ÚNICO MEDIO PARA SALVAR LA VIDA DE LA GESTANTE O PARA EVITAR EN SU SALUD UN MAL GRAVE Y PERMANENTE”.

Elementos constitutivos del tipo penal:

PRACTICADO POR UN MÉDICO

El artículo 21 del Código Sanitario –ahora derogado–, establecía que el aborto terapéutico tenía que ser practicado por un médico diplomado; contar con la opinión previa de dos médicos, además de la firma del jefe del servicio, que de acuerdo al reglamento interno del hospital debe autorizar todo tratamiento médico o quirúrgico que se realice.

Aclarando el dispositivo, el Colegio Médico del Perú se pronunció mediante Resolución CMP/CN-20, del 4 de noviembre de 1970: “CADA CASO DE ABORTO TERAPÉUTICO QUE SE PLANTEE EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DEBE RESOLVERSE A CRITERIO DE UNA JUNTA MÉDICA DE NO MENOS DE TRES ESPECIALISTAS EN EL PROBLEMA QUE SE TRATE. SI LLEGA A CONCLUIRSE EN LA JUNTA MÉDICA QUE ES PROCEDENTE EL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉSTE DEBE EFECTUARSE EN UN HOSPITAL O CLÍNICA OFICIALMENTE RECONOCIDA”^{4[4]}.

Las normas mencionadas han sido derogadas por la Ley General de Salud^{5[5]}. Si bien este nuevo cuerpo normativo no regula el procedimiento administrativo para acceder a un aborto terapéutico, sí resultan aplicables los derechos que como usuaria de los servicios de salud, establece la Ley General de Salud en su artículo 15:

- a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad.
- b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece (confidencialidad).
- c) A no ser sometida, sin su consentimiento, a exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes.

^{4 [4]} Artículos 2 y 3 de la resolución del 4 de noviembre de 1970. En: Prado S. Víctor. *Política criminal peruana*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1985.p.90.

^{5 [5]} Ley 26842, 27 de julio de 1997. Ley General de Salud.

- d) A no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o si estuviere impedida de hacerlo.
- e) A no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare.
- f) A que se le brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio.
- g) A que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren.
- h) A que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste.
- i) A que se le entregue el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y, si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica.

Actualmente, sólo el Hospital Nacional Docente Madre Niño San Bartolomé y el Hospital Belén de Trujillo, cuentan con protocolos para el manejo de casos para la interrupción legal del embarazo del. El procedimiento administrativo básico es el siguiente:

1. El trámite se inicia con la petición de la gestante a la Jefatura del departamento de Ginecología y Obstetricia, con expresión de causa.
2. Si la gestante se encuentra impedida de prestar su consentimiento, lo hará su representante legal.
3. La Jefatura dará inicio al trámite de inmediato, refiriendo el caso al médico que corresponda en consulta externa.
4. El médico que recibe el caso procede a la evaluación.
5. La jefatura del Departamento constituirá una Junta Médica. El médico tratante formará parte y presentará el caso ante los otros.
6. La Junta Médica, integrada por tres médicos, podrá pedir asesoría a otros especialistas; delibera el caso y deja constancia de sus conclusiones en la historia clínica.
7. Si es procedente, el médico tratante prepara a la paciente.
8. La Jefatura del Departamento asigna al médico que llevará a cabo el procedimiento.
9. Entre la fecha de la solicitud y la realización del procedimiento no debe pasar más de una semana, debiendo actuar con más celeridad si el caso lo amerita.
10. Cumplido el procedimiento, la Jefatura del Departamento de Ginecología y Obstetricia informará a la Dirección del hospital.

El protocolo no establece cuál sería el trámite a seguir en caso de que la Junta Médica dictamine que no procede la interrupción.

Es importante considerar, que de acuerdo al artículo XII de la Ley General de Salud, todo/a médico/a tiene derecho a la objeción de conciencia, pero ésta no opera de forma irrestricta. Las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la autoridad de salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros.

CONSENTIMIENTO DE LA MUJER O DE SU REPRESENTANTE

De acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Ley General de Salud, ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento o el de la persona legalmente llamada a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Con excepción de las intervenciones de emergencia.

En caso que los representantes legales de las absolutas o relativamente incapaces^{6[6]}, negaren su consentimiento, el médico tratante o el establecimiento de salud, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

En el caso de las adolescentes, la ley 27201, 14 de noviembre de 1999, modificando el Código Civil, establece que la edad mínima de mujeres y varones para prestar su consentimiento para contraer matrimonio es de 16 años. Además, otorga capacidad a las/os mayores de 14 años para reconocer a sus hijos/as, reclamar o demandar los gastos de embarazo o parto, y demandar la tenencia o alimentos.

En ese sentido, y de acuerdo con los Lineamientos de Políticas en Salud de las/os adolescentes, se considera que el Estado deberá garantizar el acceso universal de adolescentes a atención integral y diferenciada en los servicios públicos y privados de salud; con especial énfasis en Salud Mental, Sexual y Reproductiva, entre otras. Con esta finalidad el marco legal normativo deberá permitir el ejercicio del derecho a la salud de las/os adolescentes.

Debe quedar claro, que en caso del aborto terapéutico, es la mujer gestante quien tiene la titularidad para decidir la interrupción del embarazo, ya que la vida y/o la salud que podrían afectarse de continuar con el proceso de gestación, son precisamente las de ella.

CUANDO ES EL ÚNICO MEDIO PARA SALVAR LA VIDA DE LA GESTANTE O EVITAR EN SU SALUD UN MAL GRAVE Y PERMANENTE.

Para acceder a la interrupción legal del embarazo no es necesario que la gestante esté en inminente peligro de muerte, sino que es suficiente con que exista amenaza de daño grave y permanente en su salud.

La Organización Mundial de la Salud establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”^{7[7]}.

^{6 [6]} **Artículo 43 del Código Civil.-** Son absolutamente incapaces: los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley; los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; y, los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosordos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 44 del Código Civil.- Son relativamente incapaces: los mayores de 16 y menores de 18 años, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los pródigos; los que incurrir en mala gestión; los ebrios habituales; los toxicómanos; los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

^{7 [7]} Constitución de la OMS de 1946, reformada por la 26, 29 y 39 Asambleas Mundiales de la Salud. Reafirmados en la Declaración de Alma-Ata de 1978.

El Comité que monitorea el pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado que la salud debe entenderse como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud”^{8[8]}.

Es decir, que cuando la ley penal alude a la salud, se debe entender que comprende tanto a la salud física, como a la mental⁹. Es justamente bajo este último supuesto, que algunos tribunales de la región han autorizado el aborto terapéutico en caso de embarazos como consecuencia de una violación sexual.

Igualmente es necesario advertir que, al no existir un consenso mínimo sobre los eventos que pondrían afectar gravemente la vida o la salud de la gestante, opera la amplia discrecionalidad de los/as médicos/as. Sin embargo, cuando los márgenes de apreciación son tan amplios, terminan por entregar este campo a la arbitrariedad de quienes a la hora de pronunciarse deben atribuirle significado.

1.2 COMPROMISOS DEL ESTADO PERUANO RESPECTO AL ACCESO DEL ABORTO TERAPÉUTICO EN EL PERÚ

A continuación se detalla el reconocimiento a la implementación de servicios de aborto legal presente en diversos documentos que el Perú ha suscrito en materia de derechos humanos.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer En su artículo 12 señala: **LOS ESTADOS PARTES ADOPTARÁN TODAS LAS MEDIDAS APROPIADAS PARA ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER EN LA ESFERA DE LA ATENCIÓN MÉDICA A FIN DE ASEGURAR, EN CONDICIONES DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES, EL ACCESO A SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A LA PLANIFICACIÓN DE LA FAMILIA.**

El Comité que supervisa el cumplimiento de este pacto, emite la Recomendación General N° 24 titulada La mujer y la salud - Artículo 12. En su párrafo 11 señala: **LAS MEDIDAS TENDIENTES A ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER NO SE CONSIDERARÁN APROPIADAS CUANDO UN SISTEMA DE ATENCIÓN MÉDICA CAREZCA DE SERVICIOS PARA PREVENIR, DETECTAR Y TRATAR ENFERMEDADES PROPIAS DE LA MUJER. LA NEGATIVA DE UN ESTADO PARTE A PREVER LA**

^{8 [8]} Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C 12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrafo 9.

⁹ Es común encontrar en las descripciones de las figuras delictivas contenidas en el Código Penal, la diferenciación entre “daño en el cuerpo o la salud”. Con el primero de los nombrados se alude a lo físico, y con la segunda a otro tipo de daños que trascienden lo estrictamente corpóreo.

PRESTACIÓN DE DETERMINADOS SERVICIOS DE SALUD REPRODUCTIVA A LA MUJER EN CONDICIONES LEGALES RESULTA DISCRIMINATORIA. POR EJEMPLO, SI LOS ENCARGADOS DE PRESTAR SERVICIOS DE SALUD SE NIEGAN A PRESTAR ESA CLASE DE SERVICIOS POR RAZONES DE CONCIENCIA, DEBERÁN ADOPTARSE MEDIDAS PARA QUE REMITAN A LA MUJER A OTRAS ENTIDADES QUE PRESTAN ESOS SERVICIOS.

En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo (ICPD) realizada en 1994, se adoptó el siguiente acuerdo por parte de los Estados: EN LOS CASOS EN QUE EL ABORTO NO ES CONTRARIO A LA LEY, LOS ABORTOS DEBEN REALIZARSE EN CONDICIONES ADECUADAS. EN TODOS LOS CASOS, LAS MUJERES DEBERÍAN TENER ACCESO A SERVICIOS DE CALIDAD PARA TRATAR LAS COMPLICACIONES DERIVADAS DE ABORTOS. SE DEBERÍA OFRECER CON PRONTITUD SERVICIOS DE PLANIFICACIÓN DE LA FAMILIA Y ASESORAMIENTO POST ABORTO QUE AYUDEN TAMBIÉN A EVITAR LA REPETICIÓN DE LOS ABORTOS¹⁰.

La Asamblea General de las Naciones Unidas revisó y evaluó la implementación de la ICPD (ICPD+5) en 1999 y acordó que, EN CIRCUNSTANCIAS DONDE EL ABORTO NO ESTÉ EN CONTRA DE LA LEY, LOS SISTEMAS DE SALUD DEBEN CAPACITAR Y EQUIPAR A LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE SALUD Y TOMAR OTRAS MEDIDAS PARA ASEGURAR QUE DICHOS ABORTOS SEAN SIN RIESGOS Y ACCESIBLES. DEBERÍAN TOMARSE MEDIDAS ADICIONALES PARA SALVAGUARDAR LA SALUD DE LAS MUJERES.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, en el párrafo 106°, de la Plataforma de Acción de Beijing (PAB) donde se establecen las medidas que han de adoptar los gobiernos, en colaboración con las organizaciones no gubernamentales y organizaciones de empleadores y trabajadores y con el respaldo de instituciones internacionales, en la letra K, se señala que EN LOS CASOS EN QUE EL ABORTO NO ES CONTRARIO A LA LEY, LOS ABORTOS DEBEN REALIZARSE EN CONDICIONES ADECUADAS. EN TODOS LOS CASOS, LAS MUJERES DEBERÍAN TENER ACCESO A SERVICIOS DE CALIDAD PARA TRATAR LAS COMPLICACIONES DERIVADAS DE ABORTOS. SE DEBERÍAN OFRECER CON PRONTITUD SERVICIOS DE PLANIFICACIÓN DE LA FAMILIA, EDUCACIÓN Y ASESORAMIENTO POST ABORTO QUE AYUDEN TAMBIÉN A EVITAR LA REPETICIÓN DE LOS ABORTOS, CONSIDERAR LA POSIBILIDAD DE REVISAR LAS LEYES QUE PREVÉN MEDIDAS PUNITIVAS CONTRA LAS MUJERES QUE HAN TENIDO ABORTOS.

En el documento “Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing”, elaborado por Naciones Unidas a los 5 años de la implementación de la Plataforma de Acción de Beijing, dentro de la sección IV “Medidas e iniciativas a superar los obstáculos y a lograr la aplicación plena y acelerada de la Plataforma de Acción de Beijing”, en el párrafo A, referido a medidas que han adoptar en el plano nacional los gobiernos, letra “O”, se reafirma lo contemplado en la PAB cinco años atrás, señalándose que: EN LOS CASOS EN QUE EL ABORTO NO ES CONTRARIO A LA LEY, LOS ABORTOS DEBEN REALIZARSE EN CONDICIONES ADECUADAS. EN TODOS LOS CASOS, LAS MUJERES DEBERÍAN TENER ACCESO A SERVICIOS DE CALIDAD PARA TRATAR LAS COMPLICACIONES DERIVADAS DE ABORTOS. SE DEBERÍAN OFRECER CON PRONTITUD SERVICIOS DE PLANIFICACIÓN DE LA FAMILIA, EDUCACIÓN Y ASESORAMIENTO POST ABORTO QUE AYUDEN TAMBIÉN A EVITAR LA REPETICIÓN DE LOS ABORTOS.

¹⁰ Párrafo 8.25.

II. TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIA REGIONAL

A lo largo del tiempo ha habido una diversidad de posturas sobre el tema del aborto, en algunos casos, la actitud de los legisladores ha sido de indiferencia, pero en otros, la tendencia es considerarlo un delito. Esta última posición está casi generalizada en la región, con excepción de Cuba y Puerto Rico.

Opciones normativas para el tratamiento del aborto:

Sistema de plazos, establece un límite temporal para el aborto legal, generalmente la décimo segunda semana (Cuba). En el caso de Puerto Rico, la ley no limita los abortos de fetos antes de que sean viables.

Sistema de indicaciones, opera como un sistema de regla-excepción. Por regla, el aborto es punible, sin embargo se permite ante determinadas circunstancias o condiciones. Las indicaciones más comunes suelen ser la terapéutica o médica, la eugenésica o pietista, ética o criminológica; en casos de violación (modalidad antes mal llamada aborto sentimental), por causa económica o social, contraceptiva, entre otras.

2.1 SITUACIÓN LEGAL DEL ABORTO EN AMÉRICA LATINA

SITUACIÓN LEGAL DEL ABORTO				
TOTALMENTE PROHIBIDO	PARA SALVAR LA VIDA DE LA MUJER	POR SALUD FÍSICA	POR SALUD MENTAL	SIN RESTRICCIONES
Chile ⁴ , El Salvador, Nicaragua	Argentina, Brasil (además por violación sexual), Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México (sistema federado, rige para la mayoría de Estados), Panamá (además por violación sexual y daño en el feto), Paraguay, República Dominicana, Venezuela. Perú, Colombia (además por violación, incesto y feto incompatible con la vida) y Bolivia (además por violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto).	Argentina (en caso de violación sexual a idiotas), Bolivia , Costa Rica, Ecuador, Uruguay, Colombia, y Perú	Argentina, Jamaica., Trinidad y Tobago, Perú, y Colombia	Cuba (límite gestacional 12 semanas), Puerto Rico (hasta que sea viable), y México DF.

11

EL ABORTO
TERAPÉUTICO
EN EL PERÚ

Elaborado en base a: *Leyes de aborto en el mundo. Hoja Informativa. GIRE, mayo de 2001. México.*

⁴ La iniciativa 4845, presentada por siete diputados de la Concertación, propone modificar el Código Penal, despenalizando el aborto en aquellos casos en que existe riesgo para su vida o un grave deterioro de su salud o el feto presente malformaciones incompatibles con la vida.

La mayoría de países que consideran supuestos no punibles contemplan en su legislación o como parte de sus políticas públicas de salud, la prestación de servicios de atención médica para los abortos legales, y en algunos casos –como en varios estados del Brasil– también plantean la atención integral, incluida la psicológica.

De manera reciente, algunos países han incluido en sus legislaciones nuevas causales de despenalización, lo cual resulta importante de notar, así:

Argentina

La Asamblea Legislativa de Buenos Aires aprobó en junio de 2003 la Ley de embarazos incompatibles con la vida, que autoriza a las embarazadas cuyos fetos padezcan una patología incompatible con la vida fuera del útero, a interrumpir el embarazo en los hospitales públicos de la ciudad de Buenos Aires.

Se considera como patología incompatible con la vida cuando el feto presenta gravísimas malformaciones, irreversibles e incurables, que producirán su muerte intra-útero o a las pocas horas de su nacimiento.

Para que el aborto sea autorizado, el diagnóstico debe estar respaldado por dos ecografías donde tiene que consignarse el documento de identidad de la madre o la impresión digital de un dedo pulgar –medida que garantiza el acceso a las indocumentadas–. En el plazo de 72 horas, el médico está obligado a informar a la embarazada sobre el diagnóstico, la posibilidad de continuar con el embarazo o interrumpirlo, y los alcances de su decisión.

El consentimiento que se requiere es el de la gestante, es decir, la titularidad de los derechos corresponde a la mujer gestante. Sin embargo, la información también deberá proporcionarse al padre, si compareciere, explicándole de manera clara y acorde a su capacidad de comprensión, el diagnóstico y pronóstico de la patología que afecta al feto, la posibilidad de continuar o adelantar el parto, y los alcances y consecuencias de la decisión que adopte. En la historia clínica debe dejarse constancia de haber proporcionado dicha información, debidamente confirmada por la gestante.

El establecimiento asistencial del sistema de salud debe brindar tratamiento psicoterapéutico a la gestante y su grupo familiar desde el momento en que es informada de las características del embarazo y hasta su rehabilitación.

Requisitos que se debe cumplir:

- a) Que el feto haya alcanzado las veinticuatro (24) semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad en fetos intrínseca o potencialmente;
- b) la mujer tiene que dar el consentimiento; y
- c) se tiene que certificar la patología del feto en la historia clínica con rúbrica del médico tratante, del médico ecografista y del director del establecimiento asistencial^{11[9]}.

^{11 [9]} Tomado de: www.palermo.edu.ar/derecho/dip/index.html. 20 de julio 2004.

Asimismo, la norma aprobada señala que el Poder Ejecutivo instruirá debidamente al equipo de salud y a funcionarios del sub sector estatal de salud sobre el procedimiento establecido por la ley, dentro del plazo de quince días desde su promulgación. Asimismo, establece que se respetará la objeción de conciencia respecto de esta práctica en los médicos/as o demás integrantes del equipo de salud de los servicios de obstetricia y tocoginecología del sistema de salud. Los directivos del establecimiento asistencial que corresponda y, en su defecto, la Secretaría de Salud, están obligados a disponer o a exigir que se dispongan los reemplazos o sustituciones necesarios de manera inmediata, y con carácter urgente, respecto de esa práctica concreta

A pesar de la existencia de esta ley, en julio de 2004 la Suprema Corte de Justicia bonaerense permitió por primera vez que una mujer embarazada de ocho meses se someta a interrupción del embarazo debido a que el feto padecía de anencefalia, esta posibilidad había sido rechazada por el Tribunal III de Familias de La Plata.

El fallo de la Corte sienta un precedente especial, ya que el mismo tribunal había rechazado en el 2001 una solicitud similar, la que luego fue resuelta a favor por la Corte Suprema de la Nación^{12[10]}: **“LA DECISIÓN DE ANTICIPAR EL PARTO RESPONDE A EVITAR UN MAL MAYOR EN LA SALUD DE LA MADRE GESTANTE, QUE INCLUSO PODRÍA LLEGAR A PONER EN JUEGO SU PROPIA VIDA (...) FRENTE A ESTE DESENLACE IRREMEDIABLE (...) COBRAN TODA SU VIRTUALIDAD LOS DERECHOS DE LA MADRE A LA PROTECCIÓN DE SU SALUD, PSICOLÓGICA Y FÍSICA”**^{13[11]}. El fallo, además, recomienda al resto de los tribunales de la provincia que autoricen la inducción del parto cuando se presenta este tipo de patologías.

Brasil

La Confederación Nacional de Trabajadores de Salud –ADPC por sus siglas en portugués-, interpuso una Acción de Cumplimiento del precepto fundamental ante el Tribunal Federal reclamando el derecho de la mujer a la anticipación terapéutica del parto en casos de anencefalia^{14[12]}.

A inicios de julio del 2004, el presidente del Supremo Tribunal Federal, a través de una medida cautelar, decidió liberalizar el procedimiento autorizando que se anticipen los partos de los fetos con anencefalia; igualmente, determinó la suspensión de todos los procesos o condenas judiciales que a la fecha recaen sobre madres, médicos o profesionales que practicaron estos abortos^{15[13]}.

En el caso de Brasil, es importante mencionar el desarrollo de normas administrativas en el Sector Salud. Una de estas normas dispensa del registro de la denuncia policial, a la mujer cuyo embarazo sea consecuencia de una violación sexual; la otra está referida a la atención humanizada del aborto, lo que implica cuidado clínico, acompañamiento psicológico y orientación sobre planificación familiar, con garantía de confidencialidad.

^{12 [10]} En esa oportunidad el fallo no se aplicó porque la embarazada tuvo un aborto espontáneo.

^{13 [11]} Hooft, Pedro. “La anencefalia divide las aguas en las más altas esferas judiciales”. En: Jurisprudencia Argentina, 18 de abril de 2001, p.2. Citado por Asociación Argentina de Bioética, <http://www.aabioetica.org.ovio6.htm>

^{14 [12]} En: <http://www.redesaude.org.br>

^{15 [13]} Tomado de: www.aciprensa.com 9 de agosto 2004.

Colombia

En el 2006, la Corte Constitucional Colombiana, mediante Sentencia C-355 se pronunció a favor de la inconstitucionalidad de la prohibición del aborto cuando la vida de la mujer o su salud están en peligro, cuando el embarazo es producto de una violación sexual, cuando existen malformaciones fetales incompatibles con la vida extra uterina, y cuando se trata de una inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

En su fallo, la Corte Constitucional se basó en una interpretación de los derechos fundamentales de las mujeres y reconoció que si bien es deber del Estado proteger la vida humana, y que ésta existe desde antes del nacimiento; también es atendible el derecho de las mujeres a la vida. De tal manera, aplicando el criterio de proporcionalidad, concluyó que el derecho del feto va hasta donde no afecte desproporcionalmente el derecho de las mujeres¹⁶.

En diciembre del 2006, pese a que la Corte Constitucional consideró que para la inmediata aplicación de la Sentencia C-355/06 no era necesaria una reglamentación, el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de su competencia, dictó el Decreto 4444 para regular el goce efectivo de las medidas contempladas en el fallo de la Corte Constitucional en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud. Asimismo, dispuso que se fijen políticas públicas que permitan el ejercicio de los derechos protegidos por la Sentencia.

Como se sabe México, está compuesto por 32 estados federados, la mayoría de los cuales tienen códigos penales que fueron expedidos en la primera mitad del novecientos y algunos han introducido modificaciones para despenalizar algunas figuras de aborto.

Recientemente, en abril de 2007, en un debate que duró más de seis horas, se aprobó por 46 votos a favor, 19 en contra y una abstención, la modificatoria del Código Penal del Distrito Federal de México, despenalizando el aborto.

¹⁶ Tomado de: Sheila Jacay. "La despenalización del aborto ¿una opción viable en la región andina?" En: *Boletín Construyendo Ciudadanía*. Observatorio de El Derecho a la Salud. www.cies.org.pe

ARTÍCULO 144.- ABORTO ES LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO DESPUÉS DE LA DÉCIMA SEGUNDA SEMANA DE GESTACIÓN.

PARA LOS EFECTOS DE ESTE CÓDIGO, EL EMBARAZO ES LA PARTE DEL PROCESO DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA QUE COMIENZA CON LA IMPLANTACIÓN DEL EMBRIÓN EN EL ENDOMETRIO.

DENTRO DE LOS 60 DÍAS POSTERIORES SE EMITIERON LOS LINEAMIENTOS GENERALES DE ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD RELACIONADOS CON LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO (4.06.07), ESTIPULANDO QUE LA NORMATIVIDAD ES DE APLICACIÓN A LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA ADSCRITOS A LAS UNIDADES DEL SECTOR PÚBLICO, SOCIAL Y PRIVADO DEL D. SE REQUIERE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y POR ESCRITO DE LA MUJER, QUIEN PREVIAMENTE HABRÁ RECIBIDO INFORMACIÓN OBJETIVA, VERAZ, SUFICIENTE Y OPORTUNA SOBRE PROCEDIMIENTOS, RIESGOS, CONSECUENCIAS Y EFECTOS; ASÍ COMO DE LOS APOYOS Y ALTERNATIVAS EXISTENTES. SE REALIZARÁ CON DISCRECIÓN, CONFIDENCIALIDAD, PRIVACIDAD, RESPETO, EQUIDAD, OBJETIVIDAD, NEUTRALIDAD Y LIBERTAD, SIN QUE SE TENGA COMO INTENCIÓN RETRASAR O INDUCIR LA DECISIÓN DE LA MUJER. LA SOLICITUD DE LA MUJER EMBARAZADA SE RESOLVERÁ EN UN PLAZO DE HASTA 48 HORAS; Y EN EL CASO DE LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL EN UN PLAZO NO MAYOR DE 10 DÍAS DESDE LA PRIMERA CONSULTA.

III. ACCIONES LEGALES ANTE LA NEGACIÓN DEL DERECHO A ACCEDER AL ABORTO TERAPÉUTICO

Existen barreras administrativas que afectan el acceso de las mujeres a los servicios de salud que deberían hacerse cargo de la interrupción legal del embarazo. Frente a esta situación, frente a esta situación deberían existir vías legales que permitan ejercer este derecho en un tiempo razonable.

El Código Procesal Constitucional regula los procesos constitucionales de **habeas corpus**, amparo y acción de cumplimiento, entre otros.

La Acción de Amparo procede en defensa de los derechos: a la igualdad y a no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole; a ejercer públicamente cualquier confesión religiosa; a la información, opinión y expresión; a la participación individual o colectiva en la vida política del país; y a la salud, entre otros derechos fundamentales.

La acción de cumplimiento procede cuando se amenaza o viola los derechos constitucionales por omisión de actos de cumplimiento obligatorio por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.

Sin embargo, si bien estas acciones fueron pensadas para ser expeditivas y resolverse en cuestión de pocos días, en la práctica toman meses, y a veces años, lo cual las torna en ineficaces para hacer valer el derecho al aborto terapéutico, en los casos en que las y los prestadores de salud lo denieguen.

Por último, existe también la posibilidad de presentar una queja ante la Defensoría del Pueblo, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 162 de la Constitución Política, corresponde a esta institución defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad –enunciado que incluye al derecho a la salud–; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal. Sin embargo, es importante mencionar que las recomendaciones que emite la Defensoría del Pueblo no son de obligatorio cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CLADEM. *Silencios públicos, muertes privadas. Regulación jurídica del aborto en América Latina y El Caribe* (Primera edición). Lima, 1998.

DADOR, Jennie. *La discriminación de género en la ley penal. La discriminación de género dentro del matrimonio y la inaplicabilidad del aborto atenuado por violación sexual*. IDL, Lima, 1999.

DADOR, Jennie. *Diagnóstico normativo de los derechos sexuales y reproductivos en el Perú*. Movimiento Manuela Ramos. Lima, 2000.

VILLANUEVA, Rocío. "El aborto: un conflicto de derechos". En: *Derechos Humanos de las Mujeres. Aproximaciones conceptuales*. Movimiento Manuela Ramos. Lima, 1996.



© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos
Pasaje Los Pinos 156, Oficina 804, Lima 18, Perú
postmast@promdsr.org
www.promsex.org
Teléfono: (511) 2430460

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°
ISBN

AUTORA

Dra. María Jennie Dador Tozzini

CORRECCIÓN DE ESTILO

Rosa Cisneros

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Julissa Soriano

IMPRESIÓN

www.promsex.org

PROMSEX 

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

ISBN: 978-9972-2772-6-9



9 789972 277269